



DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Zulässigkeitsschranken befristeter Dienstverhältnisse
am Beispiel der Mitglieder des Lehrkörpers von
Fachhochschulen“

Verfasser

Mag. iur. Christian Schweighofer

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften

Wien, 2008

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A >083 101<

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuer:

O. Univ. Prof. Dr. Wolfgang Mazal

„Das Gleiche lässt uns in Ruhe, aber der Widerspruch ist es, der uns produktiv macht“

Johann Wolfgang von Goethe 1749 – 1832

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig und ohne fremde Hilfe verfasst habe, andere als die angegebenen Quellen nicht benützt habe und die den benutzten Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Vorwort

Mein Dank gilt vor allem Herrn Univ. Prof. Dr. Wolfgang Mazal, der nicht nur die Betreuung der Arbeit trotz enormer beruflicher Belastung übernommen hat, sondern auch immer wieder für wertvolle Gespräche, methodische Impulse und inhaltliche Fragestellungen Zeit gefunden hat.

Großer Dank gebührt auch Frau Michaela Kaipl, ohne deren Hilfe so mancher Kontakt nicht so schnell zustande gekommen wäre.

Dank schulde ich auch Dr. Gerald Reisinger, Geschäftsführer der FH OÖ Management GmbH, der mir im Rahmen meiner beruflichen Tätigkeit die nötigen Freiräume gewährt hat.

Wichtige faktische Impulse zum besseren Verständnis eines Lehrenden an einer Fachhochschule verdanke ich Frau Prokuristin Regina Aichinger, deren Kennerschaft des österreichischen Fachhochschulwesens an dieser Stelle nicht unerwähnt bleiben sollte.

Schlussendlich sei noch Frau Christine Knaus gedankt, deren unermüdliche orthografische Bearbeitung des Textes seine rasche Fertigstellung überhaupt ermöglicht hat.

Gliederung:

<i>I. Problemstellung</i>	10
<i>II. Innerstaatliche normative Grundlagen</i>	13
A. Gestaltungsmöglichkeiten von Befristungen im österreichischen Arbeitsrecht anhand von Beispielen	13
1. Aneinanderreihungsfeindliche Normen	13
2. Aneinanderreihungsfreundliche Normen	22
3. Notwendigkeit einer Kategorisierung	25
B. Gestaltungsmöglichkeiten von Befristungen in Kollektivverträgen anhand von Beispielen	28
C. Grenzen der kollektiven Normsetzung	33
<i>III. Europäische normative Grundlagen</i>	42
A. Primärrecht	42
B. Europäische Richtlinien und die Konsequenzen bei mangelhafter Umsetzung	43
1. Richtlinienkonforme Auslegung	46
2. Unmittelbare Direktwirkung von Richtlinien	48
a) Vertikale Direktwirkung	49
(1) Nicht fristgerecht bzw inhaltlich nicht ordnungsgemäß umgesetzte Richtlinie	50
(2) Inhaltlich unbedingte Richtlinie	50
(3) Hinreichend genaue Richtlinie	51
b) Horizontale Wirkung.....	51
(1) Weiter Staatsbegriff.....	53
(2) Richtlinienkonforme Interpretation	53
(3) Staatshaftung	54
C. Die ArbeitsvertragsbefristungsRL 1999/70/EG	54
1. Genese der ArbeitsvertragsbefristungsRL	55
2. Normativer Kern der ArbeitsvertragsbefristungsRL	59
D. Die Judikatur des EuGH zur ArbeitsvertragsbefristungsRL	61

1. Kettenvertragsjudikatur des EuGH	63
2. Schadenersatzjudikatur des EuGH als Konsequenz einer normativen Unmöglichkeit auf Erlangung eines unbefristeten Dienstverhältnisses	75
3. Das Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht.....	84
4. Judikaturinkonsistenz und deren richtlinienbedingte Ursachen.....	93

IV. Umsetzungsdefizite der RL 1999/70/EG im österreichischen Recht 98

A. Das EG-Sekundärrecht und seine Umsetzung ins österreichische Recht	98
1. Publizität.....	101
2. Rechtsnormvorbehalt	101
3. Zielverbindlichkeit	101
B. Umsetzungserfordernisse der Richtlinie 1999/70/EG	102
1. Allgemeines.....	102
2. Der Arbeitnehmerbegriff der RL 1999/70/EG	103
3. Der Missbrauchsbegriff des § 5 RL 1999/70/EG	105
a) Der Maßnahmenkatalog des § 5 RL 1999/70/EG	105
b) Gleichwertige gesetzliche Maßnahmen	106
C. Umsetzungsstand im österreichischen Recht.....	117
1. Allgemeines.....	117
2. Umsetzung durch Gesetzesrecht	118
3. Umsetzung durch Kollektivverträge	121
4. „Umsetzung“ durch die Rechtsprechung anhand ausgewählter Beispiele zur Kettendienstvertragsjudikatur	124
a) Zeitliche Momente im österreichischen Arbeitsrecht	124
b) Kettenvertragsjudikatur anhand ausgewählter Beispiele	127
c) Judikaturanalyse, Systematisierungsvorschläge und Richtlinienkonformität....	139
(1) „Besondere wirtschaftliche oder soziale Gründe“ als von der Judikatur entwickeltes Tatbestandselement.....	140
(2) Lösungen für die Praxis.....	144
(3) Systematisierung.....	149
(a) Gesetzlich unmittelbar oder mittelbar determinierte Befristungen	150
(b) Befristungen aufgrund rechtlich zulässiger Willensfreiheit.....	151
(c) Sphärenfälle.....	151
(4) Ergebnis	152

V.	<i>Meinungsstand zur Frage der Zulässigkeit befristeter Dienstverhältnisse und deren Kündbarkeit.....</i>	153
A.	Meinungsstand im Schrifttum.....	153
B.	Rechtsprechung	170
1.	Ältere Rechtsprechung	170
2.	Jüngere Rechtsprechung.....	170
C.	Eigener Lösungsansatz	196
1.	Keine Möglichkeit der Vereinbarung einer vorzeitigen Auflösung eines befristeten Dienstverhältnisses.....	197
2.	Buchsbaums methodischer Fehler.....	200
3.	Lösungsansatz	203
VI.	<i>Besonderheiten des FH-Sektors aus Sicht der einschlägigen Bestimmungen des FHStG und der Akkreditierungsrichtlinien.....</i>	207
A.	Einleitung	207
B.	Dienst- bzw Personalrecht im österreichischen Universitäts-, Fachhochschul- und Hochschulbereich (tertiärer Sektor).....	210
1.	UG 2002	210
2.	Universitäts-Akkreditierungsg – UniAkkG.....	217
3.	Pädagogische Hochschulen	219
4.	Die Universität für Weiterbildung Krems	221
5.	Exzellenz-Universität	221
C.	Das FHStG als Rahmen- und Planungsgesetz	223
VII.	<i>Auswertung und Ergebnisse am Beispiel von Mitgliedern des Lehrkörpers von Fachhochschulen.....</i>	232
A.	Jüngste Entwicklungen im FH-Sektor	232
1.	Das Lektorenerkenntnis und die FHStG-Novelle 2007	232
2.	Das Lehr- und Forschungspersonal an FH-Studiengängen bzw an Fachhochschulen als soziales Phänomen.....	236
3.	Haupt- und Nebenberuflichkeit als Auslegungsfrage	237

B.	Qualitative Anforderungen an die Mitglieder des Lehrkörpers von Fachhochschulen	240
1.	Ziele und leitende Grundsätze von Fachhochschul-Studiengängen.....	240
2.	Fachhochschulische Autonomie.....	242
3.	Qualitätssicherung durch Evaluierung	242
C.	Die Finanzierung von Fachhochschulen	244
1.	Der Fachhochschul-Entwicklungs- und Finanzierungsplan III.....	245
2.	Das Normkostenmodell.....	245
3.	Der Fördervertrag.....	246
4.	Die Standortkonsolidierung.....	247
D.	Erstbefristung und Kündigung.....	247
E.	Die mehrfache Aneinanderreihung befristeter Dienstverhältnisse	249
1.	Lehr- oder Forschungslaufbahn	249
2.	Mehrfache Aneinanderreihung befristeter Dienstverhältnisse bei Lehr- und Forschungsprofessuren.....	249
a)	Aus der Perspektive der Akkreditierung	249
b)	Aus der Perspektive der Evaluierung als Grundlage für auflösend bedingte Dienstverhältnisse	252
c)	Aus der allgemeinen Perspektive unter Berücksichtigung der Kettenvertragsjudikatur	263
3.	Analoge Anwendung des § 109 UG 2002.....	265
F.	Mehrfache Aneinanderreihung befristeter Dienstverhältnisse bei „Forschungsprofessuren“	269
G.	Freie Dienstverhältnisse.....	269
H.	Der Kollegiumsleiter als leitender Angestellter	271
1.	Ein neuer Tatbestand im österreichischen Hochschulrecht.....	271
2.	Hoheitliche Befugnisse vs Privatrecht	272
3.	Arbeitsrechtliche Konsequenzen.....	275
a)	Der leitende Angestellte im österreichischen Recht	275
b)	Kettendienstverhältnisse und leitende Angestellte.....	278
VIII.	<i>Zusammenfassung und Ausblick.....</i>	<i>281</i>
IX.	<i>Literaturverzeichnis</i>	<i>285</i>

A.	Österreichisches Recht:	285
B.	Europarecht:.....	288
C.	Deutsches Recht:	290
D.	Methodenlehre:.....	290
E.	Aufsätze:	290
F.	Lexika:	298
G.	MbO-Systeme:	298

I. Problemstellung

Die österreichische arbeitsrechtliche Rechtspraxis erweckt den Anschein, als sei das unbefristete Dienstverhältnis die Regel und das befristete Dienstverhältnis die Ausnahme. Befristete Dienstverhältnisse entsprechen häufig dem Wunsch des Dienstgebers. Mangelnder Bindungswille aufgrund zeitabhängiger (Beendigungs)Ansprüche des Dienstnehmers ist zu beobachten. Diesen Entwicklungen liegt ein gesellschaftlicher Wandel zugrunde. Nach Auffassung vieler leben wir heute im Zeitalter der „zweiten Moderne“¹. Für diesen gesellschaftlichen Wandel werden drei Ursachen² herangezogen. Die Ursachen werden einerseits in der Informations- und Kommunikationstechnologie, andererseits im Rahmen einer wissenschaftlich-technischen Zivilisation und weiters im Bereich der teilweise schlagwortartig missbrauchten Globalisierung geortet³. Diese Modernisierung schreitet stetig voran. Eine Wertung dahingehend, ob diese Entwicklung gut oder schlecht ist, wird von mir in dieser Arbeit bewusst weggelassen. Das ist weder im Rahmen einer kurzen soziologischen Einleitung, noch im Rahmen der rechtlichen Dimensionen Gegenstand der Arbeit. Faktum ist, dass der „moderne Dienstnehmer“ mit neuen Themenfeldern konfrontiert ist, die ihn vor neue Herausforderungen stellt. Schlagwortartig sollen hier lediglich Stichworte wie Wettbewerb, Individualismus, Flexibilität und Mobilität aufgezählt werden. Im Rahmen einer sich wandelnden Arbeitswelt wird von Dienstnehmern und Dienstnehmerinnen mehr denn je Selbstverantwortung, Selbstbestimmung und Selbstorganisation verlangt. Der Arbeitsmarkt wird wettbewerbsorientiert betrachtet. Es stellt sich in erster Linie die Frage, welcher Marktteilnehmer aufgrund welcher soziologischen, kaufmännischen und rechtlichen Parameter in der Lage ist, den Inhalt eines Beschäftigungsverhältnisses mehr oder stärker zu determinieren, als der jeweils andere Vertragspartner.

Neue Formen der Arbeitsverhältnisse setzen sich durch. Diese sind gekennzeichnet durch Offenheit und geringere Bindung. Besonders Höher- und Höchstqualifizierte im

¹ Beck, Die Erfindung des Politischen. Zu einer Theorie reflexiver Modernisierung (1993).

² Europäische Kommission, Lehren und Lernen. Auf dem Weg zur kollektiven Gesellschaft (1996) 5 ff.

³ Lenz in Prisching/Lenz/Hauser, Die Autonomie im Fachhochschul-Bereich, Autonomie und Bildung (2000) 74 ff.

Dienstleistungsbereich werden bereits jetzt sehr stark freiberuflich und projektbezogen rekrutiert⁴.

Die Tendenz zu befristeten Dienstverhältnissen ist auch Folge dieser neuen Flexibilität. Laut einer Studie des Statistikamtes Eurostat sind bereits 14,5 % der Arbeitnehmer der EU – also jeder Siebente – in einem befristeten Dienstverhältnis beschäftigt⁵. 2004 waren lediglich 13,4 % aller Arbeitnehmer in befristeten Dienstverhältnissen beschäftigt.

In der Regel werden Arbeitsverhältnisse auf unbestimmte Zeit abgeschlossen⁶. Auch das ABGB⁷ scheint in diese Richtung zu deuten. Gem § 1151 Abs 1 ABGB entsteht ein Dienstvertrag, wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet. Das mit „gewisse Zeit“ definierte Zeitmoment des § 1151 ABGB hilft nicht bei der Klärung der Frage, ob das ABGB grundsätzlich von befristeten Dienstverträgen ausgeht. Der Hinweis auf eine „gewisse Zeit“ in § 1151 Abs 1 ABGB weist in erster Linie auf den Umstand hin, dass Dienstverträgen der Charakter von Dauerschuldverhältnissen zukommt⁸. Das ABGB ermöglicht sowohl den Abschluss befristeter, als auch den Abschluss unbefristeter Dienstverhältnisse. Das ABGB präferiert keinen Vertragstypus und erachtet die Kündigung für zulässig⁹. Das ABGB ermöglicht dem Dienstnehmer die vorzeitige Auflösung nicht nur, wenn das Dienstverhältnis für bestimmte Zeit eingegangen wurde, sondern auch sonst ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aus wichtigen Gründen¹⁰. Die Möglichkeit des befristeten Dienstverhältnisses ergibt sich aus § 1151 iVm § 1158 ABGB. Gem § 1158 Abs 1 ABGB endet das Dienstverhältnis mit dem Ablaufe der Zeit, für die es eingegangen wurde¹¹.

Die Rechtsbeziehungen zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer regelt das ABGB jedoch nur mehr zu einem geringen Teil. Zahlreiche arbeitsrechtliche Sondergesetze, die Schutznormcharakter zugunsten des Dienstnehmers haben, gehen dem ABGB vor¹². Das

⁴ Lenz in *Prisching/Lenz/Hauser*, Die Autonomie im Fachhochschul-Bereich, Autonomie und Bildung (2000) 74 ff.

⁵ Österreichische Nachrichten (ÖÖN) 12.9.2006, 9.

⁶ Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 209 ff.

⁷ § 1151 ff ABGB; 26. Hauptstück idF § 150 der kaiserlichen Verordnung RGBl Nr. 69/1916 (III. TN).

⁸ Krejci in *Rummel*, ABGB³ (2000) § 1151 Rz 34.

⁹ § 1159 ABGB.

¹⁰ § 1162 ABGB.

¹¹ § 1158 ABGB ist die älteste, dem österreichischen Rechtsbestand angehörende Norm, die den Tatbestand des befristeten Dienstverhältnisses zum Inhalt hat; Fassung gem 3. TN § 150.

¹² Beachte den methodischen Grundsatz: *Lex specialis derogat legi generali*; vgl dazu auch *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹² I (2001) 34 f.

ABGB erfüllt im modernen Arbeitsrecht des 21. Jahrhunderts eine bloß ergänzende Rolle¹³. Die bloß ergänzende Rolle des ABGB im Dienstvertragsrecht war dem Gesetzgeber der dritten Teilnovelle bereits voll bewusst¹⁴. Dennoch ist das ABGB die primäre Rechtsquelle des bürgerlichen Rechts, sohin auch des Arbeitsrechts.

Die subsidiäre Geltung des ABGB soll aber dennoch die Bedeutung von § 1151 ABGB nicht verdrängen. Im Gegensatz zu vielen arbeitsrechtlichen Sondergesetzen beinhaltet § 1151 Abs 1 ABGB eine Legaldefinition des Dienstvertrages¹⁵ und grenzt diesen vom Werkvertrag ab¹⁶.

¹³ *Krejci in Rummel, ABGB*³ (2000) § 1151 Rz 3a.

¹⁴ § 153 Abs 2 3. TN.

¹⁵ Der Ausdruck „Dienstvertrag“ ist gleichbedeutend mit dem im Arbeitsrecht geläufigeren Begriff des „Arbeitsvertrages“. Gleiches gilt für die Termini „Dienstverhältnis“ und „Arbeitsverhältnis“ sowie „Dienstnehmer“ und „Dienstgeber“ einerseits und „Arbeitnehmer“ und „Arbeitgeber“ andererseits. Der Terminologie des ABGB entsprechend wird auch fortan der Begriff des Dienstvertrages, des Dienstnehmers, des Dienstgebers etc verwendet.

¹⁶ Vgl zur Abgrenzung statt vieler insbesondere *Krejci in Rummel, ABGB*³ (2000) § 1151 Rz 92 ff.

II. Innerstaatliche normative Grundlagen

A. Gestaltungsmöglichkeiten von Befristungen im österreichischen Arbeitsrecht anhand von Beispielen

Verschiedene arbeitsrechtliche Sondergesetze kennen den Tatbestand des befristeten Dienstverhältnisses. Diese Normen ermöglichen die Befristung eines Dienstverhältnisses an sich, schweigen aber darüber, ob diese Befristung einmalig ist oder wiederholt werden kann. Dieser auf den ersten Blick scheinbar unbedeutende Unterschied ist jedoch von großer Bedeutung. Der reine Gesetzeswortlaut einiger der nachfolgenden Beispiele würde nämlich die unbegrenzte Wiederholung befristeter Dienstverhältnisse durchaus als zulässig erscheinen lassen. Dass dem nicht so ist, zeigen befristungsrechtliche Bestimmungen, die die Aneinanderreihung von befristeten Dienstverhältnissen nicht nur ausdrücklich zulassen, sondern darüber hinaus keine Schranken hinsichtlich absoluter Dauer des Zeitraumes, innerhalb dessen Befristungen möglich sind bzw deren Höchstzahl determinieren. Daneben bestehen Bestimmungen, die bereits im Rahmen einer ersten Befristung das Element der sachlichen Rechtfertigung der Befristung einbeziehen.

1. Aneinanderreihungsfeindliche Normen

„Atypisch“ und damit an vorderster Stelle erwähnenswert ist das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz. Es enthält die – soweit überblickbar – im österreichischen Arbeitsrecht einzige ausdrückliche Bestimmung, die bereits im Rahmen der ersten Befristung eine sachliche Rechtfertigung fordert.

Das AÜG¹⁷ gilt für die Beschäftigung von Arbeitskräften, die zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden¹⁸. Das AÜG bezweckt den Schutz der überlassenen Arbeitskräfte, insbesondere in arbeitsvertraglichen, arbeitnehmerschutz- und sozialversicherungsrechtlichen

¹⁷ Bundesgesetz vom 23. März 1988, mit dem die Überlassung von Arbeitskräften geregelt wird (Arbeitskräfteüberlassungsgesetz-AÜG), BGBl 1988/196 idF BGBl I 2005/104.

¹⁸ § 1 Abs 1 AÜG.

Angelegenheiten¹⁹ und die Regelung der Arbeitskräfteüberlassung zur Vermeidung arbeitsmarktpolitisch nachteiliger Entwicklungen²⁰. Auch das AÜG kennt den Tatbestand des befristeten Dienstverhältnisses. § 11 AÜG, der den zwingenden Inhalt einer ausdrücklichen Vereinbarung regelt, fordert einerseits eine sachliche Rechtfertigung für eine allfällige Befristung²¹, andererseits beinhaltet der Normtext ein spiegelgleiches Verbot von befristeten Arbeitsverhältnissen ohne sachliche Begründung²². Nach dem klaren Wortlaut des § 11 Abs 1 Z 2 AÜG bedarf bereits die erstmalige allfällige Befristung einer sachlichen Begründung²³. Das Verbot des § 11 Abs 2 Z 4 AÜG, das Arbeitsverhältnis ohne sachliche Rechtfertigung zu befristen, ist die logische, korrespondierende Komplementärbestimmung, die aber aufgrund des klaren Wortlautes des § 11 Abs 1 Z 2 AÜG legislatisch nicht unbedingt notwendig ist. Ein sachlicher Grund für eine solche Befristung liegt nach der Rechtsprechung beispielsweise dann vor, wenn diese zur Überbrückung betrieblicher Engpässe wegen Krankenständen und Urlauben von Dienstnehmern dient²⁴.

Aneinanderreihungsfeindlich ist auch das Mutterschutzgesetz. Das MSchG²⁵ gilt für Dienstnehmerinnen und Heimarbeiterinnen²⁶. werdende Mütter werden durch das Beschäftigungsverbot²⁷ geschützt. Sie dürfen in den letzten 8 Wochen vor der voraussichtlichen Entbindung (8-Wochenfrist) nicht mehr beschäftigt werden. Diese 8-Wochenfrist ist aufgrund eines ärztlichen Zeugnisses zu berechnen. Erfolgt die Entbindung früher oder später als im Zeugnis angegeben, so verkürzt oder verlängert sich diese Frist entsprechend²⁸. Über die 8-Wochenfrist hinaus darf eine werdende Mutter auch dann nicht beschäftigt werden, wenn nach einem von ihr vorgelegten Zeugnis eines Arbeitsinspektionsarztes oder eines Amtsarztes Leben oder Gesundheit von Mutter oder Kind bei Fortdauer der Beschäftigung gefährdet wäre²⁹. Der Ablauf eines auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Dienstverhältnisses wird von der Meldung der Schwangerschaft bis zu dem Beginn des Beschäftigungsverbotes nach § 3 Abs 1 MSchG oder dem Beginn eines auf Dauer

¹⁹ § 2 Abs 1 Z 1 AÜG.

²⁰ § 2 Abs 1 Z 2 AÜG.

²¹ § 11 Abs 1 Z 2 AÜG.

²² § 11 Abs 2 Z 4 AÜG.

²³ Arg: „...und die Gründe für eine allfällige Befristung...“.

²⁴ OGH 8.9.1993, 9 Ob A 209/93 = Arb 11.111; kritisch *Schindler* in ZellKomm (2006) § 11 AÜG Rz

17.

²⁵ MSchG 1979, BGBl 1979/221 idF BGBl I 2004/123.

²⁶ § 1 Abs 1 Z 1 u 2 MSchG.

²⁷ § 3 MSchG.

²⁸ § 3 Abs 2 MSchG.

²⁹ § 3 Abs 3 MSchG.

ausgesprochenen Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs 3 MSchG gehemmt³⁰. Die Befristung kann allerdings dann wirksam sein, wenn sie aus sachlich gerechtfertigten Gründen erfolgt oder gesetzlich vorgesehen ist³¹. Eine sachliche Rechtfertigung der Befristung liegt dann vor, wenn diese im Interesse der Dienstnehmerin liegt, oder wenn das Dienstverhältnis für die Dauer der Vertretung an der Arbeitsleistung veränderter Dienstnehmer, zu Ausbildungszwecken, für die Zeit der Saison oder zur Erprobung abgeschlossen wurde, oder wenn aufgrund der in der vorgesehenen Verwendung erforderlichen Qualifikation eine längere Erprobung als die gesetzliche oder kollektivvertragliche Probezeit notwendig ist³².

Seit dem Beitritt Österreichs zur EU sind allerdings auch europäische Normen zu beachten. Die Mutterschutzrichtlinie³³ steht einer Auflösung des Dienstverhältnisses mit einer schwangeren Arbeitnehmerin während der Probezeit nicht entgegen, wenn die Auflösung aus anderen als schwangerschaftsbedingten Gründen erfolgt.

Im Urteil *Melgar*³⁴ hat der Europäische Gerichtshof ausgesprochen, dass die Entlassung einer Arbeitnehmerin wegen ihrer Schwangerschaft, unabhängig davon, ob ihr Arbeitsvertrag auf bestimmte oder unbestimmte Zeit abgeschlossen ist, eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nach der Mutterschutzrichtlinie in Verbindung mit der Richtlinie 76/207/EWG sei. Sowohl Art 5 Abs 1 der Richtlinie 76/207/EWG als auch Art 10 der Mutterschutzrichtlinie verbieten die Beendigung eines befristeten oder unbefristeten Arbeitsvertrages wegen einer Schwangerschaft, da dies eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstelle. Eine ebensolche Diskriminierung stelle es nach dem EuGH im Urteil *Melgar* dar, wenn ein befristeter Arbeitsvertrag wegen einer Schwangerschaft nicht verlängert werde. Die Mutterschutzrichtlinie sei in jenen Mitgliedstaaten, die mit ihrer Umsetzung säumig seien, unmittelbar anzuwenden. Die Mutterschutzrichtlinie wurde im österreichischen Recht durch eine Novelle³⁵ zum MSchG umgesetzt. Wesentliche Anforderungen der Mutterschutzrichtlinie waren in Österreich jedoch bereits vor dieser Novelle richtlinienkonform geregelt³⁶. *Melgar* stellt allerdings klar, dass die unmittelbare Diskriminierung nur dann vorliege, wenn die Beendigung des Dienstverhältnisses aus schwangerschaftsbedingten Gründen erfolgt ist.

³⁰ § 10a Abs 1 MSchG.

³¹ § 10a Abs 1 2. Halbsatz MSchG.

³² § 10a Abs 2 MSchG.

³³ RL 92/85/EWG.

³⁴ EuGH 4.10.2001, Rs C-438/99, *Melgar*, Slg 2001 I-6915.

³⁵ BG, mit dem das MSchG 1979 und das Eltern-Karenzurlaubsgesetz geändert werden, BGBl 1995/434.

³⁶ *Eichinger*, EU-Rechtsangleichungen im Mutterschutzrecht, RdW 1995, 303.

Im Gegensatz zum AÜG und MSchG, die durch restriktive Befristungsbestimmungen gekennzeichnet sind, ermöglichen die nachfolgend dargestellten arbeitsrechtlichen Normen die Befristung eines Dienstverhältnisses, jedoch ohne die Notwendigkeit einer sachlichen Rechtfertigung bzw Begründung.

Als erstes Beispiel soll das Angestelltengesetz aufgrund seines großen Anwendungsbereiches auf eine Vielzahl von österreichischen Dienstnehmern Erwähnung finden.

Das AngG gilt für Personen, die im Geschäftsbetrieb eines Kaufmannes vorwiegend zur Leistung kaufmännischer oder höherer, nicht kaufmännischer Dienste oder zu Kanzleiarbeiten angestellt sind³⁷. Das AngG findet ferner Anwendung auf das Dienstverhältnis von Personen, die vorwiegend zur Leistung kaufmännischer oder höherer, nicht kaufmännischer Dienste oder zu Kanzleiarbeiten im Geschäftsbetrieb von Unternehmungen, Anstalten oder sonstigen Dienstgebern angestellt sind, wobei das Angestelltengesetz taxativ³⁸ neun Kategorien von Dienstgebern beschreibt³⁹. Das AngG gilt nicht für Beamte oder Bedienstete des Bundes, einer Bundesanstalt oder beim vom Bund verwaltete fondsangestellte Personen⁴⁰, sowie für Lehrlinge, Angestellte der Seeschifffahrt sowie auch Angestellte in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben, sofern Letztere nicht Handlungsgehilfen sind⁴¹.

§ 19 Abs 1 AngG⁴² bestimmt das Ende eines Dienstverhältnisses mit dem Ablauf⁴³ der Zeit, für die es eingegangen wurde. Dabei handelt es sich um eine zu § 1158 Abs 1 ABGB textgleiche Bestimmung. Ein Dienstverhältnis auf bestimmte Zeit liegt vor, wenn seine Dauer objektiv festgelegt ist und nicht von der Willkür der Parteien abhängt. Dabei ist eine kalendermäßige Begrenzung nicht erforderlich. Es genügt, wenn der Endzeitpunkt objektiv feststellbar und der willkürlichen Beeinflussung durch die Vertragsparteien entzogen ist⁴⁴.

Das AngG definiert aber auch eine zu Lasten des Dienstnehmers höchstzulässige Befristungsdauer von maximal 5 Jahren⁴⁵. Zweck dieser Bestimmung ist der Schutz des Dienstnehmers vor überlangen Bindungen, so genannten Knebelungen⁴⁶.

³⁷ § 1 Abs 1 AngG.

³⁸ *Dittrich/Tades*, AngG²³ (2006) § 1 E 21, § 2 E 1.

³⁹ § 2 Abs 1 Z 1 - 9 AngG.

⁴⁰ § 4 AngG.

⁴¹ § 5 AngG.

⁴² BG vom 11.5.1921, BGBl 292 idF BGBl I 2006/35.

⁴³ Eigentlich „Ablaufe“, wobei das AngG die etwas antiquierte Formulierung des ABGB textgleich übernimmt.

⁴⁴ RdW 2000, 626; Arb 9563, 11.185, 11.242, 11.349.

⁴⁵ § 21 AngG; vgl aber auch § 1158 Abs 3 ABGB sowie § 18 GAngG.

Das Hausbesorgergesetz regelt die Dienstverhältnisse der Hausbesorger. Die Vorschriften des HausbG⁴⁷ gelten für das privatrechtliche Dienstverhältnis von Hausbesorgern. Hausbesorger sind Personen⁴⁸, die sowohl die Reinhaltung als auch die Wartung und Beaufsichtigung eines Hauses im Auftrag des Hauseigentümers gegen Entgelt zu verrichten haben, sowie Personen, die im Hause wohnen und zu wohnen berechtigt sind.

§ 18 Abs 1 HausbG bestimmt, dass die Befristung eines Dienstverhältnisses rechtswirksam nur schriftlich vereinbart werden kann. § 18 Abs 1 HausbG bestimmt weiters, dass ein befristetes Dienstverhältnis mit dem Ablauf der Zeit endet, für die es eingegangen worden ist. Dabei ist auf das zum AngG Gesagte zu verweisen. Interessant ist, dass § 18 Abs 1 HausbG eine wirksame Befristung eines Hausbesorgerdienstverhältnisses an die Schriftform knüpft. Dieses Erfordernis der Schriftform ist zwingendes Recht und schützt den schwächeren Hausbesorger gegenüber dem stärkeren Hauseigentümer als Dienstgeber. Weiters fällt auf, dass ein Dienstverhältnis auf Probe für die Höchstdauer von 2 Monaten vereinbart werden kann⁴⁹. Das AngG begrenzt das Dienstverhältnis auf Probe mit der Höchstdauer eines Monats⁵⁰. Der Gesetzgeber hat sich offenbar dafür entschieden, den Vertragsparteien des Hausbesorgerdienstvertrages eine längere wechselseitige Testphase zu gewähren, als den Vertragsparteien des klassischen Angestelltendienstvertrages. Die Wertung des Gesetzgebers ist insofern nicht nachvollziehbar, als mE Hausbesorgerdienstleistungen keinesfalls einer längeren Probephase bedürften, als beispielsweise höhere nicht kaufmännische Tätigkeiten.

Das Gutsangestelltengesetz gilt für das Dienstverhältnis von Personen, die in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben oder deren Nebengewerben vorwiegend zur Leistung höherer oder kaufmännischer Dienste oder zu Kanzleiarbeiten angestellt sind. Den land- und forstwirtschaftlichen Betrieben im Sinne dieses Gesetzes sind Jagd und Fischerei, sowie der nicht gewerbliche Gartenbau gleichzustellen⁵¹. Gem § 16 Abs 1 GAngG endet das Dienstverhältnis mit dem Ablauf der Zeit, für die es eingegangen wurde⁵².

⁴⁶ Reissner in ZellKomm (2006) § 21 AngG Rz 1.

⁴⁷ HausbG 1970, BGBl 1970/16 idF BGBl I 2000/44.

⁴⁸ § 2 Z 1 u 2 HausbG.

⁴⁹ § 18 Abs 2 HausbG.

⁵⁰ § 19 Abs 2 AngG.

⁵¹ § 1 Abs 1 GAngG idF BGBl I 2004/143.

⁵² Vgl die textgleiche Bestimmung des § 1158 ABGB.

Das Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz⁵³ regelt in seinem § 1, dass die Bestimmungen dieses BG für das Dienstverhältnis von Dienstnehmern gelten, die Dienste für die Hauswirtschaft des Dienstgebers oder für Mitglieder seines Hausstandes zu leisten haben, gleichgültig, ob sie in die Hausgemeinschaft aufgenommen sind, oder nicht. § 13 Abs 1 HausgG bestimmt, dass das Dienstverhältnis mit dem Ablauf der Zeit endet, für die es eingegangen wurde⁵⁴. Obgleich der anzunehmenden Schutzbedürftigkeit von Hausangestellten fehlt dem HausgG das Erfordernis der Schriftform bei Abschluss und Inhalt des Dienstvertrages. Dafür fordert § 2 Abs 1 HausgG einen Dienstschein laut Muster⁵⁵, sowie bei Begründung des Dienstverhältnisses das Überreichen einer Ausfertigung des HausgG in der jeweils geltenden Fassung durch den Dienstgeber⁵⁶. Der im Anhang zum HausgG befindliche Dienstschein sieht vor, bei auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Dienstverhältnissen auch das Ende des Dienstverhältnisses anzuführen⁵⁷.

Das SchauspG⁵⁸ gilt für das Dienstverhältnis von Personen, die sich einem Theaterunternehmer zur Leistung künstlerischer Dienste in einer oder mehreren Kunstgattungen (insbesondere als Darsteller, Spielleiter, Dramaturg, Kapellmeister, Musiker) bei der Aufführung von Bühnenwerken verpflichten (Mitglied), sofern das Dienstverhältnis die Erwerbstätigkeit des Mitglieds hauptsächlich in Anspruch nimmt (Bühnendienstvertrag)⁵⁹. Gem § 29 Abs 1 SchauspG endet das Dienstverhältnis mit dem Ablauf der Zeit, für die es eingegangen worden ist⁶⁰, oder im Falle einer Vereinbarung ohne Zeitbestimmung mit dem Ablauf der an der Vertragsbühne üblichen Spielzeit⁶¹. Der Theaterunternehmer hat den Mitgliedern (Schauspielern) auf deren Verlangen eine schriftliche Aufzeichnung über die getroffenen Vereinbarungen (Bühnendienstvertrag) einzuhändigen⁶². Aus dieser schriftlichen Aufzeichnung, die im Klammerausdruck des § 2 Abs 1 SchauspG als Bühnendienstvertrag bezeichnet wird, sollte im Falle eines befristeten Bühnendienstvertrages der Endtermin objektiv feststellbar sein. Dabei weicht die Diktion des SchauspG von anderen arbeitsrechtlichen Sondergesetzen insofern ab, als weder die Rechtswirksamkeit des Dienstvertrages der Schriftform unterworfen wird, noch ein so genannter Dienstzettel verlangt

⁵³ Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz 1962, BGBl 1962/235 idF BGBl I 2002/100.

⁵⁴ Vgl dazu die textgleiche Bestimmung § 1158 Abs 1 ABGB.

⁵⁵ Anhang zum HausgG.

⁵⁶ § 2 Abs 2 HausgG.

⁵⁷ Z 4 des Dienstscheines als Anhang zum HausgG.

⁵⁸ SchauspG 1922, BGBl 1922/441 idF BGBl I 2001/98.

⁵⁹ § 1 Abs 1 SchauspG.

⁶⁰ § 29 Abs 1 SchauspG, vgl auch § 1158 Abs 1 ABGB.

⁶¹ § 29 Abs 3 SchauspG.

⁶² § 2 Abs 1 SchauspG.

wird. Voraussetzung für die Ausfertigung einer lediglich schriftlichen Aufzeichnung ist das Verlangen des Schauspielers, wobei diese schriftlichen Aufzeichnungen nicht einmal unterschrieben sein müssen.

Kurios ist nämlich die gebührenrechtliche Bestimmung des SchauspG, dass nicht unterschriebene Aufzeichnungen über abgeschlossene Bühnendienstverträge gebührenfrei sind⁶³. Das bedeutet, dass der Schauspieler quasi einen Aktenvermerk über die Eckpunkte seiner dienstlichen Verpflichtungen verlangen kann, der aber nicht unbedingt unterschrieben sein muss. Hinsichtlich der Schutzbedürftigkeit von Schauspielern wird also mittleres Maß vom Gesetzgeber für angemessen gehalten. Es reicht ein nicht unterschriebener „Aktenvermerk“ über die getroffenen Vereinbarungen. Aus Sorgfaltsanforderung in eigener Angelegenheit ist daher jedem Schauspieler zu empfehlen, einerseits Beginn und Ende des Dienstverhältnisses festzuhalten und andererseits wohlweislich nicht aus bloßer Gebührenersparnis auf die wechselseitige Unterfertigung dieses Textes zu verzichten.

Das BAG⁶⁴ regelt die Ausbildung und den Schutz von Lehrlingen. Lehrlinge sind Personen, die aufgrund eines Lehrvertrages⁶⁵ zur Erlernung eines in der Lehrberufliste⁶⁶ angeführten Lehrberufes bei einem Lehrberechtigten⁶⁷ fachlich ausgebildet und im Rahmen dieser Ausbildung verwendet⁶⁸ werden. Das Lehrverhältnis endet mit Ablauf der im Lehrvertrag⁶⁹ vereinbarten Dauer der Lehrzeit⁷⁰. Vorzeitige Auflösungen von Lehrverhältnissen bedürfen in der Regel der Rechtswirksamkeit der Schriftform und bei minderjährigen Lehrlingen überdies der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters⁷¹.

Das HeimAG⁷² gilt für Heimarbeit jeder Art, ausgenommen jedoch die Heimarbeit im Rahmen der land- und forstwirtschaftlichen Produktion. Das Heimarbeitsverhältnis, das keinen Formvorschriften unterliegt, endet zu dem vom Auftraggeber oder Heimarbeiter ausdrücklich erklärten Zeitpunkt oder 30 Tage nach der Ablieferung des letzten Auftrages, wenn der Auftraggeber dem Heimarbeiter innerhalb dieser Frist keinen weiteren Auftrag mehr

⁶³ § 2 Abs 3 SchauspG.

⁶⁴ BAG 1969, BGBl 1969/142 idF BGBl I 2006/5.

⁶⁵ § 12 BAG.

⁶⁶ § 7 BAG.

⁶⁷ § 2 BAG.

⁶⁸ § 9 BAG.

⁶⁹ § 13 BAG.

⁷⁰ § 14 Abs 1 BAG.

⁷¹ § 15 Abs 2 BAG.

⁷² HeimAG 1961, BGBl 1961/105 idF BGBl I 2001/98.

gibt oder 30 Tage nach Ablieferung des letzten Auftrages, wenn sich der Heimarbeiter grundlos weigert, innerhalb dieser Frist einen weiteren Auftrag anzunehmen⁷³.

Das VBG⁷⁴ ist auf Personen anzuwenden, die in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis zum Bund stehen⁷⁵. Den Vertragsbediensteten ist unverzüglich nach dem Beginn des Dienstverhältnisses und spätestens einen Monat nach dem Wirksamkeitsbeginn jeder Änderung des Dienstvertrages eine schriftliche Ausfertigung des Dienstvertrages und allfälliger Nachträge zum Dienstvertrag auszufolgen. Die Ausfertigung ist von beiden Vertragsteilen zu unterschreiben⁷⁶.

Der Dienstvertrag hat jedenfalls Bestimmungen darüber zu enthalten, mit welchem Tag das Dienstverhältnis beginnt⁷⁷, ob der Vertragsbedienstete für einen bestimmten Dienort oder einen örtlichen Verwaltungsbereich aufgenommen wird⁷⁸, ob und für welche Person der Vertragsbedienstete zur Vertretung aufgenommen wird⁷⁹, ob das Dienstverhältnis auf Probe, auf bestimmte Zeit oder auf unbestimmte Zeit eingegangen wird, ob das Dienstverhältnis nur auf bestimmte Zeit abgeschlossen wird, wann das Dienstverhältnis endet⁸⁰, für welche Beschäftigungsart der Vertragsbedienstete aufgenommen wird, mit welchem Entlohnungsschema, welche Entlohnungsgruppe und, wenn die Entlohnungsgruppe in Bewertungsgruppen gegliedert ist, welche Bewertungsgruppe er demgemäß zugewiesen wird⁸¹, in welchem Ausmaß der Vertragsbedienstete vollbeschäftigt wird⁸², ob und welche Grundausbildung bis zum Abschluss der Ausbildungsphase erfolgreich zu absolvieren ist⁸³, und dass dieses BG und die zu seiner Durchführung nach seinen Verordnungen in der jeweils geltenden Fassung auf Dienstverhältnisse anzuwenden sind⁸⁴.

Das Dienstverhältnis gilt nur dann als auf bestimmte Zeit eingegangen, wenn es von vornherein auf die Besorgung einer bestimmten, zeitlich begrenzten Arbeit oder auf eine kalendermäßig bestimmte Zeit abgestellt ist. Ein Dienstverhältnis auf Probe kann nur für die Höchstdauer eines Monats eingegangen werden⁸⁵. Das VBG kennt aber nicht nur den

⁷³ § 27a Abs 1 Z 1-3 HeimAG.

⁷⁴ Vertragsbedienstetengesetz 1948, BGBl 1948/86 idF BGBl I 2006/90 bzw 2006/117 (Novelle in Bearbeitung).

⁷⁵ § 1 Abs 1 VBG idF BGBl I 2003/130.

⁷⁶ § 4 Abs 1 VBG idF BGBl I 2003/130.

⁷⁷ § 4 Abs 2 Z 1 VBG.

⁷⁸ § 4 Abs 2 Z 2 VBG.

⁷⁹ § 4 Abs 2 Z 3 VBG.

⁸⁰ § 4 Abs 2 Z 4 VBG.

⁸¹ § 4 Abs 2 Z 5 VBG.

⁸² § 4 Abs 2 Z 6 VBG.

⁸³ § 4 Abs 2 Z 7 VBG.

⁸⁴ § 4 Abs 2 Z 8 VBG.

⁸⁵ § 5 Abs 3 VBG idF BGBl I 2003/130.

Tatbestand des befristeten Dienstverhältnisses, sondern enthält auch Bestimmungen über die Verlängerung eines auf bestimmte Zeit eingegangenen Dienstverhältnisses. Das VBG bestimmt, dass ein Dienstverhältnis, das auf bestimmte Zeit eingegangen worden ist, auf bestimmte Zeit einmal verlängert werden kann. Diese Verlängerung darf drei Monate nicht überschreiten. 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 wäre⁸⁶. Das VBG zieht das auf unbestimmte Zeit eingegangene Dienstverhältnis wertungsmäßig dem auf bestimmte Zeit eingegangenen Dienstverhältnis vor. Vertragsbedienstete mit einem auf bestimmte Zeit eingegangenen Dienstverhältnis dürfen gegenüber Vertragsbediensteten mit einem auf unbestimmte Zeit eingegangenen Dienstverhältnis nicht benachteiligt werden, es sei denn, sachliche Gründe rechtfertigen eine unterschiedliche Behandlung⁸⁷. Der Dienstgeber hat Vertragsbedienstete mit einem auf bestimmte Zeit eingegangenen Dienstverhältnis über im Bereich der Dienststelle freiwerdende Dienstverhältnisse auf unbestimmte Zeit zu informieren. Die Information kann durch allgemeine Bekanntgabe an einer geeigneten, für den Vertragsbediensteten leicht zugänglichen Stelle im Bereich der Dienststelle erfolgen⁸⁸.

Darüber hinaus kennt das VBG die Befristung von Dienstverhältnissen in besonderen Fällen. In solchen besonderen Fällen gilt § 4 Abs 4 VBG, der lediglich einmalige Verlängerung ermöglicht, nicht. Diese besonderen Fälle sind jedoch vom VBG enumerativ aufgezählt. Hier ermöglicht das VBG die Aneinanderreihung mehrerer auf bestimmte Zeit abgeschlossener Dienstverhältnisse⁸⁹. Dem VBG wohnt in dieser Bestimmung der Gedanke inne, die mehrfache Aneinanderreihung von befristeten Dienstverhältnissen unter besondere Voraussetzungen zu stellen, was einer sachlichen Rechtfertigung nahe kommt. Das Dienstverhältnis des Vertragsbediensteten endet durch Zeitablauf⁹⁰, sowie auch, wenn das Dienstverhältnis auf bestimmte Zeit eingegangen worden ist, mit dem Ablauf der Zeit, für die es eingegangen wurde, oder mit dem Abschluss der Arbeit, auf die es abgestellt war⁹¹.

⁸⁶ § 4 Abs 4 VBG idF BGBl I 2003/130.

⁸⁷ § 4 Abs 6 VBG idF BGBl I 2003/130.

⁸⁸ § 4 Abs 7 VBG idF BGBl I 2003/130.

⁸⁹ § 4a Abs 1 Z 1-3 VBG; § 4a Abs 2 Z 1-4 VBG. Vgl aber auch die Befristungsmöglichkeiten für Vertragslehrer aufgrund der §§ 42b und 42c VBG.

⁹⁰ § 24 Abs 9 VBG; § 46 Abs 6 VBG.

⁹¹ § 30 Abs 1 Z 8 VBG.

2. Aneinanderreihungsfreundliche Normen

Das ORF-G⁹² regelt die rechtliche Stellung der Mitarbeiter des österreichischen Rundfunks und seiner Tochtergesellschaften. Dabei gelten besondere arbeitsrechtliche Bestimmungen, die den Rechtsbereich der befristeten Dienstverhältnisse und deren Aneinanderreihung großzügig regeln. Befristete Arbeitsverhältnisse können ohne zahlenmäßige Begrenzung und auch unmittelbar hintereinander abgeschlossen werden, ohne dass hierdurch ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit entsteht⁹³. Beabsichtigt das Unternehmen, ein weiteres befristetes Arbeitsverhältnis nicht mehr abzuschließen, so ist der Arbeitnehmer von dieser Absicht schriftlich zu verständigen. Die Verständigung hat, wenn ab Beginn des ersten Arbeitsverhältnisses mit oder ohne Unterbrechungen ein Zeitraum von nicht mehr als 3 Jahren verstrichen ist, 4 Wochen vor Ende des laufenden Arbeitsverhältnisses zu erfolgen. Beträgt dieser Zeitraum ab Beginn dieses ersten Arbeitsverhältnisses mehr als 3 Jahre, so hat die Verständigung 8 Wochen, und wenn der Zeitraum mehr als 5 Jahre beträgt, hat die Verständigung 12 Wochen vor Ablauf des bestehenden Arbeitsverhältnisses zu erfolgen. Erfolgt die Verständigung nicht oder nicht rechtzeitig, so gebührt ein Entschädigungsanspruch⁹⁴.

Erstrecken sich befristete Arbeitsverhältnisse im Sinne des § 32 Abs 5 ORF-G ab Beginn des ersten Arbeitsverhältnisses mit oder ohne Unterbrechungen über einen Zeitraum von 5 Jahren, so gebührt bei einer gem Abs 5 Z 2 leg cit vorgenommenen Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Abfertigung. Diese gebührt auch dann, wenn das Unternehmen die Verständigung unterlässt, jedoch kein weiteres befristetes Arbeitsverhältnis abschließt, oder das Arbeitsverhältnis durch berechtigten vorzeitigen Austritt oder unverschuldete Entlassung des Arbeitnehmers endet. Die Abfertigung beträgt bei einer Dauer von mehr als 5 Jahren ab Beginn des ersten Arbeitsverhältnisses 1/12, bei einer Dauer von mehr als 10 Jahren 1/9, bei mehr als 15 Jahren 1/6, bei mehr als 20 Jahren 2/9 und bei mehr als 25 Jahren 1/3 jenes Entgelts, das der Arbeitnehmer in den letzten 3 Jahren vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses erhalten hat. Auf diese Abfertigung ist eine nach anderen Bestimmungen allenfalls gebührende Abfertigung anzurechnen⁹⁵.

Unzweifelhaft fallen diese Bestimmungen aus dem sozialpolitischen Konzept des österreichischen Individualarbeitsrechts. Der Umstand, dass das Unternehmen den

⁹² Bundesgesetz über den österreichischen Rundfunk, BGBl 1984/379 (WV) idF BGBl I 2005/159.

⁹³ § 32 Abs 5 Z 1 ORF-G.

⁹⁴ § 32 Abs 5 Z 2 ORFG.

⁹⁵ § 32 Abs 6 ORF-G.

Dienstnehmer unter Einhaltung bestimmter Fristen zu verständigen hat, wenn er beabsichtigt, ein weiteres befristetes Arbeitsverhältnis nicht mehr abzuschließen, vermag dieses sozialpolitische Defizit nur wenig zu lindern. Es hilft auch wenig, wenn in Ermangelung dieser Verständigung oder im Falle einer nicht rechtzeitigen Verständigung Entschädigungsansprüche gebühren. Die Abfertigungsansprüche des § 32 Abs 6 ORF-G können wenigstens als Versuch, das sozialpolitische Konzept des Individualarbeitsrechts einzuhalten, gewertet werden. Eine sachliche Rechtfertigung, programmgestaltende oder journalistische Mitarbeiter anders zu behandeln, als Dienstnehmer, die unter andere sonderarbeitsrechtliche Bestimmungen fallen, ist dem Gesetzestext nicht ohne weiteres zu entnehmen.

Die Gesetzesmaterialien zum ORF-G⁹⁶ verweisen lediglich auf das Vorgängergesetz zum ORF-G und auf die gleichlautenden Bestimmungen des Vorgängergesetzes. Wahrscheinlich spielt hier auch das Bewusstsein einer Berufsgruppe, die sich traditionell und seit jeher als selbständig und autonom betrachtet hat, eine bedeutende Rolle. Anders ist die Sonderbehandlung mE nicht zu erklären. Stabile, unbefristete Dienstverhältnisse sollten aber gerade bei programmgestaltenden und journalistischen Mitarbeitern als Qualitätskriterium einer seriösen Berichterstattung gewertet werden. Dem gegenüber steht möglicherweise der faktisch vorhandene politische Einfluss der Medienbranche. Diese Vermutung wird durch § 11 Abs 1 Journalistengesetz bekräftigt, welcher es einem Redakteur ermöglicht, den Vertrag ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu lösen, wenn eine Zeitungsunternehmung die von ihr bisher eingehaltene politische Richtung gewechselt hat. Voraussetzung ist hier allerdings auch, dass dem Redakteur die Fortsetzung seiner Tätigkeit ohne Änderung seiner Gesinnung nicht zugemutet werden kann.

Ebenso kurios wie verfassungs- und europarechtlich bedenklich sind die Bestimmungen über befristete Dienstverhältnisse des ParlamentsmitarbeiterG⁹⁷. Dieses Gesetz regelt primär den Vergütungsanspruch für parlamentarische Mitarbeiter. Jedem Mitglied des Nationalrates, das zur Unterstützung seiner parlamentarischen Tätigkeit einen Dienstvertrag unter Berücksichtigung der Erfordernisse des § 5 ParlamentsmitarbeiterG oder einen Werkvertrag mit einer physischen Person (parlamentarischer Mitarbeiter) abgeschlossen

⁹⁶ RV 634 BlgNR 20. GP 41.

⁹⁷ BG über die Beschäftigung parlamentarischer Mitarbeiter (ParlamentsmitarbeiterG) BGBl 1992/288 idF BGBl 2005/22.

hat, gebührt nach den Bestimmungen des ParlamentsmitarbeiterG eine Vergütung der aus dem Vertrag oder dessen Beendigung erwachsenden Aufwändungen⁹⁸.

Interessanterweise beginnt das ParlamentsmitarbeiterG nicht mit einer Definition des Parlamentsmitarbeiters als Individuum, sondern viel mehr mit dem Vergütungsanspruch des Mitglieds des Nationalrates, der zur Unterstützung seiner Tätigkeit einen solchen Mitarbeiter benötigt. Schon alleine der klare Wortlaut des ParlamentsmitarbeiterG zeigt, dass der Dienstnehmer und seine schutzwürdigen Interessen nicht im Vordergrund stehen. So spricht § 1 Abs 2 ParlamentsmitarbeiterG bereits nur noch von einer parlamentarischen „Unterstützung“. Als solche Unterstützungen⁹⁹ gelten die Vorbereitung aller Aufgaben in den Ausschuss- und Plenarsitzungen des Nationalrats einschließlich der damit zusammenhängenden Aktivitäten, die Wahrnehmung aller sich sonst aus dem Geschäftsordnungsgesetz oder aus anderen BG ergebenden Rechte und Pflichten, die Wahrnehmung internationaler parlamentarischer Aufgaben und Kontakte, der Kontaktnahme mit Bürgern sowie die Information der Öffentlichkeit über Tätigkeiten im Sinne der Bestimmungen des ParlamentsmitarbeiterG¹⁰⁰. Die Aufzählung des § 1 Abs 2 ParlamentsmitarbeiterG fasst mE anspruchsvolle, persönlich zu verrichtende und nicht bzw nur wenig delegierbare Aufgaben zusammen, die nicht nur eine sehr gute Allgemeinbildung, sondern auch alle anderen Erfordernisse und Voraussetzungen einer gehobenen (akademischen) Tätigkeit beinhalten. Es ist daher verwunderlich, dass das ParlamentsmitarbeiterG von Unterstützung bzw Hilfestellung spricht. Fragwürdig ist in diesem Zusammenhang auch, wie im Rahmen dieser Tätigkeiten ein Werkvertrag möglich sein kann. Jeder, der die vorherrschenden Lehrmeinungen und die Rechtsprechung zur Unterscheidung von Dienst- und Werkverträgen¹⁰¹ kennt, weiß, dass der Aufgabenkatalog des § 1 Abs 2 Z 1-5 ParlamentsmitarbeiterG einen Werkvertrag a priori ausschließt und ein solcher mE nur in Zwischenbereichen überhaupt faktisch und rechtlich denkmöglich ist.

Der klare Gesetzeswortlaut des ParlamentsmitarbeiterG bietet dem Parlamentsmitarbeiter als Dienstnehmer nur wenig Schutz. Das zeigen auch die arbeitsrechtlichen Bestimmungen dieses Gesetzes. Grundsätzlich hält das ParlamentsmitarbeiterG fest, dass auf die Dienstverhältnisse mit parlamentarischen Mitarbeitern das AngG Anwendung findet¹⁰². Die Befristung eines Dienstvertrages mit einem parlamentarischen Mitarbeiter mit dem Ende der Gesetzesperiode ist ebenso zulässig wie der

⁹⁸ § 1 Abs 1 ParlamentsmitarbeiterG.

⁹⁹ § 1 ParlamentsmitarbeiterG verwendet in der Folge auch den Begriff Hilfestellungen.

¹⁰⁰ § 1 Abs 2 Z 1-5 ParlamentsmitarbeiterG.

¹⁰¹ *Krejci in Rummel*, ABGB³ (2000) § 1153 Rz 92 - 98.

¹⁰² § 6 Abs 1 ParlamentsmitarbeiterG.

mehrmalige Abschluss solcher Art befristeter Dienstverträge, wenn sie unmittelbar aufeinander folgen¹⁰³.

Ebenso wie das ORF-G ermöglicht das ParlamentsmitarbeiterG einen unbegrenzten¹⁰⁴ Abschluss von befristeten Dienstverträgen, wenn diese unmittelbar aufeinander folgen. Hier sind die gleichen Bedenken angebracht, wie sie bereits zum ORF-G geäußert worden sind. Der geringe Schutzgedanke zugunsten des Parlamentsmitarbeiters zeigt sich aber auch in den Bestimmungen zur Geltendmachung des Vergütungsanspruches. Zur Geltendmachung eines solchen Vergütungsanspruches ist ein schriftlicher, vom Mitglied des Nationalrates eigenhändig unterschriebener Antrag an den Präsidenten des Nationalrates zu richten. Diesem Antrag sind eine Beschreibung der in Aussicht genommenen Tätigkeit des parlamentarischen Mitarbeiters, eine Abschrift des Dienst- oder Werkvertrages sowie sonstige Unterlagen, die zur Beurteilung des Vergütungsanspruches und zur Anmeldung bei der Sozialversicherung notwendig sind, anzuschließen¹⁰⁵. Bei Aufnahme eines Dienstverhältnisses wird die Vergütung frühestens ab dem Zeitpunkt gewährt, in dem der Antrag eingebracht wurde¹⁰⁶. Bringt das Nationalratsmitglied diesen Antrag verspätet ein, wird er möglicherweise nicht in der Lage sein, gesetzliche oder vereinbarte Fälligkeitstermine von arbeitsrechtlichen Entgelten einzuhalten. Allerdings müsste dies insofern unerheblich sein, als der Vergütungsanspruch des Nationalratsmitgliedes das Außenverhältnis zum Präsidenten des Nationalrates betrifft, die Fälligkeit der Vergütung gegenüber dem Mitarbeiter jedoch das Innenverhältnis zwischen Nationalrat und Parlamentsmitarbeiter. Dennoch müssen die Bestimmungen des ParlamentsmitarbeiterG unter besonders kritischer sozialpolitischer Betrachtungsweise gesehen werden.

3. Notwendigkeit einer Kategorisierung

Die Analyse der beispielhaft skizzierten arbeitsrechtlichen Gesetze zeigt, dass die österreichische Arbeitsrechtsordnung das befristete Dienstverhältnis und die Aneinanderreihung befristeter Dienstverhältnisse grundsätzlich anerkennt. Aus dem Normenbestand sind drei verschiedene Wertungskategorien zu erkennen.

¹⁰³ § 6 Abs 2 ParlamentsmitarbeiterG.

¹⁰⁴ Argument: „...mehrmalig...“

¹⁰⁵ § 7 Abs 1 ParlamentsmitarbeiterG.

¹⁰⁶ § 7 Abs 2 ParlamentsmitarbeiterG.

Einerseits gibt es arbeitsrechtliche Sondergesetze, die lediglich bestimmen, dass ein Dienstverhältnis mit dem Ablauf der Zeit endet, für die es eingegangen worden ist¹⁰⁷. Diese Bestimmungen definieren nicht, ob eine Befristung lediglich einmal oder auch mehrmals in zeitliche Abfolge möglich ist.

Andererseits gibt es Normen, die neben der Möglichkeit der Befristung auch die Möglichkeit der Wiederholung derselben ausdrücklich ermöglichen¹⁰⁸.

Eine dritte Kategorie von Bestimmungen fordert bereits im Rahmen der ersten Befristung eine sachliche Rechtfertigung¹⁰⁹.

Es kann daher von aneinanderreihungsfeindlichen und aneinanderreihungsfreundlichen Normen gesprochen werden. Aneinanderreihungsfeindliche Normen sind all diejenigen, die die Befristung zwar zulassen, jedoch eine Aneinanderreihung nicht ausdrücklich ermöglichen, wohingegen aneinanderreihungsfreundliche Normen alle diejenigen sind, die die wiederholte Befristung ausdrücklich zulassen. Aneinanderreihungsfeindlich sind aber auch alle Normen, die bereits die Erstbefristung nur im Rahmen einer Begründung bzw sachlichen Rechtfertigung zulassen. Die Notwendigkeit einer sachlichen Rechtfertigung einer Erstbefristung wohnt nicht nur dem MSchG und dem AÜG inne, sondern findet auch ersten Anklang in der Judikatur¹¹⁰ und im Schrifttum¹¹¹.

Daher ist es systematisch sinnvoll, alle Normen, die lediglich eine Befristung ermöglichen, ohne eine allfällige Aneinanderreihung zu regeln, mit den Normen in eine Kategorie zusammenzuführen, die über die Befristungsmöglichkeit hinaus auch Grundsätzliches zum Problemfeld der Aneinanderreihung befristeter Dienstverhältnisse regeln.

Die vorgenommene Kategorisierung soll dazu beitragen, innerhalb der österreichischen arbeitsrechtlichen Normen ein Befristungssystem zu erkennen und zu definieren, das es ermöglicht, einerseits eine Wertungskohärenz bei der Auslegung der gesetzlichen Tatbestände zu ermöglichen, andererseits im europäischen Blickfeld eventuelle

¹⁰⁷ So zB § 19 Abs 1 AngG, BG vom 11.05.1921, BGBl 292 idF BGBl I 2006/35.

¹⁰⁸ § 32 Abs 5 Z 1 ORF-G; § 6 Abs 2 ParlamentsmitarbeiterG.

¹⁰⁹ § 11 Abs 1 Z 2 iVm Abs 2 Z 4 AÜG.

¹¹⁰ OGH 24.6.2004, 8 Ob A 42/04s; EuGH 4.7.2006, Rs C-212/04, *Adeneler ua vs ELOG*, Slg 2006 I-0000.

¹¹¹ *Band*, Befristeter Arbeitsvertrag und Kündigungsmöglichkeit. Gibt es Grenzen bei der Kombination von Befristung und Kündigungsmöglichkeit? Zugleich eine Besprechung von OGH 27.8.2003, 9 Ob A 43/03v und OGH 24.6.2004, 8 Ob A 42/04s, ZAS 2004, 47; *Schweighofer*, Keine pauschale Rechtfertigung bei der Verlängerung befristeter Arbeitsverträge, ELR 1/2007, 33ff.

Umsetzungsdefizite hinsichtlich einschlägiger arbeitsrechtlicher EU-Richtlinien schneller zu erkennen. Dabei ist in erster Linie an die Arbeitsvertragsbefristungs-Richtlinie zu denken¹¹².

Aneinanderreihungsfreundliche Normen sind, wie gezeigt, eindeutig in der Minderzahl, was die Schlussfolgerung zulässt, dass das österreichische sozialpolitische Konzept dem befristeten Dienstverhältnis in der Ausgestaltung der wiederholten Aneinanderreihung befristeter Verträge skeptisch gegenübersteht¹¹³. Diese Skepsis ist wohl begründet. Grundsätzlich fordert die österreichische Lehre für die erste Befristung in noch vielen Fällen keine Begründung bzw sachliche Rechtfertigung, dennoch sind, wie gezeigt, erste Triebe eines Umdenkens zu erkennen, das sich nicht nur auf die innerstaatlichen gesetzlichen Grundlagen und auf erste Anklänge in der Judikatur stützt, sondern auch im europäischen Kontext seine Grundlage finden wird.

Das innerstaatliche Recht bietet aus Sicht der in der Kategorie der befristungsfreundlichen Normen gezeigten Gesetze Anlass, diese Skepsis dogmatisch zu begründen. § 32 Abs 5 Z 1 ORF-G, der befristete Dienstverhältnisse ohne zahlenmäßige Begrenzung ermöglicht, kann nur als „lex specialis“ für eine kleine, überschaubare Gruppe von Dienstnehmern sachliche Rechtfertigung finden, wenngleich diese sachliche Rechtfertigung wahrscheinlich auf einem sehr dünnen Fundament stehen wird.

Selbst unter Außerachtlassung der europäischen arbeitsrechtlichen Situation, die im Rahmen dieser Arbeit noch ausführlich dargestellt werden wird, wird eine sachliche Rechtfertigung dieser nahezu „grausamen“ Bestimmung mE kaum gelingen. Es stellt sich, wenn ein Befristungssystem argumentiert werden soll, naturgemäß die Frage, welche Wertungen der Gesetzgeber einer solchen Bestimmung zugrunde legt. Wie schon kurz besprochen, könnte das Standesbewusstsein der journalistischen Berufsgruppe im Prozess der Gesetzwerdung eine Rolle gespielt haben. Unterstellt oder argumentiert man aber einmal eine Wertung, so ist diese zu akzeptieren und nicht auf dem Wege der Interpretation wegzudeuten. Der Gesetzgeber hat sich für diese Berufsgruppe zu genau diesen individualvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten entschieden. Diese Wertungen dürfen aber nicht ohne weiteres auf andere, nicht dieser Norm unterworfenen Rechtsverhältnisse angewendet werden.

Die dargestellten Beispiele zur Kategorie der befristungsfeindlichen Normen haben allesamt keine ausdrücklichen Tatbestände, die die Aneinanderreihung befristeter

¹¹² RL 1999/70/EG.

¹¹³ So auch *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht – Ein systematischer Grundriss³ (2006) 266.

Beschäftigungsverhältnisse ermöglichen würden. Sie ermöglichen jedenfalls die einmalige, in der Regel begründungsfreie Erstbefristung, weitere gleichartige Gestaltungen sind vom reinen Gesetzeswortlaut betrachtet, nicht möglich. Finden sie dennoch statt, unterliegen sie der durch die Judikatur entwickelten Inhaltskontrolle zum Kettendienstverhältnis. Daher haben diese Normen befristungsfeindlichen Charakter.

Besondere Vorsicht ist geboten, über Befristungsbestimmungen wie denen des ORF-G oder des ParlamentsmitarbeiterG unter dem Deckmantel der Wertungskohärenz Schlussfolgerungen auf generelle Aneinanderreihungsmöglichkeiten in befristungsfeindlichen Normen zu treffen¹¹⁴. Würde dem so sein, hätte der Gesetzgeber im Bereich der befristungsfreundlichen Normen nicht ausdrücklich die wiederholte, begründungslose Aneinanderreihung ermöglicht. Das bedeutet, dass die österreichische Arbeitsrechtsordnung befristete Dienstverhältnisse ermöglicht, deren Aneinanderreihung jedoch entweder an eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung knüpft oder für die eine sachliche Rechtfertigung im Sinne der Judikatur zu Kettendienstverhältnissen vorliegt.

Es wird im Rahmen dieser Arbeit noch darauf eingegangen werden, inwieweit diese innerstaatlichen Normen mit der Judikatur des OGH einerseits und dem europäischen Arbeitsrecht bzw der Rechtsprechung des EuGH andererseits kollidieren bzw harmonieren.

B. Gestaltungsmöglichkeiten von Befristungen in Kollektivverträgen anhand von Beispielen

Normative Grundlagen für die Befristungsmöglichkeiten von Beschäftigungsverhältnissen finden sich nicht nur im Gesetzesrecht, sondern auch in Rechtsquellen der kollektivvertraglichen Rechtsgestaltung. Dabei ist in erster Linie an Kollektivverträge, aber auch an Betriebsvereinbarungen zu denken. Erst im nächsten Abschnitt sollen Grundlagen und Grenzen kollektiver Rechtsgestaltung untersucht werden. Der vorliegende Abschnitt soll anhand von Beispielen Gestaltungsmöglichkeiten von Befristungen in Kollektivverträgen aufzeigen.

¹¹⁴ So ansatzweise Geist, Kündigungsklauseln bei befristeten Arbeitsverhältnissen, ÖJZ 2002, 405. Geist meint, das ParlamentsmitarbeiterG wollte keine Sonderregelung gegenüber dem allgemeinen Arbeitsvertragrecht treffen, was angesichts des Spezialnormcharakters dieses Gesetzes fragwürdig erscheint.

Vertragspartner des Universitäts-Kollektivvertrages¹¹⁵ (in der Folge Universitäts-KV bezeichnet) sind dienstgeberseitig der Dachverband der Universitäten¹¹⁶, dienstnehmerseitig der Österreichische Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst. Die Endfassung des Universitäts-KV wurde nach dreijährigen Verhandlungen im Frühjahr 2007 endlich fertig gestellt. Der KV wurde auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und kann von beiden Teilen unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist zum 30. September eines Kalenderjahres gekündigt werden.

Der Universitäts-KV¹¹⁷ ermöglicht bereits im Rahmen des ersten Teiles, der den Titel „Allgemeine Bestimmungen“ trägt, ein befristetes Dienstverhältnis. Es endet mit Ablauf der Zeit, für die es eingegangen wurde¹¹⁸. Der Universitäts-KV übernimmt die gängige, dem ABGB und dem AngG zugrunde liegende Textierung. Bedeutsam ist auch, dass eine Kündigung eines befristeten Dienstverhältnisses erst nach mehr als zweijähriger Dauer des Dienstverhältnisses möglich ist¹¹⁹. Davon abweichend können Dienstverhältnisse, welche aufgrund einer Projektfinanzierung durch Dritte begründet wurden, bereits nach einer Dauer von zumindest 18 Monaten gekündigt werden, wenn der Wegfall oder die Reduzierung der Projektfinanzierung durch Dritte nicht nur vorübergehend entgegensteht¹²⁰. Befristete Dienstverhältnisse verlängern sich um Zeiten eines Beschäftigungsverbotes nach den §§ 3 bis 5 MSchG, einer Karenz nach dem MSchG oder dem VKG, der Leistung des Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienstes¹²¹.

Diese Bestimmungen gelten, da es sich um Bestimmungen für alle Dienstnehmer – und Dienstnehmerinnen handelt, sowohl für das wissenschaftliche (künstlerische) Universitätspersonal, als auch für das allgemeine Universitätspersonal und für die Angehörigen der Medizinischen Universitäten und der Veterinärmedizinischen Universität Wien.

Darüber hinaus enthält der Universitäts-KV Sonderbestimmungen für das wissenschaftliche (künstlerische) Universitätspersonal. Zuerst hält der Universitäts-KV fest, dass das Dienstverhältnis der nach § 98 UG 2002 berufenen Universitätsprofessoren und

¹¹⁵ Der Universitäts-KV heißt im Volltext „Kollektivvertrag für die ArbeitnehmerInnen der Universitäten“.

¹¹⁶ Rechtsgrundlage der Kollektivvertragsfähigkeit des Dachverbandes der Universitäten ist § 108 Abs 3 u 4 UG 2002. Der Dachverband ist die vorrangige Arbeitgeber-Organisation.

¹¹⁷ Volltext unter: www.uibk.ac.at/betriebsrat/wissenschaftlich/aeltereschreiben/2007/2007.html - 32k -

¹¹⁸ § 20 Abs 1 Uni-KV.

¹¹⁹ Arg „...ist bei Befristungen von bis zu zwei Jahren rechtsunwirksam.“

¹²⁰ § 20 Abs 2 Uni-KV.

¹²¹ § 20 Abs 3 Uni-KV.

Professorinnen grundsätzlich auf unbestimmte Zeit abzuschließen ist¹²². Dieser Grundsatz wird nach Maßgabe bestimmter Kriterien durchbrochen. So ist ein befristetes Beschäftigungsverhältnis beim wissenschaftlichen Personal nur dann möglich, wenn es bereits in der Ausschreibung als solches definiert worden ist. Der Universitäts-KV ermöglicht die Vereinbarung befristeter Dienstverhältnisse weiters im Falle einer Leitungsfunktion im Rahmen einer Organeinheit, im Falle eines Vertretungsverhältnisses, im Falle der Drittfinanzierung des Gehaltes, im Falle einer Stiftungsprofessur oder im Falle besonderer fachspezifischer Notwendigkeit, die befristete Besetzungen erfordern, sofern diese Notwendigkeiten im Entwicklungsplan festgelegt sind¹²³.

Weitere Sonderbestimmungen enthält der Universitäts-KV für Lektoren und Lektorinnen¹²⁴. Diese sind teilzeitbeschäftigte Dienstnehmer nach § 5 Abs 2 Z 1 Universitäts-KV, die ausschließlich mit der Durchführung von Lehraufgaben in einem wissenschaftlichen, künstlerischen oder praktischen Fach betraut sind. Diese Lehraufgaben sind gem Universitäts-KV auch mit Tätigkeiten, wie der Vorbereitung auf die Lehrveranstaltungen, der Betreuung der Studierenden während der Lehrveranstaltung, der Abnahme von Prüfungen über Lehrveranstaltungen sowie der Mitwirkung an Evaluierungsmaßnahmen und lehraufgabenbezogenen Verwaltungstätigkeiten, verbunden.

Das Dienstverhältnis eines Lektors kann auf bestimmte oder unbestimmte Zeit abgeschlossen werden. Wenn es befristet abgeschlossen wird, ist es jedoch für die Dauer von sechs Monaten oder einem Vielfachen davon abzuschließen, es sei denn, es handelt sich um Vertretungen oder der Lektor steht selbst nur für einen kürzeren Zeitraum zur Verfügung¹²⁵.

Diese Bestimmungen sind aufgrund ihrer Eigenschaft als kollektivvertragliche Inhaltsnormen am Prüfstand des übergeordneten innerstaatlichen Gesetzesrechts, des innerstaatlichen Verfassungsrechts und des Europäischen Rechts zu messen. Als innerstaatliche Determinante ist in erster Linie § 109 UG 2002 zu beachten. § 109 UG 2002 regelt das universitäre Dienstvertragsbefristungsrecht auf Gesetzesebene und ermöglicht befristete Dienstverhältnisse im Höchstausmaß von sechs Jahren. Auf europäischer Ebene ist die kollektivvertragliche Inhaltsnorm an der Arbeitsvertragsbefristungs-Richtlinie 1999/70/EG zu messen. Auffällig ist, dass § 109 UG 2002 selbst keine Gründe, die befristete

¹²² § 25 Abs 3 Uni-KV.

¹²³ § 25 Abs 3 lit a – d Uni-KV.

¹²⁴ § 29 Abs 1 - 4 Uni-KV.

¹²⁵ § 29 Abs 2 Uni-KV.

Dienstverhältnisse rechtfertigen, enthält. Solche Rechtfertigungsgründe enthält jedoch § 29 Abs 3 Universitäts-KV bei der Befristung von Dienstverhältnissen von Universitätsprofessoren und -professorinnen.

§ 29 Universitäts-KV, der die Rechtsposition der Lektorinnen und Lektoren bestimmt, entspricht aufgrund seiner Befristungsfreundlichkeit – befristete Dienstverhältnisse sind nicht an sachliche Rechtfertigungsgründe geknüpft – weder § 109 UG 2002 noch der Arbeitsvertragsbefristungs-Richtlinie. Die Inhaltsnormen betreffend die Befristungsregelungen des Universitäts-KV sind daher gesetzeskonform so auszulegen, dass auch für Lektoren die Höchstdauer von sechs bzw bei teilzeitbeschäftigten Lektoren von acht Jahren gilt. Diese Auslegung gilt auch für Vertretungsdienstverhältnisse und für Lektoren, die nur für einen kürzeren Zeitraum als sechs Monate zur Verfügung stehen.

Aber auch andere Kollektivverträge beinhalten ein eigenes Dienstvertragsbefristungsrecht. Der Kollektivvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Österreichischen Akademie der Wissenschaften¹²⁶ (in der Folge ÖAW-KV bezeichnet) kennt Befristungsbestimmungen. Unter dem Titel „Dauer des Arbeitsverhältnisses“ bestimmt der ÖAW-KV, dass ein befristetes Dienstverhältnis bis zu einer Maximaldauer von sechs Jahren auf bestimmte Zeit verlängert werden kann. Eine Karenz verlängert die Maximalbefristungsdauer von sechs Jahren entsprechend. Nach Ablauf der sechsjährigen Frist endet das Dienstverhältnis oder wird in ein unbefristetes umgewandelt. Die Verlängerung erfolgt im Regelfall nicht mehr als zweimal, es sei denn, dass das Dienstverhältnis zur ÖAW von der Zuteilung von Drittmitteln abhängig ist¹²⁷.

Die Parteien des ÖAW-KV, die Österreichische Akademie der Wissenschaften auf Dienstgeberseite und der Österreichische Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst auf Dienstnehmerseite, haben im Rahmen dieser Befristungsregelung § 109 UG 2002 als Vorbild erkoren¹²⁸.

Das deutsche Gegenstück zum österreichischen Kollektivvertrag ist der Tarifvertrag. Auch in Tarifverträgen sind Befristungsbestimmungen nicht ungewöhnlich. So bestimmt § 30

¹²⁶ Volltext unter: www.uni-graz.at/~kaltenbe/Texte/ipzugriff/KV_OEAW.pdf

¹²⁷ § 4 Abs 1 ÖAW-KV.

¹²⁸ Reis, Kollektivverträge im außeruniversitären Forschungsbereich – Ein Jahr Erfahrung am Beispiel der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, zfhr 2005, 104.

Abs 1 des Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L)¹²⁹, dass befristete Dienstverträge aufgrund des Teilzeit- und Befristungsgesetzes sowie anderer gesetzlicher Vorschriften über die Befristung von Dienstverträgen zulässig sind. Der Tarifvertrag bestimmt unter anderem auch, dass kalendermäßig befristete Dienstverträge mit sachlichem Grund nur zulässig sind, wenn die Dauer des einzelnen Vertrages fünf Jahre nicht übersteigt¹³⁰. Der TV-L verknüpft bereits die erste Befristung mit einem sachlichen Grund. Befristete Dienstverträge ohne sachlichen Grund sollen in der Regel zwölf Monate nicht unterschreiten, die Vertragsdauer muss aber mindestens sechs Monate betragen¹³¹. Vor Ablauf des Dienstvertrages hat der Dienstgeber zu prüfen, ob eine unbefristete oder befristete Weiterbeschäftigung möglich ist. Für Führungspositionen ermöglicht der TV-L die Führung auf Probe¹³² und die Führung auf Zeit¹³³. Die Führung auf Probe kann als befristetes Dienstverhältnis bis zur Gesamtdauer von zwei Jahren vereinbart werden. Innerhalb dieser Gesamtdauer ist eine höchstens zweimalige Verlängerung des Arbeitsvertrages zulässig. Die Führung auf Zeit kann bis zur Gesamtdauer von vier Jahren vereinbart werden, wobei Verlängerungen bis zur Gesamtdauer von acht bzw zwölf Jahren zulässig sind¹³⁴.

Ein Blick ins eidgenössische Recht zeigt, dass auch dort auf normenvertraglicher Ebene Befristungsmöglichkeiten geschaffen werden. So ermöglicht der Gesamtarbeitsvertrag¹³⁵ für die Fachhochschule Nordwestschweiz befristete Arbeitsverträge

¹²⁹ Der Inhalt des TV-L wird nicht vollständig wiedergegeben, er dient nur als Beispiel für befristungsrechtliche Bestimmungen in Kollektivverträgen im deutschen Rechts- und Sprachraum.

¹³⁰ § 30 Abs 2 TV-L.

¹³¹ § 30 Abs 3 TV-L.

¹³² § 31 TV-L.

¹³³ § 32 TV-L.

¹³⁴ § 32 Abs 1 lit a u b TV-L.

¹³⁵ Der Gesamtarbeitsvertrag (GAV) gem den Bestimmungen des Schweizer Obligationenrechts ist ein schriftliches Abkommen, das zwischen einer oder mehreren Arbeitnehmerorganisationen einerseits und einer oder mehreren Arbeitgeberorganisationen oder einem oder mehreren Arbeitgebern andererseits abgeschlossen wird. GAV ist der nur in der Schweiz gebräuchliche Ausdruck für "Tarifvertrag". Die Eigenart des GAV besteht darin, dass die Vertragspartner nach Gesetz (Art 356 - 358 OR) frei sind in der Erarbeitung des Abschlusses, des Inhaltes und des Ziels des Arbeitsverhältnisses zwischen Arbeitgebern und betroffenen Arbeitnehmern ("normative Bestimmungen"); die Vertragspartner erarbeiten überdies die gegenseitigen Rechte und Pflichten, vor allem was die Kontrolle und die Ausführung der Klauseln des GAV angeht ("schuldrechtliche Bestimmungen"). Der Bundesrat oder die zuständigen kantonalen Behörden können auf Verlangen der Vertragsparteien einen GAV allgemein verbindlich erklären. Eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung (AVE) hat zur Folge, dass nicht nur die Mitglieder der Vertragsparteien, sondern alle Arbeitgeber sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einer Branche unterstellt sind.

Erste, bescheidene Tarifverträge entstanden bereits Mitte des 19. Jahrhunderts; aber erst seit Beginn des 20. Jahrhunderts verbreitete sich der GAV stärker, in den ersten vier Jahrzehnten allerdings fast ausschließlich im Gewerbe. Der Durchbruch in der Exportindustrie erfolgte gegen Ende des Zweiten Weltkrieges, wobei die Chemie 1945 den Anfang machte. Bis 1951 erreichten 775.000 Personen - fast nur Arbeiterinnen und Arbeiter - einen GAV; danach verlangsamte sich der Anstieg. Seit den 70er-Jahren werden immer mehr Angestellte einbezogen; seit den 90er-Jahren ersetzen GAV in aus der allgemeinen Verwaltung ausgelagerten öffentlichen Betrieben zunehmend die Personalgesetze. 1999 zählte man 621 GAV mit rund 1,27 Millionen Unterstellten,

für die Anstellungen von Assistierenden und für Anstellungen, die aufgrund ihrer Aufgabenstellung befristet sind. Befristete Arbeitsverträge mit Dozierenden sind auf zwei Semester begrenzt. Befristete Arbeitsverträge mit Assistierenden können für maximal drei Jahre abgeschlossen werden. Als absolute Höchstfrist normiert der Gesamtarbeitsvertrag eine Dauer von fünf Jahren mit Ausnahme von Lehrverpflichtungen für auslaufende Weiterbildungsprojekte.

C. Grenzen der kollektiven Normsetzung

Die dargestellten Beispiele zeigen, dass Befristungsregelungen in Kollektivverträgen vorkommen. Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob Befristungsregelungen – und wenn ja in welcher Gestalt – in Kollektivverträgen auch zulässiger Regelungsinhalt sein können. Kollektivverträge nehmen im arbeitsrechtlichen Stufenbau der Rechtsordnung^{136, 137} eine in erster Linie determinierende Rolle ein, aber auch eine determinierte Rolle, da sie inhaltlich weder absolut noch relativ zwingenden höherrangigen Normen entgegenstehen dürfen. In seinem normativen Teil ist der Kollektivvertrag ein zweiseitig korporativer, rechtsverbindlicher Normenvertrag mit unmittelbarer rechtsverbindlicher Wirkung¹³⁸. Was zulässiger Inhalt eines Kollektivvertrages sein kann, bestimmt § 2 Abs 2 ArbVG. Einerseits können durch Kollektivvertrag die Rechtsbeziehungen zwischen den Kollektivvertragsparteien geregelt werden, was auch als schuldrechtlicher Teil des

was im privaten Sektor einer Abdeckung von 44 Prozent entspricht; ein Drittel davon waren Frauen. Lange wurden die GAV ausgebaut und neben Lohn und Arbeitszeit auf weitere Aspekte wie Ferien, Feiertage, Spesen, Versicherungen usw. ausgedehnt. Seit den 90er-Jahren zeichnet sich eine gegenläufige Entwicklung ab. Weitaus die meisten GAV enthalten heute die absolute, wenige die relative Friedenspflicht (Streik- und Aussperrungsverbot).

¹³⁶ Der „allgemeine“ Begriff des Stufenbaus der Rechtsordnung ist auf die österreichischen Staatslehrer *Adolf Julius Merkl* und *Hans Kelsen* zurückzuführen. Die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung nach *Merkl* und *Kelsen* stellt auf rechtsstrukturelle Kriterien ab und versucht, das Verhältnis höherrangiger und niederrangiger Normen zueinander zu beschreiben. Vgl dazu allg *Adamovich/Funk*, Österreichisches Verfassungsrecht³ (1985) 5; *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927); sowie *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (1960 Nachdruck 1992) 228ff.

¹³⁷ Auch im Arbeitsrecht ist aufgrund der Vielzahl der – verschiedenrangigen – Rechtsquellen eine hierarchische Beschreibung des Beziehungsgefüges der Normen zueinander notwendig. Nach *Jabornegg/Resch/Strasser*, Arbeitsrecht² (2005) Rz 27 – 37 stehen an höchster Stufe zweiseitig zwingende Gesetze, denen einseitig bzw relativ zwingende Gesetze folgen. Darunter liegen KollV, gefolgt von BVen und Einzelverträgen. Unter den Einzelverträgen liegen dispositive Gesetze, da Individualdienstverträge von deren Inhalten abweichen können. Als Ausdruck höchster Konkretisierung aller vorangehenden Stufen sind schließlich die arbeitsrechtlichen Weisungen des Dienstgebers zu sehen, welche das Dienstverhältnis im Einzelfall ausgestalten und an jeweilige Erfordernisse anpassen.

¹³⁸ Zum Begriff und Inhalt des KollV insb *Cerny* in *Cerny, Gahleitner, Kundtner, Preiss, Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht³ (2004) 36ff; *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht – ein systematischer Grundriss³ (2006) 7ff, 24; *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht Band II Kollektives Arbeitsrecht⁴ (2001) 95ff.

Kollektivvertrages bezeichnet wird¹³⁹. Andererseits soll der Kollektivvertrag die „gegenseitigen, aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer“ regeln¹⁴⁰. Was darunter zu verstehen ist – der Gesetzestext ist weit formuliert – kann nur durch Auslegung festgestellt werden.

Die ältere Lehre vertrat die Auffassung, alles was Inhalt des Individualdienstvertrages sein kann, kann auch Inhalt des Kollektivvertrages sein¹⁴¹. Vor allem in Deutschland fand diese Lehre, wenngleich auch mit gewissen Einschränkungen, weite Verbreitung¹⁴².

Die jüngere, in Österreich nunmehr seit den 80er Jahren¹⁴³ des vorigen Jahrhunderts herrschende, engere, in erster Linie durch die Judikatur determinierte Auslegung besagt, dass nur der typische, wesentliche oder regelmäßig wiederkehrende Inhalt eines Dienstverhältnisses der kollektivvertraglichen Regelung unterworfen sein kann¹⁴⁴. Ausschlaggebend für diesen dogmatischen Streit war die Frage, wie weit die Normsetzungskompetenz der Kollektivvertragspartner gehen sollte. Was durch Kollektivvertrag geregelt werden kann, bestimmt das Arbeitsverfassungsgesetz¹⁴⁵. Wie schon beschrieben, normiert § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG, dass Regelungsgegenstand des Kollektivvertrages die gegenseitigen, aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer sind. Entgegen der älteren, weiteren Auffassung können die inhaltlichen Grenzen der Normsetzungskompetenz der Kollektivvertragspartner nicht mit der Formel umschrieben werden, dass alles, was Inhalt eines Individualdienstvertrages sein kann, auch Inhalt eines Kollektivvertrages sein kann. Dieser dogmatische Kernbefund stützt sich auf die in Österreich herrschende Auffassung, dass sich die Regelungsbefugnis der Kollektivvertragsparteien nicht auf die allgemeine Vertragsfreiheit stütze, sondern auf die – durch § 2 Abs 2 ArbVG – begrenzte gesetzliche

¹³⁹ § 2 Abs 2 Z 1 ArbVG.

¹⁴⁰ § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG.

¹⁴¹ So zB Borkowetz, KollVG³ (1971) 31ff, 38; aber auch Schwarz, DrdA 1994, 372; für Deutschland Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts⁷ II/1 251, 255f.

¹⁴² So zB Nikisch, Arbeitsrecht II² 288f.

¹⁴³ OGH 20.10.1981, 4 Ob 108/81.

¹⁴⁴ ZB OGH 20.10.1981, 4 Ob 108/81 = RdA 1982/220 = ZAS 1983/9 = RdA 1983/180 = RdA 1983/11 mit kritischer Besprechung von Wachter; OGH 17.2.1987, 14 Ob 227/86 = RdA 1990/9 mit Besprechung von Jabornegg; OGH 24.3.1987, 14 Ob A 36/87 = WBl 1987, 195; OHG 24.4.1991, 9 Ob A 84/91 = RdA 1991/52 mit Anm Wachter; OGH 28.8.1991, 9 Ob A 115/91 = ZAS 1993/1 mit Besprechung von Strasser = RdA 1992/34 mit Besprechung von Resch; OGH 26.11.1997, 9 Ob A 163/97d = ZAS 1998/14; OGH 17.3.1999, 9 Ob A 357/98k = ZAS 1999/23 mit Besprechung von Tomandl; OGH 29.3.2001, 8 Ob A 224/00z = ecolx 2001/255; OGH 13.2.2003, 8 Ob A 98/02x = RdA 2004/24; OGH 16.3.2006, 2 Ob 109/04z = JBl 2006, 593.

¹⁴⁵ Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG) 1974, BGBl 1974/22 idF BGBl I 2006/104. Was Inhalt des KollV sein kann, determiniert § 2 Abs 2 Z 1 – 7 ArbVG.

Ermächtigung im Wege der Verleihung der Kollektivvertragsfähigkeit¹⁴⁶. Das bedeutet, dass die Kollektivvertragsparteien nicht alles Mögliche, was die Vertragsparteien eines Individualdienstvertrages vereinbaren könnten – wie beispielsweise die Privatnutzung eines PKW oder mietrechtliche Klauseln im Rahmen der Zurverfügungstellung einer (Dienst)Wohnung – vereinbaren dürfen, sondern nur solche Belange, die typisch für das Dienstverhältnis an sich sind und diesem „entspringen“¹⁴⁷.

Allerdings kritisiert ein Teil der Lehre auch die zu restriktive Interpretation der Judikatur, die die bereits beschränkte gesetzliche Ermächtigung des § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG auch noch einschränkend ausgelegt wissen will¹⁴⁸. Gegen diese einschränkende Auslegung der Ermächtigungsnorm des § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG plädiert nicht nur *Strasser*¹⁴⁹, sondern auch *Wachter*, der allerdings noch einen Schritt weiter geht und eine enge Interpretation des § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG grundsätzlich ablehnt¹⁵⁰ und an die Ergebnisse der älteren Lehre anknüpft¹⁵¹. *Wachter* vermag dem Gesetzestext keine wie immer gearteten Anhaltspunkte zugunsten einer restriktiven Interpretation zu entnehmen¹⁵². Das Gebot des OGH zur einschränkenden Auslegung bedeutet für *Wachter* einen aus Gründen der Logik nicht haltbaren Zirkelschluss, der dem Gesetzestext nicht zu entnehmen sei. Auch für *Strasser* ist die enge Auslegung des OGH verfehlt, da § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG die beschränkte gesetzliche

¹⁴⁶ „...und diese sei eben eingegrenzt durch § 2 Abs 2...“, so *Strasser*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsg (2002) § 2 Rz 30.

¹⁴⁷ Vgl dazu eine Vielzahl an Bspen in *Strasser*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsg (2002) § 2 Rz 32ff.

¹⁴⁸ So zB OGH 28.8.1991, 9 Ob A 115/91 = ZAS 1993/1 mit kritischer Besprechung von *Strasser*.

¹⁴⁹ *Strasser* meint, man könne der Auffassung des OGH – der OGH meinte, eine Verpflichtung des DN zur Leistung von Beiträgen zur Altersvorsorge sei kein zulässiger Inhalt eines KollV - beim besten Willen nicht folgen, da es im Gesetz keinen Hinweis dafür gebe, § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG, der eine Einschränkung auf positivrechtlicher Ebene ohnedies schon vornimmt, auch noch einschränkend auszulegen. Dies käme einer Einschränkung zum Quadrat gleich. *Strasser* plädiert vielmehr dafür, auf Branchen und Verkehrskreise abzustellen und deren spezifische Regelungsbedürfnisse als Grundlage des normativen Inhaltes des KollV zu betrachten.

¹⁵⁰ Während *Strasser* die Beschränkung der OGH-Formel betreffend „typischer“ KollV-Inhalte gerade noch akzeptiert, hingegen die Beschränkung auf „wesentliche oder regelmäßig wiederkehrende“ Inhalte jedoch strikt ablehnt (vgl OGH 28.8.1991, 9 Ob A 115/91 = ZAS 1993/1 mit Besprechung von *Strasser*), plädiert *Wachter* stichhaltig für eine weite Auslegung der Ermächtigungsnorm (vgl *Wachter*, Kommentar zu OHG 20.10.1981, 4 Ob 108/81, RdA 1983/180) und stützt seine Argumente unter anderem auf den Gesetzestext selbst „...aus dem Arbeitsverhältnis entspringende Rechte und Pflichten...“.

¹⁵¹ Gegen eine restriktive Interpretation von § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG auch *Runggaldier*, Arbeitnehmerbeiträge zur Altersversorgung und Kollektivvertrag – Zugleich eine Anmerkung zu OGH 28.8.1991, 9 Ob A 115/91, RdW 1991, 361.

¹⁵² Vgl auch *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht – Ein systematischer Grundriss³ (2006) 23f, die von der Normsetzungskompetenz nur substanziell bereits außerhalb des Dienstverhältnisses oder im unternehmerischen Organisationsbereich liegende Sachfragen ausschließen.

Ermächtigung „erst begründet und umschreibt, sie sozusagen erst in die Welt setzt und sie rein gedanklich gesehen daher nicht gleichzeitig beschränken kann“¹⁵³.

Jabornegg hingegen spricht sich für eine besonders restriktive Interpretation des § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG aus und weist darauf hin, dass die oberstgerichtliche Judikatur in ihrer generellen Linie unbedingt Zustimmung verdient¹⁵⁴. In einer späteren Publikation¹⁵⁵ meint *Jabornegg* allerdings lediglich, dass die restriktive Sicht des OGH „im Kern durchaus richtig sei“ und die Judikaturformel „im Übrigen gar nicht so restriktiv erscheine, wie dies von der Kritik behauptet werde“¹⁵⁶. Ob *Jaborneggs* Ausführungen in seiner späteren Publikation als Abschwächung seiner ursprünglich geradezu streng restriktiven Auslegung gesehen werden kann, mag dahingestellt bleiben¹⁵⁷. Fest steht nur, dass damit zur Beantwortung der Frage, wie weit die Normsetzungskompetenz der Kollektivvertragsparteien geht, in Wahrheit nichts gewonnen ist. Wenn nämlich die restriktive OGH Formel, die nur typische, wesentliche oder regelmäßig wiederkehrende Inhalte der Gestaltung bzw Regelung den Kollektivvertragspartnern überantwortet, durch alternative Anwendung der richterrechtlichen Tatbestände „entschärft“ wird, bleibt der ohnehin schon problematischen Formel gar kein Raum mehr, der diese dogmatisch restriktive Haltung verteidigt. Daher ist diesem Argument *Jaborneggs* mE keinesfalls zu folgen.

Gegen eine einschränkende Auslegung sprechen mE folgende dogmatische Gründe. Bei der Auslegung einer Gesetzesbestimmung sind zuerst die Auslegungsgrundsätze, die das Gesetz selbst vorgibt, heranzuziehen. § 6 ABGB sagt, dass einem Gesetz „kein anderer Verstand beigelegt werden darf, als welcher aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet“. Zunächst ist daher auf den Gesetzeswortlaut abzustellen. Dieser stellt auf die gegenseitigen, dem Dienstverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten der Arbeitgeber und der

¹⁵³ Strasser, Kommentar zum Arbeitsverfassungsg (2002) § 2 Rz 20.

¹⁵⁴ *Jabornegg*, Grenzen kollektivvertraglicher Rechtsetzung und richterliche Kontrolle, JBl 1990, 205. *Jabornegg* kritisiert vehement „...Stimmen, die hier einer sehr weiten Auslegung das Wort reden...“. *Jabornegg* geht von einer „grundsätzlich gebotenen restriktiven“ Auslegung aus und meint, dass kein Zweifel bestehe, dass im KollV nicht alles geregelt werden könne, was irgendwie in einen individuellen Dienstvertrag aufgenommen werden könne.

¹⁵⁵ *Jabornegg*, Grenzen der Gestaltungsmöglichkeit durch KollV und BV und deren gerichtliche Kontrolle, in *Jabornegg/Resch/Stoffels*, Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht – Rechtswirksame und nichtige Vereinbarungen, ZAS spezial (2007) 6f.

¹⁵⁶ *Jabornegg* meint, die Judikaturformel entschärfe sich durch Berücksichtigung der Verwendung des Bindewortes „oder“, was eine alternative und keine kumulative Anwendung der drei Kriterien nach sich ziehe. Daher sei ein Unterschied zur weithin geteilten Auffassung, dass nur arbeitsvertragstypische Inhalte geregelt werden könnten, kaum mehr greifbar.

¹⁵⁷ Vgl auch *Jabornegg/Resch/Strasser*, Arbeitsrecht² (2005) Rz 944ff.

Arbeitnehmer ab¹⁵⁸. Der mE klare Wortlaut der Bestimmung sagt also, dass einerseits ein Arbeitsverhältnis bzw Dienstverhältnis bestehen muss und andererseits, dass der Norminhalt des Kollektivvertrages, also die Inhaltsnormen, die auf dieses Dienstverhältnis einwirken sollen, die Rechte und Pflichten aus diesem – bestehenden – Arbeitsverhältnis determinieren. Der Gesetzestext bedarf mE gar keiner weitreichenden methodischen Betrachtungen, da er ganz klar auf solche Regelungsmaterien abstellt, die „dem Arbeitsverhältnis“ entspringen. Hätte der Gesetzgeber tatsächlich auf typische, wesentliche oder (bzw und) regelmäßig wiederkehrende Inhalte abgestellt, hätte er dies ins Gesetz geschrieben. Was der Gesetzgeber sicher nicht wollte, ist die Regelung von Materien, die außerhalb des Dienstverhältnisses stehen¹⁵⁹, diesem eben nicht „entspringen“. Im Rahmen der Wortinterpretation kann mE auch abgeleitet werden, dass Inhalte bzw Belange, die nach Beendigung des Dienstverhältnisses schlagend werden, auch nicht zur Normsetzungskompetenz der Kollektivvertragsparteien zählen. Dazu zählen mE alle hypothetischen Ansprüche, die erst nach Beendigung des Dienstverhältnisses erstmalig entstehen bzw aufgrund Fälligwerdens gerichtlich geltend gemacht werden können. Zu denken ist insbesondere an diverse Schadenersatzansprüche, die erst nach Beendigung des Dienstverhältnisses bekannt werden¹⁶⁰. In diesem Sinne sind auch Kondiktionsansprüche des Dienstgebers gegen den Dienstnehmer möglich, wenn der Kondiktionsanspruch bei aufrechtem Dienstverhältnis entstanden ist¹⁶¹. So gesehen ist mE nur die zeitliche Einschränkung auf den Zeitraum des Beginns und des Endes des Dienstverhältnisses aus dem positiven Recht ableitbar. Ein grundsätzliches Gebot einer generell restriktiven Auslegung des § 2 Abs 2 ArbVG ist dem Gesetzestext nicht zu entnehmen¹⁶². Die Bestimmung determiniert den (normativen) Inhalt des Kollektivvertrages. Würde man sich dieser Lehrmeinung anschließen, müsste man konsequenterweise alle arbeitsrechtlichen Ermächtigungsnormen restriktiv auslegen. Nicht einmal die Gesetzesmaterialien stützen die restriktive Auslegungslehre und die darauf aufbauende höchstgerichtliche Judikatur. Aus den Materialien ist mE zu entnehmen, dass der Gesetzgeber

¹⁵⁸ Vgl dazu § 1 u 4 dTVG (Tarifvertragsgesetz) idF Art 223 V v 31.10.2006 I 2407, der inhaltlich weiter gefasst ist, als § 2 Abs 2 ArbVG.

¹⁵⁹ Vgl dazu die Vielzahl von Bspen in *Wachter*, Kommentar zu OHG 20.10.1981, 4 Ob 108/81, RdA 1983/180.

¹⁶⁰ So zB wenn Schade und Person des Schädigers erst nach Beendigung des DV bekannt werden, vgl § 1489 ABGB.

¹⁶¹ In der „Kondiktionsleitentscheidung“ 4 Ob 108/81 entstand der Anspruch des DG noch während aufrechtem DV, nämlich offenbar zwischen 6. und 8.1.1980. Die an sich mE unproblematische DG-Kondiktionsbestimmung des KollV der Seilbergbahnunternehmen – der Autor hält die E des OGH für falsch – könnte präzisiert werden, da die 90tägige Verfallsfrist auch Konditionen abdecken könnte, deren Fälligkeit erst nach Beendigung des DV eingetreten ist.

¹⁶² Vgl auch *Cerny in Cerny, Gahleitner, Kundtner, Preiss, Schneller, Arbeitsverfassungrecht*³ (2004) § 2 Erl 9.

die Gestaltungsmöglichkeiten der Kollektivvertragsparteien im Rahmen ihrer Normsetzungskompetenz nicht allzu sehr einengen wollte¹⁶³.

Wendet man die aufgezeigten Auslegungsgrundsätze auf die Frage, welche Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der Befristung von Dienstverhältnissen auf kollektivvertraglicher Ebene bestehen, an, so zeichnet sich folgendes Bild ab. Mögliche Gestaltungsräume sollen dabei einerseits nach Maßgabe der Kriterien der höchstgerichtlichen Judikatur, andererseits aber natürlich auch im Lichte der weiten – mE richtigen – Interpretation untersucht werden.

Soweit überblickbar hat sich der OGH erst einmal mit der Frage auseinanderzusetzen gehabt, ob Bestimmungen über Befristungsmöglichkeiten in Kollektivverträgen nichtig seien, weil sie nicht Inhalt eines Kollektivvertrages seien dürften¹⁶⁴. Im Rahmen dieser Entscheidung begehrte der klagende Schilehrer, der mit Wirkung vom 13.1.1984 entlassen wurde, für die Zeit bis 7.4.1984 Kündigungsentschädigung, anteilige Sonderzahlungen, sowie Urlaubsabfindung. Der anzuwendende Kollektivvertrag enthielt in § 12 „Auflösung des Arbeitsverhältnisses“ die Bestimmungen, dass ein befristetes Arbeitsverhältnis einerseits dann vorliege, wenn der Tag des Beginnes und der Tag des Endes kalendermäßig festgelegt sei, andererseits dass ein Arbeitsverhältnis „auf die Dauer der Saison“ als befristetes Arbeitsverhältnis gelte. Der OGH gab der Revision Folge und monierte, dass die zweite Instanz keine Feststellungen über den Tag der Beendigung der Wintersaison 1983/84 getroffen habe. Der OHG hielt in Ansehung der wohl vom Beklagten stammenden Einwendung hinsichtlich der streitgegenständlichen Kollektivvertragsbestimmung fest, dass es sich bei dieser Bestimmung um eine Regelung der gegenseitigen aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer im Sinne des § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG handle, sodass keine Rede davon sein könne, dass die Regelung nichtig sei. Der OHG judizierte weiters, dass alles, was typischen Inhaltes eines Individualdienstvertrages sein könne – und dazu gehörten auch Bestimmungen über dessen Beendigung – könne auch Inhalt eines Kollektivvertrages sein.

¹⁶³ ErläutRV 840 BlgNR 13.GP, 55f. Die Erläuterungen sagen:“ Hiebei wird von der Überlegung ausgegangen, dass die diesbezüglichen Grenzen von der Kollektivvertragsmacht dem Gegenstande nach nicht durch eine konsequente Richtlinie, die allen denkbaren Fällen gerecht wird, normiert werden kann. Eine solche Normierung müsste einen hohen Grad an Kasuistik aufweisen, ohne Anspruch auf eine befriedigende Lösung erheben zu können“.

¹⁶⁴ OGH 24.3.1987, 14 Ob A 36/87 = REDOK 11.810 = WBl 1987, 195.

Aus der Sicht der restriktiven Auslegung, die auf typische, wesentliche oder regelmäßig wiederkehrende Inhalte abstellt, muss stark in Zweifel gezogen werden, dass die streitgegenständlichen kollektivvertraglichen Bestimmungen des Schischulunternehmerkollektivvertrages den restriktiven höchstgerichtlichen Kriterien entsprechen.

Das österreichische Arbeitsrecht kennt und anerkennt befristete Dienstverhältnisse, steht diesen aber grundsätzlich skeptisch gegenüber¹⁶⁵. Gleiches gilt für das Europäische Arbeitsrecht. Die allgemeinen Erwägungen der EGB-, UNICE- und CEEP-Rahmenvereinbarung gehen davon aus, dass unbefristete Dienstverträge die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses seien¹⁶⁶. In Deutschland ist die Quote der befristeten Dienstverhältnisse vom Jahr 2000 auf das Jahr 2004 sogar um 8 % gesunken¹⁶⁷.

Schon alleine dieser aus dem positiven Recht beweisbare Kernbefund lässt die Frage laut werden, was an einer, eine Befristung dergestalt oder aber auch anders regelnden Inhaltsnorm typisch, wesentlich oder regelmäßig wiederkehrend sein soll. Typisch ist vielmehr das unbefristete, nach einer gesetzlichen Probezeit andauernde Dienstverhältnis. Man kann daher mit *Tomandl* zu Recht davon ausgehen, dass Gestaltungsrechte, die die seltene Ausnahme darstellen, nicht zum typischen, wesentlichen oder regelmäßig wiederkehrenden Inhalt von Dienstverträgen zählen und damit auch nicht zu den Inhaltsnormen¹⁶⁸.

Es stellt sich nun allerdings die Frage, ob Befristungsregelungen als Gestaltungselemente für Individualarbeitsverträge in Kollektivverträgen überhaupt keinen Raum haben. Aus der Perspektive der höchstgerichtlichen Kriterien wohl kaum, da sie weder typisch, noch wesentlich noch regelmäßig wiederkehrend sind. Dieses Ergebnis ist aber sowohl aus rechtsdogmatischer Sicht als auch aus praktischer Orientierung unbefriedigend, da es befristete Dienstverhältnisse gibt. Aus rechtsdogmatischer Sicht spielt deren Häufigkeit me keine zentrale Rolle, da das Phänomen des befristeten Vertrages als faktische und rechtliche Tatsache an sich reicht, um von einem juristischen Untersuchungsgegenstand zu sprechen. Das Unvermögen der OGH-Formel, die Tatsache des befristeten Beschäftigungsverhältnisses

¹⁶⁵ So auch *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht – Ein systematischer Grundriss³ (2006) 266.

¹⁶⁶ Vgl dazu RL 1999/70/EG Erw 6. Die Erwägung geht davon aus, dass unbefristete Dienstverhältnisse zur Lebensqualität der betreffenden Arbeitnehmer und zur Verbesserung ihrer Leistungsfähigkeit beitragen.

¹⁶⁷ *Preis*, Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht – Der Fall „Mangold“ und die Folgen, NZA 2006, 401ff.

¹⁶⁸ OGH 17.3.1999, 9 Ob A 357/98k = ZAS 1999/23 mit Besprechung von *Tomandl*.

in ihre kompetenzgebende Begrifflichkeit einzuschließen, zeigt auch deren inhaltliche Schwäche.

Aus der Perspektive einer weiten Auslegung, die sich nicht auf die Grenzen des Typischen, Wesentlichen oder regelmäßig Wiederkehrenden reduzieren lässt, liegt die Problematik der gestellten Frage nicht im „Ob“, sondern im „Wie“. Der klare Wortlaut des § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG lässt mE Befristungsregelungen als gestalterische Elemente eines Kollektivvertrages grundsätzlich zu. Eine Befristungsvereinbarung im Individualdienstvertrag ist sowohl ein dem Arbeitsverhältnis entspringendes Recht als auch eine Pflicht zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer. *Tomandls* Forderung, dass die als Inhaltsnormen ausgestalteten Kollektivvertragsbestimmungen individualisierbar sein müssten, also dem einzelnen Dienstnehmer einen durchsetzbaren Anspruch einräumen müssten¹⁶⁹, bestätigt die Möglichkeit einer Befristungsregelung als Inhaltsnorm, da auch sie dem Dienstnehmer einen Anspruch auf gerichtliche Durchsetzung aller Rechte des aufrechten Dienstverhältnisses bis zu seinem vereinbarten Ende gewährt.

Dennoch kennt auch diese weite Auslegung der arbeitsverfassungsrechtlichen Bestimmung ihre Grenzen. Diese werden allerdings nicht durch methodische Kunstgriffe gezogen, um ein bestimmtes Ergebnis zu argumentieren, sondern von der Rechtsordnung selbst in dem Ausmaß „zur Verfügung gestellt“, als es der Gesetzgeber für notwendig erachtete, Regelungen über Befristungen zu treffen. Dazu ist es „nur“ erforderlich, auf den Stufenbau der Arbeitsrechtsordnung zurückzugreifen und alle determinierenden, höherrangigen Normen, die absolut zwingendes Befristungsrecht enthalten, zur Auslegung der Frage der Reichweite der Normsetzungskompetenz der Kollektivvertragspartner heranzuziehen. Prüfkriterium der Normsetzungskompetenz der Kollektivvertragspartner ist aber nicht nur das absolut zwingende Recht¹⁷⁰, sondern auch einseitig bzw relativ zwingende Gesetze. Im Sinne *Strassers*, der die Existenz des typischen Dienstvertragsinhaltes zugunsten von branchentypischen, maßgeschneiderten Lösungen, ablehnt¹⁷¹, können auch dispositive Normen Abgrenzungsparameter für die Auslegung der Frage der Reichweite der Normsetzungskompetenz der Kollektivvertragspartner bilden.

Höherrangige Normen determinieren jedenfalls die Inhaltsnormen des Kollektivvertrages dahingehend, dass sie diesen entweder entsprechen oder im Rahmen des

¹⁶⁹ OGH 17.3.1999, 9 Ob A 357/98k = ZAS 1999/23 mit Besprechung von *Tomandl*.

¹⁷⁰ Zweiseitig zwingende Normen kommen im Bereich des Arbeitsvertragsrechts nur selten vor.

¹⁷¹ OGH 28.8.1991, 9 Ob A 115/91 = ZAS 1993/1 mit Besprechung von *Strasser*.

Norminhaltes der höherrangigen Norm die kollektivvertragliche Inhaltsnorm präzisieren bzw ergänzen. Keinesfalls darf die Inhaltsnorm im Widerspruch zu höherrangigen Normen stehen oder diesen einen unklaren Inhalt unterstellen. Die Grenze der Auslegung der höherrangigen Norm bildet gleichzeitig die Grenze der Inhaltsnorm. Um beim Fragenkreis der Befristungsmöglichkeiten in Kollektivverträgen bei Lehrenden an Universitäten oder Fachhochschulen zu bleiben, bedeutet dies, die Vorgabe der Norm bzw Normen als Inhaltsparameter für die Reichweite der Inhaltsnorm heranzuziehen, die das betroffene arbeitsrechtliche Umfeld bzw die betroffene „Branche“ regelt. Für den Bereich der Universitäten ist daher jedenfalls § 109 UG 2002 als höherrangige, determinierende Norm bei der Frage der Ausgestaltung der Inhaltsnormen heranzuziehen.

Gibt es nur wenige bzw gar keine positivrechtlichen höherrangigen Vorgaben, ist die Frage zu stellen, welchen Regelungsbedarf der jeweilige Adressatenkreis hat, der inhaltlich so auszugestalten ist, dass der einzelne Dienstnehmer aus der kollektivvertraglichen Inhaltsnorm einen durchsetzbaren Anspruch ableiten kann.

III. Europäische normative Grundlagen

A. Primärrecht

Die Europäisierung des österreichischen Arbeitsrechts¹⁷² bringt es mit sich, dass immer weitere Bereiche des innerstaatlichen Arbeitsrechts von europäischen Rechtsnormen determiniert und inhaltlich bestimmt werden. Diese Determinierungen bzw inhaltlichen Bestimmungen erfolgen über so genanntes EU-Primärrecht, als auch über EU-Sekundärrecht. Den höchsten Rang innerhalb des EU-Rechts nehmen jene völkerrechtlichen Verträge ein, mit denen die EU und deren Bestandteile, darunter die drei europäischen Gemeinschaften, begründet wurden, sowie die sie ändernden und ergänzenden Verträge, wie beispielsweise Beitrittsverträge und Rechtsakte. Diese Verträge und Akte werden als EU-Primärrecht bezeichnet¹⁷³. Das EU-Primärrecht besteht aus verschiedenen Abkommen bzw Verträgen¹⁷⁴. Der am 7.2.1992 in Maastricht unterzeichnete und am 1.11.1993 in Kraft getretene Vertrag über die Europäische Union hat nicht nur die Gemeinschaftsgründungsverträge, insbesondere den EGV geändert, sondern auch die so genannte zweite und dritte Säule¹⁷⁵ rechtlich verankert und über diese drei Säulen einen einheitlichen institutionellen Rahmen mit dem Europäischen Rat als Dachorgan gestülpt. Der EUV ist der Gründungsvertrag für die zweite und dritte Säule und das gemeinsame Dach der drei Säulen sowie für das in dieser Weise zusammengesetzte Gesamtgebilde mit der Bezeichnung Europäische Union. Daneben existiert auch noch weiteres sonstiges geschriebenes Primärrecht¹⁷⁶. Der Vertrag über den Beitritt der Republik Österreich, der Republik Finnland und des Königreichs Schweden zur Europäischen Union vom 24.6.1994¹⁷⁷ zählt zum EU-Primärrecht und kann nur im Wege der Vertragsrevision geändert werden¹⁷⁸. Gem Art 48 EUV, der die Vertragsrevision regelt,

¹⁷² Vgl dazu Kodex EU-Arbeitsrecht⁴.

¹⁷³ Thun-Hohenstein/Cede/Hafner, Europarecht⁵ (2005) 55f.

¹⁷⁴ Das Abkommen über gemeinsame Organe für die europäischen Gemeinschaften vom 25.3.1957; der Vertrag zur Einsetzung eines gemeinsamen Rates und einer gemeinsamen Kommission der europäischen Gemeinschaften vom 8.4.1965 (Fusionsvertrag); die Beitrittsverträge vom 22.1.1972, vom 28.5.1979, 12.6.1985 und vom 24.6.1994; die einheitliche europäische Akte vom 28.2.1986; der Vertrag über die europäische Union vom 7.2.1992 (Maastricht); der Vertrag von Amsterdam vom 2.10.1987; und der Vertrag von Nizza vom 26.2.2001.

¹⁷⁵ GASP bzw Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres.

¹⁷⁶ Thun-Hohenstein/Cede/Hafner, Europarecht⁵ (2005) 59f.

¹⁷⁷ BGBl 45/1995; ABl 1995 L 1 S 1.

¹⁷⁸ Thun-Hohenstein/Cede/Hafner, Europarecht⁵ (2005) 61.

bedürfen solche Änderungen der Ratifizierung durch alle Mitgliedstaaten gemäß ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften.

B. Europäische Richtlinien und die Konsequenzen bei mangelhafter Umsetzung

Wie schon kurz dargestellt, lassen sich die Rechtsquellen des Gemeinschaftsrechts einerseits in primäres Gemeinschaftsrecht und andererseits in sekundäres Gemeinschaftsrecht einteilen. Zwischen beiden Gruppen besteht eine dem Rangverhältnis zwischen Verfassungsgesetz und einfachem Gesetz ähnliche Hierarchie¹⁷⁹. Dabei steht das primäre Gemeinschaftsrecht rangmäßig über dem sekundären Gemeinschaftsrecht. Das bedeutet, dass sekundäres Gemeinschaftsrecht¹⁸⁰ nur dann wirksam ist, wenn es im Einklang mit dem primären Gemeinschaftsrecht steht. Dabei ist zu beachten, dass die Europäische Union kein Staat ist, sondern eine Staatenverbindung auf völkerrechtlicher Grundlage. Im Unterschied zu Staaten besitzt sie keine theoretisch umfassende Hoheitsgewalt, sondern ist grundsätzlich auf jene Befugnisse eingegrenzt, die von den Mitgliedstaaten langfristig eingeräumt wurden¹⁸¹. Die Gemeinschaft wird also innerhalb der Grenzen der ihr im Gründungsvertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig. Man spricht auch von beschränkter Verbandskompetenz¹⁸².

Dieser Abschnitt beschäftigt sich in erster Linie mit der Wirkung von Richtlinien und den Folgen im Falle mangelhafter Umsetzung durch einen Mitgliedstaat. Dabei soll aber auch die Wirkung von primärem Gemeinschaftsrecht kurz gestreift werden. Unstrittig ist, dass die einzelnen Mitgliedstaaten völkerrechtlich an das primäre Gemeinschaftsrecht gebunden sind. Dabei sind insbesondere die Gründungsverträge gemeint. Es stellt sich die Frage, wie sich das primäre Gemeinschaftsrecht im innerstaatlichen Bereich auswirkt. Dabei wird übereinstimmend der Terminus „Durchgriffswirkung“ verwendet¹⁸³. Die Durchgriffswirkung

¹⁷⁹ Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927, Neudruck 1969) 172. *Adolf Julius Merkl* war ein bedeutender Staatslehrer und Vertreter der Wiener Schule des Rechtspositivismus.

¹⁸⁰ Richtlinien, Entscheidungen, Verordnungen; vgl. dazu Art 249 EGV.

¹⁸¹ Stadlmaier, Die „Implied Powers“ der europäischen Gemeinschaften, ZÖR 1997, 353.

¹⁸² Art 5 EGV. Vgl. dazu auch Lienbacher in Schwarze, EU Kommentar (2000) Art 5 Rz 7 – 11.

¹⁸³ Thun-Hohenstein/Cede/Hafner, Europarecht⁵ (2005) 53; Arndt, Europarecht⁸ (2005) 93; Hatje in Schwarze, EU Kommentar (2000) Art 10 Rz 17.

wird aus Art 10 EGV abgeleitet¹⁸⁴. Durchgriffswirkung bedeutet, dass das EG Primärrecht eine unmittelbare Wirkung hat bzw unmittelbar anwendbar ist. Seit dem Urteil *Lütticke*¹⁸⁵ geht der EuGH in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass primäres Gemeinschaftsrecht auch in den Rechtsbeziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den ihrem Recht unterworfenen Einzelpersonen unmittelbare Wirkung hat. Allerdings müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein. Die unmittelbare Anwendbarkeit setzt voraus, dass die Norm erstens hinreichend klar und eindeutig ist und ihre Ausführung nicht an eine materielle Bedingung geknüpft ist¹⁸⁶, und dass die Norm zweitens vollständig ist. Das bedeutet, dass sie nicht von Maßnahmen abhängt, die im Ermessen der Gemeinschaftsorgane oder der Mitgliedstaaten liegen.

Ein Beispiel für eine Norm, die alle Voraussetzungen für die unmittelbare Anwendbarkeit erfüllt, ist Art 90 EGV¹⁸⁷. Art 90 EGV ist so formuliert, dass die Mitgliedstaaten klaren und unbedingten Verpflichtungen unterliegen. Dieses Bestimmtheitselement der klaren und unbedingten Verpflichtung ist die Erfüllung der Voraussetzung, dass die Ausführung der Norm nicht mehr an eine materielle Bedingung geknüpft sein darf. Sie ist also unmittelbar anwendbar und geeignet, unmittelbare Wirkungen in den Mitgliedstaaten zwischen den Rechtsbeziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und Privatpersonen zu erzeugen.

In der Folge ist zu prüfen, ob – steht die unmittelbare Wirkung einer Gemeinschaftsrechtsnorm einmal fest – auch individuelle Rechte begründet werden, die es dem Einzelnen ermöglicht, sich gegenüber dem nationalen Gericht bzw einer nationalen Behörde direkt auf die (unmittelbar wirkende) Norm zu berufen. Es stellt sich die Frage, ob ein subjektives Gemeinschaftsrecht begründet wird. Ein einzelner Gemeinschaftsangehöriger kann sich nämlich nur dann gegenüber dem nationalen Richter oder einer nationalen Behörde

¹⁸⁴ Art 10 EGV bestimmt: „Die Mitgliedstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus diesem Vertrag oder aus Handlungen der Organe bei der Gemeinschaft ergeben. Sie erleichtern die Erfüllung ihrer Aufgabe. Sie unterlassen alle Maßnahmen, welche die Verwirklichung der Ziele dieses Vertrages gefährden könnten.“

¹⁸⁵ EuGH 1.3.1966, Rs C-48/65, *Lütticke*, Slg 1966 28.

¹⁸⁶ Man spricht von self executing, dh die Norm vollzieht sich von selbst, führt sich selbst durch.

¹⁸⁷ Art 90 EGV bestimmt: „Die Mitgliedstaaten erheben auf Waren aus anderen Mitgliedstaaten weder unmittelbar noch mittelbar höhere inländische Abgaben gleich welcher Art, als gleichartige inländische Waren unmittelbar oder mittelbar zu tragen haben. Die Mitgliedstaaten erheben auf Waren aus anderen Mitgliedstaaten keine inländischen Abgaben, die geeignet sind, andere Produktionen mittelbar zu schützen“.

auf eine Primärrechtsnorm berufen, wenn ihm diese über die unmittelbare Wirkung hinaus auch selbst zugute kommt¹⁸⁸.

Im Rang unter dem primären Gemeinschaftsrecht steht das sekundäre Gemeinschaftsrecht¹⁸⁹. Die Rechtsetzung mittels Richtlinie ist zweistufig. Zunächst wird die Richtlinie erlassen, dann vom Mitgliedstaat bzw den betroffenen Mitgliedstaaten umgesetzt. Richtlinien sind jedoch lediglich im Hinblick auf das zu erreichende Ziel verbindlich. Hinsichtlich der inhaltlichen Umsetzung haben die Mitgliedstaaten einen weiten Gestaltungsspielraum. Sie sind verpflichtet, im Rahmen ihrer nationalen Rechtsordnung bzw abgestellt auf die Besonderheiten des nationalen Rechtssystems, alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die vollständige Wirksamkeit der Richtlinie entsprechend ihrer Zielsetzung zu gewährleisten.

Die Wahl und Form der Mittel unterliegen jedoch zwei Einschränkungen. Die Mitgliedsstaaten sind zum einen verpflichtet, innerhalb der ihnen nach Art 249 EGV überlassenen Entscheidungsfreiheit die Form und Mittel zu wählen, die sich zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit¹⁹⁰ der Richtlinien unter Berücksichtigung des mit ihnen verfolgten Zwecks am besten eignen. Zum anderen müssen die durchzuführenden Vorschriften rangmäßig denjenigen entsprechen, die die betreffende Materie bis dahin geregelt haben. Daher verneint der EuGH in aller Regel eine ordnungsgemäße Umsetzung dann, wenn ein Mitgliedstaat lediglich auf eine bestehende Verwaltungspraxis verweist oder ein bloßes Rundschreiben erlässt¹⁹¹. Dieser so genannte Rechtsnormvorbehalt verlangt vom

¹⁸⁸ Arndt, Europarecht⁸ (2005) 94; Hatje in Schwarze, EU-Kommentar (2000) Art 10 Rz 19.

¹⁸⁹ Die wichtigsten Rechtsakte der sekundären Gemeinschaftsrechte in Art 249 Abs 1 EGV zusammengefasst: „Zur Erfüllung ihrer Aufgaben und auch Maßgabe dieses Vertrags erlassen das europäische Parlament und der Rat gemeinsam, der Rat und die Kommission, Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen, sprechen Empfehlungen aus oder geben Stellungnahmen ab. Die Verordnung hat allgemeine Geltung. Sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Die RL ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Die Entscheidung ist in allen ihren Teilen für diejenigen verbindlich, die sie bezeichnet. Die Empfehlungen und Stellungnahmen sind nicht verbindlich“.

¹⁹⁰ Effet utile.

¹⁹¹ So zB EuGH 1.10.1991, Rs C-4/90, *Kommission/Französische Republik*, Slg 1991 I-4331; EuGH 30.5.1991, Rs C-360/88; *Kommission/Deutschland*, Slg 1991 I-2567; EuGH Rs C-59/89; *Kommission/Deutschland*, Slg 1991 I-2607. Der EuGH hat folgenden Leitsatz entwickelt: „Die Umsetzung einer RL in innerstaatliches Recht erfordert nicht notwendig eine förmliche und wörtliche Übernahme ihres Inhalts in eine ausdrückliche, besondere Rechtsvorschrift. Je nach dem Inhalt der RL kann ein allgemeiner rechtlicher Kontext genügen, wenn dieser tatsächlich die vollständige Anwendung der RL mit hinreichender Klarheit und Genauigkeit gewährleistet, um die Begünstigten - soweit die RL Ansprüche des Einzelnen begründen soll - in die Lage zu versetzen, von allen ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen. Die Übereinstimmung einer Praxis mit den Schutzgeboten einer RL kann kein Grund dafür sein, diese RL in der innerstaatlichen Rechtsordnung nicht durch Bestimmungen umzusetzen, die so bestimmt, klar und transparent sind, dass der Einzelne wissen kann, welche Rechte und Pflichten er hat. Um die

Mitgliedstaat, um eine ordnungsgemäße Umsetzung einer Richtlinie in nationales Recht zu gewährleisten, in aller Regel den Erlass einer materiellen Rechtsnorm. Darüber hinaus hat der EuGH das Gebot der klaren und eindeutigen Umsetzung von Richtlinien ausgesprochen. Die Umsetzung hat so zu erfolgen, dass die in der Richtlinie vorgesehenen Rechte der Marktbürger bzw der Einzelnen für diese nach der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten unmittelbar und bestimmt sind. Dieses Gebot ist ganz besonders dann wichtig, wenn die Richtlinie darauf abzielt, dem Einzelnen Ansprüche zu verleihen¹⁹². Sollen jedoch durch die Richtlinie keine eigenständigen Rechte begründet werden, genügt es, wenn eine Gesamtschau über die im Mitgliedstaat vorhandenen Informationsmöglichkeiten ergibt, dass die Marktbürger in zumutbarer Weise selbst Kenntnis vom Inhalt der Richtlinie erlangen können¹⁹³.

Ergibt die Prüfung einer nationalen Umsetzungsmaßnahme das Ergebnis, dass die europarechtlichen Vorgaben nicht eingehalten wurden, ist zu prüfen, welche Rechtsfolgen an eine rechtlich fehlerhafte Umsetzung von Sekundärrecht zu knüpfen sind. Dabei werden verschiedene Rechtsinstrumente unterschieden. Einerseits das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung, andererseits die Prüfung der Frage der unmittelbaren Wirkung einer Richtlinie auf vertikaler und horizontaler (Direktwirkung von Richtlinien) Ebene, bzw die Möglichkeit der Haftung eines Mitgliedstaates für die Nichtumsetzung bzw fehlerhafte Umsetzung einer Richtlinie.

1. Richtlinienkonforme Auslegung

Die richtlinienkonforme Auslegung ist eine Methode, die das Zuständigkeitsgerüst innerhalb der Europäischen Gemeinschaft am wenigsten beeinträchtigt. Die richtlinienkonforme Auslegung wird aus Art 249 Abs 3 und Art 10 EGV abgeleitet. Sofern der Mitgliedstaat es versäumt, eine Richtlinie fristgerecht zu transformieren, also gemäß den dargelegten Kriterien in innerstaatliches Recht umzusetzen bzw entsprechendes innerstaatliches Recht zu schaffen, sind die innerstaatlichen Stellen verpflichtet, das einschlägige nationale Recht entsprechend der Richtlinie auszulegen¹⁹⁴. Die

volle Anwendung der RL in rechtlicher und nicht nur in tatsächlicher Hinsicht zu gewährleisten, müssen die Mitgliedstaaten einen eindeutigen gesetzlichen Rahmen auf dem betreffenden Gebiet bereitstellen“.

¹⁹² EuZW 2001, 437.

¹⁹³ EuZW 2002, 465.

¹⁹⁴ *Hatje* in *Schwarze*, EU Kommentar (2000) Art 10 Rz 27 bis 29.

richtlinienkonforme Interpretation der innerstaatlichen Rechtsvorschrift setzt dabei freilich voraus, dass die Richtlinie anwendbar ist. Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden. Ist die Umsetzungsfrist der Richtlinie abgelaufen, greift auf jeden Fall die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Interpretation. Aber auch vor Ablauf der Umsetzungsfrist besteht eine entsprechende Verpflichtung, keine innerstaatlichen Rechtsakte zu setzen, die den Zielen und Zwecken der Richtlinie inhaltlich konträr gegenüber stünden¹⁹⁵. Die Lehre spricht von einer Sperrwirkung, die bereits mit dem Erlass der Richtlinie eintritt. Diese Ansicht ist auch zutreffend, zumal ansonsten der hinter der Umsetzungsfrist stehende Rechtsgedanke, den Mitgliedstaaten einen zeitlichen Handlungsspielraum zu geben, völlig sinnentleert wäre¹⁹⁶.

Ist eine europarechtskonforme Auslegung grundsätzlich möglich, erstreckt sich diese nicht nur auf die konkret aufgrund der Richtlinie erlassenen innerstaatlichen Bestimmungen. Das nationale Gericht bzw die nationale Behörde hat vielmehr das gesamte innerstaatliche Recht zu berücksichtigen, um zu beurteilen, ob es so angewendet werden kann, dass es den Zielen der Richtlinie entspricht. Eine richtlinienkonforme Auslegung darf aber nicht dazu führen, dass eine nicht umgesetzte Richtlinienverpflichtung für einen Marktbürger als „neue“ Rechtspflicht entsteht¹⁹⁷.

Die richtlinienkonforme Interpretation unterliegt aber auch gewissen Grenzen. Grundsätzlich ist ein Rückgriff auf eine gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation nur dann zulässig, wenn die innerstaatliche Rechtsvorschrift auslegungsfähig ist. Dabei kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an. Zwei Ansätze sind denkmöglich. Einerseits kann im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung ein autonomer, dem Gemeinschaftsrecht innewohnender Auslegungsansatz herangezogen werden. Andererseits kann aber auch aufgrund des Subsidiaritätsprinzips¹⁹⁸ sowie aufgrund der Vollzugsautonomie der Mitgliedstaaten die Grenze der gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation aus der jeweiligen nationalen Methodenlehre begrenzt und determiniert werden. Es stellt sich auch die Frage, ob der EuGH die innerstaatlichen Gerichte zur Rechtsfortbildung verpflichten

¹⁹⁵ Thun-Hohenstein/Cede/Hafner, Europarecht⁵ (2005) 53f.

¹⁹⁶ Arndt, Europarecht⁸ (2005) 100.

¹⁹⁷ So beispielsweise EuGH 26.9.1996, Rs C-168/95, *Arcaro*, Slg 1996 I-04705. Der EuGH hat folgenden Leitsatz entwickelt: „Diese Verpflichtung des nationalen Gerichts, bei der Auslegung der einschlägigen Bestimmungen seines nationalen Rechts auf den Inhalt der RL abzustellen, findet jedoch ihre Grenzen, wenn eine solche Auslegung dazu führt, dass einem Einzelnen eine in einer nicht umgesetzten RL vorgesehene Verpflichtung entgegengehalten wird, und erst recht dann, wenn sie dazu führt, dass auf der Grundlage der RL und in Ermangelung eines zu ihrer Umsetzung erlassenen Gesetzes die strafrechtliche Verantwortlichkeit derjenigen verschärft wird, die gegen die RL-Bestimmung verstoßen“.

¹⁹⁸ Art 5 EGV.

kann. Dabei vertritt der EuGH eine sehr „undogmatische“ Rechtsfindung¹⁹⁹. Der EuGH hatte sich im Rahmen des Urteils *Pfeiffer* mit einem Umsetzungsdefizit zu beschäftigen. Aufgrund der Ablehnung einer unmittelbaren Wirkung der Richtlinie im Verhältnis zwischen Privaten (horizontale Drittwirkung), prüfte der EuGH in der Folge die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Interpretation der deutschen Bestimmungen. Darüber hinaus zeigt die Entscheidung auch die Grenzen einer richtlinienkonformen Auslegung auf. Der EuGH stellte im Urteil *Pfeiffer* maßgeblich auf die jeweiligen innerstaatlichen Auslegungsmethoden ab und betonte damit implizit die Vollzugsautonomie der Mitgliedstaaten. Dabei schenkt der EuGH dem Effektivitätsgrundsatz große Bedeutung. Der EuGH hat das vorliegende nationale Gericht dazu angehalten, die nationale Rechtsvorschrift, die eine wöchentliche Arbeitszeit von (höchstens) 49 Stunden ermöglichte, entgegen ihrem eindeutigen Wortlaut so anzuwenden, sodass eine Wochenarbeitszeit von höchstens 48 Stunden zulässig sei. Dabei stellt sich die Frage, inwieweit noch von „Auslegung“ gesprochen werden kann. Die EuGH Entscheidung *Pfeiffer* bewegt sich jedenfalls nicht mehr innerhalb des möglichen Wortsinns der nationalen Norm. Daher hat der EuGH vom Ergebnis her betrachtet die nationalen Richter zur Rechtsfortbildung angehalten. Das bedeutet, dass die innerstaatlichen Gerichte im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts eine weitgehende Befugnis zur Rechtsfortbildung haben.

2. Unmittelbare Direktwirkung von Richtlinien

Ist eine richtlinienkonforme Auslegung des innerstaatlichen Rechts ausgeschlossen, ist im Rahmen eines weiteren Schrittes zu untersuchen, ob die Richtlinie eine unmittelbare Direktwirkung entfaltet.

¹⁹⁹ EuGH 9.3.2004, Rs C-397/1 – C-403/01, *Pfeiffer*, Slg 2004 I-8835. Der Entscheidung *Pfeiffer* lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Rettungssanitäter *Pfeiffer* und das (Deutsches Rotes Kreuz) DRK stritten über Vergütungsansprüche für Überstunden bzw über die Bestimmungen der wöchentlichen Höchstarbeitszeit, die *Pfeiffer* für das DRK auch zu leisten gehabt hatte. Die Parteien hatten in ihren Arbeitsverträgen vereinbart, dass die Regelungen des DRK-Tarifvertrages (TV) Anwendung fänden. Danach habe die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit im Bereich des vom DRK betriebenen Rettungsdienstes 49 Stunden betragen. Der Rettungssanitäter *Pfeiffer* hatte dies unter Berufung auf die Arbeitszeitrichtlinie 93/104, die grundsätzlich eine zulässige Höchstarbeitszeit von 48 Wochenstunden vorgibt, für unzulässig gehalten. Spruchpunkt 3 des EuGH lautete: „...Ein nationales Gericht, bei dem ein Rechtsstreit ausschließlich zwischen Privaten anhängig ist, muss bei der Anwendung der Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts, die zur Umsetzung der in einer Richtlinie vorgesehenen Verpflichtungen erlassen worden sind, das gesamte nationale Recht berücksichtigen und es so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auslegen, um zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel vereinbar ist. In den Ausgangsverfahren muss das vorliegende Gericht somit alles tun, was in seiner Zuständigkeit liegt, um die Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit zu verhindern, die in Art 6 Nr 2 der Richtlinie 93/104 auf 48 Stunden festgesetzt ist...“.

Dabei sind folgende Fallkonstellationen zu unterscheiden. Es gibt einerseits die unmittelbare Direktwirkung im Rechtsverhältnis zwischen Bürger und Staat²⁰⁰ und andererseits ein Rechtsverhältnis zwischen zwei Privatpersonen²⁰¹.

a) Vertikale Direktwirkung

Bei der Prüfung der Frage, ob eine unmittelbare Direktwirkung einer Richtlinie in der Rechtsbeziehung zwischen Bürger und Staat zu bejahen ist, muss zunächst beachtet werden, dass die Rechtsetzung mittels Richtlinie als zweistufiges Verfahren ausgestaltet ist. Grundsätzlich erzeugt die Richtlinie nach ihrer Konzeption Rechtswirkungen nur gegenüber den Mitgliedstaaten. Eine weitere Rechtswirkung entfaltet Art 249 Abs 3 EGV für die Richtlinie nicht. Das bedeutet, dass für den einzelnen Marktbürger durch die Richtlinie keine unmittelbaren Rechte und Pflichten begründet werden. Dabei abweichend hat jedoch der EuGH bereits in den 70iger Jahren des vergangenen Jahrhunderts anerkannt, dass eine Richtlinie unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise auch unmittelbare Wirkung im innerstaatlichen Bereich haben kann. Die Entscheidung *Ratti*²⁰² hatte zur Folge, dass sich ein Marktbürger einem Mitgliedstaat gegenüber direkt auf eine von diesem Staat nicht umgesetzte Richtlinie berufen kann. Der EuGH hat sich zur Begründung der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien auf Art 249 Abs 3 iVm mit Art 10 EGV und dem im Europarecht allgemein zu

²⁰⁰ Vertikale Direktwirkung.

²⁰¹ Horizontale Direktwirkung bzw unmittelbare Drittwirkung.

²⁰² EuGH 5.4.1979, Rs C-148/78, *Ratti*, Slg 1979 1629. Der EuGH entwickelte folgenden Leitsatz: „...Mit der den Richtlinien durch Art 189 zuerkannten verbindlichen Wirkung wäre es unvereinbar, grundsätzlich auszuschließen, dass sich betroffene Personen auf die durch die RL aufrechte Verpflichtung berufen können. Insbesondere in den Fällen, in denen etwa die Gemeinschaftsbehörden die Mitgliedstaaten durch RL zu einem bestimmten Verhalten verpflichten, würde die praktische Wirksamkeit einer solchen Maßnahme abgeschwächt, wenn die Einzelnen sich vor Gericht hierauf nicht berufen und die staatlichen Gerichte sie nicht als Bestandteil des Gemeinschaftsrechts berücksichtigen könnten. Daher kann ein Mitgliedstaat, der die in der RL vorgeschriebenen Durchführungsmaßnahmen nicht fristgemäß erlassen hat, dem Einzelnen nicht entgegenhalten, dass er – der Staat – die aus dieser RL erwachsenen Verpflichtungen nicht erfüllt hat. Hieraus folgt, dass das nationale Gericht, bei dem ein Rechtsbürger, der den Vorschriften einer RL nachgekommen ist, die Nichtanwendung einer dieser noch nicht in die innerstaatliche Rechtsordnung des säumigen Staates übernommenen RL unvereinbaren nationale Bestimmung beantragt hat, diesem Antrag stattgeben muss, sofern die in Frage stehende Verpflichtung unbedingt und hinreichend genau ist. Unter Berücksichtigung dieser Vorbehalte kann ein Mitgliedstaat nach dem Ablauf der zur Durchführung einer RL gesetzten Frist sein dieser RL noch nicht angepasstes innerstaatliches Recht – auch wenn es Strafsanktionen vorsieht – nicht auf einen solchen Rechtsbürger anwenden. Solange aber die den Mitgliedstaaten die zur Übernahme der Vorschriften einer RL in ihre innerstaatliche Rechtsordnung gesetzte Frist noch nicht abgelaufen ist, kann die RL keine unmittelbare Wirkung erzeugen. Diese Wirkung entsteht erst am Ende des festgesetzten Zeitraums und nur für den Fall, dass der betreffende Staat die RL nicht erfüllt hat...“. Ein Mitgliedstaat kann nach dem Ablauf der zur Durchführung einer RL gesetzten Frist sein in dieser RL noch nicht angepasstes innerstaatliches Recht nicht auf eine Person anwenden, die den Vorschriften der RL nachgekommen ist, selbst wenn es Strafsanktionen vorsieht. Das bedeutet, dass die unmittelbare vertikale Wirkung verhindert, dass innerstaatliches Strafrecht angewendet wird, wenn der betroffene Marktbürger richtlinienkonform gehandelt hat.

beachtenden Rechtsgedanken des *effet utile* berufen. Das bedeutet, dass sekundäres Gemeinschaftsrecht, aber auch die Vertragsvorschriften möglichst wirksam ausgelegt werden müssen. Eine Richtlinie, die entsprechend Art 249 Abs 3 EGV für die Mitgliedstaaten in ihrem Ziel verbindlich sein soll, wäre in ihrer Wirkung stark eingeschränkt, wenn der Mitgliedstaat durch Nichtumsetzung über die Rechtskraft der Richtlinie befinden könnte²⁰³. Der EuGH hat die unmittelbare Wirkung davon abhängig gemacht, dass die Richtlinie nicht fristgemäß oder inhaltlich nicht ordnungsgemäß umgesetzt worden ist, dass die Bestimmungen der Richtlinie inhaltlich unbedingt sind und dass die Bestimmungen der Richtlinie hinreichend genau sind. Grundsätzlich ist eine unmittelbare Wirkung in folgenden Fällen anzunehmen:

(1) Nicht fristgerecht bzw inhaltlich nicht ordnungsgemäß umgesetzte Richtlinie

Wenn ein Mitgliedstaat seiner Umsetzungspflicht nicht nachkommt, soll sich der Einzelne unmittelbar auf die Richtlinie berufen können. Eine Umsetzung ist dann nicht fristgerecht, wenn sie bis zum Ablauf der in der Richtlinie genannten Frist nicht erfolgt ist. Eine Umsetzung ist inhaltlich nicht ordnungsgemäß, wenn das nationale Recht den inhaltlichen Vorgaben der Richtlinie ganz oder zum Teil nicht entspricht.

(2) Inhaltlich unbedingte Richtlinie

Wenn keine weiteren Maßnahmen der Gemeinschaftsorgane und der Mitgliedstaaten erforderlich sind, ist eine Richtlinie als inhaltlich unbedingt anzusehen. Als weitere Voraussetzung ist zu beachten, dass die Richtlinie auch keine Bedingungen und Vorbehalte vorsehen darf. Das bedeutet aber im Gegenzuge nicht, dass in der Richtlinie überhaupt keine Spielräume in der Form von Ermessens- oder Beurteilungsspielräumen sein dürfen.

²⁰³ Vgl dazu auch den Grundsatz des „Venire contra factum proprium“: Ein Mitgliedstaat soll sich dem Bürger gegenüber nicht auf die unterbliebene Umsetzung der RL berufen können, wenn er selbst dieser Pflicht nicht nachgekommen ist; vgl dazu auch *Biervert* in *Schwarze*, EU-Kommentar (2000) Art 249 Rz 29; *Arndt*, *Europarecht*⁸ (2005) 104; *Hetmeier* in *Lenz/Borchardt*, EUV/EGV⁴ (2006) Art 249 Rz 12 ff.

(3) *Hinreichend genaue Richtlinie*

Eine Richtlinie ist dann hinreichend genau, wenn sie rechtlich vollkommen ist, wenn also die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts ohne weitere Konkretisierung angewendet werden können.

Teilweise wird die Lehrmeinung vertreten, dass eine unmittelbare vertikale Direktwirkung einer Richtlinie auch voraussetzt, dass die Richtlinie ein subjektives Recht einräumt. Der EuGH steht dem Problem jedoch eher ablehnend gegenüber²⁰⁴. Diese Auffassung ist sehr problematisch. Stellt man nämlich auf die Einräumung eines subjektiven Rechts in der Richtlinie ab, führt dies im Ergebnis dazu, dass der Anwendungsbereich der Direktwirkung zurückgedrängt wird. Es ist außer Frage, dass sich dieser Befund mit dem Gedanken der praktischen Wirksamkeit und der Überlegung, dass die Direktwirkung eine Sanktion für die Mitgliedstaaten wegen einer fehlerhaften Richtlinienumsetzung darstellt, nur schwer in Einklang zu bringen ist.

b) Horizontale Wirkung

Die Zulässigkeit der horizontalen Wirkung von Richtlinien zwischen Privaten – auch unmittelbare horizontale Drittwirkung genannt – wird vom EuGH in ständiger Rechtsprechung abgelehnt²⁰⁵. Der EuGH begründet seine ablehnende Haltung gegenüber der unmittelbaren Wirkung zu Lasten Privater damit, dass Richtlinienbestimmungen für Einzelne nur Rechte begründen könnten, jedoch nicht unmittelbar Pflichten auferlegen. Der EuGH stützt sich dabei auf den ausdrücklichen Wortlaut von Art 249 Abs 2 und 3 EGV. Er vertritt die Auffassung, dass der Gemeinschaft ansonsten die Kompetenz zukäme, über das Instrument der Richtlinie mit unmittelbarer Wirkung zu Lasten der Bürger Verpflichtungen anzuordnen, obwohl sie dies nur dort darf, wo ihr die Befugnisse zum Erlass einer Verordnung zugewiesen ist. Die Direktwirkung der Richtlinie ist eine Sanktion für deren Nichtumsetzung durch einen Mitgliedstaat. Weil aber Private keinerlei Einfluss auf die Transformation von Richtlinien haben, macht es keinen Sinn, sie an die in einer Richtlinie niedergelegten Pflichten zu binden. Daraus folgt, dass in Privatrechtsbeziehungen die

²⁰⁴ EuGH, Rs C-431/92, *Großkrotzenburg*, Slg 1994 I-3325 ff.

²⁰⁵ *Thun-Hohenstein/Cede/Hafner*, *Europarecht*⁵ (2005) 181; *Arndt*, *Europarecht*⁸ (2005) 105 f; *Biervert* in *Schwarze*, *EU-Kommentar* (2000) Art 249 Rz 30; *Hetmeier* in *Lenz/Borchardt*, *EUV/EGV*⁴ (2006) Art 249 Rz 14.

Direktwirkung einer Richtlinie ausgeschlossen ist²⁰⁶. Das Verbot der horizontalen Direktwirkung ist auf die Fälle begrenzt, in denen eine ausnahmsweise direkt wirkende Richtlinie unmittelbar für einen Privaten eine Verpflichtung begründet. Diese formale Abgrenzung des EuGH ist auch auf offene Ablehnung gestoßen. Kritiker fordern, dass das Verbot der horizontalen Direktwirkung weitergehend bereits dann zum Zug kommen müsse, wenn durch die unmittelbare Anwendung einer Richtlinie eine im innerstaatlichen Recht wurzelnde Rechtsposition von Privaten zumindest faktisch beeinträchtigt wird²⁰⁷.

Bei allen Überlegungen zur Direktwirkungsdogmatik des EuGH muss jedoch im Vordergrund der allgemeine Rechtsgrundsatz der Rechtssicherheit stehen. Das bedeutet, dass das hoheitliche Handeln der Gemeinschaft für den Marktbürger berechenbar sein muss. Im Falle einer direkt wirkenden Richtlinie ist der Einzelne unvorhersehbar in seiner Rechtsposition beeinträchtigt, wenn ihm entweder selbst durch die Richtlinie eine Verpflichtung auferlegt oder sonst eine in der innerstaatlichen Rechtsordnung wurzelnde Rechtsposition teilweise oder vollständig entzogen wird. In beiden Konstellationen ist der Unionsbürger ohne Unterschied schutzwürdig.

Ob also Richtlinienvorschriften eine unmittelbare Wirkung zu Lasten Privater haben können, ist nicht einfach zu beantworten. Nach gefestigter Rechtsprechung ist zunächst ausgeschlossen, dass die Behörden der Mitgliedsstaaten sich zu Lasten Privater auf eine unmittelbare Wirkung berufen können, weil Richtlinien Rechtsbindungswirkungen nur für die Mitgliedstaaten entfalten. Das gleiche muss im Verhältnis zwischen Privatpersonen gelten, denn Richtlinienbestimmungen können für Einzelne nur Rechte begründen, aber nicht unmittelbar Pflichten auferlegen. Für den EuGH scheidet die Zuerkennung einer

²⁰⁶ EuGH 14.7.1994, Rs C-91/92, *Faccini Dori*, Slg 1994 I-3325. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kläger hatte einen Dienstvertrag mit einem Bildungsinstitut abgeschlossen. Später kam es zum Rechtsstreit. Der Kläger wollte sich vom Vertrag mit dem Bildungsinstitut lösen. Er hat sich dazu auf ein in einer Verbraucherschutz RL niedergelegtes Rücktrittsrecht berufen. Allerdings war die RL trotz Ablauf der Umsetzungsfrist nicht rechtzeitig in innerstaatliches Recht umgesetzt worden. Das mit dem Rechtsstreit befasste nationale Gericht machte eine Vorlage gem Art 234 EGV an den EuGH und wollte wissen, ob sich der Kläger gegenüber dem Bildungsinstitut auf das in der RL enthaltende Rücktrittsrecht berufen könne, um sich von dem Dienstvertrag zu lösen. Der EuGH entwickelte folgenden Leitsatz: „...Die Möglichkeit, sich gegenüber staatlichen Einrichtungen auf die RL zu berufen, beruht darauf, dass die RL nach Art 189 des Vertrages für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet ist, nur für diesen verbindlich ist, womit verhindert werden soll, dass der Staat aus seiner Nichtbeachtung des Gemeinschaftsrechts Nutzen ziehen kann. Es wäre nicht hinnehmbar, dass der Staat, dem der Gemeinschaftsgesetzgeber den Erlass bestimmter Vorschriften vorschreibt, mit denen seine Beziehungen oder die Beziehungen staatlicher Einrichtungen zu den Bürgern geregelt und diesen bestimmte Rechte gewährt werden sollen, sich auf die Nichterfüllung seiner Verpflichtung berufen könnte, um den Bürgern diese Rechte zu versagen. Eine Ausdehnung dieses Grundsatzes auf den Bereich der Beziehungen zwischen den Bürgern hieße, der Gemeinschaft die Befugnis zuzuerkennen, mit unmittelbarer Wirkung zu Lasten der Bürger Verpflichtungen anzuordnen, obwohl sie dies nur dort darf, wo ihr die Befugnisse zum Erlass von Verordnungen zugewiesen ist. Folglich kann ein Bürger, wenn die Maßnahmen zur Umsetzung nicht innerhalb der vorgesehenen Frist erlassen worden sind, sich nicht auf eine RL stützen, um zu behaupten, er habe einen Anspruch gegen einen anderen, und um diesen vor einem nationalen Gericht geltend zu machen...“.

²⁰⁷ Arndt, *Europarecht*⁸ (2005) 107.

unmittelbaren Wirkung nicht wegen einer Belastung zum Nachteile Dritter aus, sondern vielmehr aufgrund des rechtssystematischen Arguments, dass aus Richtlinienbestimmungen selbst nicht unmittelbar Verpflichtungen für Private erwachsen können²⁰⁸.

Nicht abschließend geklärt ist die Frage, was die *Dori*-Judikatur unter einer Verpflichtung „zu Lasten“ Privater versteht. *Eilmansberger*²⁰⁹ vertritt die Auffassung, dass darunter jedenfalls Vorschriften zu verstehen seien, die die Handlungsspielräume Einzelner einengten, also Privaten bestimmte Handlungen oder Unterlassungen vorschrieben oder untersagten. Richtlinienvorschriften solchen Inhalts könnten gegenüber privaten Adressaten nicht wirksam werden bzw von vorneherein nicht in Geltung treten. Dieses Ergebnis könne nach *Eilmansberger*²¹⁰ nur im Rahmen einer ordnungsgemäßen Umsetzung erreicht werden.

Die Judikatur des EuGH zur Frage der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien auch in Rechtsbeziehungen zwischen Privaten kann auf drei Lösungswege eingeordnet werden.

(1) Weiter Staatsbegriff

So verwendet der EuGH einerseits einen sehr weiten Staatsbegriff²¹¹. Damit sind die Fälle der unmittelbaren Wirkung von – sowohl rechtzeitig als auch nicht rechtzeitig umgesetzten - Richtlinien nicht auf das vertikale Verhältnis Staat - Marktbürger beschränkt, sondern auch auf alle in Staatsnähe gerückten Institutionen öffentlichen oder privaten Rechts ausgedehnt. Damit wird eine „quasihorizontale“ Wirkung über den Umweg eines weiten Staatsbegriffes eingeführt, ohne die Unterscheidung zwischen Verordnung und Richtlinie vollständig zu verwischen. Diese Judikatur benachteiligt klarerweise all jene, deren Prozessgegner eindeutig Private sind.

(2) Richtlinienkonforme Interpretation

Um diesen Nachteil zu vermeiden, hat der Gerichtshof in solchen Fällen den nationalen Gerichten die Pflicht auferlegt, das nationale Recht im Sinne einer

²⁰⁸ *Hetmeier in Lenz/Borchardt*, EUV/EGV⁴ (2006) Art 249 Rz 14.

²⁰⁹ *Eilmansberger*, Zur Direktwirkung von Richtlinien gegenüber Privaten (Teil I u Teil II). Ist nach CIA, Unilever, Ingmar, Draehmpaehl, Ferreira und Heiningen jetzt alles anders? JBl 2004, 283 bzw 364.

²¹⁰ *Eilmansberger*, Zur Direktwirkung von Richtlinien gegenüber Privaten (Teil II). Ist nach CIA, Unilever, Ingmar, Draehmpaehl, Ferreira und Heiningen jetzt alles anders? JBl 2004, 364ff.

²¹¹ So zB EuGH 22.6.1989, Rs C-103/88, *Fratelli Costanzo*, Slg 1989 1839, Rz 31; EuGH 12.7.1980, Rs C-188/89, *Foster ua*, Slg 1990 I-3313, Rz 19.

richtlinienkonformen Interpretation so weit wie möglich an den Zielen und Zwecken der Richtlinie – auch ohne deren Umsetzung – auszulegen²¹².

(3) Staatshaftung

Gelingt eine solche richtlinienkonforme Interpretation nicht mehr, da eine Auslegung *contra legem* zu befürchten wäre, bietet die Judikatur des EuGH als „letzten Ausweg“ die so genannte Staatshaftung, das bedeutet eine Schadenersatzpflicht des Staates gegenüber dem kausal geschädigten Einzelnen²¹³.

Maßgebend und nach wie vor richtungsweisend ist mE die *Dori*-Judikatur, die die Problematik der Horizontalwirkung zwischen Privaten auf der Basis kompetenzrechtlicher Tatbestände des EGV löst²¹⁴.

C. Die ArbeitsvertragsbefristungsRL 1999/70/EG

Die von den Organen nach Maßgabe der die EU begründenden Verträge erlassenen Rechtsakte werden als Sekundärrecht²¹⁵ bezeichnet. Der EGV kennt als verbindliche Handlungstypen Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen. Dabei sind Richtlinien nach herrschender Auffassung nur hinsichtlich des Ziels verbindlich. Die hier interessierende Richtlinie über befristete Arbeitsverträge²¹⁶ zählt daher zum EU-Sekundärrecht²¹⁷.

Durch das Maastricht-Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten der EG²¹⁸ über die Sozialpolitik²¹⁹, das am 1.12.1993 in Kraft getreten ist, wurde den Sozialpartnern auf europäischer Ebene neben der Möglichkeit, schuldrechtliche Vereinbarungen zu schließen, auch die Option eröffnet, diese sozialpartnerschaftliche Vereinbarung durch gemeinsamen Antrag und auf Vorschlag der Kommission sowie durch Beschluss des Rates für verbindlich

²¹² So zB EuGH Rs C-106/89, *Marleasing*, Slg 1990 I-4135.

²¹³ So zB EuGH 19.11.1991, Rs C-6/90 und C-9/90, *Francovich ua*, Slg 1991 I-5357, Rz 39ff.

²¹⁴ Vgl dazu Art 249 Abs 2 u 3 EGV.

²¹⁵ *Thun-Hohenstein/Cede/Hafner*, *Europarecht*⁵ (2005) 71; auch abgeleitetes Recht.

²¹⁶ RL 1999/70/EG des Rates vom 28.6.1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl 1999 L 175 S 43 (10.7.1999).

²¹⁷ Vgl auch Art 249 EGV.

²¹⁸ Mit Ausnahme des Vereinten Königreichs Großbritannien und Nordirland.

²¹⁹ ABl 1992 C 224 S 126, 127 idF ABl 1994 C 241 S 24 und ABl 1995 L 1 S 4.

erklären zu lassen. Als Sozialpartner auf europäischer Ebene gelten konkret die Union der Industrie und Arbeitgeberverbände Europas²²⁰, der europäische Zentralverband der öffentlichen Wirtschaft²²¹ und der europäische Gewerkschaftsbund²²². Die Kompetenzgrundlage für die Richtlinie 1999/70/EG des Rates zu der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge ist Art 139 Abs 2 EGV. Art 139 EGV ist ein Teil des durch den Vertrag von Amsterdam²²³ modifizierten Kapitels Sozialvorschriften im EGV²²⁴, in dem das Abkommen über die Sozialpolitik übernommen und damit eine Grundlage für eine einheitliche Sozialpolitik aller Mitgliedstaaten geschaffen wurde. Dieser kurze Gedankensprung in das Recht der europäischen Gemeinschaft erklärt den Wortlaut der Richtlinie über befristete Arbeitsverträge. Es handelt sich dabei genau genommen um die EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, die im Rahmen des Rechtsaktes der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28.6.1999 in den Rechtsbestand als Richtlinie erhoben worden ist. Der materiellrechtlich „wichtigere“, hier interessierende Inhalt der Richtlinie findet sich im Anhang der Richtlinie. Die Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge der drei europäischen Sozialpartner EGB, UNICE und CEEP bildet den Anhang der Richtlinie, auf den Art 1 der Richtlinie verweist. Art 1 der Richtlinie 1999/70/EG bestimmt, dass mit dieser Richtlinie die zwischen den allgemeinen branchenübergreifenden Organisationen (EGB, UNICE und CEEP) geschlossene Rahmenvereinbarung vom 18.3.1999 über befristete Arbeitsverträge, die im Anhang enthalten ist, durchgeführt werden soll.

1. Genese der ArbeitsvertragsbefristungsRL

Ab Beginn der 70iger-Jahre des vergangenen Jahrhunderts konnte in der EU ein kontinuierlicher Anstieg von befristeten Dienstverhältnissen festgestellt werden. Im EU-Gesamtdurchschnitt wuchs die Befristungsrate von 1993 bis 2000 von 9 auf 13,4 %. Flexible Formen menschlicher Beschäftigung gewannen in dieser Zeitspanne zusehend an Bedeutung. Daher sah sich die europäische Union veranlasst²²⁵, aufgrund der verschiedenen arbeitsrechtlichen Regelungen in den Mitgliedstaaten über die Befristungsmöglichkeiten von

²²⁰ UNICE.

²²¹ CEEP.

²²² EGB.

²²³ Vertrag von Amsterdam, ABl 1997 C 340 S 1.

²²⁴ Art 136 bis Art 145 EGV in der Amsterdamer Fassung, Ex-Art 117 bis Art 122 EWG-V.

²²⁵ Vgl insbesondere Art 139 ff EGV.

Dienstverträgen eine Rechtsangleichung herbeizuführen und Mindeststandards zu normieren. Ausgangspunkt war eine Entschließung des Rates der Europäischen Union²²⁶.

Der Rat vertrat die Ansicht, den systematischen Rückgriff auf Überstunden einzuschränken, wobei die notwendige Flexibilität des Produktionsprozesses der Unternehmen und die Lage des Arbeitsmarktes zu berücksichtigen seien. Ein geeignetes Mittel, um zu solchen Einschränkungen zu gelangen, wäre nach Ansicht des Rates die Einführung des Grundsatzes einer Ausgleichsruhezeit für systematisch geleistete Überstunden, wobei ein solcher Ausgleich sich sicher nicht notwendigerweise auf alle Überstunden erstrecken würde²²⁷. Der Rat stellte weiters fest, dass die Teilzeitbeschäftigung eine Realität des Arbeitsmarktes geworden sei, dass jedoch die Voraussetzungen für ihre Durchführung näher zu bestimmen seien. Dabei müssten Teilzeitbeschäftigte unter Berücksichtigung der besonderen Merkmale ihrer Tätigkeit die gleichen sozialen Rechte und Verpflichtungen erhalten, wie Vollzeitarbeitskräfte²²⁸. Zum Punkt Zeitarbeit stellte der Rat fest, dass die Zeitarbeit in den meisten Mitgliedstaaten in den letzten Jahren bemerkenswert zugenommen habe²²⁹. Er vertrat die Ansicht, dass eine Gemeinschaftsaktion zur Unterstützung der Maßnahme der Mitgliedstaaten unternommen werden solle, um einerseits die Zeitarbeit zu überwachen und andererseits den sozialen Schutz der Zeitarbeitnehmer zu gewährleisten. Zum Problembereich „jährliches Arbeitsvolumen“ ersuchte der Rat die Kommission, zusammen mit den Sozialpartnern zu prüfen, unter welchen Bedingungen gemeinschaftliche Gesichtspunkte für die Verringerung des jährlichen Arbeitsvolumens entwickelt werden könnten, die gegebenenfalls in einzelstaatlichen, branchenbezogenen oder sektoralen Vereinbarungen berücksichtigt werden könnten²³⁰.

Wesentlich sind die Feststellungen des Rates zur Zeitarbeit. Im Rahmen einer weiteren Entschließung²³¹ wurde die Kommission aufgefordert, dem Rat Vorschläge für eine klare Definition der Zeitarbeit und für Leitlinien zu unterbreiten. Im Jahr 1982 hat die Kommission dem Rat einen Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Regelung der Zeitarbeit

²²⁶ Entschließung des Rates vom 18.12.1979 über die Anpassung der Arbeitszeit, ABl 1980 C 2 S 1, 4.1.1980.

²²⁷ Entschließung des Rates vom 18.12.1979 über die Anpassung der Arbeitszeit, ABl 1980 C 2 S 1, 4.1.1980, Punkt A 1 u 2.

²²⁸ Entschließung des Rates vom 18.12.1979 über die Anpassung der Arbeitszeit, ABl 1980 C 2 S 1, 4.1.1980, Punkt A 4.

²²⁹ Entschließung des Rates vom 18.12.1979 über die Anpassung der Arbeitszeit, ABl 1980 C 2 S 1, 4.1.1980, Punkt A 5.

²³⁰ Entschließung des Rates vom 18.12.1979 über die Anpassung der Arbeitszeit, ABl 1980 C 2 S 1, 4.1.1980, Punkt A 7.

²³¹ ABl 1981 C 260 S 54, 12.10.1981.

vorgelegt²³². Dieser Richtlinienentwurf enthielt eine sehr weite Definition der Befristung. Danach galt ein Dienstverhältnis dann als befristet, wenn sich dessen Beendigung nach objektiven Kriterien richtete, wie beispielsweise die Erreichung eines bestimmten Zeitpunktes, die Erbringung einer bestimmten Arbeitsleistung oder der Eintritt eines bestimmten Ereignisses. Um Dauerbeschäftigung als Regelfall zu gewährleisten, beschränkte der Richtlinienentwurf 1982 die Zulässigkeit von befristeten Dienstverhältnissen auf fünf Fallgruppen. Die erste Fallgruppe hatte die zeitweilige Verringerung der Beschäftigtenzahl als Voraussetzung. Die zweite Fallgruppe forderte zeitweilig oder gewöhnlich erhöhten bzw. saisonbedingten Arbeitsanfall. Die dritte Fallgruppe wollte die Ausführung von nicht ständigen Gelegenheitsarbeiten genau festlegen. Eine weitere Fallgruppe forderte Verträge, bei denen es durch die besondere Art der Tätigkeit gerechtfertigt sei, keine unbefristeten Dienstverhältnisse abzuschließen. Schließlich wollte eine fünfte und letzte Fallgruppe befristete Dienstverträge dann gestatten, wenn eine neue Geschäftstätigkeit im Anlaufen sei und diese neue Geschäftstätigkeit noch von ungewisser Dauer sei.

Diese fünf Voraussetzungen zeigen, dass der Richtlinienentwurf 1982 befristete Dienstverhältnisse stark einschränken wollte und diese als Abweichung vom Normalfall des unbefristeten Dienstverhältnisses sah.

Ein weiterer Richtlinienentwurf²³³ reduzierte die im Richtlinienentwurf 1982 festgelegten Gründe für die zulässige Befristung eines Dienstverhältnisses auf lediglich zwei, nämlich die zeitweilige Verringerung der Belegschaft und Ausführung von Gelegenheitsarbeiten.

Im Jahr 1990 unternahm die Kommission einen neuen Anlauf zur Schaffung gemeinschaftsrechtlicher Regelung in Bezug auf atypische Arbeitsverhältnisse. Dabei wurden die Richtlinienentwürfe aus den Jahren 1982 und 1984 zurückgezogen und drei neue Richtlinienentwürfe erarbeitet. Diese Dreiteilung entsprach den Regelungszielen und den sich daraus ergebenden unterschiedlichen Kompetenzgrundlagen. Diese drei Richtlinienentwürfe betrafen die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für bestimmte Arbeitsverhältnisse im Hinblick auf die Arbeitsbedingungen²³⁴, für bestimmte

²³² ABl 1982 C 182 S 2, 7.5.1982, Richtlinienentwurf 1982.

²³³ ABl 1984 C 133 S 1, 6.4.1984.

²³⁴ ABl 1990 C 224 S 4, 8.9.1990.

Arbeitsverhältnisse im Hinblick auf Wettbewerbsverzerrungen²³⁵ und im Hinblick auf die Ergänzung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Zeitarbeitnehmern²³⁶.

Der Richtlinienvorschlag für bestimmte Arbeitsverhältnisse im Hinblick auf die Arbeitsbedingungen enthielt die Definition des befristeten Dienstverhältnisses, die im Wesentlichen mit der Definition im Richtlinienvorschlag 1982 übereinstimmt. Entsprechend diesem Richtlinienvorschlag müssten befristet beschäftigte Dienstnehmer unter Berücksichtigung der Dauer der Beschäftigung und der Art der auszuführenden Aufgaben unter den gleichen Bedingungen Zugang zu den vom Unternehmen angebotenen Berufsausbildungsmaßnahmen haben, wie dauerbeschäftigte Dienstnehmer. Befristet Beschäftigte müssten in gleicher Weise wie die übrigen Arbeitnehmer und proportional zur Dauer der Arbeitsleistung bei der Einrichtung von Arbeitnehmervertretungen berücksichtigt werden. Der Richtlinienvorschlag forderte die gleiche Behandlung von befristet Beschäftigten gegenüber Dauerbeschäftigten bei der Gewährung von Sach- und Geldleistungen im Rahmen von Sozialfürsorgesystemen. Damit sollte im Wesentlichen die Nichtdiskriminierung im Bereich der Sozialversicherung gewährleistet werden.

Der Richtlinienvorschlag betreffend die Angleichung der Rechtsvorschriften für bestimmte Arbeitsverhältnisse im Hinblick auf Wettbewerbsverzerrungen behandelte das Problem der so genannten Kettendienstverhältnisse und schränkte die Zulässigkeit aneinander gereihter Befristungen hinsichtlich Anzahl und Dauer ein. Nach diesem Richtlinienvorschlag dürften Dienstverträge, deren Laufzeit maximal ein Jahr betrage, nur soweit einmalig oder mehrmals verlängert werden, als die Gesamtdauer 36 Monate nicht übersteige. Befristete Dienstverhältnisse mit einer ein Jahr übersteigenden Dauer würden dieser Beschränkung nicht unterliegen.

Das europäische Parlament hat den Richtlinienvorschlag betreffend die Angleichung der Rechtsvorschriften für bestimmte Arbeitsverhältnisse im Hinblick auf die Arbeitsbedingungen abgelehnt und den Richtlinienvorschlag betreffend die Angleichung der Rechtsvorschriften für bestimmte Arbeitsverhältnisse im Hinblick auf Wettbewerbsverzerrungen mit einigen Änderungen gebilligt. Zur endgültigen Annahme ist es

²³⁵ ABl 1990 C 224 S 6, 8.9.1990.

²³⁶ ABl 1990 C 224 S 8, 8.9.1990.

jedoch bei beiden Richtlinienvorschlägen nicht gekommen. Sämtliche Richtlinienvorschläge sind daher nur mehr von historischer Bedeutung²³⁷.

2. Normativer Kern der ArbeitsvertragsbefristungsRL

Die allgemeinen Erwägungen der EGB-UNICE-CEEP Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge gehen grundsätzlich davon aus, dass unbefristete Beschäftigungsverhältnisse die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses sind. Unbefristete Beschäftigungsverhältnisse würden, so die Erwägungen weiter, zur Lebensqualität und zur Verbesserung der Leistungsfähigkeit der Beschäftigten beitragen. Missbrauchsvermeidung ist auch in den Erwägungen zentrales Thema. Missbrauchsvermeidung werde dadurch gewährleistet, dass befristete Beschäftigungsverhältnisse (nur) aus objektiven Gründen in Anspruch genommen würden. Die Erwägungen machen darauf aufmerksam, dass die Hälfte aller befristet beschäftigten Dienstnehmer Frauen seien und dass die Rahmenvereinbarung auch zur Verbesserung der Chancengleichheit zwischen Frauen und Männern beitrage.

Zentrale Normen sind die §§ 4 und 5 der Rahmenvereinbarung, die einerseits den Grundsatz der Nichtdiskriminierung und andererseits die Maßnahmen zur Vermeidung von Missbrauch normieren. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung schützt befristet beschäftigte Dienstnehmer davor, schlechter als vergleichbare Dauerbeschäftigte behandelt zu werden, es sei denn, sachliche Gründe rechtfertigen diese Ungleichbehandlung.

§ 5 der Rahmenvereinbarung fordert die Mitgliedstaaten auf, Maßnahmen zu ergreifen, um Missbrauch durch aufeinander folgende befristete Dienstverhältnisse zu verhindern. Diese Maßnahmen sollen nur dann erfolgen, wenn in den Mitgliedstaaten keine gleichwertigen gesetzlichen Maßnahmen zur Missbrauchsvermeidung bestehen.

Welche Maßnahmen fordert nun § 5 der Rahmenvereinbarung? Die Mitgliedstaaten haben ein Wahlrecht bezüglich der umzusetzenden Maßnahmen. Zumindest eine Maßnahme muss gewählt werden. Zum einen fordert die Rahmenvereinbarung als Rechtfertigung für die Verlängerung eines befristeten Dienstvertrages einen sachlichen Grund (lit a). Zum anderen

²³⁷ Vgl zur Genese der ArbeitsvertragsbefristungsRL ausführlich *Stummer*, Die Richtlinie 1999/70 EG des Rates zu der EGB-UNICE-CEEP Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (2001) 5ff.

ist die maximal zulässige Dauer aufeinander folgender Beschäftigungsverhältnisse zu definieren (lit b), aber auch die zulässige Zahl der Verlängerungen solcher Verträge (lit c).

Die Mitgliedstaaten sollten gegebenenfalls festlegen, unter welchen Bedingungen befristete Dienstverträge als „aufeinander folgend“ zu betrachten seien oder als unbefristete Verträge zu gelten haben.

In allen Fällen sind die Sozialpartner des Mitgliedstaates zu hören.

Klar ist, dass sich der Tatbestand „...eine oder mehrere der folgenden Maßnahmen...“ nur auf die lit a – c des § 5 der Rahmenvereinbarung bezieht. Interessant ist die Frage, wie der Tatbestand „...wenn keine gleichwertigen gesetzlichen Maßnahmen...bestehen...“ auszulegen ist. „Bestehen“ deutet darauf hin, dass gleichwertige gesetzliche Maßnahmen zu dem Zeitpunkt dem nationalen Rechtsbestand bereits angehören, zu dem die Umsetzungspflicht für den Mitgliedstaat besteht.

Es stellt sich die Auslegungsfrage, ob eine oder mehrere gleichwertige gesetzliche Maßnahmen einen oder theoretisch alle der drei Tatbestände der lit a - c kompensieren kann. Eine Kompensation aller drei Maßnahmen durch gleichwertige gesetzliche Maßnahmen wird in der Praxis kaum vorkommen. Eine gleichwertige Maßnahme könnte beispielsweise in Schadenersatzbestimmungen bestehen. Die Ziele und Zwecke der Rahmenvereinbarung sind aber mE aufgrund ihrer Begründungserwägungen nicht mit solcher Auslegung vereinbar, sodass § 5 Abs 1 der Rahmenvereinbarung teleologisch reduziert werden muss²³⁸. Das bedeutet, dass § 5 der Rahmenvereinbarung mE dahingehend auszulegen ist, dass gleichwertige gesetzliche Maßnahmen iSd § 5 der Rahmenvereinbarung jedenfalls nicht alle der drei unter lit a – c angeführten Maßnahmen kompensieren können. Eine der drei Maßnahmen der lit a – c ist daher jedenfalls umzusetzen. Der nationale Gesetzgeber hat die Ziele und Zwecke der Richtlinie im Umsetzungsprozess im Auge zu behalten. Die gleichwertige gesetzliche Maßnahme hat mE nur „Ausnahmecharakter“, um bestimmte Branchen und saisonale Tätigkeiten zu berücksichtigen²³⁹. Die Abwägung hat dabei immer im Einzelfall zu erfolgen.

²³⁸ Vgl dazu *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹² I (2002) 30f.

²³⁹ Vgl dazu Erwägung 10 der Rahmenvereinbarung.

D. Die Judikatur des EuGH zur ArbeitsvertragsbefristungsRL

Die Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie vom 28.6.1999 ist eine verhältnismäßig junge Richtlinie. Berücksichtigt man weiters den zeitlichen Umsetzungshorizont bis 10.7.2001 sowie die mögliche Fristverlängerung von einem weiteren Jahr, so ist es nicht verwunderlich, dass kaum einschlägige Judikatur des EuGH vorliegt²⁴⁰. Obgleich aufgrund dieser jurisprudentiellen „Knappheit“ systematische Aussagen kaum möglich sind und daher von einer ständigen Rechtsprechung noch nicht die Rede sein kann, ist es dem EuGH dennoch gelungen, zu einigen wesentlichen Kernen der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie tendenzielle und auch richtungweisende Aussagen zu machen. Dabei betraf das im Schrifttum am meisten besprochene und kommentierte bzw vielmehr kritisierte Urteil des EuGH²⁴¹ gar nicht so sehr die Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie, sondern vielmehr die Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG²⁴². Aufgrund der weitreichenden Auswirkungen des Urteils *Mangold* auf die innerstaatlichen, nationalen Rechte der Mitgliedstaaten führt an einer vollständigen Darstellung des Sachverhaltes und der juristischen Ausführungen kein Weg vorbei.

Thematisch wirklich dem „Befristungsrecht“ bzw befristungsrechtlichen Problemstellungen aus der Arbeitsvertragsrichtlinie zuzuzählen ist das Urteil *Adeneler*, das zum Problembereich der sachlichen Begründung von Kettendienstverhältnissen und deren Aneinanderreihung klar Stellung bezieht²⁴³.

Das Urteil *Vassallo* (bzw *Marrosu u Sardino*) hatte die Frage zu klären, ob Europäisches Arbeitsrecht nationalen Bestimmungen entgegensteht, die anstelle eines unbefristeten Beschäftigungsverhältnisses als Rechtsfolge lediglich Schadenersatzansprüche gewähren²⁴⁴. Das Urteil *Vassallo* (bzw *Marrosu u Sardino*) beschäftigt sich jedoch nur am Rande mit rein befristungsrechtlichen Fragen.

Schließlich ist das Urteil *Impact* zu erwähnen, deren Vorlagefragen die unmittelbare Anwendbarkeit der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie betreffen²⁴⁵.

²⁴⁰ Art 2 Abs 1 u 2 RL 1999/70/EG.

²⁴¹ EuGH 22.11.2005, Rs C-144/04, *Mangold*, Slg 2005 I-09981.

²⁴² RL 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl 2000 L 303 S 16.

²⁴³ EuGH 4.7.2006, Rs C-212/04, *Adeneler ua vs ELOG*, Slg 2006 I-6057.

²⁴⁴ EuGH 7.9.2006, Rs C-180/04, *Vassallo*, Slg 2006 I-7251, Rz 16-20 bzw EuGH 7.9.2006, Rs C-53/04, *Marrosu u Sardino*, Slg 2006 I-7213 mit wortgleichem Urteilstenor.

²⁴⁵ ABl 2006 L 175 S 43; EuGH 15.4 2008, Rs C-268/06, *Impact*, noch nicht in amlt Slg.

Wurde zu Beginn des Abschnittes festgestellt, dass eine systematische Aufarbeitung aufgrund der nur spärlich vorhandenen Rechtsprechung des EuGH kaum möglich ist, so soll dennoch ein Versuch einer Systematisierung vorgenommen werden. Dazu sind jedoch vorweg einige rechtsphilosophische bzw rechtsdogmatische Ansätze hilfreich.

Von einer Wissenschaft wird erwartet, dass sie ein System anzubieten hat, meint *Mayer-Maly* und führt aus, dass das System tiefere Erkenntnis als seine Elemente erschließen solle²⁴⁶. Daher ist mE, ausgehend von dem Bestreben, einen systematischen Ansatz zu finden, die Frage zu stellen, inwieweit es tatsächlich kaum möglich ist, systematische Aussagen zu treffen.

Hilfreich sind auch *Mazals* methodische Vorbemerkungen in einem Beitrag zur Analyse der Entwicklung der Anknüpfungstatbestände arbeits- und sozialrechtlicher Regelungen²⁴⁷. *Mazal* führt aus, dass die heutige Trennung zwischen Arbeits- und Sozialrecht aus historischer Perspektive gekünstelt wirke und bereits im europäischen Kontext ihre Bedeutung verliere, da innerhalb des Normenbestandes der Europäischen Union die Materie umfassend als Sozialpolitik bezeichnet werde²⁴⁸.

Folgt man dem europarechtliche Begriff Sozialpolitik und begreift man das europarechtliche Normengefüge und die Judikatur des EuGH als übergeordnetes Ganzes, das aus den Mitgliedstaaten heraus gewachsen ist und sich aus den Mitgliedstaaten heraus entwickelt hat, so schwimmt auch notwendiger- bzw logischerweise die Trennung zwischen innerstaatlicher und europäischer Judikatur. Diese Konsequenz ist umso mehr möglich, als nationale Gerichte an die Auslegungsvorgaben der Europäischen Instanzen gebunden sind und diese nicht ohne weiteres ignorieren können²⁴⁹. Daher kann mE trotz spärlicher Judikatur des EuGH folgende systematische Einordnung vorgenommen werden:

²⁴⁶ *Mayer-Maly*, Das Systemproblem der Rechtswissenschaft in *Mayer-Maly*, Rechtswissenschaft³ (1985) 67.

²⁴⁷ *Mazal/Muranaka*, Sozialer Schutz für atypisch Beschäftigte – Überlegungen zur Neuordnung in Japan und Europa (2005).

²⁴⁸ *Mazal*, Zur Entwicklung der Anknüpfungstatbestände arbeits- und sozialrechtlicher Regelungen, in *Mazal-Muranaka*, Sozialer Schutz für atypisch Beschäftigte – Überlegungen zur Neuordnung in Japan und Europa (2005) 47.

²⁴⁹ Vgl auch *Kuras*, Vorabentscheidungsverfahren – Praktische Erfahrungen, in *Eilmansberger/Herzig*, 10 Jahre Anwendung des Gemeinschaftsrechts in Österreich (2006) 140.

1. Kettenvertragsjudikatur des EuGH

Der Begriff der Kettendienstvertragsjudikatur umfasst im weitesten Sinne alle gerichtlichen Entscheidungen, die sich mit der Frage beschäftigen, wie mit der mehrmaligen Aneinanderreihung von befristeten Beschäftigungsverhältnissen aus der Sicht des konkreten Klagebegehrens umzugehen ist. Aus innerstaatlicher prozessualer Sicht gestalten sich solche Verfahren häufig als Feststellungsverfahren mit konkretem Feststellungsbegehren. Im Anschluss an rechtskräftig stattgegebene Feststellungsverfahren finden sich häufig Anschlussverfahren, die sich mit der konkreten Höhe der dem Dienstnehmer zustehenden Geldsummen beschäftigen.

Anders als im innerstaatlichen Bereich wird der EuGH nicht aufgrund einer von einem Individuum überreichten Klage zuständig, sondern durch Vorlage konkreter Fragen an den EuGH im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren. Daher ist es wichtig, die konkreten Fragen darzustellen, die an den EuGH gerichtet worden sind²⁵⁰.

Zur Kettenvertragsjudikatur des EuGH muss die Rechtssache *Adeneler* gezählt werden, ebenso das Urteil *Impact*. *Impact* interessiert vor allem durch seine Vorlagefragen zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie.

Der Rechtssache *Adeneler* lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Herr Adeneler und 17 weitere Kläger hatten mit der ELOG, einer dem öffentlichen Sektor zuzurechnenden juristischen Person des Privatrechts mit Sitz in Thessaloniki, jeweils mehrere aufeinander folgende befristete Dienstverträge geschlossen. Diese liefen schließlich aus, ohne erneuert zu werden. Alle diese Verträge waren für die Dauer von jeweils acht Monaten geschlossen, wobei zwischen diesen Verträgen Zeiträume zwischen 22 Tagen und bis zu 10 Monaten und 26 Tagen lagen. Die Kläger des Ausgangsverfahrens wurden jeweils wieder in demselben Arbeitsbereich eingesetzt, für den die ursprünglichen Verträge geschlossen worden waren. Um feststellen zu lassen, dass diese Verträge als unbefristete Dienstverträge anzusehen seien, erhoben die Dienstnehmer Klage beim Monomeles Protodikeio Thessaloniki, der dem EuGH vier Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt hat.

Die Kläger behaupteten, sie hätten ELOG gegenüber regelmäßige Leistungen erbracht, die einem ständigen und dauernden Bedarf im Sinne der nationalen Vorschriften entsprochen hätten. Deshalb sei der Abschluss mehrerer befristeter Dienstverträge mit ihrem Dienstgeber

²⁵⁰ Vgl. dazu Borchardt in Lenz/Borchardt, EUV/EGV⁴ (2006) Art 234.

missbräuchlich gewesen, da es keinen sachlichen Grund gebe, Art 21 Abs 2 des Gesetzes Nr 2190/1994 anzuwenden, der verbiete, die fraglichen Dienstverhältnisse in unbefristete Dienstverträge umzuwandeln.

Die Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Richtlinie in griechisches Recht wurden im April 2003 verspätet erlassen.

Nach den Angaben der Kommission hat ihr die griechische Regierung mitgeteilt, dass sie von der in Art 2 Abs 2 der Richtlinie 1999/70/EG vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch machen möchte, um über eine zusätzliche Frist für den Erlass von Maßnahmen zur Durchführung der Richtlinie zu verfügen. Wegen dieser Verlängerung lief die Frist erst am 10. Juli 2002 ab. Die Umsetzung der RL in griechisches Recht wurde im April 2003 vorgenommen. Das Präsidialdekret Nr. 81/2003 mit Regelungen für Arbeitnehmer mit befristeten Arbeitsverträgen (FEK A' 77/2.4.2003), das die erste Maßnahme zur Umsetzung der Richtlinie 1999/70/EG darstellt, trat am 2. April 2003 in Kraft. Nach seinem Art 2 Abs 1 findet dieses Dekret auf Arbeitnehmer mit einem befristeten Arbeitsvertrag oder -verhältnis Anwendung.

Folgende griechische Rechtsvorschriften waren für das Verfahren von Bedeutung:

Art 2 Abs 1 des Präsidialdekrets Nr. 81/2003:

"... dieses Präsidialdekret findet Anwendung auf Arbeitnehmer mit einem befristeten Arbeitsvertrag oder -verhältnis, die im Privatsektor beschäftigt sind ...".

Artikel 5 des Präsidialdekrets Nr. 81/2003:

"1. Die unbeschränkte Verlängerung von unbefristeten²⁵¹ Arbeitsverträgen ist zulässig, wenn sie durch einen objektiven Grund gerechtfertigt ist.

a) Ein objektiver Grund liegt insbesondere vor:

... wenn der Abschluss eines befristeten Vertrags durch eine Gesetzes- oder eine Verordnungsvorschrift vorgeschrieben ist. ...

b) Das Vorliegen eines objektiven Grundes wird - wobei der Gegenbeweis durch den Arbeitnehmer zulässig ist - in den Tätigkeitssektoren vermutet, wo er aufgrund von deren Art und der Merkmale der dort ausgeübten Beschäftigung gerechtfertigt ist, wie insbesondere: ...

...

3. Geht die Dauer der aufeinander folgenden befristeten Arbeitsverträge oder -verhältnisse, ohne dass einer der Gründe des Absatzes 1 dieses Artikels vorliegt, insgesamt über zwei

²⁵¹ Gemeint offensichtlich: "...befristete Arbeitsverträge...". ME ein redaktioneller Fehler.

Jahre hinaus, so wird vermutet, dass mit diesen ein ständiger und dauernder Bedarf des Unternehmens oder Betriebs gedeckt werden soll, mit der Folge, dass sie in unbefristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse umgewandelt werden. ...

4. Als ‚aufeinander folgend‘ sind befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse anzusehen, die zwischen demselben Arbeitgeber und demselben Arbeitnehmer mit gleichen oder ähnlichen Arbeitsbedingungen zustande kommen, und zwischen denen kein längerer Zeitraum als zwanzig (20) Werktage liegt.

5. ...“.

Art 21 des Gesetzes Nr. 2190/1994 über die Errichtung eines unabhängigen Amtes für die

Personalauswahl und die Regelung von Verwaltungsfragen (FEK A' 28/3.3.1994):

"1. ... Staatliche Behörden und juristische Personen ... dürfen unter den Voraussetzungen und nach dem Verfahren, wie sie nachstehend vorgesehen sind, Personal mit einem befristeten privatrechtlichen Arbeitsvertrag beschäftigen, um einen saisonalen oder sonstigen regelmässig wiederkehrenden oder zeitweiligen Bedarf zu decken.

2. Die Dauer der Beschäftigung des in Absatz 1 genannten Personals darf in einem Zeitraum von zwölf Monaten acht Monate nicht überschreiten. Wird Personal auf Zeit eingestellt, um nach den geltenden Bestimmungen einen dringenden Bedarf wegen Abwesenheit von Personal oder unbesetzter Stellen zu decken, darf die Beschäftigungsdauer ein und derselben Person vier Monate nicht überschreiten. Die Verlängerung eines Vertrages oder der Abschluss eines neuen Vertrages im Laufe desselben Jahres sowie eine Umwandlung in einen unbefristeten Vertrag sind nichtig."

Das nationale Gericht hat das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof vorgelegt. Das nationale Gericht wollte wissen, ab welchem Zeitpunkt eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts stattzufinden hat (Frage 1), ob eine sachliche Rechtfertigung für ständige Verlängerungen befristeter Beschäftigungsverhältnisse darin besteht, dass sie von einer innerstaatlichen Norm ermöglicht werden (Frage 2), ob nur solche Beschäftigungsverhältnisse „aufeinander folgen“, die nicht länger als 20 Tage auseinander liegen (Frage 3) und schließlich ob die Rahmenvereinbarung einer innerstaatlichen Bestimmung entgegensteht, die die Umwandlung befristeter in unbefristete Beschäftigungsverhältnisse verbietet (Art 21 des Gesetzes Nr. 2190/1994), wenn mit diesen unbefristeten Beschäftigungsverhältnissen ein ständiger und dauernder Bedarf gedeckt werden soll (Frage 4).

Der EuGH hat das Vorabentscheidungsersuchen für zulässig befunden. Zu den Vorlagefragen hat der EuGH einige wichtige Vorbemerkungen geäußert. So stellt der EuGH beispielsweise fest, dass die Richtlinie 1999/70/EG auch auf befristete Dienstverhältnisse anwendbar sei, die mit Behörden oder anderen Stellen des öffentlichen Sektors geschlossen würden. Weder die Richtlinie noch die Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge enthielten nämlich Anhaltspunkte dafür, dass ihr Anwendungsbereich auf Dienstgeber des privaten Sektors beschränkt wäre. Das leitet der Gerichtshof aus § 2 Abs 1 der Rahmenvereinbarung ab. Zum anderen erschließe lediglich § 2 Abs 2 der Rahmenvereinbarung den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, bestimmte Beschäftigungsverhältnisse auszuschließen, wobei darunter auch von der öffentlichen Hand unterstützte Ausbildungs-, Eingliederungs-, oder Umschulungsprogramme fallen könnten. Nach gesicherter Methodenlehre sind Ausnahmebestimmungen nicht bzw nur ausnahmsweise analogiefähig²⁵². Der Anwendungsbereich der Richtlinie 1999/70/EG erstreckt sich auf alle rechtlichen Formen menschlicher Arbeit bzw entgeltlicher²⁵³ Beschäftigung.

Die Kommission rügte zwar nicht ausdrücklich die Unzulässigkeit²⁵⁴ der ersten Vorlagefrage, zog aber deren Entscheidungserheblichkeit in Zweifel. Die fraglichen Verträge seien nämlich erst nach Inkrafttreten des Präsidialdekrets Nr 81/2003, mit dem die Richtlinie 1999/70/EG in griechisches Recht umgesetzt werden sollte, ausgelaufen. Der EuGH würdigte diesen Einwand dahingehend, dass er feststellte, dass mehrere Kläger des Ausgangsverfahrens ihren ersten achtmonatigen Dienstvertrag mit ELOG vor dem 10.7.2002, als die Frist zur Umsetzung der Richtlinie 1999/70/EG endgültig ablief, bzw sogar vor dem 10.7.2001 geschlossen hätten, als die reguläre Frist für die Umsetzung dieser Richtlinie ablief. Aus den Akten ginge ferner hervor, dass ELOG mit einigen Klägern nur 22 Tage nach dem Auslaufen des einen Dienstvertrages einen befristeten Folgevertrag geschlossen hätte²⁵⁵.

Zur ersten Frage führte der EuGH aus:

Der Gerichtshof weist wiederholt darauf hin, dass nationale Gerichte bei der Anwendung des innerstaatlichen Rechts dieses so weit wie möglich anhand des Wortlautes

²⁵² *Engisch*, Einführung in das juristische Denken⁸ (1983) 151ff.

²⁵³ Fraglich ist, ob die RL 1999/70/EG nur auf entgeltliche Beschäftigung abstellt, oder auch unentgeltliche Beschäftigung erfasst. § 4 Abs 2, der den „pro rata temporis“ Grundsatz zum Inhalt der Rahmenvereinbarung macht, spricht zugunsten einer Anwendung auf bloß entgeltliche Beschäftigungsverhältnisse.

²⁵⁴ Anders bei *Mangold*, zumal in dieser Rs der Verdacht der Scheinprozessführung evident im Raume stand.

²⁵⁵ Diese erste Frage wird vor dem Hintergrund der verspäteten Umsetzung der RL 1999/70/EG in das nationale Recht gestellt.

und des Sinnes bzw Zweckes der bezughabenden Richtlinie auslegen müssen, um das von der Richtlinie festgelegte Ergebnis zu erreichen. Die Pflicht zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung betreffe das gesamte innerstaatliche Recht, unabhängig davon, ob es vor oder nach der bezughabenden Richtlinie erlassen worden sei. Einerseits betont der EuGH nochmals die Verpflichtung des innerstaatlichen Richters, bei Auslegung der innerstaatlichen Vorschriften den Inhalt der Richtlinie heranzuziehen, betont aber bereits im Nebensatz die Begrenzung dieses Postulates durch die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Rückwirkungsverbotes. Auch dürfe der Inhalt der Richtlinie bzw die Verpflichtung zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung nicht als Grundlage für eine Auslegung *contra legem* dienen²⁵⁶. Dennoch verlange der Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung, dass der nationale Richter unter Anwendung seiner Auslegungsmethoden alles tue, was in seiner Zuständigkeit liege, um die volle Wirksamkeit der bezughabenden Richtlinie zu gewährleisten und um zu einem Ergebnis zu kommen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel übereinstimme²⁵⁷. Könne das von einer Richtlinie vorgeschriebene Ziel nicht im Wege der Auslegung erreicht werden, verpflichte das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten zum Ersatz der den Bürgern durch die Nichtumsetzung der Richtlinie entstandenen Schäden²⁵⁸.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergäbe sich auch, dass während der Umsetzungsfrist keine Vorschriften erlassen werden dürften, die geeignet seien, die Erreichung der Richtlinienziele ernsthaft zu gefährden. In diesem Zusammenhang komme es auch nicht darauf an, ob die fragliche, nach Inkrafttreten der betreffenden Richtlinie erlassene nationale Regelung deren Umsetzung bezwecke oder nicht²⁵⁹.

Der Gerichtshof beantwortete die erste Frage daher dahingehend, dass die nationalen Gerichte bei verspäteter Umsetzung einer Richtlinie in die Rechtsordnung des betreffenden Mitgliedstaates und bei Fehlen unmittelbarer Wirkung ihrer einschlägigen Bestimmungen verpflichtet seien, das innerstaatliche Recht ab dem Ablauf der Umsetzungsfrist so weit wie möglich im Lichte des Wortlautes und des Zweckes der betreffenden Richtlinie auszulegen, um die mit ihr verfolgten Ergebnisse zu erreichen, indem sie die diesem Zweck am besten

²⁵⁶ EuGH 4.7.2006, Rs C-212/04, *Adeneler ua vs ELOG*, Slg 2006 I-6057, Rz 110; unter Verweis auf EuGH 16.6.2005 Rs C-105/03, *Pupino*, Slg 2005 I-5285, Rz 44 – 47. Vgl dazu EuGH 9.3.2004, Rs C-397/1 – C-403/01, *Pfeiffer*, Slg 2004 I-8835.

²⁵⁷ EuGH 4.7.2006, Rs C-212/04, *Adeneler ua vs ELOG*, Slg 2006 I-6057, Rz 111; mit Verweis auf EuGH 9.3.2004, Rs C-397/1 – C-403/01, *Pfeiffer*, Slg 2004 I-8835, Rz 115 – 119.

²⁵⁸ EuGH 19.11.1991, Rs C-6/90 und C-9/90, *Francovich ua*, Slg 1991 I-5357, Rz 39ff.

²⁵⁹ EuGH 4.7.2006, Rs C-212/04, *Adeneler ua vs ELOG*, Slg 2006 I-6057, Rz 121.

entsprechende Auslegung der nationalen Rechtsvorschriften wählten und damit zu einer mit den Bestimmungen dieser Richtlinie vereinbaren Lösung gelangten²⁶⁰.

Zur zweiten Frage führte der EuGH aus:

Das nationale Gericht bezieht sich dabei auf Art 5 Abs 1 lit a des Präsidialediktes Nr 81/2003, welches als objektiven Grund für eine Befristung eine gesetzliche Pflicht zum Abschluss eines befristeten Dienstvertrages normiert. Der Gerichtshof geht von der Prämisse aus, dass unbefristete Dienstverhältnisse die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses seien und dass feste Beschäftigungsverhältnisse einen wichtigen Aspekt des Dienstnehmerschutzes darstellten, wohingegen befristete Dienstverhältnisse nur unter bestimmten Umständen den Bedürfnissen von Dienstgebern und Dienstnehmern entsprechen könnten. In diesem Sinn solle daher die Richtlinie bzw die Rahmenvereinbarung dem wiederholten Rückgriff auf befristete Dienstverhältnisse einen Rahmen setzen. Der EuGH sieht den wiederholten Rückgriff auf befristete Dienstverhältnisse „als eine Quelle potentiellen Missbrauchs zu Lasten der Arbeitnehmer“. So ziele § 5 Abs 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge speziell darauf ab, Missbrauch durch aufeinander folgende Dienstverträge bzw Dienstverhältnisse zu vermeiden. Der Gerichtshof betont den von der Rahmenvereinbarung zur Verfügung gestellten Spielraum, hält jedoch ausdrücklich fest, dass dies nichts an der Pflicht, das gemeinschaftsrechtlich vorgegebene Ergebnis zu erreichen, ändere. Der Begriff „sachliche Gründe“ iSd § 5 Abs 1 lit a der Rahmenvereinbarung sei daher dahingehend zu verstehen, dass er genau bezeichnete konkrete Umstände meine, die eine bestimmte Tätigkeit kennzeichneten und daher nur in diesem speziellen Zusammenhang die Verwendung aufeinander folgender befristeter Dienstverträge rechtfertigen könnte. Dabei könnten sich diese Umstände, so der Gerichtshof weiter, aus der besonderen Art der Aufgaben, zu deren Erfüllung diese Verträge geschlossen worden sind, ergeben bzw auch aus deren Wesensmerkmalen oder aus legitimen sozialpolitischen Zwecken. Rein formale Vorschriften, die die wiederholte Aneinanderreihung befristeter Dienstverhältnisse rechtfertigten bzw zuließen, ohne objektive Faktoren iSd Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge zu determinieren, bergen die konkrete Gefahr des Missbrauchs in sich und seien daher mit dem Ziel der Rahmenvereinbarung nicht vereinbar. Der EuGH betont auch an dieser Stelle, dass Dienstnehmer vor unsicheren Beschäftigungsverhältnissen geschützt werden sollten, sowie dass unbefristete Dienstverhältnisse die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses sind.

²⁶⁰ EuGH 4.7.2006, Rs C-212/04, *Adeneler ua vs ELOG*, Slg 2006 I-6057, Rz 124.

Der EuGH hat daher auf die zweite Frage dahingehend geantwortet, dass § 5 Abs 1 lit a der Rahmenvereinbarung dahin auszulegen sei, dass er der Verwendung aufeinander folgender befristeter Dienstverträge entgegenstehe, die allein damit gerechtfertigt seien, dass sie in einer allgemeinen Rechtsvorschrift eines Mitgliedstaates vorgesehen seien. Vielmehr verlange der Begriff „sachliche Gründe“ iSd § 5 der Rahmenvereinbarung, dass der in der nationalen Rechtsordnung vorgesehene Rückgriff auf diese besondere (!) Art des Arbeitsverhältnisses durch konkrete Gesichtspunkte gerechtfertigt werde, die vor allem mit der betreffenden Tätigkeit und den Bedingungen ihrer Ausübung zusammenhängten.

Zur dritten Frage führte der EuGH aus:

Auch im Rahmen der Beantwortung der dritten Vorlagefrage spricht der EuGH Grundsätzliches – und soweit überblickbar auch erstmalig – zur Frage aus, wie § 5 Abs 2 lit a der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, auszulegen sei. § 5 Abs 2 lit a der Rahmenvereinbarung richtet sich an die Mitgliedstaaten und verpflichtet diese, festzulegen, unter welchen Bedingungen befristete Beschäftigungsverhältnisse als „aufeinander folgend“ zu betrachten seien. Im Rahmen der dritten Frage ersuchte auch das vorlegende Gericht um Auslegung dieses Tatbestandes durch den Gerichtshof. Die angezogene nationale Bestimmung – Art 5 Abs 4 des Präsidialediktes Nr 81/2003 – bestimmte nämlich, dass befristete Dienstverträge nur dann als aufeinander folgend gesehen werden könnten, wenn zwischen ihnen nicht mehr als 20 Werktage lägen. Auch hier stellt der Gerichtshof den übergeordneten Aspekt der Missbrauchsverhinderung des § 5 der Rahmenvereinbarung in den Vordergrund. Im Bewusstsein des Bestrebens, die unterschiedlichen nationalen Bedürfnisse und Regelungen in diesem Bereich zu erhalten, „erinnert“ der EuGH dennoch daran, dass der von der Rahmenvereinbarung vorgegebene Spielraum nicht unbegrenzt sei und keinesfalls so weit reiche, dass damit das Ziel oder die praktische Wirksamkeit der Rahmenvereinbarung gefährdet werde. Insbesondere dürften die nationalen Stellen den Spielraum nicht so weit nutzen, dass eine Situation entstehe, die zu Missbräuchen Anlass geben und damit dem Ziel der Rahmenvereinbarung zuwiderlaufen könnte. Eine solche Auslegung sei insbesondere dann geboten, so der Gerichtshof, wenn es sich um Schlüsselbegriffe wie dem des „Aufeinanderfolgens von Arbeitsverhältnissen“ handle. Eine nationale Bestimmung, nach der nur solche befristeten Dienstverträge als aufeinander folgend gälten, die höchsten 20 Werktage auseinander lägen, seien daher geeignet, den Sinn und Zweck sowie die praktische Wirksamkeit der Rahmenvereinbarung zu unterlaufen. Der EuGH moniert – unter

ausdrücklichem Hinweis auf die Schlussanträge von Generalanwältin Kokott²⁶¹ - die „starre und restriktive“ Definition des Präsidialediktes und spricht aus, dass dadurch Dienstnehmer über Jahre hinweg in unsicheren Verhältnissen beschäftigt werden könnten, weil der Dienstnehmer in der Regel keine andere Wahl hätte, als Unterbrechungen von etwa 20 Tagen in einer Kette von Verträgen mit seinem Dienstgeber hinzunehmen.

Der Gerichtshof nimmt Bezug auf die speziell griechische Rechtssituation und legt dar, dass diese sogar noch gravierendere Folgen für die griechischen Dienstnehmer haben könnte, weil diese eine Bestimmung des Präsidialediktes Nr 81/2003 leer laufen ließe, die unter bestimmten Voraussetzungen eine Umdeutung eines befristeten Dienstvertrages in einen unbefristeten Vertrag vorsehe. Der Dienstgeber brauche lediglich 21 Werktage verstreichen lassen, bevor er ein weiteres befristetes Dienstverhältnis mit seinem Mitarbeiter abschließt, um die Umwandlung eines befristeten Vertrages in einen unbefristeten Vertrag zu verhindern, ohne dass es darauf ankäme, wie viele Jahre der Dienstnehmer schon die betroffene *gleiche* Stelle innehatte.

In Anbetracht dieser Erwägungen antwortete der Gerichtshof auf die dritte Frage, dass § 5 der Rahmenvereinbarung so auszulegen sei, dass er einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegenstehe, nach der als „aufeinander folgend“ nur solche befristeten Dienstverträge gälten, die höchstens 20 Werktage auseinander lägen.

Zur vierten Frage führte der EuGH aus:

Die Rahmenvereinbarung enthalte keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Umwandlung befristeter Dienstverträge in unbefristete vorzusehen. § 5 Abs 1 der Rahmenvereinbarung schreibe aber vor, mindestens eine oder mehrere der dort angeführten Maßnahmen zur Verhinderung des Missbrauchs aufeinander folgender befristeter Dienstverhältnisse – effektiv und wirksam – zu erlassen. Die Einzelheiten der Durchführung solcher Normen - die effektiv und abschreckend sein sollen - seien nach dem Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten Angelegenheit der jeweiligen innerstaatlichen Rechtsordnung, wobei diese Maßnahmen allerdings nicht ungünstiger sein dürften, als bei entsprechenden Sachverhalten, die nur innerstaatliches Recht betreffen²⁶².

Der Gerichtshof beantwortete die vierte Frage daher dahingehend, dass die Rahmenvereinbarung unter den im Ausgangsverfahren gegebenen Umständen so auszulegen sei, dass sie der Anwendung einer nationalen Regelung entgegenstehe, die nur im öffentlichen Sektor die Umwandlung aufeinander folgender befristeter Dienstverträge, die tatsächlich

²⁶¹ Vgl. Schlussanträge von GA Kokott vom 27.10.2005, Rs-C 212/04, noch nicht in Slg.

²⁶² Äquivalenzgrundsatz.

einen „ständigen und dauernden“ Bedarf des Dienstgebers decken sollten, in unbefristete Verträge uneingeschränkt verbiete.

Das Urteil *Adeneler* ist insofern – wenngleich vorerst alleinig – ein typisches Kettenvertragsjudikat, da der EuGH gleich mehrere Gesichtspunkte dieser sensiblen Materie beleuchtet.

Die Beantwortung der ersten Frage, die vielmehr ein allgemeines Auslegungsproblem betrifft, und nicht den hier interessierenden Kernbereich der Zulässigkeitsschranken befristeter Dienstverhältnisse, soll daher nicht im Mittelpunkt des Interesses stehen. Wichtig ist jedoch der Hinweis im Urteil, dass, obgleich der EuGH die Wichtigkeit der ergebnisorientierten nationalen Auslegung betont, eine Auslegung *contra legem* ablehnt. Ob das im Vergleich zu *Mangold* zeitlich spätere Urteil *Adeneler* eine Korrektur der *Mangold*-Judikatur vornehmen wollte, kann aufgrund der massiven Kritik an der *Mangold*-Judikatur im Schrifttum²⁶³ durchaus vermutet werden.

Das Urteil *Adeneler* zielt in der Beantwortung der zweiten Frage unmissverständlich darauf ab, Verlängerungen von Dienstverhältnissen zu verhindern, die alleine dadurch gerechtfertigt sind, dass sie eine nationale Vorschrift ermöglicht. Das bedeutet, dass der EuGH für jede Verlängerung eines befristet abgeschlossenen Dienstverhältnisses eine sachliche Rechtfertigung verlangt²⁶⁴. Aus der Sicht des Umkehrschlusses kann abgeleitet werden dass der EuGH die erste Befristung begründungsfrei, also ohne die Mühe einer möglicherweise in einem Prozess nachzuweisenden sachlichen Rechtfertigung, ermöglicht. Dieser Befund deckt sich auch mit § 5 Abs 1 lit a RL 1999/70/EG, der nur für die Verlängerung eines befristeten Beschäftigungsverhältnisses eine sachliche Rechtfertigung fordert, also die erste bzw Einmalbefristung begründungsfrei stellt. Im Vergleich zur Kettendienstvertragsjudikatur der österreichischen Gerichte ist die EuGH Judikatur insofern strenger, als sie – im Gegensatz zum österreichischen Recht – keine Rechtfertigung duldet, die sich alleine auf Normen stützt, die die Aneinanderreihung befristeter Dienstverhältnisse

²⁶³ So zB *Preis*, Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht – Der Fall „Mangold“ und die Folgen, NZA 2006, 401ff; *Runggaldier*, Neues zur Altersdiskriminierung, RdW 2006, 512; *Kreil*, Ausnahme vom Befristungsverbot für ältere Arbeitnehmer in Deutschland EU-widrig, RdW 2005, 550; *Mayr*, Das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters ist auch im Verhältnis zwischen Privatpersonen unmittelbar anwendbar! RdW 2006, 98.

²⁶⁴ *Schweighofer*, Keine pauschale Rechtfertigung bei der Verlängerung befristeter Arbeitsverträge, ELR 2007, 33ff.

ohne weiteres, also ohne sachliche Rechtfertigung ermöglichen²⁶⁵. Das österreichische Recht hingegen kennt, wie gezeigt, Bestimmungen, die die Aneinanderreihung von befristeten Beschäftigungsverhältnissen gewissen Branchen ermöglichen²⁶⁶.

Das Urteil *Adeneler* verdient aber auch hinsichtlich der Beantwortung der Frage drei Aufmerksamkeit. Der Gerichtshof hat die Frage dahingehend beantwortet, dass eine innerstaatliche Bestimmung solchen Inhaltes gegen die Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse verstoße. Dabei hat der EuGH in seiner Begründung insbesondere auf die Missbrauchsmöglichkeit durch Dienstgeber im Rahmen einer solch starren Regelung hingewiesen²⁶⁷. Dem Urteil ist allerdings kein Hinweis zu entnehmen, wie die Mitgliedstaaten § 5 Abs 2 lit a der Rahmenvereinbarung ausgestalten sollten.

Es stellt sich daher die Frage, welche Hinweise der Richtlinien text bzw Rahmenvereinbarungstext selbst gibt, um den Tatbestand „aufeinander folgend“ auszulegen. § 5 Abs 2 lit a der Rahmenvereinbarung bestimmt, dass die Mitgliedstaaten nach Anhörung der Sozialpartner gegebenenfalls festlegen, unter welchen *Bedingungen* befristete Dienstverträge oder Beschäftigungsverhältnisse als „aufeinander folgend“ zu betrachten seien. Es ist der Tatbestand „Bedingungen“ zu beachten. Stellt „Bedingungen“ nur auf die zeitliche Komponente ab²⁶⁸, oder sind auch andere Determinanten für die Frage des Aufeinanderfolgens ausschlaggebend? Ein bloßes Abstellen auf zeitliche Momente greift mE zu kurz, um das von der Rahmenvereinbarung angestrebte Ziel zu erreichen. Stellte man lediglich auf die zeitliche Komponente ab, bräuchte der Dienstgeber bloß den entsprechenden Zeitrahmen abzuwarten und erst dann den Dienstnehmer wieder einzustellen. Selbst ein Abstellen auf einen sehr langen Zeitraum von beispielsweise sechs Monaten²⁶⁹ verbessert die Lage der Dienstnehmer nur scheinbar.

Klar ist, dass es sich um denselben Dienstgeber handeln muss. Aufzupassen ist allerdings bei Konzernunternehmen. Das Missbrauchsdelikt kann auch darin bestehen, dass der wiederholt befristet eingestellte Dienstnehmer im Konzern „hin- und hergeschoben“ wird, also befristete Dienstverträge mit immer einer anderen Konzerngesellschaft erhält.

²⁶⁵ So zB § 32 Abs 5 Z 1 ORF-G.

²⁶⁶ Vgl Kapitel II.A.

²⁶⁷ EuGH 4.7.2006, Rs C-212/04, *Adeneler ua vs ELOG*, Slg 2006 I-6057, Rz 82 – 89.

²⁶⁸ So *Stummer*, Die Richtlinie 1999/70/EG des Rates zu der EGB-UNICE-CEEP Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (2001) 57ff.

²⁶⁹ So zB *Stummer*, Die Richtlinie 1999/70/EG des Rates zu der EGB-UNICE-CEEP Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (2001) 59 unter Verweis auf *Schrammel*, Kettenverträge mit Rundfunkarbeitern, RdW 1986, 347.

Als weiterer Parameter kann die Tätigkeit des Dienstnehmers gesehen werden. Als aufeinander folgend könnten beispielsweise solche Beschäftigungsverhältnisse betrachtet werden, in denen eine überwiegend *gleichartige* Tätigkeit ausgeübt wird. War der Dienstnehmer beispielsweise für einen Zeitraum von sechs Monaten als Programmierer beschäftigt, so wäre eine weitere Beschäftigung im EDV-Bereich als aufeinander folgend zu betrachten, nicht jedoch eine Folgetätigkeit als Staplerfahrer im Lager.

Der Gleichartigkeitsparameter kann in sich noch differenziert und weiterentwickelt werden. So könnte beispielsweise auch auf die hierarchische Ebene abgestellt werden. Ein karriereverursachter Sprung in die nächsthöhere Berichtsebene eines Unternehmens kann durchaus, sollte eine Unterbrechung des Dienstverhältnisses erfolgt sein, als nicht aufeinander folgend betrachtet werden. Allerdings wird dieser Fall selten vorkommen, zumal eine „Beförderung“ in aller Regel im Rahmen eines aufrechten Dienstverhältnisses erfolgt. Dem EuGH ist betreffend die Beantwortung der dritten Frage zuzustimmen. Die rechtlichen Ausführungen des EuGH lassen den zwingenden Schluss zu, dass nationale Gesetzgebungsversuche, die die Feststellung eines Kettendienstverhältnisses und die damit verbundenen Konsequenzen für den Dienstgeber dadurch zu verhindern versuchen, dass die „Kette“ durch gezielte Zwischenfristsetzungen unterbrochen wird, zum Scheitern verurteilt sind. Nationale Gesetzgeber sind nach diesem richtunggebenden Judikat des EuGH angehalten, sich im Rahmen differenzierter und ausgewogener Parameter dem Problem zu nähern und ein normatives Umfeld zu schaffen, das auf andere, als bloß zeitliche Komponenten abstellt.

Auch zur Beantwortung der vierten Frage ist dem EuGH grundsätzlich zuzustimmen, obgleich die Behandlung dieser Frage mE wohl eher in den Bereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes fällt.

Das Urteil *Impact* wirft Fragen von weitreichender Bedeutung zur Auslegung der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie auf. Im Rahmen dieses Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof traten als Kläger die Impact auf, als Beklagte diverse Minister der Republik Irland²⁷⁰. Diese Rechtssache war zum Zeitpunkt des Niederschreibens dieses Kapitels eine pending case²⁷¹, also noch nicht entschieden, aber streitanhängig beim EuGH²⁷². In der Zwischenzeit wurde die Rechtssache vom EuGH entschieden.

²⁷⁰ Minister for agriculture and food, Minister for arts, sports and tourism, Minister for communications, marine and natural resources etc.

²⁷¹ Pending case = streitanhängige Rechtssache. Vgl dazu Köbler, Rechtsenglisch⁶ (2005) 392.

Interessant sind insbesondere die Fragen 2 a) und 2 b)²⁷³. Mit diesen Fragen stellt ein nationales Gericht an den EuGH – soweit überblickbar – erstmalig die Frage nach der Direktwirkung der Richtlinie 1999/70/EG. Die grundlegende Frage ist für den Marktbürger dann von Bedeutung, wenn entweder keine rechtzeitige Umsetzung der Richtlinie bzw Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse in das innerstaatliche Recht erfolgte, oder, wäre diese Voraussetzung zu bejahen, keine richtlinienkonforme Auslegung des innerstaatlichen Rechts möglich wäre²⁷⁴. Gelangte man weiters zu der Feststellung, dass der Richtlinieninhalt unbedingt und hinreichend genau ist, wäre eine unmittelbare Anwendbarkeit denkmöglich. Diese beiden letzteren Voraussetzungen sind allerdings an einem strengen Maßstab zu messen. Es muss durch gesicherte Auslegung nachgewiesen sein, dass die Richtliniennormen einerseits keiner weiteren Maßnahmen durch die Gemeinschaftsorgane oder durch die Mitgliedstaaten bedürfen und dass andererseits die Richtliniennorm aus sich selbst heraus genügt, um im innerstaatlichen Bereich Anwendung zu finden. Sie muss also rechtlich vollkommen sein, ohne weitere Konkretisierung angewendet werden können²⁷⁵. Es muss ein Rechtssatz vorliegen²⁷⁶. Wendet man diese Grundsätze auf die Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge an, so entstehen bereits bei oberflächlicher Lektüre des Richtlinien- bzw Rahmenvereinbarungstextes vereinzelt Zweifel ob deren unmittelbarer Anwendbarkeit. Im Rahmen der Prüfung kann aber nicht die ganze Richtlinie bzw der ganze Text der Rahmenvereinbarung pauschal beurteilt werden, sondern ist vielmehr jede einzelne Textpassage sorgfältig zu prüfen.

§ 4 Abs 1 der Rahmenvereinbarung scheint vom Wortlaut her für eine unmittelbare Anwendbarkeit grundsätzlich geeignet zu sein. Die Norm spricht ein Diskriminierungsverbot befristet Beschäftigter gegenüber unbefristet Beschäftigten aus. Es liegt eine Verbotsnorm

²⁷² ABl 2006 L 175 S 43.

²⁷³ Folgende Vorlagefragen wurden dem Gerichtshof vorgelegt:

„1. ...

2. Bei Bejahung von Frage 1:

a) Ist Paragraph 4 Absatz 1 der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG unbedingt und hinreichend genau, so dass sich Einzelne vor ihren nationalen Gerichten darauf berufen können?

b) Ist Paragraph 5 Absatz 1 der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG unbedingt und hinreichend genau, so dass sich Einzelne vor ihren nationalen Gerichten darauf berufen können?

3. ...“

²⁷⁴ Arndt, Europarecht⁸ (2005) 104f; vgl auch Thun-Hohenstein/Cede/Hafner, Europarecht⁵ (2005) 180f.

²⁷⁵ Arndt, Europarecht⁸ (2005) 104.

²⁷⁶ Vgl dazu Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹² I (2002) 13f. Das Recht muss, um wirken zu können, in einer allgemein verständlichen Form in Erscheinung treten. Im Rechtssatz werden keine Seinszusammenhänge festgestellt – es handelt sich um keine Aussagesätze – sondern Sollensanordnungen getroffen. Rechtssätze sind Sollenssätze, sie bestehen aus Tatbestand und Rechtsfolge.

vor, deren inhaltliche Ausgestaltung mE selbst dann keiner weiteren Konkretisierung bedarf, sollten überhaupt keine innerstaatlichen Anti-Diskriminierungsnormen vorliegen.

Anders ist die Rechtslage hinsichtlich § 5 Abs 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse. Diese Norm verlagert nach ihrem klaren Wortlaut die Anti-Missbrauchsmaßnahmen in die Sphäre der Mitgliedstaaten und überlässt aus einem Katalog von mehreren Maßnahmen die Auswahl und Umsetzung lediglich einer Maßnahme in das innerstaatliche Recht. Aus dem Wortlaut von § 5 Abs 1 der Rahmenvereinbarung können keine unmittelbaren Wirkungen bzw Ansprüche abgeleitet werden. Es ist im Falle der nicht fristgerechten Umsetzung möglicherweise sogar eine Staatshaftung zu verneinen²⁷⁷. Aufgrund dieses weiten Ermessensspielraums der Mitgliedstaaten ist dieses Ergebnis spätestens seit dem Urteil *Brasserie du Pecheur* zu erwarten²⁷⁸. Die *Brasserie du Pecheur*-Judikatur, die als Weiterentwicklung der Staatshaftungsjudikatur des EuGH betrachtet werden muss, schränkt den Schadenersatzanspruch des Einzelnen gegenüber dem Mitgliedstaat dahingehend ein, als er im Falle eines weiten Ermessensspielraumes des Mitgliedstaates bei der Umsetzung von Sekundärrecht an drei Voraussetzungen geknüpft ist. Der Schadenersatzanspruch besteht nur dann, wenn die verletzte Vorschrift des Gemeinschaftsrechts dem Einzelnen subjektive Rechte verleiht, der Verstoß hinreichend qualifiziert ist und zwischen Verstoß und Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht.

Der EuGH hat im Urteil *Impact* ausgeführt, dass § 4 Abs 1 der Rahmenvereinbarung der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie unbedingt hinreichend genau sei, um von einem Einzelnen vor einem nationalen Gericht in Anspruch genommen werden zu können, wohingegen dies bei § 5 Abs 1 der Rahmenvereinbarung nicht der Fall sei²⁷⁹.

2. Schadenersatzjudikatur des EuGH als Konsequenz einer normativen Unmöglichkeit auf Erlangung eines unbefristeten Dienstverhältnisses

In einem mE problematischen Widerspruch zur *Adeneler*-Judikatur steht das Urteil *Vassallo*²⁸⁰. In der Rechtssache *Vassallo* hatte sich der EuGH unter anderem mit der Frage

²⁷⁷ Vgl dazu auch *Zahradnik*, Privatrechtsverhältnisse und EU-Recht (1995) 76ff.

²⁷⁸ EuGH 5.3.1996, Rs C-46/93 u 48/93, *Brasserie du Pecheur*, Slg 1996 I-1029; NJW 1996, 1267.

²⁷⁹ EuGH 15.4.2008, Rs C-268/06, *Impact*, noch nicht in aml Slg, Rz 80.

²⁸⁰ EuGH 7.9.2006, Rs C-180/04, *Vassallo*, Slg 2006 I-7251 bzw EuGH 7.9.2006, Rs C-53/04, *Marrosu u Sardino*, Slg 2006 I-7213 mit wortgleichem Urteilstenor.

auseinanderzusetzen, ob eine Ungleichbehandlung von Dienstnehmern des privaten Sektors gegenüber Dienstnehmern des öffentlichen Sektors der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie entgegenstehe. Der EuGH sprach im wesentlichen aus, dass Schadenersatz im Sinne des § 5 Abs 1 RL 1999/70/EG eine gleichwertige Maßnahme sei. Damit hat der EuGH eine äußerst problematische Auslegungslinie für diesen und für zukünftige Fälle vorgegeben.

Der Rechtssache *Vassallo* lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Andrea Vassallo (sowie Cristiano Marrosu und Gianluca Sardino), der Kläger des Ausgangsverfahrens²⁸¹, war bei der Krankenanstalt Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate (in der Folge „Krankenanstalt“ genannt) aufgrund von zwei aufeinander folgenden befristeten Dienstverträgen als Koch beschäftigt. Der erste Dienstvertrag betraf den Zeitraum vom 5.7.2001 bis 4.1.2002. Der zweite Dienstvertrag, der am 2.1.2002 unterzeichnet wurde, verlängerte diesen Zeitraum bis zum 11.7.2002. Der zweite Vertrag mit dem Kläger des Ausgangsverfahrens wurde nach Vertragsende von der Krankenanstalt nicht verlängert. Als der Kläger nach Vertragsende an seinem Arbeitsplatz erschien, sprach die Krankenanstalt eine förmliche Kündigung aus. Der Kläger Andrea Vassallo forcht die Kündigung vor dem Tribunale di Genova an und beantragte, gemäß dem Gesetzesdekret Nr 368/2001 festzustellen, dass ein unbefristetes Dienstverhältnis mit der Krankenanstalt bestehe, und diese zur Zahlung des geschuldeten Arbeitsentgelts und zum Ersatz des entstandenen Schadens zu verurteilen sei. Die Krankenanstalt machte geltend, dass die angezogene innerstaatliche Bestimmung im vorliegenden Fall nicht anzuwenden sei, da die öffentliche Verwaltung gemäß Art 36 des Gesetzesdekrets Nr 165/2001 keine unbefristeten Dienstverhältnisse abschließen dürfe. Diese Norm sei eine *lex specialis*.

Folgendes nationales Recht lag dem Streit zugrunde:

Artikel 5 des Gesetzesdekrets Nr. 368/2001 („Fristablauf und Sanktionen. Aufeinanderfolgende Verträge“)²⁸²:

„1. Wird das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der ursprünglich festgesetzten Frist fortgesetzt oder später gemäß Artikel 4 verlängert, ist der Arbeitgeber verpflichtet, das dem

²⁸¹ EuGH 7.9.2006, Rs C-180/04, *Vassallo*, Slg 2006 I-7251, Rz 16-20 bzw EuGH 7.9.2006, Rs C-53/04, *Marrosu u Sardino*, Slg 2006 I-0000 mit wortgleichem Urteilstenor.

²⁸² EuGH 7.9.2006, Rs C-180/04, *Vassallo*, Slg 2006 I-7251, Rz 12.

Arbeitnehmer gezahlte Entgelt um 20 % pro Tag bis zum zehnten Tag und um 40 % für jeden weiteren Tag zu erhöhen.

2. Wird das Arbeitsverhältnis bei Verträgen mit einer Laufzeit von weniger als sechs Monaten über den zwanzigsten Tag hinaus oder in den anderen Fällen über den dreißigsten Tag hinaus fortgesetzt, so gilt der Vertrag mit Ablauf der erwähnten Fristen als unbefristet.

3. Wird der Arbeitnehmer binnen zehn Tagen nach Ablauf eines Vertrages mit einer Laufzeit von höchstens sechs Monaten oder binnen zwanzig Tagen nach Ablauf eines Vertrages mit einer Laufzeit von mehr als sechs Monaten wieder befristet gemäß Artikel 1 eingestellt, so gilt der zweite Vertrag als unbefristet.

4. Bei zwei aufeinander folgenden befristeten Einstellungen, d. h. solchen, bei denen kein Bruch der Kontinuität der Beschäftigung eintritt, gilt der Arbeitsvertrag vom Zeitpunkt des Abschlusses des ersten Vertrages an als unbefristet.“

Darüber hinaus bestimmt Artikel 36 des Gesetzesdekrets Nr. 165 vom 30. März 2001 mit allgemeinen Vorschriften über die Organisation der Arbeit in der öffentlichen Verwaltung (ordentliche Beilage zur GURI Nr. 106 vom 9. Mai 2001, im Folgenden: Gesetzesdekret Nr. 165/2001)²⁸³:

„1. Die öffentliche Verwaltung bedient sich unter Beachtung der Bestimmungen über die Einstellung von Personal in den vorhergehenden Absätzen der flexiblen Vertragsformen für die Einstellung und Beschäftigung von Personal, die im Codice civile und in den Gesetzen über die Arbeitsverhältnisse in Betrieben vorgesehen sind. Die nationalen Tarifverträge regeln die befristeten Arbeitsverträge, die Ausbildungs- und Arbeitsverträge, die übrigen Ausbildungs- und Zeitarbeitsverhältnisse ...

2. Auf keinen Fall kann die Verletzung zwingender Vorschriften über die Einstellung oder die Beschäftigung von Arbeitnehmern durch die öffentliche Verwaltung zur Begründung von unbefristeten Arbeitsverhältnissen mit ihr führen, unbeschadet etwaiger Haftung oder Sanktion. Der betroffene Arbeitnehmer hat Anspruch auf Ersatz der Schäden, die sich aus der unter Verstoß gegen zwingende Vorschriften erbrachten Arbeitsleistung ergeben. Die Verwaltung ist verpflichtet, die insoweit gezahlten Beträge von den verantwortlichen leitenden Personen einzuziehen, wenn der Verstoß vorsätzlich oder grob fahrlässig erfolgt ist.“

²⁸³ EuGH 7.9.2006, Rs C-180/04, Vassallo, Slg 2006 I-7251, Rz 15.

Das Tribunale di Genova legte dem EuGH die Frage vor, ob die Rahmenvereinbarung über befristete Beschäftigungsverhältnisse einer nationalen Bestimmung entgegenstehe, die bei missbräuchlicher Inanspruchnahme befristeter Beschäftigungsverhältnisse durch einen Dienstgeber des öffentlichen Sektors die Umwandlung in ein unbefristetes Dienstverhältnis ausschließt, obwohl eine solche Umwandlung bei privaten Dienstgebern vorgesehen ist (Frage 1).

Weiters wollte das Tribunale di Genova vom EuGH wissen, ob die Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie und insbesondere ihr § 5 dem Einzelnen einen unmittelbaren und sofort durchsetzbaren Anspruch auf Anerkennung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses verleihen (Frage 2).

Für den Fall der Bejahung der Frage eins und der Verneinung der Frage zwei wollte das Tribunale vom EuGH wissen, ob der Einzelne ausschließlich einen Schadenersatzanspruch hat, der dadurch entstanden ist, dass die Italienische Republik keine geeigneten Maßnahmen erlassen hat, um den missbräuchlichen Einsatz befristeter Arbeitsverhältnisse durch öffentliche Dienstgeber zu verhindern (Frage 3).

Im Rahmen der Frage eins – die Fragen zwei und drei blieben angesichts der Beantwortung der Frage eins unbeantwortet – beschäftigt sich der EuGH unter anderem mit dem anzuwendenden Dienstnehmerbegriff, setzt sich aber auch mit dem mE thematisch viel wichtigerem Problemkreis der eingangs aufgeworfenen Frage der Zulässigkeit des Schadenersatzes als gleichwertiger Maßnahme bei unterschiedlicher Behandlung von Dienstnehmern des öffentlichen und des privaten Sektors auseinander.

Der EuGH hält auch im Rahmen dieses Urteils am gewohnt weiten Staatsbegriff fest, sodass die Ausführungen zum Dienstnehmerbegriff²⁸⁴ nicht überraschen. Die Krankenanstalt erklärte dem EuGH gegenüber, das Vorabentscheidungsverfahren sei unzulässig, da die Richtlinie aufgrund fehlender horizontaler Wirkung nicht unmittelbar anwendbar sei, weil die Krankenanstalt weder dem italienischen Staat, noch einem Ministerium unterstellt sei. Die Krankenanstalt sei eine selbständige Anstalt mit eigenen Führungskräften, die im Rahmen ihrer Tätigkeit verpflichtet seien, die Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts anzuwenden²⁸⁵. Dazu führte der Gerichtshof aus, dass eine Richtlinie nach ständiger Rechtsprechung nicht nur gegenüber staatlichen Behörden geltend gemacht werden kann, sondern auch gegenüber Organisationen und Einrichtungen, die dem Staat oder seiner

²⁸⁴ Die RL 1999/70/EG verwendet den Begriff „Arbeitnehmer“ und „Arbeitsvertrag“.

²⁸⁵ EuGH 7.9.2006, Rs C-180/04, *Vassallo*, Slg 2006 I-7251, Rz 24.

Aufsicht unterstehen oder mit besonderen Rechten ausgestattet sind, wozu Gebietskörperschaften zählen und Einrichtungen, denen unabhängig von ihrer Rechtsform durch Hoheitsakt die Erbringung von Dienstleistungen, die im öffentlichen Interesse sind, übertragen wurden²⁸⁶. Nach dieser Beurteilung, die sich mit der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien beschäftigt, wird der EuGH konkreter und stellt unter Verweis auf das Urteil *Adeneler* fest, dass die Richtlinie 1999/70/EG bzw die Rahmenvereinbarung entgegen dem Vorbringen der Krankenanstalt und der italienischen Regierung auf befristete Dienstverhältnisse anwendbar seien, die mit Behörden oder anderen Stellen des öffentlichen Sektors geschlossen worden seien²⁸⁷.

Den Ausführungen des EuGH zum Dienstnehmerbegriff der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie ist aus folgenden Gründen zuzustimmen. Die Richtlinie bzw Rahmenvereinbarung bestimmt nur, dass diese Vereinbarung für befristet beschäftigte Dienstnehmer mit einem Dienstvertrag bzw Dienstverhältnis gemäß der gesetzlichen Gepflogenheiten und Definitionen der jeweiligen Mitgliedstaaten gelte²⁸⁸.

Daraus jedoch zu schließen, der Anwendungsbereich der Richtlinie umfasse lediglich privatrechtliche Dienstverhältnisse, ist mE falsch²⁸⁹. ME gibt § 2 der Rahmenvereinbarung gar keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine solche Schlussfolgerung her. § 2 der Rahmenvereinbarung bestimmt, dass die Vereinbarung für befristet beschäftigte Dienstnehmer gelte – „mit einem Arbeitsvertrag gemäß dem innerstaatlichen Recht und Gepflogenheiten“. Lediglich der Tatbestand „Arbeitsvertrag“ ist mit dem Tatbestand „innerstaatliches Recht und Gepflogenheiten“ verknüpft, nicht jedoch der Dienstnehmerbegriff an sich. Das bedeutet, dass der Dienstnehmerbegriff der Richtlinie ein gemeinschaftsrechtlicher Begriff ist und gemeinschaftsrechtlich ausgelegt werden muss. Wäre dem nicht so, wäre der innerstaatlichen Umgehung Tür und Tor geöffnet, da die Mitgliedstaaten dann in der Lage wären, die Wirkung der Richtlinie durch entsprechende

²⁸⁶ EuGH 7.9.2006, Rs C-180/04, *Vassallo*, Slg 2006 I-7251, Rz 26. Der EuGH geht von einem „weiten“ Staatsbegriff aus. Vgl dazu auch EuGH 22.6.1989, Rs C-103/88, *Fratelli Costanzo*, Slg 1989 1839, Rz 31; EuGH 12.7.1980, Rs C-188/89, *Foster ua*, Slg 1990 I-3313, Rz 19; EuGH 15.2.2004, Rs C-157/02, *Rieser Internationale Transporte*, Slg 2004 I-1477, Rz 24.

²⁸⁷ EuGH 7.9.2006, Rs C-180/04, *Vassallo*, Slg 2006 I-7251, Rz 32.

²⁸⁸ § 2 Abs 1 der Richtlinie 1999/70/EG.

²⁸⁹ Anders *Stummer*, Die Richtlinie 1999/70/EG des Rates zu der EGB-UNICE-CEEP Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (2001) 27ff. Stummer leitet aus der Rahmenvereinbarung einen Verweis in das nationale Recht ab und will daher deren Anwendungsbereich bzw Schutzbereich auf den österreichischen Dienstnehmerbegriff „reduzieren“.

innerstaatliche Gesetzgebung bzw Determinierung des Dienstnehmerbegriffes gegen die Ziele und Zwecke der Richtlinie bzw der Rahmenvereinbarung zu beeinflussen²⁹⁰.

Damit stellt das Urteil *Vassallo* klar, dass der Dienstnehmer- bzw Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie bzw Rahmenvereinbarung ein eigenständiger gemeinschaftsrechtlicher (weiter) Begriff ist, der sowohl öffentlichrechtliche, als auch privatrechtliche Beschäftigungsverhältnisse umfasst.

Der EuGH hatte in der Rechtssache *Vassallo* (bzw *Marrosu* und *Sardino*) weiters die Frage zu beurteilen, ob es zulässig sei, dass befristet eingestellte Dienstnehmer privater Dienstgeber hinsichtlich der Rechtsfolgen der befristeten Dienstverhältnisse anders behandelt werden als befristet eingestellte Dienstnehmer des öffentlichen Sektors. Das streitgegenständliche nationale Recht des betroffenen Mitgliedstaates behandelt Privatangestellte anders, als Dienstnehmer des öffentlichen Sektors. Während erstere unter bestimmten Voraussetzungen „rasch“ in den Genuss des unbefristeten Beschäftigungsverhältnisses kamen, konnten Letztere aufgrund des Verbotes der Begründung unbefristeter Dienstverhältnisse lediglich Schadenersatzansprüche geltend machen.

Der EuGH judiziert im Urteil *Vassallo*, dass die unterschiedliche innerstaatliche Sanktionierung befristeter Dienstverhältnisse je nach Zugehörigkeit entweder zum privaten oder öffentlichen Sektor dann nicht schade, wenn die Regelung „eine andere wirksame Maßnahme enthalte, um die missbräuchliche Inanspruchnahme aufeinander folgender befristeter Arbeitsverträge durch einen Arbeitgeber des öffentlichen Sektors zu verhindern und gegebenenfalls zu ahnden“²⁹¹.

Der Gerichtshof war sich, wie aus einigen Formulierungen des Urteils *Vassallo* unschwer hervorgeht, in seiner Rechtsprechung nicht wirklich sicher. So sprach der EuGH aus, eine Regelung wie die des Ausgangsverfahrens (gemeint Artikel 36 des Gesetzesdekrets Nr. 165 vom 30. März 2001) „dürfte dem ersten *Anschein* nach den Anforderungen des Effektivitätsgrundsatzes genügen (!)“. Die Beurteilung, die über den vom EuGH gewonnenen Anschein hinausgehen soll, obliege aber dem nationalen Gericht²⁹². ME macht es sich der EuGH in dieser wesentlichen Frage zu leicht. Wer sonst, wenn nicht der Gerichtshof, sollte verbindlich und abschließend eine Frage der Auslegung und Umsetzung einer Richtlinie

²⁹⁰ So offenbar auch *Arndt*, *Europarecht*⁸ (2005) 216, allerdings für den Bereich des Art 39 EGV (Freizügigkeit der Arbeitnehmer); anders *EuZW* 2004, 117; vgl auch *Schneider/Wunderlich* in *Schwarze*, *EU-Kommentar* (2000) Art 39 Rz 10 – 20 u 133 – 143.

²⁹¹ EuGH 7.9.2006, Rs C-180/04, *Vassallo*, Slg 2006 I-7251, Rz 42.

²⁹² EuGH 7.9.2006, Rs C-180/04, *Vassallo*, Slg 2006 I-7251, Rz 40 – 43.

beurteilen? Mit dieser Aussage des Gerichtshofes ist weder zur anstehenden Frage der richtlinienkonformen Auslegung, noch zur weiters bedeutsamen Frage der unmittelbaren bzw horizontalen Wirkung der Richtlinie 1999/70/EG etwas gewonnen.

Daher liegt mE keine vollständige Beantwortung der Frage durch den EuGH vor. Die Frage war darauf ausgerichtet, darüber Klarheit zu schaffen, was zu geschehen habe, wenn eine innerstaatliche Norm, wie die streitgegenständliche italienische Norm, keine Möglichkeit vorsieht, in ein unbefristetes Dienstverhältnis zu gelangen. Die in Frage stehende innerstaatliche Norm – Art 36 des Gesetzesdekrets Nr 165/2001 – beinhaltet weder hinreichende sachliche Gründe für befristete Beschäftigungsverhältnisse, noch eine adäquate, mit den Zielen der Richtlinie bzw Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse übereinstimmende Sanktionierung wiederholter, missbräuchlicher befristeter Beschäftigungsverhältnisse.

Mit seiner Beantwortung der Frage gibt sich der EuGH im Missbrauchsfall mit bloßem Schadenersatz zufrieden. Das mag auf den ersten Blick nicht überraschend wirken, hat der EuGH doch bereits im Rahmen von Urteilen zur Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ausgesprochen, dass keine Rechtspflicht bestehe, als Sanktion den Dienstgeber zum Abschluss eines unbefristeten Vertrages zu verpflichten²⁹³. Daher könnte man die Auffassung argumentieren, auch die Richtlinie 1999/70/EG ermögliche den Mitgliedstaaten die Wahl zwischen der Begründung eines unbefristeten Dienstverhältnisses oder eines Schadenersatzanspruches. Raum für solche Rechtsmeinung bietet mE nur § 5 Abs 1 der Rahmenvereinbarung (Arg „...gleichwertige Maßnahmen...“). Es stellt sich die Frage, ob ein Schadenersatzanspruch überhaupt eine gleichwertige Sanktion im Vergleich zu einem unbefristeten Beschäftigungsverhältnis sein kann. Daher muss es – stimmt man dieser Auffassung grundsätzlich zu – auf die Höhe des Schadenersatzanspruches ankommen. Der bloße Ersatz des Vertrauensschadens, also des Schadens, der dem Geschädigten dadurch, dass er auf das Zustandekommen des (Dienst)vertrages vertraut hat, entspräche mE nicht einer gleichwertigen Sanktion²⁹⁴. In Frage kommt daher nur ein Anspruch in einer Höhe, die mit dem Entgelt vom Beginn des Beschäftigungsverhältnisses bis zum erstmöglichen Endtermin nach rechtskonformer Aufkündigung identisch ist, wobei natürlich Urlaubs- und Postensuchtage anspruchserhöhend wirken können.

²⁹³ So zB EuGH 10.4.1984, Rs C-14/83, *Von Colson und Kamann*, Slg 1984 1891 (allerdings im Zusammenhang mit RL 76/207).

²⁹⁴ EuGH 10.4.1984, Rs C-14/83, *Von Colson und Kamann*, Slg 1984 1891, Rz 3 u 28.

Warum dieser Auffassung nicht gefolgt werden sollte, sei im Folgenden dargestellt.

Für Dienstgeber besteht dann die Möglichkeit, den vielleicht wirtschaftlich und rechtlich unangenehmeren Konsequenzen eines unbefristeten Dienstverhältnisses durch das „Freikaufen“ in Form von wirtschaftlich günstigerem Schadenersatz zu entgehen. Der Dienstnehmer hätte in diesem Fall auch nicht die Möglichkeit, Kündigungsschutzbestimmungen – im österreichischen Recht §§ 105ff ArbVG – in Anspruch zu nehmen. Abgesehen von der katastrophalen sozialpolitischen Signalwirkung, die von diesem Urteil ausgeht, entspricht die Auslegung des EuGH mE auch nicht § 5 der Rahmenvereinbarung. Dieser sieht nirgendwo Schadenersatz als adäquates Mittel zur Beseitigung bzw Hintanhaltung von Missbrauch vor, was mE auch mit voller Absicht erfolgt ist. Mit einer gewissen Sicherheit kann gesagt werden, dass im Regelfall unbefristete Dienstverhältnisse mehr soziale Absicherung bieten, als ständig wiederholte befristete Dienstverhältnisse. Wäre Schadenersatz ein adäquates Sanktionsinstrument, wäre die Wirkung der Richtlinie bzw die Rahmenvereinbarung verfehlt.

Als weiteres kritisches Argument kann ins Spiel gebracht werden, dass § 8 Abs 1 der Rahmenvereinbarung vorsieht, dass die Mitgliedstaaten günstigere Bestimmungen für die Dienstnehmer einführen können, als sie in der Rahmenvereinbarung vorgesehen sind²⁹⁵. Auch aus dieser Sicht ist es mE verfehlt, Schadenersatz anstelle eines durchsetzbaren unbefristeten Dienstverhältnisses zu tolerieren.

Ein weiteres Argument gegen die vom EuGH vertretene Auffassung, Schadenersatz käme als gleichwertige gesetzliche Maßnahme zur Missbrauchsverhinderung in Betracht, kann aus dem Urteilstext selbst abgeleitet werden. In seiner Beantwortung der Frage 1 spricht der EuGH aus, dass die unterschiedliche Behandlung von Dienstnehmern des privaten Sektors und Dienstnehmern des öffentlichen Sektors dann der Arbeitsvertragsrichtlinie nicht entgegensteht, wenn die Regelung, die die missbräuchliche Aneinanderreihung befristeter Dienstverhältnisse zulässt, eine andere wirksame Maßnahme enthält, um eben diesen missbräuchlichen Einsatz befristeter Dienstverhältnisse zu verhindern²⁹⁶. Der EuGH meint damit offensichtlich, dass *dieselbe* Regelung, die den Missbrauch „zulässt“, ihn durch gleichwertige gesetzliche Maßnahmen verhindern soll. Das bedeutet, dass der EuGH vom

²⁹⁵ Vgl zum Günstigkeitsprinzip im österreichischen Recht *Jabornegg/Resch/Strasser*, Arbeitsrecht² (2005) Rz 38ff, 973.

²⁹⁶ EuGH 7.9.2006, Rs C-180/04, *Vassallo*, Slg 2006 I-7251, Rz 42.

nationalen Gesetzgeber verlangt, die Ausnahme vom Missbrauch und seine gleichwertige Kompensation – durch eine andere wirksame Maßnahme – in ein und demselben Gesetz, also materienaffinitiv zu regeln. Damit legt der EuGH – möglicherweise unbewusst – den Text der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie in zwei wesentlichen Punkten aus. Zum einen geht der EuGH davon aus, dass es sich um dieselbe Regelung handeln muss, die Ausnahme und Missbrauchskompensation regelt, wohingegen die Richtlinie nach ihrem klaren Wortlaut auch eine generelle gesetzliche Missbrauchsverhinderungsmaßnahme in nur einem Gesetz²⁹⁷ ermöglichen würde. Zum anderen spricht der EuGH aus, dass diese gesetzliche Maßnahme wirksam²⁹⁸, effektiv und abschreckend²⁹⁹ sein muss, um die volle Wirksamkeit der Rahmenvereinbarung sicherzustellen. § 5 Abs 1 der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie spricht jedoch nur von einer gleichwertigen gesetzlichen Maßnahme zur Missbrauchsverhinderung. Die Lesart des EuGH ist wesentlich restriktiver als der Wortlaut der Richtlinie.

Für den innerstaatlichen Gesetzgeber sollte dies bedeuten, dass nur in Ausnahmefällen befristete Dienstverhältnisse möglich sein sollen. Dabei können branchen- bzw anforderungsbezogene Ausnahmen geschaffen werden, deren Anwendung an sachliche Voraussetzungen geknüpft sein sollten. Auch die Aneinanderreihung derartiger „Ausnahmebefristungen“ sollte dem Inhalt und Geist der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie entsprechen. Denkmöglich wären solche Ausnahmebefristungen beispielsweise im Bereich des Lehrkörpers von Fachhochschulen. Darauf wird noch im Detail einzugehen sein.

Abschließend soll noch ein weiterer interessanter Aspekt kurz angesprochen werden. Dem EuGH wurde nämlich als zweite Frage die Frage vorgelegt, ob die Richtlinie 1999/70/EG und insbesondere ihr § 5 dem Einzelnen einen unmittelbaren und sofort durchsetzbaren Anspruch auf Anerkennung eines unbefristeten Dienstverhältnisses verleihen. Mit seiner Verneinung der ersten Frage hat sich der Gerichtshof die Beantwortung der sehr heiklen zweiten Frage „erspart“. Dabei ist anzumerken, dass die Frage in der gestellten Form nur unter dem Aspekt beantwortet werden könnte, dass einerseits die Frage der unmittelbaren horizontalen Anwendbarkeit der ganzen Richtlinie bzw Rahmenvereinbarung und andererseits die Frage der unmittelbaren horizontalen Anwendbarkeit des § 5 isoliert beantwortet werden. Die unmittelbare Anwendbarkeit der gesamten Richtlinie ist – wie schon zum Urteil *Impact* angesprochen – zu verneinen. Aber auch die unmittelbare Anwendbarkeit von § 5 der

²⁹⁷ In Österreich zB im AVRAG.

²⁹⁸ EuGH 7.9.2006, Rs C-180/04, *Vassallo*, Slg 2006 I-7251, Rz 42.

²⁹⁹ EuGH 7.9.2006, Rs C-180/04, *Vassallo*, Slg 2006 I-7251, Rz 36.

Rahmenvereinbarung ist zu verneinen. Die Bestimmung ist weder inhaltlich unbedingt noch hinreichend genau. § 5 richtet sich an die Mitgliedstaaten, was bedeutet, dass die Mitgliedstaaten die weiteren legislativen Maßnahmen zur Konkretisierung durchzuführen haben. § 5 der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie ist aber auch nicht hinreichend genau, um ihn ohne weitere Konkretisierung anzuwenden. Aus diesen Gründen wäre die Frage mE zu verneinen gewesen.

3. Das Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht

Berühmtheit³⁰⁰ erlangt das Urteil *Mangold* nicht so sehr durch seine Ausführungen zur Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie, sondern vielmehr durch seine Aussagen zur Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG und der Feststellung eines neuen Gemeinschaftsgrundrechts – das Verbot der Altersdiskriminierung als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts und damit als Bestandteil des Primärrechts.

Das Vorabentscheidungsverfahren³⁰¹ betraf die Auslegung der §§ 2, 5 und 8 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge vom 18.3.1999³⁰², sowie des Art 6 der Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf³⁰³. Dieses Ersuchen erging im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen Herrn Mangold und Herrn Helm über den zwischen ihnen abgeschlossenen befristeten Dienstvertrag (im Folgenden „Vertrag“ genannt).

Folgender Sachverhalt lag dem Rechtsstreit *Mangold* zugrunde:

Am 26.6.2003 schloss der damals 56-jährige Herr Mangold mit Wirkung zum 1.7.2003 einen Dienstvertrag mit Herrn Helm, der als Rechtsanwalt tätig ist. § 5 des Vertrages lautete:

„1. Das Arbeitsverhältnis beginnt am 1.7.2003 und ist befristet bis 28.2.2004.

2. Die Befristung wird auf die gesetzliche Bestimmung für die erleichterte Befristung mit älteren Arbeitnehmern im § 14 Abs 3 Satz 4 iVm Satz 1 TzBfG gestützt, weil der Arbeitnehmer älter als 52 Lebensjahre ist.

³⁰⁰ Manche Autoren sprechen sogar von „berühmt-berüchtigt“, wie beispielsweise *Runggaldier*, Neues zur Altersdiskriminierung, RdW 2006, 512.

³⁰¹ Vgl dazu Art 234 EGV.

³⁰² RL 1999/70/EG, ABl 1999 L 175 S 43.

³⁰³ RL 2000/78/EG, ABl 2000 L 303 S 16.

3. Die Parteien sind sich einig, dass der unter der vorgenannten Ziffer bezeichnete Befristungsgrund der einzige Befristungsgrund ist, auf den die Befristungsabrede gestützt wird. Vom Gesetzgeber und der Rechtsprechung grundsätzlich zulässig angesehene andere Befristungsgründe werden ausdrücklich ausgeschlossen und sind nicht Gegenstand hiesiger Befristungsabrede“.

Herr Mangold vertrat die Ansicht, dass die Befristungsabrede des § 5, obwohl auf § 14 Abs 3 TzBfG beruhend, unvereinbar mit der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse und der Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG sei³⁰⁴.

§ 14 leg cit lautet wie folgt:

(1) Die Befristung eines Arbeitsvertrages ist zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Ein sachlicher Grund liegt insbesondere vor, wenn

1. ...

(3) Die Befristung eines Arbeitsvertrages bedarf keines sachlichen Grundes, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 58. Lebensjahr vollendet hat. Die Befristung ist nicht zulässig, wenn zu einem vorhergehenden unbefristeten Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber ein enger sachlicher Zusammenhang besteht. Ein solcher enger sachlicher Zusammenhang ist insbesondere anzunehmen, wenn zwischen den Arbeitsverträgen ein Zeitraum von weniger als sechs Monaten liegt. Bis zum 31. Dezember 2006 ist Satz 1 mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle des 58. Lebensjahres das 52. Lebensjahr tritt.

(4)...“.

Herr Helm wendete ein, dass § 5 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge den Mitgliedstaaten vorschreibe, zur Verhinderung des Missbrauchs durch aufeinander folgende befristete Dienstverhältnisse Maßnahmen vorzusehen, nämlich insbesondere sachliche Gründe für die Verlängerung dieser Verträge zu verlangen oder eine maximal zulässige Dauer oder maximale Anzahl der Verlängerungen befristeter Dienstverträge oder Dienstverhältnisse festzulegen³⁰⁵. Herr Helm wendete auch ein, dass § 14 Abs 3 Satz 4 TzBfG eine solche Beschränkung bei älteren Arbeitnehmern zwar nicht ausdrücklich vorsehe, doch liege ein sachlicher Grund für den Abschluss eines befristeten

³⁰⁴ EuGH 22.11.2005, Rs C-144/04, *Mangold*, Slg 2005 I-09981, Rz 22.

³⁰⁵ EuGH 22.11.2005, Rs C-144/04, *Mangold*, Slg 2005 I-09981, Rz 23.

Dienstvertrages im Sinne des § 5 Abs 1 lit a der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge darin, dass es für diese Dienstnehmer angesichts der Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt schwer sei, Arbeit zu finden.

Das Arbeitsgericht München zweifelte an der Vereinbarkeit von § 14 Abs 3 Satz 1 TzBfG mit dem Gemeinschaftsrecht. Es vertrat die Auffassung, dass diese Bestimmung gegen das Verschlechterungsverbot des § 8 Abs 3 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse verstoße, weil mit ihr im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie 1999/70/EG das Alter der vom Schutz gegen sachgrundlose Befristung der Arbeitsverträge ausgenommenen Personen von 60 auf 58 Jahre gesenkt und somit das allgemeine Schutzniveau für diese Gruppe von Arbeitnehmern herabgesetzt worden sei. Das Arbeitsgericht München stellte sich auch die Frage, ob eine Regelung wie § 14 Abs 3 TzBfG mit Art 6 der Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG vereinbar sei, da der Schutz älterer Menschen im Arbeitsleben durch die Herabsetzung des Alters für die sachgrundlose Befristung der Arbeitsverträge von 58 auf 52 Jahre durch das dTzBfG nicht sichergestellt werde. Das Arbeitsgericht München hat das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH vorgelegt.

Die Vorlagefragen gingen im Wesentlichen in die Richtung, ob § 8 Abs 3 der Rahmenvereinbarung eine Herabsetzung des Alters von 60 auf 58 Jahre verbietet (Frage 1a), ob § 5 Abs 1 der Rahmenvereinbarung § 14 Abs 3 dTzBfG entgegensteht, weil diese deutsche Bestimmung keine Einschränkungen der lit a – c beinhaltet (Frage 1b) und ob Art 6 der Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG § 14 Abs 3 dTzBfG entgegensteht, der die Befristung ohne sachlichen Grund bei älteren Dienstnehmern zulässt (Frage 2). Die letzte Frage zielt schließlich darauf ab, ob entgegenstehendes innerstaatliches Recht unangewendet zu bleiben hat (Frage 3).

Der EuGH entschied, dass das Vorabentscheidungsersuchen zulässig sei³⁰⁶. Der EuGH war mit der Einrede konfrontiert, dass das Verfahren fingiert sei. Er sprach aus, dass der Gerichtshof nicht mit hypothetischen Rechtsfragen zu beschäftigen sei, hielt aber ausdrücklich fest, dass der Gerichtshof dazu angehalten sei, über Auslegungsfragen des Gemeinschaftsrechts zu befinden, wenn der nationale Richter eine Auslegung zum Erlass seines Urteiles benötige. Der Gerichtshof entschied, dass der streitige Vertrag bereits „gelebt“

³⁰⁶ EuGH 22.11.2005, Rs C-144/04, *Mangold*, Slg 2005 I-09981, Rz 39.

worden wäre, und dass es auch ohne Bedeutung sei, wenn sich die Streitteile über die Auslegung der streitigen Deutschen Norm einig seien.

Der EuGH hat zu den Fragen Folgendes ausgeführt:

§ 8 Abs 3 der Rahmenvereinbarung bestimmt, dass die Umsetzung der Richtlinie bzw Rahmenvereinbarung nicht als Rechtfertigung für eine allgemeine Niveausenkung im Dienstnehmerschutz verwendet werden darf. Das Verfahren vor dem Gerichtshof hat jedoch ergeben, dass die Bestimmung des § 14 Abs 3 dTzBfG nicht im Rahmen des Umsetzungserfordernisses geschaffen worden ist, sondern vielmehr als beschäftigungsfördernde Maßnahme zugunsten älterer Menschen. Die deutsche Regierung hat die Auffassung vertreten, dass die Herabsetzung des Alters durch verschiedene soziale Garantien ausgeglichen worden sei, wie beispielsweise die Einschränkung derartiger befristeter Verträge auf kleine Unternehmen. Der Gerichtshof hat daher entschieden, dass § 8 Abs 3 der Rahmenvereinbarung der nationalen Regelung des § 14 Abs 3 dTzBfG dann nicht entgegensteht, wenn die Regelung durch die Arbeitsplatzförderung gerechtfertigt ist und daher das Alter, ab dem befristete Dienstverträge geschlossen werden können, unabhängig und losgelöst von der Rahmenvereinbarung gesenkt worden ist.

Im Rahmen der zweiten und dritten Frage, die der EuGH gemeinsam geprüft hat, ging es um die Frage, ob die streitige deutsche Norm mit der Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG vereinbar ist bzw ihr entgegensteht. Die Richtlinie 2000/78/EG bezweckt die generelle Bekämpfung der Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf auf den Ebenen von Religion, Behinderung, Alter, sexuelle Ausrichtung und Weltanschauung. Art 6 der Richtlinie ermöglicht den Mitgliedstaaten jedoch Ungleichbehandlungen wegen des Alters, sofern diese objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein rechtmäßiges arbeitsmarktpolitisches Ziel *gerechtfertigt* sind und diese Mittel zur Erreichung des Ziels *angemessen* und *erforderlich* sind. Der Gerichtshof hat diese zweistufige Prüfung durchgeführt (Verhältnismäßigkeit) und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass Rechtsvorschriften, die das Alter als einziges Kriterium für die Befristung eines Dienstvertrages festlegen, jedoch ohne nähere Erwägung der persönlichen Situation des Betroffenen und der Struktur des jeweiligen Arbeitsmarktes, mit den Zielen der Richtlinie 2000/78/EG nicht in Einklang zu bringen sind.

Überraschend ist die Feststellung des Gerichtshofes, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf nicht in der Richtlinie 2000/78/EG verankert sei, sondern dass das Verbot der Altersdiskriminierung ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts sei. Daher könne die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bezüglich des Alters auch nicht vom Ablauf einer Umsetzungsfrist abhängen. Der EuGH hat entschieden, dass es dem nationalen Gericht obliege, die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu garantieren, indem es jede (!) möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lasse.

Das Urteil *Mangold* verdient aus zweierlei Gründen besondere Aufmerksamkeit. Einerseits ist die besondere Aufmerksamkeit aufgrund der Beurteilung der Zulässigkeit der Vorlage und deren Hintergründe gerechtfertigt. Andererseits aber auch auf inhaltlicher, die Sache selbst betreffende Ebene, da die Ausführungen des EuGH weit über die den Einzelfall bezogene Bedeutung hinausgehen.

Vor dem Hintergrund, dass Herr Helm als Rechtsanwalt tätig ist, wird insbesondere Punkt 3 des Dienstvertrages zwischen Herrn Mangold und Herrn Helm verständlicher. Dabei hätte es § 14 Abs 3 TzBfG³⁰⁷ entsprechend gar keiner Angabe eines Grundes bedurft. Ebenso hätte sich eine zulässige Befristung des auf lediglich acht Monate abgeschlossenen Dienstvertrages auch auf § 14 Abs 2 TzBfG stützen können, der für kurze Befristungen für die Dauer von bis zu zwei Jahren keine Angabe einer sachlichen Rechtfertigung verlangt.

Die Formulierung des Dienstvertrages zwischen Herrn Mangold und Herrn Helm offenbart, dass die „Streitteile“ sich darüber einig waren, ein fingiertes Verfahren anzustrengen und dieses bis zum EuGH hinaufzutreiben. Andere Deutungsmöglichkeiten sind nur schwerlich zu begründen, ist es doch gerade im Rechtsberatungsbereich üblich, aus Gründen der Rechts- und insbesondere der Anfechtungssicherheit Verträge so zu gestalten, dass alle nur erdenklichen Rechtfertigungsgründe ausgeschöpft werden. Begrenzt man hingegen ein Vertragswerk auf nur einen einzigen Rechtfertigungsgrund und schließt man ausdrücklich alle anderen auch noch aus³⁰⁸, muss zwingend ein juristisches Schelmenstück vermutet werden. *Bauer*³⁰⁹ verwendet dazu klare Worte: Das Verfahren ist ein Stück aus dem

³⁰⁷ Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge vom 21.12.2000, BGBl I 2000, 1996.

³⁰⁸ Um so eine ergänzende Vertragsauslegung gem § 914ff ABGB zu vermeiden.

³⁰⁹ Dr. Jobst-Hubertus Bauer ist seit 1975 Fachanwalt für Arbeitsrecht in Stuttgart.

Tollhaus³¹⁰. *Bauer* weist die persönlichen und fachlichen Hintergründe der am Ausgangsverfahren Beteiligten nach, sodass der Scheincharakter des Ausgangsverfahrens nicht ernstlich bestritten werden kann.

Ist nun den Ausführungen des EuGH zur Zulässigkeit der Vorlage zuzustimmen? Der EuGH führt dazu, wie schon in den dargestellten Leitsätzen und im Tenor kurz skizziert, aus, dass es nicht seine Aufgabe sei, Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen abzugeben³¹¹. Der Gerichtshof vertritt weiters die Auffassung, alleine das vorlegende Gericht verfüge über die notwendige unmittelbare Sachkenntnis, um unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Rechtssache die Notwendigkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteiles zu beurteilen³¹². In Anbetracht dieser Standpunkte hält sich der EuGH nur dann für nicht befugt, über eine von einem nationalen Gericht aufgeworfene Vorabentscheidungsfrage zu befinden, wenn offensichtlich ist, dass die Auslegung des Gemeinschaftsrechts in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreites steht³¹³. Im vorliegenden Fall lasse sich nach Ansicht des EuGH nicht in Abrede stellen, dass die vom vorlegenden Gericht beantragte Auslegung des Gemeinschaftsrechts tatsächlich einem durch die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits bedingten objektiven Bedürfnis entspreche.

Dem EuGH ist trotz der ungünstigen Optik der Genese des Ausgangsrechtsstreites vor dem Arbeitsgericht München zuzustimmen. Eine Aufgabe, die der nationale Richter gewissenhaft zu erfüllen hat, kann nicht in die Sphäre des EuGH verschoben werden. Vielmehr wäre der nationale Richter angehalten gewesen, die ihm zur Verfügung stehenden Instrumentarien der nationalen Rechtsordnung heranzuziehen, sollte der Verdacht aufkeimen, dass ein fingiertes Verfahren vorliege. Dazu hatte der nationale Richter allerdings einige Anhaltspunkte. Der – weiter oben im Text – schon dargestellte Vertragstext indiziert klare Verdachtsmomente. Selbstredend ist aber auch der Umstand, dass, obgleich das Dienstverhältnis am 1.7.2003 begonnen wurde, bereits am 25.7.2003 die Klage beim Arbeitsgericht München eingegangen ist. Klagen gegen den Dienstgeber bei aufrechter Dienstverhältnis sind, wenngleich rechtlich möglich, so doch ungewöhnlich, insbesondere unmittelbar nach Dienstantritt. So hätte die Möglichkeit bestanden, den „Dienstvertrag“ als

³¹⁰ Vgl zu der in Deutschland veröffentlichten Vermutung eines Scheinverfahrens die Ausführungen von *Bauer/Lutz*, Ein Stück aus dem Tollhaus: Altersbefristung und der EuGH, NZA 2005/14, 800.

³¹¹ EuGH 22.11.2005, Rs C-144/04, *Mangold*, Slg 2005 I-09981, Rz 32ff, insb Rz 36.

³¹² EuGH 22.11.2005, Rs C-144/04, *Mangold*, Slg 2005 I-09981, Rz 34; so auch EuGH 16.7.1992, Rs C-83/91, *Meilicke*, Slg 1992 I-4871, Rz 23; EuGH 7.7.1994, Rs C-146/93, *McLachan*, Slg 1994 I-3229, Rz 20; EuGH 9.2.1995, Rs C-412/93, *Leclerc-Siples*, Slg 1995 I-179, Rz 10.

³¹³ EuGH 22.11.2005, Rs C-144/04, *Mangold*, Slg 2005 I-09981, Rz 37.

unwirksames Scheingeschäft zu erkennen³¹⁴. Wenn schon das nationale Gericht nicht in der Lage ist, ein fingiertes Verfahren in Anbetracht der vor ihm agierenden Parteien und deren Aussagen zu erkennen, so vermag dies der EuGH aufgrund seiner Distanz zu den Parteien und den unmittelbaren, wahrzunehmenden Gegebenheiten, noch viel weniger zu leisten. Die Zulässigkeit der Vorlage erfolgte daher zu Recht.

Zur Frage 1b führt der EuGH aus, dass es Ziel der angezogenen Bestimmung sei, Missbrauch durch aufeinander folgende befristete Dienstverhältnisse zu vermeiden. Die Parteien hätten jedoch, wie sie in der mündlichen Verhandlung bestätigt hätten, nur diesen einen Dienstvertrag miteinander abgeschlossen. Unter diesen Umständen sei die Auslegung des § 5 Abs 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge für die Entscheidung des beim nationalen Gericht anhängigen Rechtsstreits nicht erheblich, sodass diese Frage nicht zu beantworten sei³¹⁵. Aufgrund des Umstandes, dass tatsächlich keine Missbrauchsproblematik durch aufeinander folgende Dienstverträge vorlag, ist dem EuGH zu seinen kurz gefassten Ausführungen zuzustimmen.

Auch die Antwort des EuGH auf die Frage 1a³¹⁶ bedarf keiner weiteren Erläuterung. Die Argumentation des EuGH, die Umsetzung der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse berühre die streitige Bestimmung des dTzBfG nicht, weil sie in keinem Zusammenhang mit der Umsetzung dieser Rahmenvereinbarung stehe, ist aus der Sicht des § 8 Abs 3 der Rahmenvereinbarung logisch und nachvollziehbar. Die Frage, ob das dTzBfG die Richtlinie 1999/70/EG vollständig umsetzt, kann zumindest aus der Sicht des Urteils dahingestellt bleiben. Sie ist mE allerdings zu verneinen, da die streitige Norm den Kriterienkatalog des § 5 Abs 1 lit a – c der RL 1999/70/EG nicht erfüllt.

Beunruhigend ist vielmehr die Feststellung des EuGH, das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters sei ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts und in der Folge auch zwischen Privaten unmittelbar anwendbar³¹⁷. Wie schon bei der Darstellung des Urteilsinhalts ausführlich gezeigt, spricht sich der EuGH dafür aus, dass es dem nationalen Gericht obliege, dem Einzelnen den vollen rechtlichen Schutz, der sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebe, zu gewährleisten und zu garantieren und „jede

³¹⁴ Vgl § 117 BGB.

³¹⁵ EuGH 22.11.2005, Rs C-144/04, *Mangold*, Slg 2005 I-09981, Rz 42 u 43.

³¹⁶ EuGH 22.11.2005, Rs C-144/04, *Mangold*, Slg 2005 I-09981, Rz 54.

³¹⁷ EuGH 22.11.2005, Rs C-144/04, *Mangold*, Slg 2005 I-09981, Rz 75 u 77.

möglicherweise entgegenstehende Bestimmung“ des innerstaatlichen Rechts unangewendet zu lassen. Manche Autoren leiten daraus ein umfassendes Bekenntnis zur unmittelbaren (Dritt)wirkung von Richtlinien ab³¹⁸. ME ist aus dem Wortlaut des Urteils aber „nur“ die Horizontalwirkung des vom EuGH neu geschaffenen Gemeinschaftsgrundrechts abzuleiten.

Der erste Schritt des EuGH in Richtung einer unmittelbaren Drittwirkung von Richtlinien tat der EuGH Anfang der 80iger Jahre des vorigen Jahrhunderts³¹⁹. Einen weiteren Schritt setzte der EuGH 1990. In einem Verfahren wurde, gestützt auf die Art 1261 u 1275 des spanischen bürgerlichen Gesetzbuches, die Ungültigkeit des Gründungsvertrages der beklagten Gesellschaft beantragt. Diese Gesellschaft sei von einer Schuldnerin der Klägerin und zwei Stroh Männern nur gegründet worden, um ihr Vermögenswerte zu übertragen und so einen Rückgriff der Klägerin auf diese unmöglich zu machen. Die Beklagte berief sich auf Art 11 der Ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie³²⁰, wonach ein Gesellschaftsvertrag nur nach den dort angeführten Gründen für ungültig erklärt werden könne. Da diese Richtlinie von Spanien noch nicht umgesetzt worden war, wurde dem EuGH die Frage gestellt, ob in einem Rechtsstreit zwischen Einzelnen eine Berufung auf eine Richtlinie als solche möglich sei. Der EuGH fasste die Frage neu und antwortete, dass das staatliche Gericht das innerstaatliche Recht im Sinne der Richtlinie auslegen muss, gleichgültig, ob dieses aus der Zeit vor oder nach der Verabschiedung der Richtlinie stammt³²¹.

Das Urteil *Mangold* bedeutet aber auch, dass nicht nur die Diskriminierung wegen des Alters, sondern auch die Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, wegen Behinderung oder der sexuellen Ausrichtung gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht verstoße³²². Einem Gemeinschaftsrecht, das seinen Ursprung in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten habe³²³. Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters ist somit nach

³¹⁸ So zB ZAS 2006/35 mit Anm *Urlesberger*.

³¹⁹ EuGH Rs C-14/83, von *Colson* und *Kamann*, Slg 1984 1891; *Nicolaysen*, Richtlinienwirkung und Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zum Beruf, EuR 1984, 380.

³²⁰ ABl L 65/68 S 8.

³²¹ EuGH Rs C-106/89, *Marleasing*, Slg 1990 I-4135.

³²² Mit einer Diskriminierung in Entgeltfragen beschäftigt sich das jüngste Urteil des EuGH zur ArbeitsvertragsbefristungsRL. Im Urteil *Alonso* (EuGH 13.9.2007, Rs C-307/05, *Alonso*, noch nicht in aml Slg) sprach der EuGH aus, dass befristet beschäftigte Dienstnehmer hinsichtlich des Entgeltes nicht anders zu behandeln seien, als unbefristet beschäftigte Dienstnehmer desselben Dienstgebers. Eine unterschiedliche Behandlung sei nicht dadurch sachlich gerechtfertigt, dass sie in Gesetzes- oder Verwaltungsvorschriften des Mitgliedstaates vorgesehen ist.

Vgl dazu auch *Schweighofer*, Keine Ungleichbehandlung befristet beschäftigter Dienstnehmer in Entgeltfragen, ELR 2007, 407ff.

³²³ EuGH 22.11.2005, Rs C-144/04, *Mangold*, Slg 2005 I-09981, Rz 74 u 75.

Ansicht des EuGH als ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anzusehen. Dies ergebe sich nach Ansicht des EuGH aus der ersten und vierten Begründungserwägung der Richtlinie 2000/78/EG. Aus den Begründungserwägungen sind keine klaren Erkenntnisse zu gewinnen. Tatsächlich beinhalten die Begründungserwägungen Hinweise auf gemeinsame Verfassungsüberlieferungen, allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts und den Hinweis auf die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz. Daraus aber das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters als allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anzusehen, geht mE zu weit. Es stellt sich die Frage wozu die Richtlinien 2000/78/EG und 2000/43/EG geschaffen worden sind. Diese Richtlinien wären nämlich bei konsequentem Weiterdenken der Auffassung des EuGH nicht nötig gewesen.

Weil Recht kein Selbstzweck ist, sondern den Menschen – und nicht bloß „Normunterworfenen“ – dienen soll, ist immer auch die Frage nach den praktischen Konsequenzen und Auswirkungen zu stellen. Dabei sollte insbesondere der Aspekt der Rechtssicherheit und Rechtsdurchsetzbarkeit im Vordergrund stehen. Bei der konsequenten Durchdringung der Folgen des Urteils *Mangold* im innerstaatlichen Recht stellen sich folgende Fragen: Einerseits stellt sich die Frage, welche Konsequenzen es für einen innerstaatlichen Dienstgeber hat, wenn er mit europäischen Normen konfrontiert ist. Welche Norm „gilt“ nun? Andererseits ist ganz offen die Frage zu stellen, wie weit der EuGH seine Positionierung zur Frage der horizontalen Drittwirkung wirklich erweitern bzw. ausdehnen will. Die Meinungen zu diesem Thema gehen etwas auseinander. Nach herrschender Meinung haben Richtlinien keine unmittelbare horizontale Wirkung zwischen Privaten³²⁴. Dennoch wird aber aufgrund des allgemeinen Vorrangs des Gemeinschaftsrechts eine Unanwendbarkeit des innerstaatlichen Rechts für möglich gehalten³²⁵. Um einer uferlosen Horizontalwirkung Einhalt zu gebieten, sprechen sich viele Autoren für die so genannte richtlinienkonforme Auslegung aus³²⁶. Das BAG³²⁷ hat die Grenze dort gesehen, wo eine nach „Wortlaut, Systematik und Sinn“ eindeutige Regelung des innerstaatlichen Rechts vorliegt. In diesem Fall kann der innerstaatliche Richter keine richtlinienkonforme Auslegung vornehmen, sondern hat das europarechtswidrige Gesetz solange anzuwenden, bis der innerstaatliche

³²⁴ Auch „horizontale Drittwirkung“; vgl. dazu auch *Thun-Hohenstein/Cede/Hafner*, Europarecht⁵ (2005) 181; *Arndt*, Europarecht⁸ (2005) 103ff; *Biervert* in *Schwarze*, EU-Kommentar (2000) Art 249 Rz 29ff.

³²⁵ Vgl. dazu den Vorlagebeschluss des ArbG München, NZA-RR 2005, 43 (46) mwN.

³²⁶ *Arndt*, Europarecht⁸ (2005) 99; kritisch dazu *Biervert* in *Schwarze*, EU-Kommentar (2000) Art 249 Rz 30, der die richtlinienkonforme Auslegung im Ergebnis mit der (abzulehnenden) horizontalen Drittwirkung vergleicht.

³²⁷ Bundesarbeitsgericht.

Gesetzgeber die europarechtswidrige Norm novelliert bzw an das Gemeinschaftsrecht anpasst³²⁸. Aus dem Grund der Rechtssicherheit ist mE dieser Auffassung zu folgen.

Interessant ist auch die Position des Generalanwalts³²⁹. Der Generalanwalt hat in seinem Schlussantrag empfohlen, auf den Gleichheitsgrundsatz abzustellen, da dieser ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts sei und sich Herr Mangold gegenüber Herrn Helm unmittelbar auf ihn berufen könnte. § 14 Abs 3 dTzBfG wäre in diesem Fall zwischen Privaten unanwendbar. Würde man sich allerdings nur auf die Richtlinie 2000/78/EG berufen, ginge man also nur von einem Verstoß gegen diese Richtlinie aus, so wäre das deutsche Recht mangels horizontaler Wirkung zwischen Privatpersonen anzuwenden. Das innerstaatliche Recht müsse in diesem Fall jedenfalls richtlinienkonform ausgelegt werden, resümierte der Generalanwalt. Das Arbeitsgericht, empfiehlt der Generalanwalt, könnte im Ausgangsverfahren den Gleichheitssatz unmittelbar anwenden, was bei der Richtlinie nicht der Fall sei.

Inwieweit der Generalanwalt mit seinen Ausführungen zum allgemeinen Gleichheitsgrundsatz den Gerichtshof in seiner konkreten Entscheidungsfindung nachhaltig bzw unrichtig beeinflusst hat, kann nicht abgeschätzt werden. Anzumerken ist jedoch, dass es bei Rechtsfragen von solcher Tragweite angezeigt wäre, besonders behutsam und sorgfältig zu argumentieren. Stattdessen könnte der Generalanwalt mit seinen Ausführungen zum allgemeinen Gleichheitsgrundsatz den Weg dahingehend geöffnet haben, dass ganze innerstaatliche Rechtsordnungen ihrer Rechtssicherheit zumindest teilweise „beraubt“ werden.

4. Judikaturinkonsistenz und deren richtlinienbedingte Ursachen

Die Richtlinie 1999/70/EG ist einerseits ein sozialpolitischer Meilenstein, andererseits nur der Beginn einer gesamteuropäischen Entscheidung im Rahmen der Arbeits- und Sozialrechtsgesetzgebung betreffend befristeter Dienst- und Beschäftigungsverhältnisse. Die Frage, die sich stellt, ist die, ob die Europäische Union den eingeschlagenen Weg konsequent

³²⁸ BAG 18.2.2003, NZA 2003, 742 mwN.

³²⁹ Schlussanträge des Generalanwalts *Tizzano* in der Rechtssache *Mangold*, in: <http://curia.europa.eu/de/content/juris/index.htm>.

fortsetzt, oder aber der Meinung ist, legislativ ausreichend tätig gewesen zu sein und den Rest der Judikatur des EuGH zu überlassen.

Die besprochene Judikatur zeigt deutlich die Schwächen der Richtlinie bzw der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge auf. Ungeachtet der teilweise noch ungelösten Problematiken hinsichtlich der unmittelbaren bzw horizontalen Wirkung von Richtlinien im Allgemeinen zeichnet sich die besprochene Richtlinie im Besonderen dadurch aus, dass sie als unmittelbar anwendbares Regelwerk viel zu wenig konkret ist, um wirklich subjektive Ansprüche ableiten zu können. Abgesehen von in der Zwischenzeit selbstverständlichen Diskriminierungsverboten und Günstigkeitsgeboten gestattet die Richtlinie bzw Rahmenvereinbarung den Mitgliedstaaten mE viel zu viel (Interpretations)Spielraum.

Symptomatisch für das unzureichende Regelwerk ist § 5 der Rahmenvereinbarung. Obgleich § 5 der Rahmenvereinbarung als die zentrale Norm des Missbrauchsverbotes gesehen werden muss, begnügt sich § 5 mit abstrakt formulierten Maßnahmen, die nicht allesamt umzusetzen sind, sondern auch noch zur Auswahl stehen³³⁰. Dabei ist an sich nicht der Abstraktionsgrad das Problem – Rechtssätze sind in der Regel abstrakt formuliert – sondern der Umstand, dass der vorgegebene „Rahmen“ in Wahrheit keiner ist. Wie soll beispielsweise ein Mitgliedstaat die zulässige Zahl der Verlängerungen³³¹ von Dienstverträgen im Sinne des Dienstnehmerschutzes und des Missbrauchsverbotes umsetzen? Der Bestimmung wäre – isoliert betrachtet – auch bereits dann Genüge getan, würde der umsetzende Mitgliedstaat beispielsweise 20 Verlängerungen gestatten. Dieses – zugegeben – extreme Beispiel soll die Konsequenzen der Richtlinie bzw der Rahmenvereinbarung vor Augen führen. Nicht anders verhält es sich mit der Maßnahme, die insgesamt maximal zulässige Dauer aufeinander folgender befristeter Dienstverhältnisse³³² zu regeln. Auch hier wären extreme Ausprägungen mit großer Wahrscheinlichkeit konsequenzenlos.

Dem Arbeitnehmerschutz ist auch dadurch nicht gedient, dass der Mitgliedstaat die Wahlfreiheit zwischen „einer oder mehreren“ Maßnahmen hat³³³. Ebenso kritikwürdig ist der Rahmenvereinbarungstext, der lediglich „gegebenenfalls“ die Normierung der Bedingungen

³³⁰ Arg: „...eine oder mehrere der folgenden Maßnahmen...“.

³³¹ § 5 Nr 1 lit c RL 1999/70/EG.

³³² § 5 Nr 1 lit b RL 1999/70/EG.

³³³ § 5 Nr 1 RL 1999/70/EG.

aufeinander folgender und unbefristeter Dienstverhältnisse vorschreibt. „Gegebenenfalls“ relativiert die Umsetzungspflicht im Sinne einer Kann-Bestimmung. Ein Blick in die englische Fassung der Rahmenvereinbarung zeigt aber auch leichte Übersetzungsdefizite. Die englische Fassung verwendet an dieser Stelle den Begriff „where appropriate“, das gleichbedeutend ist mit „angemessen, geeignet, zugehörig“³³⁴. Die englische Sprachfassung schnürt den Rahmen enger und fordert die Umsetzung bereits dann, wenn dies angemessen schiene. Demgegenüber kann „gegebenenfalls“ dahin gelesen werden, dass die konkrete Umsetzungspflicht in die Willkür der (deutschsprachigen) Mitgliedstaaten verlagert wird.

De lege ferenda wird daher ein höherer materieller Konkretisierungsgrad der Umsetzungspflichten im Hinblick auf die Anzahl der Verlängerungen und die höchstzulässige Dauer aufeinander folgender Beschäftigungsverhältnisse zu fordern sein.

Aber auch die Judikatur des EuGH zur Richtlinie bzw Rahmenvereinbarung 1999/70/EG verdient nicht nur Lob. So bereitet das Urteil *Mangold* ob seiner Feststellung des „neuen“ Gemeinschaftsgrundrechts des Diskriminierungsverbotes wegen des Alters begründete Zweifel. Aber auch die Auslegungsmaxime an den nationalen Richter, entgegenstehendes innerstaatliches Recht unangewendet zu lassen, kann nicht in Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des EuGH gebracht werden.

Zuzustimmen ist dem EuGH im Urteil *Mangold* allerdings im Hinblick auf seine genauen Ausführungen zur Frage des Rechtfertigungsgrundes der diskriminierenden Maßnahme und ob sie zur Erreichung des angestrebten Zieles auch unbedingt erforderlich ist bzw ob nicht gleich wirksame Alternativmaßnahmen weniger nachteilige Auswirkungen für die betroffene Gruppe älterer Dienstnehmer haben.

Das Urteil *Adeneler* setzt sich mit der Frage auseinander, was unter „aufeinander folgend“ im Sinne von § 5 Nr 2 lit a der Rahmenvereinbarung zu verstehen ist. Dabei stellt der Gerichtshof klar, dass bloße zeitliche Abstände nicht im Einklang mit der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse sind. Das Urteil lässt aber offen, welche materiellrechtlichen Inhalte der Richtlinie genügen würden. Der EuGH tendiert in brisanten sozialpolitischen Fragen zur Zurückhaltung, „geizt“ aber nicht auf der Ebene der

³³⁴ Langenscheidts Großes Schulwörterbuch Englisch-Deutsch. Das *Longman Dictionary of Contemporary English*³ (1995) 54 erläutert die Bedeutung von „appropriate“ mit „suitable for a particular time, situation or purpose. Eine Gleichsetzung dieser Bedeutung mit „gegebenenfalls“ ist daher höchst fragwürdig.

allgemeinen Diskriminierungsverbote mit unmittelbar anwendbaren Diskriminierungsverboten.

Zuzustimmen ist dem Gerichtshof jedoch zu seiner klaren Aussage, dass sich der Geltungsbereich der Richtlinie nicht nur auf den privaten Sektor beschränke, sondern sich auch auf den öffentlichen Sektor erstrecke.

Auch im Urteil *Vassallo* belässt der Gerichtshof die Beurteilung der Frage richtlinienkonformer innerstaatlicher Normen dem nationalen Richter. Ohne eine Auslegungsanleitung für den nationalen Richter zu geben, begnügt sich hier der Gerichtshof sogar mit dem bloßen „ersten Anschein“ der Gemeinschaftsrechtskonformität. War in den Urteilen *Mangold* und *Adeneler* die Ursache der unbefriedigenden Aussagen des EuGH auch in den Richtlinieninhalten selbst zu vermuten und mE teilweise auch zu finden, so entschied der Gerichtshof in der Rechtsache *Vassallo* gegen den so gesehen wiederum klaren Inhalt des § 5 der Rahmenvereinbarung dahingehend, als dieser Schadenersatz nicht als geeignete Maßnahme zur Vermeidung von Missbrauch durch mehrere befristete Dienstverhältnisse beinhaltet.

Dass es dem Gerichtshof „nicht zukomme, sich zur Auslegung innerstaatlichen Rechts zu äußern“ (*Vassallo*), vermag ob der Urteile *Pfeiffer* und *Mangold* nur verwundern. Gerade das Urteil *Pfeiffer* muss als erschreckendes Beispiel einer Anleitung zur Auslegung innerstaatlichen Rechts *contra legem* gesehen werden.

Anzumerken ist auch, dass die Judikatur entgegen der Meinung *Eilmansbergers*³³⁵ nicht wirklich konsistent ist. Gerade die Judikatur zur Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie zeigt hinsichtlich ihrer Aussagen zur Direktwirkung extreme Ausprägungen einerseits in Richtung einer unmittelbaren Wirkung *contra legem* zu Lasten des innerstaatlichen Rechts (*Mangold* und *Pfeiffer*), andererseits aber in Richtung einer zu wenig ausgeprägten Auslegungshilfe des innerstaatlichen Rechts (*Vassallo*).

Die leider sehr spärliche Judikatur des EuGH zur Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie 1999/70/EG gibt nur bedingt Anlass zur Freude. Dabei sei in Erinnerung gerufen, dass der Gerichtshof seiner Aufgabe als Interpret des Gemeinschaftsrechts auch dann nachzukommen hat, wenn zu befürchten ist, dass das Ergebnis einer Interessengruppe nicht entgegenkommt.

³³⁵ *Eilmansberger*, Zur Direktwirkung von Richtlinien gegenüber Privaten (Teil I u Teil II). Ist nach CIA, Unilever, Ingmar, Draehmpaehl, Ferreira und Heininger jetzt alles anders? JBl 2004, 283 bzw 364.

Der EuGH hat in der jetzigen Phase – die Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie ist eine noch sehr junge Richtlinie – die Möglichkeit, die Judikatur nachhaltig zu gestalten.

Der EuGH sollte diese Chance nutzen und sozialpolitisch wegweisende – mutige – Urteile fällen.

IV. Umsetzungsdefizite der RL 1999/70/EG im österreichischen Recht

Das folgende Kapitel beschäftigt sich mit der Frage, ob und wie die Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie 1999/70/EG ins österreichische Recht umgesetzt worden ist. Das Kapitel beschäftigt sich aber auch mit der Frage, welche Defizite im Falle einer lediglich teilweisen Umsetzung de lege ferenda zu beheben sind.

A. Das EG-Sekundärrecht und seine Umsetzung ins österreichische Recht

Der Abschnitt „Europäische Richtlinien und die Konsequenzen bei mangelhafter Umsetzung“ im Vorkapitel hat das Thema dieses Abschnittes im Wesentlichen bereits vorweggenommen, sodass hier lediglich die zentralen Erfordernisse der Umsetzung von Richtlinien besonders in den Vordergrund gerückt werden sollen. Dabei ist zunächst die zentrale Norm des Art 249 EGV zu erfüllen. Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet ist, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich. Sie überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl und Form der Mittel. Insbesondere muss eine vollständige Anwendung der Richtlinien-Vorschrift hinreichend klar und bestimmt gewährleistet werden³³⁶.

Keine hinreichende Umsetzung liegt vor, wenn lediglich eine innerstaatliche Ermächtigungsnorm geschaffen wird, die die Richtlinien-Ziele später im Rahmen von Verordnungen umsetzen soll. Auch eine „zufällig“ richtlinienkonforme Judikatur reicht nicht hin, um eine entsprechend effiziente und abschreckende Wirkung zu gewährleisten³³⁷. Eine Umsetzung im Geiste des Art 249 EGV kann daher mE nur im Rahmen von Normen, die zumindest im Gesetzesrang stehen, erfolgen. Dabei verlangt die Judikatur des EuGH gar nicht, dass die Bestimmungen einer Richtlinie förmlich und wörtlich in einer ausdrücklichen besonderen Gesetzesvorschrift wiedergegeben werden. Je nach dem Richtlinieninhalt kann ein allgemeiner rechtlicher Rahmen genügen, wenn er tatsächlich die vollständige

³³⁶ Hetmeier in Lenz/Borchardt, EUV/EGV⁴ (2006) Art 249 Rz 10ff.

³³⁷ So auch Hetmeier in Lenz/Borchardt, EUV/EGV⁴ (2006) Art 249 Rz 11.

Anwendung der Richtlinie in so klarer und bestimmter Weise gewährleistet, sodass – soweit die Richtlinie Ansprüche Einzelner begründen soll – diese in der Lage sind, von allen ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor nationalen Gerichten geltend zu machen³³⁸.

An den Umsetzungsakt sind bestimmte, mE hohe Anforderungen zu stellen. Daher ist Art 249 Abs 3 EGV dahingehend auszulegen, dass die Wahlfreiheit betreffend der Form und Mittel immer unter der Maxime der verbindlichen Zielerreichung zu lesen ist. Der innerstaatliche Gesetzgeber muss sich das Richtlinienziel klar und deutlich vor Augen führen, das er erreichen will. Erst dann kann er sinnvoll entscheiden, welche Formen und Mittel er anzuwenden hat. So reicht eine schlichte Verwaltungspraxis jedenfalls nicht³³⁹.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich Richtlinien zwar ausschließlich an die Mitgliedstaaten richten, dabei aber nicht nur öffentlichrechtliche Inhalte haben können, sondern zunehmend in privatrechtliche Materien eindringen. Ein gutes Beispiel ist das Arbeitsrecht als Sonderprivatrecht, das in einem hohen Ausmaß von EU-Sekundärrecht determiniert wird. In diesem Zusammenhang hat die Frage an Bedeutung gewonnen, inwieweit eine richtlinienkonforme Auslegung von nationalen Gesetzen durch nationale Gerichte eine hinreichende Umsetzung ist. Der EuGH verneint dies grundsätzlich, da eine höchstgerichtliche Rechtsprechung nicht die gleiche Klarheit und Bestimmtheit aufweise, wie eine gesetzliche Regelung³⁴⁰.

Der innerstaatliche Gesetzgeber hat die Aufgabe, vorweg zu erkennen, welches Ziel erreicht werden soll. Ziele sind diejenigen Rechtswirkungen, die sich aus dem Inhalt der Richtlinie ableiten lassen und die der Mitgliedstaat auf seinem Gebiet zu garantieren hat³⁴¹. Nach der Zielbestimmung erfolgt die Umsetzung. Das bedeutet, dass einerseits die gesamte innerstaatliche Rechtsordnung auf eventuell bereits bestehende Richtlinienkonformität zu prüfen ist, andererseits aber im Falle der Verneinung der Vorfrage die entsprechenden Adaptionen und Ergänzungen vorzunehmen sind. In manchen Fällen liegen überhaupt keine

³³⁸ So EuGH 30.5.1991, Rs C-361/88, *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Bundesrepublik Deutschland*, Slg 1991 I-2567, Rz 15.

³³⁹ So auch Streinz, *Europarecht*⁷ (2005) Rz 440.

³⁴⁰ Vgl statt vieler EuGH 15.10.1986, Rs C-168/85, *Kommission/Italien*, Slg 186 2945. In diesem Urteil hat der EuGH unmissverständlich folgenden Leitsatz formuliert: “Da sich die Unvereinbarkeit von nationalem Recht mit dem EWG-Vertrag nur mit Hilfe verbindlichen innerstaatlichen Rechts ausräumen lässt, das denselben Rang hat wie die zu ändernden Bestimmungen, kann eine bloße Verwaltungspraxis, die die Verwaltung naturgemäß beliebig ändern kann und die nur unzureichend bekannt ist, nicht als eine rechtswirksame Erfüllung der Verpflichtungen aus dem EWG-Vertrag angesehen werden, die geeignet wäre, die Vertragsverletzung auszuräumen.”

³⁴¹ Biervert in Schwarze, EU-Kommentar (2000) Art 249 Rz 25.

„Umsetzungsnormen“ vor, was einen vollständigen legislativen Neubeginn hinsichtlich der Umsetzung bedeutet und in vielen Fällen in einem völlig neuen Gesetz mündet³⁴². Es besteht aber auch die Möglichkeit, eine Umsetzung in verschiedenen Gesetzen vorzunehmen, da eine Richtlinie mehrere innerstaatliche Gesetzesbereiche betreffen kann. Hier kann auf die Rechtstradition des jeweiligen Mitgliedstaates Rücksicht genommen werden, sodass dessen Rechtsgefüge durch die Umsetzung der Richtlinie nicht beeinträchtigt werden braucht. Ein sehr gutes Beispiel ist geradezu die hier interessierende Richtlinie 1999/70/EG. Diese Richtlinie könnte zwar theoretisch in einem einzigen Gesetz umgesetzt werden, die österreichische Gesetzgebung hat sich jedoch dafür entschieden, die Umsetzungsbestimmungen in mehreren Gesetzen einzufügen. Der Grund mag unter anderem auch darin liegen, dass sich der österreichische Gesetzgeber bis heute nicht zu einer vollständigen Umsetzung der Richtlinie 1999/70/EG entschlossen hat³⁴³.

Der EuGH stellt dazu fest, dass die Umsetzung klar und detailliert erfolgen müsse, damit der Bürger gegebenenfalls begründete Rechte erkennen und geltend machen könne³⁴⁴. Ein gutes Beispiel für eine hinreichend klare und detaillierte Umsetzung ist das Gleichbehandlungsgesetz³⁴⁵. Es setzt die die Anti-Diskriminierungsrichtlinien des Rates zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder ethnischen Herkunft³⁴⁶ und zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf³⁴⁷ im österreichischen Recht um. Dabei ist der Gesetzgeber nicht über das in den Richtlinien Vorgeschiedene hinausgegangen, er ist aber auch nicht hinter dem Gemeinschaftsrecht zurückgeblieben³⁴⁸.

Die Umsetzung von Richtlinien ins innerstaatliche Recht muss folgende Kriterien erfüllen:

³⁴² So beispielsweise geschehen im Rahmen der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie 96/92/EG AB L 27, 30.1.1997, 20 durch das ElWOG idF BGBl I 1998/143.

³⁴³ Arbeitsrechtliche Richtlinieninhalte werden vom österreichischen Gesetzgeber gerne im Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz AVRAG zB IdF BGBl I 2002/52 eingefügt.

³⁴⁴ EuGH, Rs C-361/88 bzw C-59/89, *Kommission/Deutschland*, Slg 1991 I-2567 bzw 2607.

³⁴⁵ Gleichbehandlungsgesetz (GlBG) BGBl I 2004/66 idF BGBl I 2005/82.

³⁴⁶ RL 2000/43/EG.

³⁴⁷ RL 2000/78/EG.

³⁴⁸ *Rebhahn* in *Rebhahn*, Gleichbehandlungsgesetz (2005) Einleitung V ff. *Rebhahn* vertritt die Ansicht, der österreichische Gesetzgeber sei beispielsweise bei der Beweislast hinter dem Gemeinschaftsrecht zurückgeblieben.

1. Publizität

Die Umsetzungsnorm muss hinreichend kundgemacht werden, sodass jeder Marktbürger in der Lage ist, seine Recht und Pflichten ohne akribischen Aufwand zu erkennen. Dabei ist jedoch nicht auf die innerstaatlichen Kundmachungsvorschriften alleine abzustellen, da deren Inhalte möglicherweise unzureichend sein können. Das Erfordernis der hinreichenden Kundmachung kann daher durchaus über innerstaatliche Publizitätserfordernisse hinausgehen.

2. Rechtsnormvorbehalt

Unter dem Begriff des Rechtsnormvorbehaltes verbirgt sich zuvorderst der Effektivitätsgrundsatz³⁴⁹. Der Marktbürger muss sich vor Gerichten und Behörden auf die innerstaatlichen Umsetzungsregeln berufen können. Eine unzulänglich bekannte Verwaltungs- oder Spruchpraxis von Behörden oder Gerichten reicht nicht hin, ebenso wenig eine bloße Verwaltungspraxis auf Erlass- oder Weisungsebene.

3. Zielverbindlichkeit

Dieser aus Art 249 Abs 3 EGV unmittelbar ableitbare Grundsatz besagt nichts anderes, als dass der Freiraum der Mitgliedstaaten bei der Wahl seiner Mittel zur Richtlinienumsetzung lediglich dahingehend eingeschränkt ist, als das zu erreichende Ziel als oberste gesetzgeberische Maxime im Mittelpunkt zu stehen hat. Dabei ist dieses Erfordernis kein bloß formaler Akt im Rahmen einer raschen „Anlassgesetzgebung“, sondern sollte gewährleisten, dass das zu erreichende Richtlinienziel auch tatsächlich im „wirklichen“ Leben erreicht wird. Gegebenenfalls sind nationale „Anpassungsgesetze“ so lange zu ändern, bis das Richtlinienziel auch tatsächlich erreicht ist.

³⁴⁹ Lux in *Lenz/Borchardt*, EUV/EGV⁴ (2006) Art 25 Rz 7.

B. Umsetzungserfordernisse der Richtlinie 1999/70/EG

Aufgrund der bisherigen Ausführungen zur Umsetzung von EU-Sekundärrecht ins innerstaatliche Recht ist nun zu prüfen, welche konkreten Umsetzungserfordernisse die Richtlinie 1999/70/EG beinhaltet, welche Richtlinieninhalte also unmittelbar anwendbar sind und welche erst in innerstaatliches Recht transformiert werden müssen. Dabei ist auch zu untersuchen, ob grundlegende Begriffe der Richtlinie 1999/70/EG einer besonderen Auslegung bedürfen, oder aber klar und eindeutig sind.

1. Allgemeines

Richtlinien sind nur unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbar anwendbar. Charakteristisch für die Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie 1999/70/EG ist ihr überwiegend programmatischer, rahmengebender Inhalt. Nur wenige Bestimmungen verleihen dem Einzelnen subjektive Rechte. Ein Beispiel für die Verleihung eines subjektiven Rechts ist § 4 Abs 1, der ein Diskriminierungsverbot zugunsten befristet beschäftigter Dienstnehmer ausspricht. § 6 Abs 1 der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie verpflichtet den Dienstgeber ausdrücklich, befristet beschäftigte Dienstnehmer über frei werdende Stellen zu informieren, damit diese die gleichen Chancen auf einen sicheren, unbefristeten Arbeitsplatz haben. Beachtung sollte hier das Tatbestandselement „sicher“ finden, das in Verbindung mit dem Tatbestand des „unbefristeten Beschäftigungsverhältnisses“ gebracht wird. Die Richtlinie verbindet mit einem unbefristeten Dienstverhältnis Sicherheit, was mit den allgemeinen Erwägungen korrespondiert, die davon ausgehen, dass unbefristete Dienstverträge die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses seien³⁵⁰.

Kernbereich der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie ist § 5, der die Maßnahmen zur Vermeidung von Missbrauch bestimmt³⁵¹. Problematisch am Richtlinien text ist der sehr weit gefasste Rahmen, der offenbar nur am allgemeinen Grundsatz der Nichtdiskriminierung seine quantitative Einschränkung findet. Die Richtlinie regelt nicht, wie viele aufeinander folgende Befristungen möglich sind, auch nicht die maximal zulässige Dauer aufeinander folgender befristeter Beschäftigungsverhältnisse und auch nicht, was unter einem „sachlichen Grund“ zu verstehen ist. Die Richtlinie fordert nur, dass diese Bereiche an sich geregelt sein sollen, gibt

³⁵⁰ Vgl dazu Erwägung 6 der Rahmenvereinbarung.

³⁵¹ Vgl dazu II.B. und die dort vorgeschlagene Auslegung.

aber inhaltlich nichts vor. So ist dem innerstaatlichen Gesetzgeber ein sehr weiter Spielraum gegeben, der auf normativer Ebene nur über das Diskriminierungsverbot Beschränkung findet. Das bedeutet, dass jeder Mitgliedstaat in diesem sehr weit gefassten Rahmen Regelwerke über befristete Beschäftigungsverhältnisse erlassen kann und der Dienstnehmer als Marktbürger auf das jeweilige sozialpolitische Engagement „seines“ Staates angewiesen sein wird.

2. Der Arbeitnehmerbegriff der RL 1999/70/EG

Ein zentrales Tatbestandselement ist der „Arbeitnehmerbegriff“ der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie. Er findet sich in § 2 Abs 1 der Rahmenvereinbarung und unterliegt keiner Legaldefinition. § 2 Abs 1 der Rahmenvereinbarung besagt zum einen, dass diese Vereinbarung für befristet beschäftigte Arbeitnehmer gelte. Im Nebensatz wird der Arbeitnehmerbegriff dahingehend präzisiert, dass diese Vereinbarung nur für befristet beschäftigte Arbeitnehmer mit einem Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis gemäß der gesetzlich, tarifvertraglich oder nach den Gepflogenheiten in jedem Mitgliedstaat geltenden Definition gelte. Daraus könnte nun abgeleitet werden, dass der Arbeitnehmerbegriff der Rahmenvereinbarung kein gemeinschaftsrechtlicher Begriff ist und nach dem jeweiligen nationalen Recht zu ermitteln sei³⁵². Es wäre vom reinen Wortlaut aber auch möglich, den Arbeitnehmerbegriff des § 2 Abs 1 der Rahmenvereinbarung bzw Richtlinie zu isolieren und die Verknüpfung zu Gesetzen und Gepflogenheiten der Definitionen der Mitgliedstaaten nur zum Arbeitsvertragsbegriff, nicht aber zum Arbeitnehmerbegriff, herzustellen.

Da beide Normhypothesen im Rahmen der bloßen Wortinterpretation möglich sind, stellt sich die Frage, welcher Auslegung der Vorzug zu geben ist.

Als die Wortinterpretation ergänzende Auslegungsmethode ist zum einen die systematische Auslegung heranzuziehen, zum anderen aber auch die teleologische Auslegung.

Die Auslegungsmethoden stehen in keinem Rangverhältnis und werden vom EuGH in wechselnder Gewichtung herangezogen³⁵³.

³⁵² So zB *Stummer*, Die Richtlinie 1999/70/EG des Rates zu der EGB-UNICE-CEEP Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (2001) 27ff; aber auch *Laback*, Die Umsetzung der RL 99/70 über befristete Arbeitsverhältnisse in Österreich, *juridicum* 2003, 86 unter Verweis auf *Wank/Börgmann*, Der Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über befristete Arbeitsverträge, *RdA* 1999, 383 und *Schrammel/Winkler*, Arbeits- und Sozialrecht der Europäischen Gemeinschaft (2002) 67.

³⁵³ *Thun-Hohenstein/Cede/Hafner*, *Europarecht*⁵ (2005) 77.

Systematische und teleologische Interpretation erfüllen den Zweck, einerseits das Sekundärrecht primärrechtskonform auszulegen, andererseits aber auch Sinn und Zweck der auszulegenden Norm in den Vordergrund zu rücken.

Den Arbeitnehmerbegriff beinhaltet Art 39 Abs 1 EGV. Er ist mit dem Arbeitnehmerbegriff des Art 141 EGV aufgrund einer anzunehmenden Wertungskohärenz identisch. Das europäische Arbeitsrecht definiert den Arbeitnehmer im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, das sich durch abhängige Beschäftigung – im Gegensatz zur selbständigen Beschäftigung – kennzeichnet³⁵⁴. Der Begriff des Arbeitsverhältnisses wird durch die Rechtsprechung des EuGH dahin konkretisiert, dass ein Dienstnehmer während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisungen Leistungen erbringt und als Gegenleistung eine Vergütung erhält³⁵⁵. Darunter fallen auch Teilzeitbeschäftigte, Gelegenheitsarbeiter oder Studenten. Der gemeinschaftsrechtliche Arbeitnehmerbegriff erfasst nach der Judikatur des EuGH aber auch „Beamte“, also so genannte öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse im Rahmen der öffentlichen Verwaltung³⁵⁶. Der gemeinschaftsrechtliche Arbeitnehmerbegriff ist weit auszulegen³⁵⁷. Sein Inhalt hängt daher nicht von der Dienstnehmerdefinition des jeweiligen Mitgliedstaates ab³⁵⁸.

Dieser Auffassung ist mE zu folgen, da eine Überlassung der Interpretation des Dienstnehmerbegriffes an die Mitgliedstaaten dem jeweiligen Mitgliedstaat das Recht einräumen würde, über die innerstaatliche Definition den Anwendungsbereich der Schutzbestimmungen zu steuern. Im Extremfall könnten auf legale Weise ganze Gruppen von Dienstnehmern vom Anwendungsbereich des EGV ausgenommen werden, wie beispielsweise Teilzeitbeschäftigte oder Werkstudenten.

Aber auch im Kontext zu Art 141 EGV ist der Arbeitnehmerbegriff des Art 39 EGV weit auszulegen, da über eine enge restriktive Auslegung verschiedenen verpönten Diskriminierungsfolgen die Türe geöffnet wäre.

³⁵⁴ Scheuer in Lenz/Borchardt, EUV/EGV⁴ (2006) Art 39 Rz 7.

³⁵⁵ Scheuer in Lenz/Borchardt, EUV/EGV⁴ (2006) Art 39 Rz 7 mwN.

³⁵⁶ EuGH 3.7.1986, Rs C-66/85, *Lawrie-Blum*, Slg 1986 2121.

³⁵⁷ Der EuGH hat im Urteil *Lawrie-Blum* (EuGH 3.7.1986, Rs C-66/85, *Lawrie-Blum*, Slg 1986 2121) folgenden Leitsatz geprägt: „Der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne von Art 48 EWG-Vertrag (nunmehr Art 39 EGV) hat eine gemeinschaftsrechtliche Bedeutung. Er ist anhand objektiver Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der betroffenen Person kennzeichnen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass jemand für einen anderen nach dessen Weisungen Leistungen erbringt, die einen gewissen wirtschaftlichen Wert haben und für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Der Bereich, in dem die Leistungen erbracht werden, und die Art des Rechtsverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber sind für die Anwendung des Art 48 EWG-Vertrag unerheblich.“

³⁵⁸ So auch *Schneider/Wunderlich* in *Schwarze*, EU-Kommentar (2000) Art 39 Rz 10ff.

Ist nun der Arbeitnehmerbegriff des Primärrechts weit auszulegen, kann ein sekundärrechtlicher Arbeitnehmerbegriff, wie beispielsweise der der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie, nicht enger auszulegen sein, als der primärrechtliche Arbeitnehmerbegriff. Unter Berücksichtigung des Grundsatzes der primärrechtskonformen Auslegung wird daher im Zweifel der Normhypothese der Vorzug zu geben sein, die diesem Grundsatz am nächsten kommt.

Der Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie 1999/70/EG ist daher gemeinschaftsrechtlich weit auszulegen und hängt nicht von der Arbeitnehmerdefinition des jeweiligen Mitgliedstaates ab. Diese Auffassung hat sich, soweit überblickbar, auch im österreichischen Schrifttum durchgesetzt³⁵⁹.

Der gemeinschaftsrechtliche Arbeitnehmerbegriff umfasst jede Tätigkeit, in der ein Dienstnehmer während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisungen Leistungen erbringt und eine Vergütung dafür erhält³⁶⁰.

3. Der Missbrauchsbeginn des § 5 RL 1999/70/EG

a) Der Maßnahmenkatalog des § 5 RL 1999/70/EG

§ 5 der Rahmenvereinbarung eröffnet den Mitgliedstaaten einen umfangreichen Maßnahmenkatalog. So sind die Mitgliedstaaten aufgerufen, sachliche Gründe zu definieren, die die Verlängerung befristeter Beschäftigungsverhältnisse rechtfertigen³⁶¹, die insgesamt maximal zulässige Dauer solcher Beschäftigungsverhältnisse³⁶² oder die zulässige Zahl der Verlängerung solcher Beschäftigungsverhältnisse³⁶³. Aufgrund des Erfordernisses, lediglich eine³⁶⁴ Maßnahme umzusetzen, ist der Maßnahmenkatalog konsequenter Weise nicht kumulativ, sondern wahlweise umzusetzen. Dabei offenbart sich bereits die erste Schwachstelle der Richtlinie. Einerseits macht es wenig Sinn, eine Wahlmöglichkeit zwischen einer oder mehreren Maßnahmen zuzulassen. Gesetzestechnisch bzw positivrechtlich ist diese Wahlmöglichkeit natürlich zulässig, allerdings wird dadurch einem mitgliedstaatlichen

³⁵⁹ So zB *Löschnigg/Slywa*, Anwendung des VBG auf alle neu eingestellten MitarbeiterInnen der Universität, Unilex 1 – 2/2006, 3ff mwN. AA *Stummer*, Die Richtlinie 1999/70/EG des Rates zu der EGB-UNICE-CEEP Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (2001) 27ff.

³⁶⁰ Vgl dazu auch die Judikaturbeispiele in *Hummer/Vedder*, Europarecht in Fällen⁴ (2005) 535 – 584.

³⁶¹ § 5 Abs 1 lit a RL 1999/70/EG.

³⁶² § 5 Abs 1 lit b RL 1999/70/EG.

³⁶³ § 5 Abs 1 lit c RL 1999/70/EG.

³⁶⁴ „...eine oder mehrere...“

Umsetzungswiderstand Vorschub geleistet. Andererseits stehen die in § 5 Abs 1 lit a bis c angeführten Maßnahmen in keinem Zusammenhang, der eine Kompensation oder Substitution einer Maßnahme durch eine andere Maßnahme ermöglichen würde. Lediglich die Maßnahmen der lit b und der lit c sind insofern wertungskohärent, als sie einerseits die maximal zulässige Dauer von befristeten Dienstverhältnissen und andererseits die (höchst)zulässige Zahl der Verlängerungen befristeter Dienstverhältnisse einfordern. Zwischen diesen beiden Maßnahmen ist eine Substitution der einen durch die andere Maßnahme denkbar, da beide Maßnahmen das gleiche Ziel, nämlich die Höchstbegrenzung eines Zeitraumes, in dem dem Dienstnehmer ein lediglich befristeter Beschäftigungszustand zugemutet werden soll, verfolgen.

Dem gegenüber verfolgt die lit a das Ziel, die Mitgliedstaaten zur Determinierung von sachlichen Rechtfertigungen bei der Verlängerung von befristeten Beschäftigungsverhältnissen anzuhalten.

§ 5 Abs 1 lit a Richtlinie 1999/70/EG verfolgt aus der Sicht ihres klaren Wortlautes ein anderes Ziel als lit b und lit c der Richtlinie bzw der Rahmenvereinbarung. Daher ist es mE nicht konsequent und auch nicht zielführend, lediglich die Umsetzung von nur einer Maßnahme zuzulassen. Die Richtlinienformulierung „...oder mehrere...“ sollte vielleicht diesem Umstand Rechnung tragen, vermag aber das Richtliniendefizit nicht zu kompensieren.

Konsequenter Weise wäre der Europäische Normgeber dazu angehalten gewesen, die Umsetzung von zumindest zwei von drei Maßnahmen anzuordnen.

b) Gleichwertige gesetzliche Maßnahmen

Eine weitere, sozialpolitisch bedenkliche, Einschränkung findet sich in § 5 Abs 1 der Richtlinie bzw Rahmenvereinbarung. Missbrauchsvermeidende Maßnahmen sind nur dann erforderlich, wenn keine gleichwertigen gesetzlichen Maßnahmen zur Missbrauchverhinderung bestehen. Kommt ein Mitgliedstaat zu dem Ergebnis, dass er bereits ausreichende gleichwertige gesetzliche Maßnahmen ergriffen hat, braucht er keine weiteren Maßnahmen mehr umzusetzen, mit Ausnahme der in § 5 Abs 2 der Richtlinie bzw Rahmenvereinbarung geforderten Definitionen zu den Themen „aufeinander folgend“ und „unbefristet“.

Mit dieser Einschränkung entkräftet sich die Rahmenvereinbarung. Wo sonst noch bestimmt der Normadressat selbst darüber, ob und inwieweit er an eine Norm gebunden ist oder nicht.

Der inkonsequente Normtext der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie kann mE sinnvoll nur so ausgelegt werden, dass das konkrete Umsetzungspensum im Bezug auf missbrauchsverhindernde Maßnahmen nicht überwiegend in der Hand der Mitgliedstaaten liegt³⁶⁵.

Es bestehen folgende Möglichkeiten, die Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie richtlinienzieladäquat auszulegen.

ME ist ein Umkehrschluss unzulässig, der den Mitgliedstaat bei Vorhandensein von gleichwertigen gesetzlichen Maßnahmen völlig von der Umsetzung einer oder mehrerer Maßnahmen der lit a bis lit c der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse entbindet. Selbst bei „Vorhandensein“ gleichwertiger gesetzlicher Maßnahmen ist vom Mitgliedstaat immer noch § 5 Abs 2 der Rahmenvereinbarung umzusetzen, der eine Festlegung dahingehend fordert, unter welchen Bedingungen Dienstverträge bzw Beschäftigungsverhältnisse an sich als „aufeinander folgend“ zu betrachten sind und unter welchen Bedingungen Dienstverträge als unbefristete Verträge zu gelten haben. § 5 Abs 2 Richtlinie 1999/70/EG ist jedenfalls umzusetzen, da hier der Einwand des Vorhandenseins gleichwertiger gesetzlicher Maßnahmen keinesfalls greift³⁶⁶.

Die Festlegung der Bedingungen, die in § 5 Abs 2 Richtlinie 1999/70/EG gefordert sind, macht jedoch ohne korrespondierende Bestimmungen der Antimissbrauchsmaßnahmen der lit a bis lit c des § 5 Abs 2 der Rahmenvereinbarung überhaupt keinen Sinn.

§ 5 Abs 2 lit a Richtlinie 1999/70/EG spricht die Frage aus, wie viel Zeit zwischen zwei befristeten Dienstverhältnissen vergehen kann bzw vergehen muss, ohne dass diese noch als aufeinander folgend gelten. Dabei stellt der Richtlinienentwurf nicht nur auf die zeitliche Komponente ab, wenn er von „Bedingungen“ spricht. Auch andere Parameter³⁶⁷ können herangezogen werden, um von als aufeinander folgenden befristeten Dienstverhältnissen zu sprechen.

Hat der nationale Gesetzgeber aber einmal die Frage in Angriff genommen, welche Bedingungen befristete Dienstverhältnisse zu aufeinander folgenden Dienstverhältnissen im Sinne der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie machen, so wird er sich denknotwendig auch mit der Frage auseinander setzen müssen, wie oft solche Dienstverhältnisse höchstens aufeinander folgen sollten (Abs 1 lit c) oder wie lange die höchstzulässige Dauer solcher

³⁶⁵ Vgl auch III.D.

³⁶⁶ Da Ausnahmebestimmungen nach gesicherter Methodenlehre restriktiv zu interpretieren sind, besteht mE kein Anlass, die ohnehin problematische Ausnahmebestimmung der „gleichwertigen gesetzlichen Maßnahme“ auch noch auf den zweiten Absatz des § 5 der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie auszudehnen.

³⁶⁷ Vgl auch III.D.

aneinander gereihter Beschäftigungsverhältnisse sein darf (Abs 1 lit b). Ein isoliertes Erfüllen des § 5 Abs 2 der Rahmenvereinbarung, also unter Außerachtlassung des Abs 1, ist mE nicht möglich und auch von der Zielsetzung der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie sozialpolitisch nicht gedeckt³⁶⁸.

§ 5 der Rahmenvereinbarung ist aufgrund dieser Problemstellungen teleologisch zu reduzieren³⁶⁹. Anknüpfungspunkt ist der zu weit gefasste allgemeine Maßnahmenkompensationstatbestand „...wenn keine gleichwertigen gesetzlichen Maßnahmen zur Missbrauchsverhinderung bestehen...“. Diese zu weit gefasste Anordnung ist auf das eigentlich Gemeinte zu reduzieren. Darunter ist jedenfalls das zu verstehen, was den Kern des Antimissbrauchszieles der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie ausmacht, nämlich die gesetzliche Regulierung und Steuerung von Kettendienstverhältnissen. Unter diesem Aspekt ist der Tatbestand „...wenn keine gleichwertigen gesetzlichen Maßnahmen zur Missbrauchsverhinderung bestehen...“ zu lesen.

Daher stellt sich nun die Frage, welche Maßnahmen aus der Sicht der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie gleichwertig sind. Gleichwertige gesetzliche Maßnahmen liegen mE nur dann vor, wenn sie die Missbrauchsbereiche der lit a bis c des Abs 1 der Rahmenvereinbarung erfassen bzw abdecken. Der Richtlinien text spricht von Missbrauchsverhinderung, nicht jedoch von Missbraucherschwerung oder Ähnlichem. Die Beachtung des genauen Wortlautes der Rahmenvereinbarung der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie ist deshalb so wichtig, da die Judikatur des EuGH zu Fehlschlüssen verleiten könnte.

Gestützt auf Art 6 der alten Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207³⁷⁰ entschied der EuGH in den Urteilen *Von Colson und Kamann*³⁷¹ und *Draehmpaehl*³⁷², dass im Falle einer Einstellungsdiskriminierung Schadenersatz als taugliches Mittel zur Verhinderung bzw

³⁶⁸ Vgl insb Erwägungen 7 u 8 der Rahmenvereinbarung RL 1999/70/EG.

³⁶⁹ Vgl Bydlinski in *Rummel*, ABGB³ (2000) § 7 Rz 7. Die teleologische Reduktion, die auch als verdeckte Lücke bezeichnet wird, besteht im Fehlen einer nach der ratio legis (oder auch „telos“) notwendigen Ausnahme. Im Fall der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie besteht die notwendige Ausnahme darin, den allgemeinen Maßnahmenkompensationstatbestand so zu lesen, dass er mit den Grundwertungen des § 5 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge in Einklang zu bringen ist.

³⁷⁰ RL 76/207/EWG des Rates vom 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zuganges zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl 1976 L 39 S 40, 14.2.1976.

³⁷¹ EuGH 10.4.1984, Rs C-14/83, *Von Colson und Kamann*, Slg 1984 1891.

³⁷² EuGH 22.4.1997, Rs C-180/95, *Draehmpaehl*, Slg 1997 I-2195.

Sanktionierung einer Einstellungsdiskriminierung geeignet sei³⁷³. Der EuGH zitiert im Urteil *Von Colson und Kamann* Art 6 Richtlinie 76/207³⁷⁴ und stellt fest, dass die Richtlinie keine bestimmte Sanktion vorschreibe, sondern die Freiheit der Wahl den Mitgliedstaaten überlasse, welche Lösungsmöglichkeit sie zur Verwirklichung der Zielsetzung der Richtlinie wählen. Konkret judizierte der EuGH, dass Art 6 Richtlinie 76/207 die Mitgliedstaaten zum Erlass von Rechtsvorschriften verpflichte, die notwendig seien, damit jeder, der sich durch eine Diskriminierung für beschwert erachtet, seine Rechte gerichtlich geltend machen könne³⁷⁵. Der Gerichtshof sprach aus, dass von den Mitgliedstaaten hinreichend wirksame Maßnahmen zu ergreifen seien, sodass sich die Betroffenen vor den nationalen Gerichten auch tatsächlich auf diese Maßnahmen berufen können. Diese Maßnahmen könnten, so der EuGH weiter, entweder darin bestehen, dass der Dienstgeber zur Einstellung des diskriminierten Bewerbers verpflichtet werde, oder dass dem diskriminierten Bewerber eine angemessene Entschädigung gewährt werde, wobei diese gegebenenfalls durch eine Bußgeldregelung verstärkt werden könne. Bedeutsam ist die Auslegungshilfe, die der EuGH gibt. Zum einen favorisiert er Maßnahmen, die zur Einstellung des Diskriminierten führen, da er diese Maßnahme ansonsten nicht im ersten Teilsatz des Rechtssatzes eingegliedert hätte. Erst an zweiter Stelle erwähnt der Gerichtshof die Gewährung finanzieller Entschädigung³⁷⁶ durch den Mitgliedstaat. Diese Entschädigung – dieser wichtige Teilaspekt wird leider oft übersehen bzw überlesen - sollte aber mit einer Bußgeldregelung verstärkt werden³⁷⁷. ME ist das EuGH Urteil so zu lesen, dass der EuGH Schadenersatz als Folge einer Einstellungsdiskriminierung akzeptiert bzw toleriert, aber eine Kombination mit einer Verwaltungsstrafe als richtlinienkonform erachtet. Dieser Schadenersatz wird vom EuGH aber auch nur dann als sanktionsadäquat betrachtet, wenn er über einen bloßen symbolischen Betrag hinausgeht und in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden steht³⁷⁸. Die Sanktion muss, um die Ziele der Richtlinie 76/207 zu erreichen, auf potentiell diskriminierende Dienstgeber eine abschreckende Wirkung haben³⁷⁹.

³⁷³ Vgl auch *Fuchs/Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht² (2006) 101ff.

³⁷⁴ Art 6 RL 76/207 lautete ursprünglich: „Die Mitgliedstaaten erlassen die innerstaatlichen Vorschriften, die notwendig sind, damit jeder, der sich wegen Nichtanwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung im Sinne der Art 3, 4 und 5 auf seine Person für beschwert hält, nach etwaiger Befassung anderer Stellen seine Rechte gerichtlich geltend machen kann“.

³⁷⁵ EuGH 10.4.1984, Rs C-14/83, *Von Colson und Kamann*, Slg 1984 1891, Rz 18.

³⁷⁶ Wobei der Gerichtshof eine nationale Regelung, die lediglich den Ersatz des bloßen Vertrauensschadens vorsieht, ablehnt. EuGH 10.4.1984, Rs C-14/83, *Von Colson und Kamann*, Slg 1984 1891, Rz 14.

³⁷⁷ Arg: „...und die gegebenenfalls durch eine Bußgeldregelung verstärkt werden“.

³⁷⁸ EuGH 10.4.1984, Rs C-14/83, *Von Colson und Kamann*, Slg 1984 1891, Leitsatz 2.

³⁷⁹ EuGH 10.4.1984, Rs C-14/83, *Von Colson und Kamann*, Slg 1984 1891, Rz 23. „Sie muss ferner eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber haben“.

Die *Von Colson und Kamann*-Judikatur wurde vom EuGH im Urteil *Dekker*³⁸⁰ weiterentwickelt. Im Urteil *Dekker* hat der EuGH judiziert, dass Schadenersatz im Diskriminierungsfall verschuldensunabhängig zu gewähren ist³⁸¹. Hat sich ein Mitgliedstaat einmal für eine Sanktion entschieden, die sich in den Rahmen einer Regelung über die zivilrechtliche Haftung des Dienstgebers einfügt, so der EuGH, dann müsse jeder Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot für sich genommen ausreichen, um die volle Haftung³⁸² seines Urhebers auszulösen, ohne dass die im nationalen Recht vorgesehenen Rechtfertigungsgründe berücksichtigt werden könnten³⁸³. Das bedeutet im Ergebnis, dass der EuGH von einer verschuldensunabhängigen Erfolgshaftung ausgeht. Diesem Ergebnis ist zuzustimmen, da im Falle des Verschuldens des Dienstgebers als Anspruchsvoraussetzung die Wirksamkeit³⁸⁴ der Richtlinie praktisch nicht mehr gegeben wäre³⁸⁵. Es fällt allerdings auf, dass der EuGH im Urteil *Dekker* die Forderung nach diskriminierungsverhindernden Bußgeldsanktionen nicht mehr aufrechterhält, was insofern überrascht, als die abstrakte Sachverhaltsgrundtendenz mit der des Urteils *Von Colson und Kamann* gleichwertig ist. ME kann der Grund darin gesehen werden, dass die Kernbestrebung des EuGH im Urteil *Dekker* darin lag, die Verschuldensunabhängigkeit eines Schadenersatzanspruches aufgrund einer Diskriminierung in den Vordergrund seiner Rechtsprechung zu stellen, sodass der EuGH auf das Element der Bußgeldsanktion möglicherweise bloß „vergessen“ hat³⁸⁶.

Die nächste dogmatische Weiterentwicklung der Schadenersatzjudikatur des EuGH im Fall einer Einstellungsdiskriminierung erfolgte im Urteil *Draehmpaehl*³⁸⁷. Das Urteil *Draehmpaehl*, das inhaltlich die Judikatur der Urteile *Von Colson und Kamann*³⁸⁸ sowie *Dekker*³⁸⁹ bestätigt, modifiziert die Schadenersatzjudikatur im Falle der Einstellungsdiskriminierung dahingehend, dass nunmehr auch auf die

³⁸⁰ EuGH 8.11.1990, Rs C-177/88, *Dekker*, Slg 1990 I-3941.

³⁸¹ EuGH 8.11.1990, Rs C-177/88, *Dekker*, Slg 1990 I-3941, Rz 19 – 26.

³⁸² Der EuGH fordert im Urteil *Dekker* keine Bußgeldsanktion zusätzlich zum Schadenersatz, was aber mE nicht bedeutet, dass er von der *Von Colson und Kamann*-Judikatur abgewichen ist. Der Bußgeldsanktionsgedanke ist nach wie vor ein Instrument richtlinienadäquater Umsetzung im nationalen Recht.

³⁸³ EuGH 8.11.1990, Rs C-177/88, *Dekker*, Slg 1990 I-3941, Rz 25.

³⁸⁴ EuGH 8.11.1990, Rs C-177/88, *Dekker*, Slg 1990 I-3941, Rz 24.

³⁸⁵ ME ist das Verschulden des Dienstgebers im Diskriminierungsfall meistens zu bejahen, da die objektive Sorgfaltsverletzung, also der Verstoß gegen objektives Recht bzw eine Schutznorm, das Verschulden impliziert, wenn nicht auf der subjektiven Ebene – was nur sehr selten der Fall ist - Rechtfertigungsgründe vorliegen. Zum Verschuldensbegriff im ABGB vgl statt vieler *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹² II (2001) 299f.

³⁸⁶ Dieses Argument wird dadurch unterstrichen, dass der EuGH im Urteil *Dekker* auf die Rz 23 des Urteils *Von Colson und Kamann* verweist, die die abschreckende Wirkung der Sanktion gegenüber dem Dienstgeber betont.

³⁸⁷ EuGH 22.4.1997, Rs C-180/95, *Draehmpaehl*, Slg 1997 I-2195.

³⁸⁸ EuGH 22.4.1997, Rs C-180/95, *Draehmpaehl*, Slg 1997 I-2195, Rz 27.

³⁸⁹ EuGH 22.4.1997, Rs C-180/95, *Draehmpaehl*, Slg 1997 I-2195, Rz 17 u 18.

„Diskriminierungsqualität“ abgestellt wird. Das vorlegende Gericht wollte im Urteil *Draehmpaehl* nämlich wissen, ob bzw unter welchen Voraussetzungen ein Schadenersatzanspruch von drei Monatsgehältern der Richtlinie 76/207 entspricht und ob eine absolute Höchstgrenze von sechs Monatsgehältern – kumulativ für alle Anspruchsberechtigten jedoch – der Richtlinie 76/207 entspricht. Dabei unterschied das vorlegende Gericht einerseits den Fall, dass der diskriminierte Bewerber wegen der besseren Qualifikation des eingestellten Bewerbers die Position auch bei diskriminierungsfreier Auswahl nicht erhalten hätte bzw andererseits den Fall, dass der diskriminierte Bewerber die Position bei diskriminierungsfreier Auswahl erhalten hätte. Der EuGH judizierte dahingehend, dass er vorweg die Verschuldensunabhängigkeit eines Schadenersatzanspruches wegen Diskriminierung verneinte³⁹⁰ und die Schadenersatzhöhe selbst in einem Bereich wissen will, der einerseits in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehe und andererseits einen tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutz fordert, der auch eine abschreckende Wirkung auf potentielle bzw aktuelle diskriminierende Dienstgeber habe³⁹¹.

Zur Frage, ob drei Monatsgehälter als Schadenersatzanspruch richtlinienkonform seien, antwortete der Gerichtshof, dass drei Monatsgehälter dann richtlinienkonform seien, wenn der diskriminierte Bewerber die Position wegen der besseren Qualifikation des eingestellten Bewerbers³⁹² auch bei diskriminierungsfreier Auswahl nicht erhalten hätte, in dem Fall aber, dass der diskriminierte Bewerber die Position bei diskriminierungsfreier Auswahl erhalten hätte, jedenfalls nicht richtlinienkonform seien³⁹³. Hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit einer kumulativen Höchstgrenze von sechs Monatsgehältern im Diskriminierungsfall von mehreren Anspruchsberechtigten sprach der EuGH aus, dass eine solche Regelung nicht der sozialpolitischen Zielsetzung der Richtlinie 76/207 entspricht, da eine solche Regelung kein wirksamer Rechtsschutz sei und auch keine abschreckende Wirkung gegenüber dem Dienstgeber habe³⁹⁴.

Diese drei Judikate zeigen, dass der EuGH für Fälle der Einstellungsdiskriminierung einerseits Schadenersatzansprüche als adäquates und zulässiges Sanktionsinstrument zulässt und für richtlinienkonform – allerdings hinsichtlich der Richtlinie 76/207 – befindet, diese Judikatur jedoch, wie gezeigt, im Rahmen subtiler Verästelungen und Fallkonstellationen

³⁹⁰ EuGH 22.4.1997, Rs C-180/95, *Draehmpaehl*, Slg 1997 I-2195, Rz 21.

³⁹¹ EuGH 22.4.1997, Rs C-180/95, *Draehmpaehl*, Slg 1997 I-2195, Rz 25.

³⁹² Die Beweislast dafür obliegt dem Dienstgeber.

³⁹³ EuGH 22.4.1997, Rs C-180/95, *Draehmpaehl*, Slg 1997 I-2195, Rz 37.

³⁹⁴ EuGH 22.4.1997, Rs C-180/95, *Draehmpaehl*, Slg 1997 I-2195, Rz 40, 41 u 43.

verfeinert und dadurch erst das sozialpolitische Ziel der Richtlinie klärt. Im Rahmen einer Novellierung der Richtlinie 76/207³⁹⁵ fand das Prinzip des Schadenersatzes ausdrücklichen Eingang in den Richtlinien text. Art 8d Abs 2 der „neuen“ Gleichbehandlungsrichtlinie normiert, dass Sanktionen, die auch Schadenersatzleistungen an die Opfer umfassen können, wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen³⁹⁶. Damit findet der Tatbestand „Schadenersatzleistung“ erstmalig Eingang in eine europäische Antidiskriminierungsrichtlinie. Die Erwägungen zur Änderungsrichtlinie zur Gleichbehandlungsrichtlinie nehmen Bezug auf die Schadenersatzjudikatur des EuGH. Offenbar teilte der Europäische Gesetzgeber die Judikaturlinie und hat durch die legislative Implementierung des Schadenersatzprinzips dieses als wirksame Maßnahme im Kampf gegen Diskriminierung anerkannt³⁹⁷.

Die Möglichkeit, diskriminierendes Verhalten des Dienstgebers – auch – mit Schadenersatzsanktionen zu belegen bzw hintanzuhalten, wählte der Europäische Normgeber aber nicht nur im Rahmen der Änderungsrichtlinie zur Gleichbehandlungsrichtlinie, sondern auch im Rahmen der Antirassismusrichtlinie³⁹⁸ und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie³⁹⁹. So normiert die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie einerseits, dass die Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssten, andererseits, dass diese Sanktionen auch Schadenersatzansprüche an die Opfer umfassen können⁴⁰⁰. Eine gleichlautende Bestimmung findet sich auch in der Antirassismusrichtlinie⁴⁰¹. Wiederum stellt sich die Frage, ob sich der europäische Gesetzgeber tatsächlich für eine Sanktionierung alleine durch Schadenersatzprinzipien entschieden hat, oder ob Schadenersatz nicht lediglich ein letztes pragmatisches Instrument sein soll, damit die Richtlinien nicht im Leeren verlaufen.

³⁹⁵ RL 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.9.2002 zur Änderung der RL 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zuganges zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ÄnderungsRL zur GleichbehandlungsRL. Die Umsetzungsfrist endete am 5.10.2005.

³⁹⁶ ABl 2002 L 269 S 15, 15.10.2002.

³⁹⁷ RL 2002/73/EG, Erw 18. Allerdings scheint bei der Zitation im Amtsblatt ein Fehler unterlaufen sein, da das Urteil *Marshall* mit einem fehlerhaften Ordnungsbegriff (C-271/95 statt richtig C-152/84) versehen wurde und darüber hinaus die vertikale Anwendbarkeit von RL zum Thema hat und nicht Fragen des Schadenersatzes im Diskriminierungsfall.

³⁹⁸ RL 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl 2000 L 180 S 22, 19.7.2000.

³⁹⁹ RL 2000/43/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl 2000 L 303 S 16, 2.12.2000.

⁴⁰⁰ Art 17 2. Satz RL 2000/78/EG.

⁴⁰¹ Art 15 2. Satz RL 2000/43/EG.

Aus der Sicht der Wortinterpretation sind diese Richtlinienartikel aufgrund ihres klaren Wortlautes mE so zu lesen, dass ein Schadenersatzanspruch als Sanktion nicht das bevorzugte Mittel ist. Leider lassen die Sanktionierungsbestimmungen der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie und der Antirassismusrichtlinie keine aktiv bzw positiv formulierte Auslegung zu, da sie nur von Sanktionen als Abstraktum sprechen, die zwar wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen, aber auch Schadenersatzleistungen umfassen können. Das bedeutet, dass der Sanktionenkatalog ein umfassender und abschreckender zu sein hat, der durch Schadenersatzansprüche an die Opfer allerdings nur ergänzt wird. Keinesfalls aber steht Schadenersatz als zentrale Sanktion im Mittelpunkt des gesetzgeberischen Auftrages des europäischen Rates. Eine solche Auslegung der Sanktionsnormen ist auch deshalb nicht zielführend, da es nicht sehr wahrscheinlich ist, dass Schadenersatzfolgen wirklich abschreckende Wirkung haben, die Diskriminierungen deshalb „unattraktiv“ machen, da sie für potentiell bzw aktuell diskriminierende Dienstgeber nicht mehr leistbar sind.

Angesichts dieses Problembewusstseins wurden im europäischen sozialpolitischen Diskurs auch andere Sanktionen debattiert. Im belgischen Entwurf zu einem Antidiskriminierungsgesetz wurden beispielsweise Wiedereinstellungsansprüche sowie der Ersatz eines zwischenzeitlichen Lohnausfalles vorgeschlagen⁴⁰².

Auch im österreichischen rechtswissenschaftlichen Diskurs wird im Schrifttum hinsichtlich des Ziels des Abbaus von Diskriminierungen einerseits und der Privatautonomie andererseits ein differenzierterer Zugang gefordert⁴⁰³. So gesehen steht auch das österreichische Gleichbehandlungsgesetz auf dem Prüfstand der Europarechtskonformität⁴⁰⁴.

Ein Schadenersatzanspruch ist jedoch kein zwingendes, vom europäischen Normgeber bevorzugtes Instrument. Diese Auslegung gibt der Richtlinien text selbst vor, der die Möglichkeit von Schadenersatzansprüchen im Relativsatz einfügt und diese Sanktionsmöglichkeit darüber hinaus mit dem Pronomen „auch“ determiniert. Das bedeutet, dass Schadenersatz als Diskriminierungssanktionierung eine Möglichkeit von vielen ist, Diskriminierungen zu ahnden und aktiv zu verhindern. Ob Schadenersatzsanktionen auch ein geeignetes Mittel sind, Diskriminierungen aktiv zu verhindern und ein gesamtgesellschaftliches Umdenken zu erzielen, muss allerdings bezweifelt werden.

⁴⁰² Stalder, Spannungsfelder und Perspektiven der Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien, JPR 2002, 227.

⁴⁰³ So zB Winkler, Die neuen Gleichbehandlungsregelungen, ZAS 2004, 10.

⁴⁰⁴ Vgl zB §§ 10 u 12 GIBG. § 10 GIBG beinhaltet eine Verwaltungsstrafbestimmung und könnte die Bußgeldsanktion der *Von Colson und Kamann*-Judikatur erfüllen, § 12 GIBG normiert Schadenersatzansprüche.

Dieselben Bedenken gelten grundsätzlich auch für die Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie. Erschwerend zulasten von unzureichend reflektierten Schadenersatzlösungen kommt noch die Tatsache hinzu, dass § 5 der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie „nur“ von gleichwertigen gesetzlichen Maßnahmen spricht, aber Schadenersatzlösungen nicht ausdrücklich erwähnt. Daher ist der Missbrauchstatbestand der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie im europäischen Kontext äußerst behutsam auszulegen. Gewissermaßen kann aus dem Umstand, dass die Antidiskriminierungsrichtlinien zumindest seit Inkrafttreten der Antirassismusrichtlinie im Jahr 2000 Schadenersatz als Sanktionsprinzip ausdrücklich vorsehen, abgeleitet werden, dass die dieses Sanktionsprinzip nicht beinhaltende Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie Schadenersatz als Antimissbrauchsmaßnahme auch nicht vorsieht. Das ist vom europäischen Gesetzgeber wohl auch so beabsichtigt. Schadenersatzsanktionen stehen den sozialpolitischen Zielen der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie mE diametral entgegen, da der diskriminierende Dienstgeber in vollem Bewusstsein seines diskriminierenden Verhaltens die Schadenersatzsanktion als „geringeres Übel“ in Kauf nimmt, wohingegen das Abschließen eines unbefristeten Dienstverhältnisses mit relativ geringem – finanziellen – Aufwand vermieden wird. Es bedarf keiner näheren Erläuterung, dass Schadenersatz als missbrauchsverhindernde Primärsanktion nicht das Ziel der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie sein kann⁴⁰⁵. Möglicherweise können Schadenersatzsanktionen jedoch als lediglich flankierende Maßnahmen in Betracht kommen.

Als Zwischenbefund kann daher festgestellt werden, dass § 5 der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie so auszulegen ist, dass nationale Bestimmungen, die primär Schadenersatz als gleichwertige gesetzliche Maßnahme zur Verhinderung von Missbrauch durch befristete Dienstverhältnisse vorsehen, nicht von der Richtlinie gedeckt und daher nicht zulässig sind.

Damit ist aber die Frage, was gleichwertige Maßnahmen sein könnten, noch nicht beantwortet. Die erfolgte negative Abgrenzung muss nun durch den Versuch einer positiven, aktiven Abgrenzung ergänzt werden. Dabei muss vorausgeschickt werden, dass dieses Unterfangen äußerst schwierig ist, da nicht wirklich vorstellbar ist, was sich der europäische

⁴⁰⁵ Auch deshalb nicht, da exorbitant hohe, also wirklich abschreckende Schadenersatzsummen mE politisch nicht durchsetzbar sind.

Gesetzgeber unter „gleichwertigen gesetzlichen Maßnahmen“ vorgestellt hat bzw was diese gleichwertigen gesetzlichen Maßnahmen in der Praxis sein könnten.

Soweit überblickbar, wurde im österreichischen Schrifttum diese konkrete Frage noch nicht behandelt. Vereinzelt wird – beispielsweise in Gesetzesmaterialien⁴⁰⁶ - die Meinung „vertreten“, § 879 ABGB sei als gleichwertige gesetzliche Maßnahme zu betrachten. Das ist allerdings, wie noch gezeigt werden wird, sehr problematisch, da § 879 ABGB nur ein allgemeines Sittenwidrigkeitskorrektiv ist, das erst durch richterliche Auslegung seine wahre normative Gestalt erhält.

Beispiele de lege ferenda müssten mE alle drei Antimissbrauchsmaßnahmen der lit a – c des § 5 der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie erfassen. Eine Gleichwertigkeitskompensation nur einer Maßnahme der lit a – c kommt mE nicht zum Tragen, da auch für den umgekehrten Fall – also dem Fall, dass bereits gleichwertige gesetzliche Maßnahmen bestehen – die Umsetzung von zumindest einer Maßnahme als notwendig erachtet wurde. Das bedeutet, dass in dem Fall, in dem „nur“ gleichwertige Maßnahmen vom Gesetzgeber gewünscht werden, diese alle drei „eentlichen“ Richtlinienmaßnahmen zu erfüllen haben. Natürlich darf eine Maßnahmenkompensation durch gleichwertige Maßnahmen nicht in ein mathematisches Modell ausarten, selbst wenn es aus rein logischer Sicht denkmöglich ist, alle möglichen Verknüpfungen mathematisch darzustellen, da das Erreichen des sozialpolitischen Richtlinienziels im Vordergrund steht.

Die nachfolgenden Beispiele zeigen mögliche gleichwertige Maßnahmen auf, die natürlich im Falle einer Umsetzung durch den österreichischen Gesetzgeber einer richtlinienadäquaten Präzisierung bedürfen. Sie sollen daher nur als richtungsweisende Beispiele verstanden werden.

Wenn man davon ausgeht, dass eine Kompensation durch eine gleichwertige gesetzliche Maßnahme alle drei Primärmaßnahmen der lit a – c erfüllen soll, so könnte dem Dienstnehmerschutz beispielsweise dadurch Genüge getan werden, indem man den Kündigungsschutz des Arbeitsverfassungsgesetzes auch auf Fälle ausdehnt, in denen ein Dienstverhältnis ohne Kündigung durch Endtermin endet. Besteht für den befristet beschäftigten Dienstnehmer im Falle der Nichtverlängerung seines Beschäftigungsverhältnisses die Möglichkeit einer gerichtlichen Kontrolle der

⁴⁰⁶ So zB die Mat zum Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, ErläutRV 951 BlgNR 21.GP, 5.

Sozialwidrigkeit, wäre die Kettenvertragsproblematik zumindest von ihren Auswirkungen auf den Dienstnehmer entschärft. Der konkrete Normtext könnte mE so ausgestaltet sein, dass das Gericht die Frage zu prüfen hat, ob der Dienstnehmer auch in dem Fall zu keiner Verlängerung verpflichtet ist, wenn er die Position zwar weiterhin benötigt, aber grundlos einen anderen Arbeitsuchenden einstellen will.

Im Sozialrecht kämen Erleichterungen bzw Begünstigungen im Falle des Bezuges von Arbeitslosengeld in Betracht. Beispielsweise könnten Saisonaldienstnehmer in den Genuss längerer Arbeitslosengeldbezüge kommen, insbesondere dann, wenn sie über Wiedereinstellungszusagen verfügen.

Aber auch höhere Beiträge im Rahmen der betrieblichen Mitarbeitervorsorge könnten unter Umständen den Primärmaßnahmenkatalog der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie kompensieren. Bei befristeten Beschäftigungsverhältnissen müsste mE die Wartefrist von einem Monat jedenfalls wegfallen⁴⁰⁷.

Denkmöglich – und vom Richtlinientext gedeckt – wäre auch eine Differenzierung hinsichtlich der Unternehmensart, der Unternehmensgröße und des Unternehmensalters. Wenn die Erwägungen zur Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge die Gründung von kleineren und mittleren Unternehmen fördert, so könnten Befristungserleichterungen im Rahmen der nationalen Umsetzung der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie durchaus gedeckt sein⁴⁰⁸.

Schadenersatzmaßnahmen aufgrund der besprochenen Judikaturlinie kommen als flankierende Maßnahmen in Betracht.

Bei all diesen Beispielen kommt es letztendlich de lege ferenda darauf an, dass der Gesetzgeber das Ziel vor Augen haben muss, wirklich kompensierend, also im sozialpolitischen Ziel der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie tätig zu sein, und nicht lediglich durch Alibigesetzgebung den Anschein der Umsetzung der Richtlinie zu erwecken.

⁴⁰⁷ Vgl § 6 Abs 1 BMSVG idF BGBl I 2007/102.

⁴⁰⁸ Vgl Erw 11 RL 1999/70/EG. Beachtenswert ist der Text der Erw 11, der ua fordert, rechtliche Zwänge zu vermeiden, die die Gründung und Entwicklung von kleineren und mittleren Unternehmen behindern.

Dennoch hat mE die gleichwertige gesetzliche Maßnahme gegenüber den Primärmaßnahmen der lit a – c der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie nur Sekundärcharakter.

C. Umsetzungsstand im österreichischen Recht

1. Allgemeines

Art 2 der Richtlinie 1999/70/EG forderte die Mitgliedstaaten auf, bis spätestens 10.7.2001 die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft zu setzen. Unzweifelhaft liegt dieser Termin in der Vergangenheit. Die Richtlinie bzw Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge gewichtet nicht die Bedeutung einzelner Bestimmungen, es sind alle gleich wichtig und wären daher auch zum angegebenen Zeitpunkt umzusetzen gewesen. Dennoch folgt aus der Präambel und den allgemeinen Erwägungen der Schluss, dass § 5, der den Titel „Maßnahmen zur Vermeidung von Missbrauch“ trägt, besondere Bedeutung zukommt. Der normative Inhalt des § 5 der Richtlinie bzw Rahmenvereinbarung ist die Kernnorm, deren Umsetzung vorrangige Bedeutung hat, derentwillen die Rahmenvereinbarung überhaupt ins Leben gerufen worden ist.

§ 5 fordert zu allererst, dass Maßnahmen zu ergreifen sind, um Missbrauch durch aufeinander folgende befristete Arbeitsverträge oder Arbeitsverhältnisse zu vermeiden. Die Rahmenvereinbarung sagt nicht, was sie unter Missbrauch versteht. Daher ist davon auszugehen, dass die Schöpfer des Textes von idealtypischen Missbrauchskonstellationen ausgegangen sind, die ihren Regulierungsbedarf darin finden, dass durch sachgrundlose Befristung von Beschäftigungsverhältnissen Dienstnehmeransprüche verringert bzw sogar völlig ausgeschaltet werden. Zu denken ist in erster Linie an zeitabhängige Ansprüche, zwingende Bestimmungen über die Beendigung von Beschäftigungsverhältnissen und zwingende Kündigungsschutzbestimmungen.

2. Umsetzung durch Gesetzesrecht

Auf einfachgesetzlicher Ebene erfolgte eine Umsetzung der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie bislang in einem nur sehr eingeschränkten Ausmaß. Der Auftrag an die Mitgliedstaaten wurde nur in einigen wenigen Gesetzen, und auch dort überwiegend unzureichend, „erfüllt“. Zu diesen wenigen Gesetzen zählen einerseits das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz⁴⁰⁹, andererseits das AZG⁴¹⁰ und das UG 2002⁴¹¹. Aber auch im Landarbeitsgesetz 1984⁴¹² und im Vertragsbedienstetengesetz 1948⁴¹³, sowie in einigen Landesgesetzen⁴¹⁴ finden sich vereinzelt Spuren der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie.

Verschiedene Umsetzungsbestrebungen verliefen jedoch ohne konkretes Ergebnis und blieben im Stadium eines Entschließungsantrages stecken⁴¹⁵. Ein Entschließungsantrag vom Februar 2002 war genau umrissen und forderte den Nationalrat auf, die Bundesregierung, insbesondere den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit aufzufordern, einen Gesetzesvorschlag zur innerstaatlichen Umsetzung des § 5 der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie vorzulegen. Der eingeforderte Gesetzesvorschlag sollte insbesondere ein Verbot von Kettenverträgen in allen Arbeits- und Dienstverhältnissen vorsehen und die Begriffe des § 5 der Richtlinie enthalten. Aus dem Text des Entschließungsantrages ist abzuleiten, dass die Abgeordneten keine bloß kosmetischen Korrekturen in einzelnen arbeitsrechtlichen Spezialnormen bzw Sondergesetzen anstrebten, sondern für eine umfassende Regelung im Sinne eines einheitlichen „Arbeitsvertragsbefristungsgesetzes“ plädierten⁴¹⁶.

Es ist zu unterscheiden, ob die Umsetzung aus Anlass der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie erfolgt, oder die entsprechende Norm aus anderen Gründen schon früher Eingang in den Rechtsbestand gefunden hat. Ein Beispiel für eine nicht

⁴⁰⁹ § 2b AVRAG idF BGBl I 2002/52.

⁴¹⁰ § 19d Abs 6 AZG idF BGBl I 1997/46.

⁴¹¹ § 109 UG 2002.

⁴¹² § 9a LAG 1984 idF 2004/160.

⁴¹³ ZB § 4a VBG 1948, vgl auch ErläutRV 283 BlgNR 22. GP

⁴¹⁴ ZB § 9a Wiener Landarbeitsordnung 1990 idF LGBI 2006/11; § 7 Abs 3a Kärntner Landesvertragsbedienstetengesetz K-LVBG idF EG-Dienstrechtsanpassungsgesetz LGBI 2004/45.

⁴¹⁵ So zB der Entschließungsantrag verschiedener Abgeordneter betreffend die vollständige Umsetzung der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie im Rahmen der 94. Sitzung des Nationalrates am 27.2.2002, 21. GP in: <http://www.parlinkom.gv.at>.

⁴¹⁶ Vgl dazu für Deutschland das Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (TzBfG) v 21.12.2000 (BGBl I S 1966) zuletzt geändert durch Art 1 des Gesetzes vom 19.7.2007 (BGBl I S 538).

richtlinienkausale Umsetzung ist § 19d Abs 6 AZG, der schon vor der Kundmachung der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie im Amtsblatt geltendes Bundesrecht war.

Jedenfalls richtlinienkausal, also im Bestreben, die Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie umzusetzen, war die Genese zu § 2b AVRAG, der wohl als zentrale, nicht jedoch vollständige Umsetzungsbemühung des privaten Arbeitsvertragsrechts gesehen werden muss. § 2b Abs 1 AVRAG setzt zwar § 4 der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie korrekt um, der den Grundsatz der Nichtdiskriminierung fokussiert, nicht jedoch den mE wichtigeren § 5, der die eigentliche Antimissbrauchsnorm ist.

§ 2b Abs 2 AVRAG setzt § 6 Abs 1 der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie um, der Informationspflichten des Dienstgebers über freiwerdende Stellen im Betrieb, damit befristet beschäftigte Dienstnehmer die gleichen Chancen auf einen sicheren, unbefristeten Arbeitsplatz haben, normiert.

Warum das AVRAG § 5 der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie nicht umsetzt, beantworten die Materialien. Diese stellen vorweg fest, dass die österreichische Rechtslage die Richtlinie 1999/70/EG nicht zur Gänze erfülle⁴¹⁷. Die Umsetzung der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie wird aber dennoch als Ziel der Regierungsvorlage angeführt. In den eigentlichen Erläuterungen werden im allgemeinen Teil die Hauptgesichtspunkte des Entwurfes dargelegt. Ziel des Entwurfes sei auch die Schaffung eines Rahmens, um Missbrauch durch aufeinander folgende befristete Dienstverhältnisse zu verhindern⁴¹⁸. Umso verwunderlicher sind daher die weiteren Ausführungen der Regierungsvorlage, die einerseits § 879 ABGB und andererseits die darauf basierende Rechtsprechung des OGH zu Kettendienstverhältnissen als gleichwertige gesetzliche Maßnahme erachten. Eine bloße „Umsetzung“ durch bestehende Judikatur oder Verwaltungsbrauch ist aber, wie schon gezeigt, aus der Sicht des EuGH unzureichend⁴¹⁹. Die Gründe für eine sachliche Rechtfertigung, so die Materialien weiter, könnten nur sehr schwer generalisiert und typisiert werden, die Beurteilung hänge vom Einzelfall ab⁴²⁰. Kritik an dieser falschen Sichtweise wurde im Schrifttum bereits hinreichend geübt⁴²¹. Der Gesetzgeber

⁴¹⁷ ErläutRV 951 BlgNR 21. GP, 3. ME „kühn“ ist die Textpassage „...nicht zur Gänze erfüllt...“.

⁴¹⁸ ErläutRV 951 BlgNR 21. GP, 4.

⁴¹⁹ Vgl dazu IV.A.

⁴²⁰ ErläutRV 951 BlgNR 21. GP, 5. Man beachte auch hier den genauen Wortlaut der Materialien: „...und die darauf basierende ständige Rechtsprechung des OGH *erscheint* als eine...gleichwertige...Maßnahme...“.

⁴²¹ So zB Laback, Die Umsetzung der RL 1999/70/EG über befristete Arbeitsverhältnisse in Österreich, *juridicum* 2003, 86; aber auch Jöst/Risak, Aktuelle Neuerungen im Arbeitsrecht, ZAS 2002, 97.

hat sich aber nicht beirren lassen und § 2b AVRAG in der Fassung der Regierungsvorlage Gesetz werden lassen. Der Gesetzgeber hat das Ziel, die Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie durch bzw lediglich durch § 2b AVRAG umzusetzen, nicht erfüllt.

Umsetzungsmaßnahmen erfolgten auch im Bereich des Vertragsbedienstetengesetzes⁴²². Die §§ 4 Abs 6 u 7 VBG 1948 lauten wortgleich wie § 2b AVRAG⁴²³. Andere, richtlinienadäquatere Bestimmungen fanden sich schon vor der „Umsetzung“ der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie im VBG 1948, wie beispielsweise Bestimmungen über Kettenverträge⁴²⁴ oder sachliche Rechtfertigungen⁴²⁵.

Eine weitgehend richtlinienkonforme Umsetzung fand in § 109 UG 2002 statt⁴²⁶. Diese Bestimmung, auf die noch im Detail einzugehen sein wird, regelt zumindest die Höchstdauer von aufeinander folgenden befristeten Beschäftigungsverhältnissen.

Aus europarechtlicher Sicht und aus der sozialpolitischen Perspektive der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie wäre de lege ferenda eine einheitliche, auf alle abhängigen, unselbständigen Beschäftigungsverhältnisse anzuwendende Regelung wünschenswert. Ob nun das AVRAG als geeignetes Umsetzungsforum vom Gesetzgeber gewählt wird, oder überhaupt eine Umsetzung im Rahmen einer Neukodifikation des gesamten Arbeitsrechts⁴²⁷ angestrebt wird, ist letztendlich der Disposition des Gesetzgebers überlassen.

⁴²² Bundesgesetz, mit dem das Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979, das Gehaltsgesetz 1956, das Vertragsbedienstetengesetz 1948, das Richterdienstgesetz, das Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz 1984, das Land- und forstwirtschaftliche Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz 1985, das Pensionsgesetz 1965, das Bundestheaterpensionsgesetz, das Bundesbahn-Pensionsgesetz, das Teilpensionsgesetz, das Bundesbediensteten-Sozialplangesetz, das Land- und Forstarbeiter-Dienstrechtsgesetz, das Bundes-Personalvertretungsgesetz, das Ausschreibungsgesetz 1989, das Wachebediensteten-Hilfeleistungsgesetz, das Auslandszulagen- und -hilfeleistungsgesetz, das Mutterschutzgesetz, das Väter-Karenzgesetz, die Reisegebührenvorschrift, das Einsatzzulagengesetz, das Unterrichtspraktikumsgesetz, das Universitäts-Abgeltungsgesetz und das Akademie der Wissenschaften-Gesetz geändert werden sowie das Militärberufsförderungsgesetz 2004 geschaffen wird (2. Dienstrechts-Novelle 2003) BGBl I 2003/130. Vgl insb §§ 4, 4a VBG 1948 idF der 2. Dienstrechtsnovelle.

⁴²³ Vgl auch die Mat ErläutRV 283 BlgNR 22.GP.

⁴²⁴ § 4 Abs 4 VBG 1948.

⁴²⁵ § 4a Abs 2 VBG 1948.

⁴²⁶ § 109 Abs 1 u 2 UG 2002 lauten: „...Arbeitsverhältnisse können auf unbestimmte oder bestimmte Zeit abgeschlossen werden. Arbeitsverhältnisse auf bestimmte Zeit sind bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit des Arbeitsvertrags auf höchstens sechs Jahre zu befristen, sofern in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist. Eine mehrmalige unmittelbar aufeinanderfolgende Befristung ist nur bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die im Rahmen von Drittmittelprojekten oder Forschungsprojekten beschäftigt werden, bei ausschließlich in der Lehre verwendetem Personal sowie bei Ersatzkräften zulässig. Die Gesamtdauer solcher unmittelbar aufeinanderfolgender Arbeitsverhältnisse einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers darf sechs Jahre, im Fall der Teilzeitbeschäftigung acht Jahre nicht überschreiten...“.

⁴²⁷ Vgl dazu die Hinweise in *Risak*, Regierungsziel: Arbeitsrechtskodifikation, ZAS 2007/8.

Als Zwischenbefund muss festgestellt werden, dass aus der Sicht der hier vertretenen Auslegung der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie eine korrekte, vollständige Umsetzung bislang noch nicht erfolgt ist.

3. Umsetzung durch Kollektivverträge

Wie in den vorangehenden Kapiteln schon ausführlich besprochen, liegt eine effizienz- und rechtsschutzorientierte Umsetzung einer Richtlinie nur dann vor, wenn sie als durchsetzbares materielles Recht, das gehörig kundgemacht und gerichtlich durchsetzbar ist, erfolgt ist. Daher stellt sich die Frage, ob der österreichische Gesetzgeber Richtlinien im Allgemeinen und die gegenständliche Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie im Besonderen auch auf dem Wege der kollektiven Rechtsgestaltung vornehmen kann.

Man könnte geneigt sein, die Frage a priori zu bejahen, da der normative Teil eines Kollektivvertrages Recht im materiellen Sinn beinhaltet, das als Anspruchsgrundlage auch vor den ordentlichen Gerichten durchsetzbar ist. So gesehen wäre die Judikatur des EuGH erfüllt, der eine ordnungsgemäße Umsetzung von Richtlinien nur dann gewahrt sieht, wenn diese in Gesetze einfließen, die von jedermann vor Gerichten und natürlich auch vor Behörden durchsetzbar sind.

Bei genauer Betrachtungsweise, die einen nicht nur oberflächlichen Blick auf das österreichische Kollektivvertragswesen erfordert, scheint diese Antwort jedoch nur mehr bedingt zuzutreffen. Art 2 der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie forderte von den Mitgliedstaaten nicht nur die Umsetzung der Rahmenvereinbarung bis spätestens 10.7.2001 sondern ermöglicht die Umsetzung der Rahmenvereinbarung auch durch die Sozialpartner⁴²⁸. Die primärrechtliche Grundlage für diese Delegation findet sich im EGV⁴²⁹. Der Gemeinschaftsvertrag bestimmt, dass ein Mitgliedstaat die Durchführung von angenommenen

⁴²⁸ Vgl Art 2 RL 1999/707EG:“..., oder vergewissern sich spätestens zu diesem Zeitpunkt, dass die Sozialpartner im Wege einer Vereinbarung die erforderlichen Vorkehrungen getroffen haben; dabei haben die Mitgliedstaaten alle notwendigen Maßnahmen zu treffen, um jederzeit gewährleisten zu können, dass die durch die Richtlinie vorgeschriebenen Ergebnisse erzielt werden. Sie setzen die Kommission unverzüglich davon in Kenntnis.“

⁴²⁹ Art 137 Abs 3 EGV.

Richtlinien an die Sozialpartner⁴³⁰ übertragen kann, wenn diese es gemeinsam beantragen. Mit dieser Bestimmung im Gemeinschaftsvertrag soll der Bedeutung der Sozialpartner Rechnung getragen werden. Voraussetzung sei allerdings, dass die „Verträge“⁴³¹ flächendeckend gelten⁴³². Bei der Durchführung durch die Sozialpartner müsse die Richtlinie für alle Dienstnehmer umgesetzt werden⁴³³. Erforderlich sei ferner die ausreichende Repräsentativität, was bedeute, dass die jeweilige Organisation ihre Klientel ausreichend vertrete⁴³⁴.

Dass die Problematik von Bedeutung ist, zeigen diverse kritische wissenschaftliche Beiträge im Schrifttum⁴³⁵ und verschiedene Dokumente der Europäischen Kommission⁴³⁶. Im älteren Schrifttum äußerte sich *Rebhahn* skeptisch zur Frage, ob EU-Sekundärrecht durch Kollektivverträge umgesetzt werden kann⁴³⁷. Tatsache ist jedoch, dass der österreichische Gesetzgeber EU-Sekundärrecht auf Kollektivvertragsebene umsetzt⁴³⁸. Ob dies immer bewusst geschieht, muss mE verneint werden.

Aber auch der Europäischen Kommission ist ein ausgeprägtes Problembewusstsein zu attestieren. In der Mitteilung vom 25.7.2003 zur Durchführung der Richtlinie 96/71/EG hält die Europäische Kommission fest, dass die Umsetzung einer Richtlinie zwar nicht notwendig ein Tätigwerden des nationalen Gesetzgebers verlange, jedoch sei es unerlässlich, dass das fragliche nationale Recht die vollständige Anwendung der Richtlinie durch die nationalen Behörden gewährleiste, dass die sich aus diesem Recht ergebende Rechtslage hinreichend

⁴³⁰ Zum europäischen Sozialpartnerbegriff vgl insb *Rebhahn* in *Schwarze*, EU-Kommentar (2000) Art 138 Rz 47ff.

⁴³¹ Art 137 Abs 4 EGV meint unter „Verträge“ das jeweils innerstaatliche Rechtsinstitut zur Gestaltung kollektiver Rechtsetzung mit normativer Wirkung im Sinne materiellen Rechts.

⁴³² *Coen* in *Lenz/Borchardt*, EUV/EGV⁴ (2006) Art 137 Rz 42.

⁴³³ *Rebhahn* in *Schwarze*, EU-Kommentar (2000) Art 137 Rz 9ff.

⁴³⁴ *Rebhahn* in *Schwarze*, EU-Kommentar (2000) Art 138 Rz 12.

⁴³⁵ So zB *Rebhahn*, Entsendung von Arbeitnehmern in der EU – arbeitsrechtliche Fragen zum Gemeinschaftsrecht, RdA 1999, 173.

⁴³⁶ So zB Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zur „Durchführung der Richtlinie 96/71/EG in den Mitgliedstaaten“ vom 25.7.2003, in http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/com2003_458_de.pdf

⁴³⁷ *Rebhahn*, Entsendung von Arbeitnehmern in der EU – arbeitsrechtliche Fragen zum Gemeinschaftsrecht, RdA 1999, 173. *Rebhahn* steht der Frage, ob Kollektivverträge unter den Begriff „Rechts- oder Verwaltungsvorschriften“ zu subsumieren sind, mit Skepsis gegenüber und hält es für fraglich, ob Kollektivverträge allgemein verbindlich sind. Die Qualifikation als allgemein verbindlich hält *Rebhahn* selbst bei Kammer-Kollektivverträgen für fraglich, wenn es regionale Verträge gibt. Auch die Satzung eines Kollektivvertrages führe nach *Rebhahn* nicht zu einer „Verwaltungsvorschrift“, sondern nur zu einem allgemein verbindlichen Tarifvertrag.

⁴³⁸ Vgl dazu zB *Gagawczuk*, EuGH Rechtsprechung aus dem Jahr 2005, RDA 2006,166; *Wedl*, Genehmigen Sie das Recht zu kämpfen, Sire! Gewerkschaftliche Arbeitskampfmaßnahmen vor dem EuGH, *juridicum* 2006, 12; *Rath*, Umsetzung der Lenker-Richtlinie und der neuen Lenkzeiten-Verordnung, ASoK 2006, 229.

bestimmt und klar sei und dass die Begünstigten in die Lage versetzt würden, von allen ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen.

ME ist vorwiegend darauf abzustellen, ob das jeweilige innerstaatliche „Normenvertragsrecht“ in der Lage ist, eine flächendeckende, alle abhängig Beschäftigten erfassende Richtlinienumsetzung zu leisten.

In Bezug auf das österreichische Kollektivvertragswesen⁴³⁹ ist dies mE nur dann der Fall, wenn branchenübergreifende Generalkollektivverträge⁴⁴⁰ abgeschlossen werden⁴⁴¹. General- oder auch Spitzenkollektivverträge entfalten ihre Rechtswirkung im gesamten Bundesgebiet⁴⁴². Solche Generalkollektivverträge vermögen mE eine Umsetzung von EU-Sekundärrecht dann zu leisten, wenn sie auch im Rahmen des persönlichen und fachlichen Geltungsbereiches alle abhängig Beschäftigten erfassen.

Allerdings würde diese Lösung nicht die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes erfassen, also nicht die Beamten des Bundes und der Länder, sowie die Vertragsbediensteten des Bundes und der Länder⁴⁴³. Aber auch Dienstnehmer, die in einem Betrieb beschäftigt sind, für den die Kammern der gewerblichen Wirtschaft nicht die Kollektivvertragsfähigkeit besitzen, wären vom Geltungsbereich eines Generalkollektivvertrages nicht erfasst⁴⁴⁴.

Das bedeutet, dass selbst eine flächendeckende kollektivvertragliche Umsetzung eine große Dienstnehmergruppe nicht erfasst, weshalb die Möglichkeit, die Umsetzung einer Richtlinie gänzlich den Sozialpartnern zu überlassen, mE nicht wirklich besteht. Selbst die von *Schindler* vorgeschlagene Lösung eines erweiterten Generalkollektivvertrages ist von der Crux belastet, dass einerseits keine Pflicht zum Abschluss eines solchen Vertrages besteht, und andererseits auch damit gerechnet werden muss, dass diese sich nicht einigen können. Im Nichteinigungsfall fällt die Umsetzungsverantwortung auf den Mitgliedstaat zurück, der das

⁴³⁹ Vgl dazu statt vieler *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht. Ein systematischer Grundriss³ (2006) 7ff; *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht (2006) 343ff.

⁴⁴⁰ § 18 Abs 4 ArbVG.

⁴⁴¹ Zu pauschal *Klocker*, Kettendienstverträge - unzureichende Umsetzung im österreichischen Recht, *ecolex* 2007, 49.

⁴⁴² *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht (2006) 418.

⁴⁴³ Vgl § 1 Abs 2 Z 3 ArbVG. Vgl auch *Schindler*, Zur Umsetzung des EU-Rechts in Österreich (Teil II). Überblick über Richtlinien, deren Umsetzung bevorsteht, insb die Antidiskriminierungs-Richtlinien, *RdA* 2003, 523.

⁴⁴⁴ Vgl zB Generalkollektivvertrag über den Begriff des Entgelts gem § 6 UrlG, abgeschlossen zwischen der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft und dem österreichischen Gewerkschaftsbund, in http://wko.at/wknoe/gewerbe/texte/G_KV_in.htm

Versagen der Sozialpartner durch entsprechende Gesetzgebung sanieren muss, um einen richtlinienkonformen Zustand herzustellen⁴⁴⁵.

Als Ergebnis muss daher festgehalten werden, dass die Umsetzung von EU-Sekundärrecht durch die Sozialpartner auf dem Wege von Kollektivverträgen deshalb nicht möglich ist, da nicht alle Beschäftigten erfasst werden⁴⁴⁶.

4. „Umsetzung“ durch die Rechtsprechung anhand ausgewählter Beispiele zur Kettendienstvertragsjudikatur

a) Zeitliche Momente im österreichischen Arbeitsrecht

Der folgende Abschnitt soll die Frage beantworten, inwieweit von einer „Umsetzung“ der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie bzw der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse aus der Sicht der österreichischen Kettendienstvertragsjudikatur gesprochen werden kann. Dabei soll die These, dass Gemeinschaftssekundärrecht durch nationale Gesetze umzusetzen ist, aufrechterhalten werden. Die Prüfung der Frage beschränkt sich daher darauf, ob die österreichische Judikatur zu Kettendienstverhältnissen die von der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie angeordneten Antimissbrauchsmaßnahmen abdeckt oder nicht, sohin überhaupt geeignet ist, um von einer Umsetzung zu sprechen.

Die österreichische Lehre und höchstgerichtliche Judikatur verstehen unter einem Kettendienstverhältnis zwei oder mehrere befristete Dienstverhältnisse, die entweder ohne zeitlichen Abstand unmittelbar aufeinander folgen, oder mit kürzeren oder längeren zeitlichen Abständen aufeinander folgen. Solche Vertragsgestaltungen sind nur unter bestimmten strengen Voraussetzungen zulässig, da sie die Anwendung bestimmter arbeitsrechtlicher Schutzbestimmungen verhindern. Dabei ist in erster Linie an den Kündigungsschutz nach § 105 ArbVG zu denken. In der Zeit vor der neuen betrieblichen Mitarbeitervorsorge konnten

⁴⁴⁵ Vgl zum Thema Generalkollektivvertrag auch *Steinlechner*, Krankengeld der Arbeiter in: Kompetenzcenter Arbeit und Soziales, taxlex 2005, 123; *Aubauer/Neumann*, Regierungsprogramm: Gesundheit, Pensionen, Pflege und Armutsbekämpfung, taxlex 2007, 77; *Wöss*, Arbeits- und Sozialrecht im Regierungsprogramm 2007, RdA 2007, 158.

⁴⁴⁶ Vgl auch *Tomandl*, Zur Problematik des kollektivvertragsfreien Raumes, ZAS 1995, 152.

Dienstgeber beispielsweise zeitabhängige Abfertigungsansprüche gezielt umgehen⁴⁴⁷. In der heutigen Zeit liegt der Focus der Lehre und der Rechtsprechung auf der Umgehungsmöglichkeit der Kündigungsschutzbestimmungen.

Rechtsmissbrauch durch Kettendienstvertragsgestaltungen ist aber nicht nur durch die Umgehung von Kündigungsschutzbestimmungen möglich. In den arbeitsrechtlichen Spezialnormen finden sich eine Vielzahl von Bestimmungen, die bestimmte Ansprüche von der zeitlichen Zugehörigkeit zum selben oder einem anderen (früheren) Unternehmen abhängig machen.

So sind für die Bemessung des Urlaubsausmaßes nur solche Dienstverhältnisse in anderen Unternehmen von Relevanz, die zumindest sechs Monate gedauert haben⁴⁴⁸. Für die Berechnung des Urlaubsausmaßes bei demselben Dienstgeber dürfen befristete Dienstverhältnisse keine längere Unterbrechung als drei Monate aufweisen, wenn eine Zusammenrechnung erfolgen soll. Gezielt gestaltete Kettendienstverhältnisse können also nicht nur die Umgehung von Kündigungsschutztatbeständen ermöglichen, sondern auch das Urlaubsausmaß des Dienstnehmers nachteilig steuern.

Für die Bemessung der Dauer des Anspruches auf Entgeltfortzahlung nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz sind nur solche Dienstzeiten bei demselben Dienstgeber zusammenzurechnen, die keine längeren Unterbrechungen als 60 Tage⁴⁴⁹ aufweisen⁴⁵⁰. Dienstzeiten zu anderen Dienstgebern sind ebenfalls nur dann anzurechnen, wenn keine längeren Unterbrechungen als 60 Tage vorliegen⁴⁵¹.

Gemäß § 6 Abs 1 BMVG⁴⁵² ist der erste Monat beitragsfrei. Denkmöglich wäre eine Umgehung der Bestimmungen zur betrieblichen Mitarbeitervorsorge durch jeweils auf ein Monat befristete Dienstverträge.

⁴⁴⁷ §§ 23 u 23a AngG. Dienstverhältnisse, deren vertraglich vereinbarter Beginn nach dem 31.12.2002 liegt, unterliegen bereits dem Regime des BMVG (§ 46 Abs 1 BMVG).

⁴⁴⁸ § 3 Abs 2 Z 1 UrlG.

⁴⁴⁹ § 2 Abs 3 EFZG.

⁴⁵⁰ Bundesgesetz vom 26.6.1974 über die Fortzahlung des Entgelts bei Arbeitsverhinderung durch Krankheit (Unglücksfall), Arbeitsunfall oder Berufskrankheit (EFZG) BGBl 1974/399 idF BGBl I 2002/158.

⁴⁵¹ § 2 Abs 3a Z 3 EFZG.

⁴⁵² Betriebliches Mitarbeitervorsorgegesetz – BMVG BGBl I 2002/100 idF BGBl I 2006/45.

Gemäß § 8 Väter-Karenzgesetz⁴⁵³ kann ein Dienstnehmer nur dann einen Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung erfolgreich durchsetzen, wenn das bestehende Dienstverhältnis zum Zeitpunkt des Antritts der Teilzeitbeschäftigung ununterbrochen drei Jahre gedauert hat⁴⁵⁴. Möglich wären Umgehungsversuche dergestalt, dass mit befristeten Dienstvertragskonstruktionen das Erreichen der Zeitspanne von drei ununterbrochenen Jahren verhindert wird⁴⁵⁵.

Aber auch Abfertigungsansprüche⁴⁵⁶ nach dem BUAG⁴⁵⁷ können durch gezielte Vertragsgestaltungen dienstgeberseitig vereitelt werden. So sieht § 13b Abs 1 Z 1 BUAG einen Anspruch auf Abfertigung erst nach Vorliegen eines ununterbrochenen Dienstverhältnisses im Ausmaß von drei Jahren (156 Beschäftigungswochen) vor.

Das AngG⁴⁵⁸ verknüpft Entgeltansprüche bei Dienstverhinderung bzw deren Erhöhung – so beispielsweise im Krankheitsfall – an zeitliche Momente. Eine Verlängerung des Entgeltfortzahlungszeitraumes von sechs auf acht Wochen setzt eine fünfjährige Dauer des Dienstverhältnisses voraus. Längere ununterbrochene Dienstzeiten ziehen längere Entgeltfortzahlungszeiträume bis zu 12 Wochen nach sich⁴⁵⁹. Auch diese Bestimmung zeigt, dass im Rahmen kreativer Gestaltungsmöglichkeiten durch befristete Dienstverträge Arbeitnehmerschutzbestimmungen umgangen werden können.

Aber auch die Pflicht des Dienstgebers, längere Kündigungsfristen einzuhalten, kann durch den gezielten Abschluss befristeter Dienstverhältnisse vereitelt werden. So sieht § 20 Abs 2 AngG nach dem vollendeten fünften Dienstjahr eine Verlängerung der Kündigungsfrist auf drei Monate vor.

Dieser kursorische Überblick soll verdeutlichen, dass die in Österreich vorherrschende Lehre und Rechtsprechung zu Kettendienstverträgen nicht nur aus der Perspektive der Umgehung des allgemeinen Kündigungsschutzes gesehen werden muss, sondern aus der

⁴⁵³ Bundesgesetz, mit dem Karenz für Väter geschaffen wird (Väter-Karenzgesetz – VKG) BGBl 1989/651 idF BGBl I 2004/124.

⁴⁵⁴ § 8 Abs 1 Z 1 VKG.

⁴⁵⁵ Vgl auch die wertungsgleiche Bestimmung § 15h Abs 1 Z 1 MSchG.

⁴⁵⁶ Im Angestelltenbereich hat das BMVG die §§ 23ff AngG weitgehend abgelöst. Vgl § 46 Abs 1 BMVG.

⁴⁵⁷ Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz 1972, BGBl 1972/414 idF BGBl I 2005/104.

⁴⁵⁸ Bundesgesetz vom 11.5.1921, BGBl 1921/292, über den Dienstvertrag mit Privatangestellten idF BGBl I 2006/35.

⁴⁵⁹ § 8 Abs 1 AngG.

Perspektive aller arbeitsrechtlichen Schutznormen, die bestimmte arbeitsrechtliche Ansprüche an zeitliche Momente knüpfen.

b) Kettenvertragsjudikatur anhand ausgewählter Beispiele

Anhand der folgenden Beispiele soll die höchstgerichtliche Judikatur⁴⁶⁰ zu Kettendienstverhältnissen skizziert werden, um in der Folge festzustellen, ob die Kriterien der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie tatsächlich berücksichtigt sind. Ziel dieses Abschnittes ist es, die wichtigste Judikatur kurz darzustellen und mit knappen, jedoch auf die nachfolgende Kritik bzw. Systematisierung notwendigen Anmerkungen zu versehen. Die Auswertung und Analyse bleibt jedoch dem folgenden Abschnitt c) vorbehalten.

Nach herrschender Auffassung und auch ständiger Rechtsprechung ist die Aneinanderreihung mehrerer befristeter Dienstverträge⁴⁶¹ prima vista als Umgehung der zwingenden Vorschriften des Kündigungsschutzrechts anzusehen⁴⁶². Solche Vertragsgestaltungen werden als grundsätzlich unzulässig betrachtet. Nur dann, wenn sachliche Gründe Kettendienstverhältnisse rechtfertigen, sind diese zulässig. Der Prüfungsmaßstab des OGH ist dabei streng. Ohne sachliche Begründung sind die Befristungsvereinbarungen des Kettendienstvertrages relativ teilnichtig⁴⁶³. Das bedeutet, dass die aneinander gereihten befristeten Individualdienstverträge als zusammenhängendes unbefristetes Dienstverhältnis zu qualifizieren sind⁴⁶⁴, das auch nur unter Anwendung der entsprechenden arbeitsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten beendet werden kann. Zu denken ist dabei in erster Linie an die ordentliche Kündigung unter Einhaltung der gesetzlich oder kollektivvertraglich vorgesehenen Fristen.

⁴⁶⁰ ZB statt vieler OGH 15. 6. 1988, 9 Ob A 118/88; OGH 9 Ob A 268/88; OGH 9 Ob A 234/93; OGH 9 Ob A 67/94; OGH 8 Ob A 58/98g; OGH 9 Ob A 330/98i; OGH 9 Ob A 329/98t; OGH 9 Ob A 225/01f; OGH 9 Ob A 80/02h; OGH 9 Ob A 89/02g; OGH 8 Ob A 99/03x; OGH 8 Ob A 116/04y; OGH 8 Ob A 53/05k; OGH 9 Ob 124/06k.

⁴⁶¹ Vgl. zum Kettendienstverhältnis für das österreichische Recht:

*Schrank/Mazal, Arbeitsrecht*³ (2006) 45, 66f u. 269f; *Jabornegg/Resch/Strasser, Arbeitsrecht*² (2005) Rz 562ff; *Reissner in ZellKomm* (2006) § 19 AngG Rz 27 - 34 mwN; *Krejci in Rummel*³ (2000) §§ 1158 - 1159c Rz 13;

für das deutsche Recht:

*Preis, Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht*² (2003) § 70 II 1 g; *Lieb/Jacobs, Arbeitsrecht*⁹ (2006) Rz 411ff.

⁴⁶² *Reissner in ZellKomm* (2006) § 19 AngG Rz 27 mwN.

⁴⁶³ Teilnichtigkeit bedeutet, dass die übrigen Bestimmungen des Dienstvertrages aufrecht bleiben, von relativer Teilnichtigkeit spricht man dann, wenn sich nur der Dienstnehmer als geschützter Begünstigter auf die Nichtigkeit berufen kann, nicht jedoch der Dienstgeber.

⁴⁶⁴ OGH 14 Ob 86/86, DRdA 1987/22, 452 Pfeil.

Der OGH prüft bereits bei der ersten Verlängerung die sachliche Rechtfertigung. Im Rahmen der Sachlichkeitsprüfung können soziale oder wirtschaftliche Gründe herangezogen werden⁴⁶⁵. Eine sachliche Rechtfertigung liegt dann nicht mehr vor, wenn das typische Unternehmerrisiko auf den Dienstnehmer abgewälzt wird⁴⁶⁶. Eine sachliche Rechtfertigung liegt nach dem Höchstgericht beispielsweise dann vor, wenn es nicht um die Abwälzung des typischen Betriebsrisikos geht. So sind saisonale Befristungen bei witterungsabhängigen Betrieben eher möglich, als bei witterungsunabhängigen Unternehmen⁴⁶⁷. Dabei bedient sich der OGH einer Formel, die als Maxime in einer Vielzahl von höchstgerichtlichen Entscheidungen immer wieder aufs Neue zitiert wird: Kettendienstverträge werden wie einheitliche Dienstverhältnisse auf unbestimmte Zeit behandelt, wenn nicht besondere wirtschaftliche oder soziale Gründe den Abschluss wiederholter, auf bestimmte Zeit abgeschlossene Verträge als sozial gerechtfertigt erscheinen lassen⁴⁶⁸. Die Frage, die sich unweigerlich, und zwar auch ohne Reflexion auf die europarechtlichen Vorgaben aufdrängt, ist, was sich hinter diesem an sich plausiblen Rechtfertigungssystem verbirgt. So lassen beispielsweise bereits die so genannten Saisonbetriebsfälle Zweifel ob der Konsequenz des Rechtfertigungssystems des Höchstgerichtes aufkommen.

Im Falle eines Saisonkochs⁴⁶⁹ erachtete der OGH⁴⁷⁰ die häufige Wiederholung der Aneinanderreihung befristeter Dienstverhältnisse für sachlich gerechtfertigt, da der Betrieb der Beklagten von der jeweiligen Witterung bzw der Auslastungssaison abhängig sei, von Faktoren, die der Beklagte, so der OGH, nicht beeinflussen könne. Anders als bei selbstbestimmter Schließung des Betriebes für eine bestimmte Zeit des Jahres sei in der erforderlichen Einschränkung oder Stilllegung des Betriebes in einer „toten Saison“ sehr wohl eine Rechtfertigung für den wiederholten Abschluss befristeter Dienstverhältnisse zu sehen. Hier, so der OGH weiter, liege eben nicht die Abwälzung des typischen Betriebsrisikos der

⁴⁶⁵ Reissner in ZellKomm (2006) § 19 AngG Rz 29 mwN.

⁴⁶⁶ Reissner in ZellKomm (2006) § 19 AngG Rz 34 mwN.

⁴⁶⁷ Reissner in ZellKomm (2006) § 19 AngG Rz 31 mwN.

⁴⁶⁸ So zB OGH 4.6.1929, 1 Ob 527/29 = RIS Justiz RS0028672; OGH 22.9.1950, 4 Ob 35/50 = SZ 23/262; OGH 25.6.1998, 8 Ob A 58/98g = infas 1998, A 136; OGH 25.5.1994, 9 Ob A 67/94 = ecolex 1994, 636 = ZAS 1995/19 mit Anm Ziehensack = RdA 1995/11 mit Anm Burgstaller; OGH 26.6.1997, 8 Ob A 2158/96b = ASoK 1997, 365 = Arb 11.625 = wbl 1997, 481; OGH 6.7.1998, 8 Ob A 15/98h = RdA 1999/44; OGH 27.5.1986, 14 Ob 86/86 = infas 1987, A 5 = JBl 1986, 674; OGH 10.2.1999, 9 Ob A 330/98i = ZAS 2000/16 mit Anm Reissner; OGH 9.12.1999, 8 Ob A 275/98v; OGH 23.10.1991, 9 Ob A 167/91 = Arb 10.972; OGH 25.5.1994, 9 Ob A 67/94; OGH 30.10.1996, 9 Ob A 2220/96b; OGH 27.5.2004, 8 Ob A 99/03x = ARD 5583/7/2005.

⁴⁶⁹ Der Kläger begehrte aufgrund der Behauptung zusammenrechenbarer Dienstverhältnisse eine Abfertigung.

⁴⁷⁰ OGH 25.6.1998, 8 Ob A 58/98g.

Ungewissheit über den Stand der Aufträge vor, sondern es stehe unabwendbar fest, dass die Auslastung des Betriebes während einer bestimmten Jahreszeit die Beschäftigung des Klägers nicht ermögliche, die Beendigung des Dienstverhältnisses also einem dringendem Bedürfnis der betrieblichen Organisation entspringe.

Ebenso erachtete der OGH die Aneinanderreihung befristeter Dienstverhältnisse bei einem Tournéezirkus für zulässig und sachlich gerechtfertigt⁴⁷¹. Konkret ging es um einen armenischen Staatsbürger, der in den Jahren 1994 bis 1999 aufgrund einer Reihe befristeter Dienstverhältnisse bei einer ZirkusbetriebsGmbH als Musiker des Zirkusorchesters beschäftigt war. Das letzte Dienstverhältnis endete am 20.7.1999. Das Zirkusunternehmen, ein Vergnügungsbetrieb mit Tierschau, war, so stellte der OGH ausdrücklich fest, ein Saisonbetrieb. Die Saison dauerte jeweils von März bis kurz nach Weihnachten. Am Ende einer jeden Saison wurde jeweils festgelegt, welche Musiker für die nächste Saison eingeladen werden würden. Im Juli 1999 wurde ein Kollege des Klägers entlassen. Der Kläger und ein weiterer Orchestermusiker versuchten – wie im Vorjahr – die Entlassung zu verhindern, und erklärten, sie würden, müsse der Kollege gehen, auch gehen. Dies wurde vom Sohn des Geschäftsführers mit den Worten „gehen Sie halt, wenn Sie wollen“ quittiert. Der Kläger erhielt daraufhin am 21.6.1999 ein Schreiben, in dem ihm mitgeteilt wurde, sein Wunsch, das Unternehmen mit heutigem Tag zu verlassen, werde mit großem Bedauern zur Kenntnis genommen, jedoch akzeptiert.

Das Höchstgericht hatte sich in erster Linie mit zwei themenrelevanten Bereichen zu beschäftigen, nämlich einerseits mit der Frage der Zulässigkeit von Kettendienstverträgen in Saisonbetrieben, andererseits mit der Frage der Auswirkungen des geänderten Ausländerbeschäftigungsrechts im Hinblick auf eine bereits vorhandene Judikatur⁴⁷². Der OGH judizierte, dass eine sachliche Rechtfertigung für aneinander gereihte, befristete Dienstverhältnisse auch weiterhin nur für echte Saisonbetriebe bestehe. Das seien, so das Höchstgericht weiter, Betriebe, die ihrer Art nach nur zu bestimmten Jahreszeiten arbeiten oder die regelmäßig zu gewissen Zeiten des Jahres erheblich verstärkt arbeiten. Die Anerkennung eines Saisonbetriebes sei bei einer Spielpause von lediglich zwei Monaten keineswegs selbstverständlich und von den näheren Umständen abhängig. Der OGH stellt darauf ab, ob die Betriebseinstellung auf tatsächlich witterungsbedingte Umstände zurückzuführen ist, oder ob die Betriebseinstellung auf anderen, selbstbestimmten Motiven

⁴⁷¹ OGH 4.9.2002, 9 Ob A 89/02g = ASoK 2003, 276 = ZAS-Judikatur 2003/35.

⁴⁷² Vgl den weiter unten dargestellten Fall der jugoslawischen Vertragslehrerin, OGH 9.12.1999, 8 Ob A 275/98v.

der Unternehmensleitung beruht, also der Betrieb aufrechterhalten werden könnte. Im konkreten Fall des Tournéezirkus sei die Aufrechterhaltung des Spielbetriebes während des ganzen Jahres nicht möglich. Daher gehe es nicht, so der OGH weiter, um die Abwälzung des typischen Betriebsrisikos hinsichtlich der Ungewissheit über konkrete Aufträge, auch nicht um im Belieben der Geschäftsführung gelegene Entscheidungen, sondern darum, dass die Eigenart des Betriebes während einer bestimmten Jahreszeit die Beschäftigung des Klägers nicht ermöglichte, die Beendigung des Dienstverhältnisses also einem dringenden Bedürfnis der betrieblichen Organisation entsprungen sei.

Zum Anknüpfungsmoment Ausländerbeschäftigungsrecht judizierte der OGH, dass § 7 Abs 8 AuslBG die Rechtswirkung auslöse, dass die rechtskräftige Ab- oder Zurückweisung eines Antrages auf Verlängerung lediglich die Pflicht des Dienstgebers auslöse, das Dienstverhältnis unverzüglich mit den Mitteln des Privatrechts zu beenden, nicht jedoch eine automatische Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses. Bis zur ordnungsgemäßen Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses dürfe der Ausländer weiter beschäftigt werden, auch wenn gar keine gültige Beschäftigungsbewilligung mehr vorliege. Daher sei eine sachliche Rechtfertigung für befristete Beschäftigungsverhältnisse bei Ausländern obsolet, die sich lediglich auf das Ausländerbeschäftigungsgesetz stützen.

Bemerkenswert sind unter anderen zwei Klarstellungen des OGH. Einerseits die Klarstellung dahingehend, dass eine Beschäftigungsbewilligung für sich alleine kein tauglicher Rechtfertigungsgrund mehr für die mehrfache Befristung von ausländischen Arbeitskräften darstellt, andererseits die behutsamen Anklänge des Höchstgerichtes, dass die Subsumption unter den Tatbestand des Saisonbetriebes primär von objektiven Determinanten geprägt sein sollte. Darauf wird aber noch einzugehen sein.

Keine wirkliche dogmatische Präzisierung dieser Rechtsprechung erfolgte in einer weiteren „Zirkusentscheidung“⁴⁷³. Auch in diesem Fall wurde festgestellt, dass die Saison von März bis kurz nach Weihnachten dauere, im Jänner und Februar ruhe der Betrieb. Ein Kollektivvertrag bestehe nicht, die Beschäftigten erhielten überwiegend befristete Dienstverträge. Auch hier trat als Klägerin eine armenische Staatsbürgerin auf. Das Klagebegehren lautete auf Entgelt, auch aus den Titeln Urlaubs- und Weihnachtsremuneration.

⁴⁷³ OGH 20.3.2003, 8 Ob A 167/02w = ASoK 2004, 32.

Hinsichtlich der Begründung einer sachlichen Rechtfertigung über das AuslBG verwies der OGH auf die Vorjudikatur⁴⁷⁴, die ebenfalls die Beklagte betraf.

Hinsichtlich der Frage der sachlichen Rechtfertigung über den Tatbestand des Saisonbetriebes führte das Höchstgericht aus, dass das (konkrete) Zirkusunternehmen deshalb als Saisonbetrieb anzusehen sei, weil die Spielpause von etwa zwei Monaten im wesentlichen doch auf die witterungsbedingte Unmöglichkeit, Vorstellungen abzuhalten, zurückzuführen sei und keine auf anderen Motiven beruhende Entscheidung des Management gewesen sei. Anzumerken ist vorerst nur, dass der 8. Senat die Rechtsprechung des 9. Senates wohl übernommen hat und auch bei sehr kurzen Unterbrechungen von lediglich zwei Monaten die Zulässigkeit von Saisonbefristungen bejaht.

In einem anderen Fall⁴⁷⁵ ging es um einen Flugkapitän, der für einen bestimmten Flugzeugtyp, nämlich eine Fokker 50 mehrfach hintereinander befristet eingestellt worden war. Aufgrund des von den Vorinstanzen bindend festgestellten Sachverhaltes ging das Höchstgericht davon aus, dass zum Zeitpunkt der Einstellung des Klägers – offenbar dem Dienstgeber - klar war, dass zwei der acht Fokker 50 ausgeschieden werden würden. Zu einem späteren Zeitpunkt stand sogar fest, dass alle Maschinen dieses Typs ausgeschieden werden würden. Aus diesem Grund schloss die beklagte Partei mit dem Kläger auch nur befristete Dienstverträge ab. Hier judizierte der OGH allerdings, dass die Ungewissheit über den Zeitpunkt des Abbaus der vom Kläger geflogenen Flugzeuge ein typisches Unternehmerrisiko darstelle, das nicht auf dem Wege der Aneinanderreihung befristeter Dienstverträge auf den Dienstnehmer überwältzt werden dürfe. Der Beklagten kam auch der Einwand, der Kläger sei finanziell besser gestellt gewesen, als ein unbefristet beschäftigter Dienstnehmer, nicht zugute.

Im „Volksoperfall“⁴⁷⁶ hingegen nahm der OGH unbefristete Dienstverhältnisse bei Mitarbeitern des Publikumsdienstes an. Dabei handelte es sich um Billeure, Wartefrauen und Garderobenpersonal, die jeweils vom 1.9 bis zum 30.6 des Folgejahres befristet beschäftigt worden waren. Im Juli und im August bestellte die Beklagte ein, für diese Dienstnehmer keine Beschäftigungsmöglichkeit. Da aber sämtliche andere Dienstnehmer des technischen Personals auch während der Theaterferien ihre Dienstleistungen erbrachten,

⁴⁷⁴ OGH 4.9.2002, 9 Ob A 89/02g = ASoK 2003, 276 = ZAS-Judikatur 2003/35; sowie 9 Ob A 133/02b.

⁴⁷⁵ OGH 30.10.1996, 9 Ob A 2220/96b.

⁴⁷⁶ OGH 25.5.1994, 9 Ob A 67/94 = ecoloex 1994, 636 = ZAS 1995/19 mit Anm Ziehensack = RdA 1995/11 mit Anm Burgstaller.

könne kein Fall der Stilllegung eines Betriebes während der „toten Saison“ vorliegen. Dabei spielte auch der Einwand der Beklagten, es handle sich bei vielen Mitgliedern des Publikumsdienstes nur um eine Nebenbeschäftigung, keine Rolle. Dieser Einwand war für den OGH unerheblich.

Der OGH legte in dieser Entscheidung auch Wert auf die Feststellung, dass die besonderen wirtschaftlichen oder sozialen Gründe, die Kettenverträge rechtfertigen könnten, nicht generalisiert werden könnten, sondern in jedem einzelnen Fall geprüft werden müssten⁴⁷⁷.

Vom Ergebnis her betrachtet richtig ist daher auch der „Nachhilfelehrerfall“⁴⁷⁸. Der der Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt kann im Wesentlichen darauf reduziert werden, dass der Dienstgeber, ein Lernhilfeinstitut, jeweils für ein Semester mit den Nachhilfelehrern immer wieder befristete Werkverträge abgeschlossen hat. Der OGH qualifizierte diese Beschäftigungsverhältnisse jedoch als echte Dienstverhältnisse und judizierte auch, dass diese in der Folge als unzulässige Kettendienstverträge zu qualifizieren seien, da das Unternehmerrisiko in unzulässiger Weise auf die Nachhilfelehrer überwält worden sei⁴⁷⁹.

Jedenfalls keine Rechtfertigung bildet der Umstand, dass befristete Dienstverträge nur deshalb abgeschlossen werden, um eine beschlossene Personalreduktion zu erleichtern. Im konkreten Fall⁴⁸⁰ hatte eine Dienstnehmerin drei unmittelbar aufeinander folgende befristete Dienstverhältnisse im Zeitraum zwischen 1984 und 1986, wobei jedes ungefähr ein Jahr andauerte. Bereits 1984, also im Rahmen der ersten Befristung, waren im Unternehmen der Beklagten Personalreduktionsmaßnahmen im Gange. Kurz vor Beginn des letzten Dienstverhältnisses erklärte ihr der Personalchef, dass ein unbefristetes Dienstverhältnis wegen der in die Wege geleiteten Personalreduktionsmaßnahmen nicht in Frage käme, stellte der Klägerin aber ein drittes befristetes Dienstverhältnis für die Dauer von sechs Monaten in Aussicht. Die Klägerin nahm das Angebot mit dem Hinweis, „was sie denn sonst tun solle“ an, machte aber anlässlich der Unterfertigung des dritten befristeten Vertrages gegenüber dem Dienstgeber darauf aufmerksam, dass es sich ihrer Meinung nach bereits um ein unzulässiges Kettendienstverhältnis handle, also ein unbefristetes Dienstverhältnis vorliege. Dieser von der

⁴⁷⁷ Unter Verweis auf Arb 10.149.

⁴⁷⁸ OGH 26.6.1997, 8 Ob A 2158/96b = ASoK 1997, 365 = Arb 11.625 = wbl 1997, 481.

⁴⁷⁹ Überhaupt sei das ganze Beschäftigungsrisiko auf die Nachhilfelehrer überwält worden, da sich auch das Arbeitspensum ausschließlich am Bedarf des Lernhilfeinstitutes orientiert hätte.

⁴⁸⁰ OGH 15.6.1988, 9 Ob A 118/88.

Klägerin auch in Schriftform dargetane Rechtsstandpunkt wurde von der Beklagten durch vorsorgliche Kündigung erwidert.

Das Höchstgericht erkannte weder betriebliche noch soziale Rechtfertigungsgründe, die eine derartige Aneinanderreihung von befristeten Dienstverhältnissen rechtfertigen würden. Derartige normale Betriebsrisiken könnten, so der OGH weiter, nicht auf die Dienstnehmer überwältet werden. Als Pikanterie am Rande sollte erwähnt werden, dass die Klägerin in der Rechtsabteilung der Beklagten tätig war.

Anders entschied der OGH in der “Medizinstudentenentscheidung”⁴⁸¹. Der Kläger, ein Medizinstudent, war im Zeitraum vom 12.6.1991 bis 31.5.1993 an ca 106 überwiegend einzelnen Tagen als Sanitätsgehilfe bei Blutspendeaktionen der beklagten Partei eingesetzt. In einem Gespräch mit der Beklagten wurde festgehalten, dass der Medizinstudent mit etwa drei Einsätzen pro Monat zu rechnen habe. Ob auch eine Verpflichtung zu so vielen Einsätzen bestand, konnte nicht festgestellt werden. Der OGH hat ein unzulässiges Kettendienstverhältnis verneint und ausgeführt, es habe eine Interessenabwägung im Sinn eines beweglichen Systems stattzufinden, wobei nicht nur das Ausmaß der Unterbrechungszeiten, sondern auch das der zwischen diesen Unterbrechungszeiten liegenden Beschäftigungszeiten zu berücksichtigen sei. Im Rahmen eines Systems kapazitätsorientierter, variabler Arbeitszeit⁴⁸² könne, so das Höchstgericht weiter, ein einheitliches Dienstverhältnis nur dann bejaht werden, wenn der Dienstvertrag die Interessen des Dienstgebers einseitig gegenüber jenen des Dienstnehmers bevorzuge.

Die Medizinstudentenentscheidung bringt zwei neue Aspekte ans Licht, die bislang in der höchstgerichtlichen Judikatur nicht in diesem ausgeprägten Umfang hervorgetreten sind. So beschäftigt sich der OGH zum ersten Mal mit der Frage des zeitlichen Abstandes von aneinander gereihten befristeten Beschäftigungsverhältnissen, aber auch mit der Frage der Dauer dieser einzelnen Beschäftigungsverhältnisse. Diese beiden Aspekte streifen die Anforderungen der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie insofern, als Tatbestände des § 5 der Richtlinie damit angesprochen werden. Der OGH hat die Frage der Unterbrechung von aneinander gereihten Dienstverhältnissen so gelöst, dass er ein Übersteigen der Dauer der Unterbrechungszeiten in Relation zur Dauer der Beschäftigungszeiten gesetzt hat und ein Kettendienstverhältnis dann verneint, wenn die Dauer der Zeiten der Unterbrechung die Dauer der Beschäftigungszeiten weit übersteigt. Das mag noch plausibel erscheinen, nicht jedoch mehr die Ausführungen zur Rahmenvereinbarung, die vom OGH in offenbarem

⁴⁸¹ OGH 6.7.1998, 8 Ob A 15/98h = RdA 1999/44 mit Anm Krapf.

⁴⁸² Auch als KAPOVAZ bezeichnet.

Zusammenhang zu seinen Ausführungen zu Kettendienstverträgen gelesen wird und als weiteres Argument zur Zulässigkeit des zwischen Medizinstudenten und beklagter Partei vereinbarten Beschäftigungsverhältnisses gewertet wird. Wörtlich führte der OGH aus, dass beim Medizinstudenten das Studium im Vordergrund stehe, das eine besondere Flexibilität im Hinblick auf Prüfungen und Praktika ermöglichen soll, ebenso der Umstand, dass die vom Kläger gewünschte Tätigkeit mit einer erhöhten Abgeltung bezahlt wurde und dass der Stundenlohn auch Urlaubsentschädigungen und Sonderzahlungen umfasst habe. Die Rahmenvereinbarung sei inhaltlich zu unbestimmt gewesen, um von einem durchgehenden Dienstverhältnis zu sprechen.

Ungeachtet einer Vielzahl von weiteren Problemen, die die Medizinstudentenentscheidung birgt, ist alleine aus der Sicht des Kettendienstvertragsproblems anzumerken, dass der OGH in dieser Entscheidung im Umfeld der betrieblich oder sozial begründeten Rechtfertigung subjektive Momente der Rechtfertigung ins Spiel bringt. Der OGH stellt nämlich, ganz vereinfacht dargestellt, auf die subjektiven Wünsche des Klägers ab bzw. unterstellt dem Kläger subjektive Interessen, die über die Rahmenvereinbarung hinaus auch die nahezu endlose Aneinanderreihung von – wohl extrem kurzen - Dienstverhältnissen rechtfertigen soll. Die Rahmenvereinbarung sei inhaltlich zu unbestimmt gewesen, um von einer durchgehenden dienstvertraglichen Bindung als rechtlicher Klammer der einzelnen befristeten Verträge zu sprechen. Sie entspreche, so das Höchstgericht abschließend, den besonderen Bedingungen und Bedürfnissen eines studentischen Nebenjobs, in dem die vornehmliche Berücksichtigung der Erfordernisse eines Studiums sichergestellt sei.

Kein Student, sondern eine bereits promovierte Medizinerin trat im folgenden Fallbeispiel als Klägerin auf⁴⁸³. Die Klägerin war zuerst als Assistenzärztin in einem Ausbildungsverhältnis zum Land Tirol. Darauf folgten mehrere weitere befristete Dienstverhältnisse, in denen ausdrücklich vereinbart wurde, dass das VBG 1948 mit Ausnahme der Bestimmung des § 4 Abs 4 anzuwenden sei. Nach dem Abschluss der Ausbildung zur Fachärztin für Anästhesie wurde das befristete Dienstverhältnis nicht mehr verlängert. Die Ärztin klagte das Land Tirol, dass sie über den Endtermin der letzten Befristung hinaus in einem aufrechten Dienstverhältnis zum Land Tirol stehe, da der Kettenvertrag unwirksam sei und kein Auflösungsgrund vorliege.

⁴⁸³ OGH 22.5.2002, 9 Ob A 80/02h.

Das Höchstgericht judizierte – nach den üblichen allgemeinen Ausführungen zu § 879 ABGB – dass im gegenständlichen Fall die Befristungen gerechtfertigt gewesen wären, da die Träger von Krankenanstalten dafür Sorge zu tragen hätten, dass für Ärzte, die eine Ausbildung zum Facharzt anstreben, genügend Ausbildungsplätze zur Verfügung stehen. Dies sei, so der OGH, nur mit befristeten Dienstverhältnissen möglich⁴⁸⁴. Darüber hinaus verweist der OGH auf das Tiroler VBG 2001, das – anders als das alte Tiroler VBG – zu Ausbildungszwecken abgeschlossene Dienstverhältnisse ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Befristungsbeschränkungen ausnimmt. Für den Rechtsstandpunkt der Revisionswerberin war nach dem OGH auch dadurch nichts zu gewinnen, dass die Klägerin nach erfolgreicher Beendigung ihrer Facharztausbildung noch einige Monate vom Dienstgeber weiter beschäftigt worden war.

Auch in der folgenden Entscheidung⁴⁸⁵ ging es um die Frage des Einflusses subjektiver Momente im Bereich von Kettendienstvertragskonstellationen. Der Kläger, ein Erzieher in einem Schülerheim, war aufgrund mehrerer befristeter Dienstverhältnisse beschäftigt. Diese befristeten Beschäftigungsverhältnisse umfassten die Zeiträume von 1.9.1980 auf vorerst ein Jahr, dann von 30.6.1981 bis 31.8.1983, schließlich vom 1.9.1983 bis 30.6.1984. Die Geltung des Angestelltengesetzes wurde vereinbart. Am 6.6.1984 verständigte die beklagte Partei den Kläger, dass sein Dienstverhältnis am 30.6.1984 ende. Der Kläger behauptete das Vorliegen unzulässiger Kettendienstverträge.

Wichtig für das Verständnis der Entscheidung ist die Feststellung des Erstgerichtes, dass die Befristungen im alleinigen Interesse des Dienstnehmers geschlossen worden seien, sowie dass der Kläger im Mai 1984 zum pädagogischen Leiter der beklagten Partei gesagt habe, dass er keinen Wert mehr auf eine weitere Beschäftigung lege. Der OGH führte schließlich aus, dass auf die Frage des Vorliegens unzulässiger Kettendienstverträge nicht eingegangen werden brauche, da der Kläger unmissverständlich zum Ausdruck gebracht habe, dass er jede Art der Fortsetzung des Dienstverhältnisses ablehne, da er bei der Beklagten gar nicht mehr arbeiten wolle. Damit habe der Kläger, so das Höchstgericht, wirksam darauf verzichtet, eine allfällige Teilnichtigkeit des letzten vorausgegangenen Kettendienstvertrages geltend zu machen. Er habe das Geschäft gegen sich gelten lassen und es ausdrücklich bestätigt. Der OGH spricht in diesem Fall von einer Heilung. Der durch das Verbot

⁴⁸⁴ § 8 Abs 1 ÄrzteG.

⁴⁸⁵ OGH 27.5.1986, 14 Ob 86/86 = infas 1987, A 5 = JBl 1986, 674.

Geschützte müsse sich nicht auf die daraus resultierende Ungültigkeit berufen, er könne das Geschäft auch gelten lassen, es ausdrücklich bestätigen und dadurch heilen⁴⁸⁶.

In der „Berufsfußballspielerentscheidung“⁴⁸⁷ hat der OGH die Unzulässigkeit der mehrfachen Aneinanderreihung von befristeten Dienstverhältnissen mit dem Hinweis auf die Branchenüblichkeit verneint. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde. Der Kläger, ein Fußballspieler, war bei der Beklagten seit über vier Jahren ununterbrochen als Profi beschäftigt. Zwischen den Streitteilen wurde immer nur ein Einjahresvertrag abgeschlossen. Die Einjahresverträge begannen immer am 1.7. eines jeden Jahres und endeten am 30.6. des jeweiligen Folgejahres. Vor Ablauf der jeweiligen Befristung übermittelte der Kläger ein Schreiben, in dem er die Fortsetzung des Spielervertrages ablehnte. Daher fanden in der Folge Gehaltsverhandlungen statt, die in einem neuen, befristeten Dienstvertrag mündeten.

Für den OGH lag im konkreten Fall die Rechtfertigung des Kettendienstverhältnisses darin, dass diese bei Profifußballern branchenüblich seien. Sowohl Sportler, als auch Vereine, so der OGH weiter, seien daran interessiert, sich den Anforderungen des Wettbewerbs möglichst flexibel anpassen zu können. So hänge die Verlängerung vom Ergebnis der Meisterschaftssaison, dem Spielerwechsel, der Publikumsabhängigkeit, der Anpassung in sportlicher und finanzieller Hinsicht oder dem Leistungsvermögen des Spielers ab.

Ein Abstellen auf eine Branchenüblichkeit muss allerdings als Paukenschlag im System eines auf betriebliche oder soziale Notwendigkeit abstellenden Rechtfertigungssystems gewertet werden. Branchenüblichkeit ist mE kein tauglicher Rechtfertigungsgrund, da dadurch das ganze Rechtsschutzsystem im Arbeitsrecht durch die Kraft des Faktischen außer Kraft gesetzt werden kann.

Der OGH hat diese Rechtsprechung nur wenige Tage später in einem ähnlich gelagerten Fall bestätigt⁴⁸⁸. Ein Profispieler begehrte eine Abfertigung gegenüber seinem Verein. Auch hier argumentierte das Höchstgericht von einer bei Profifußballern vorherrschenden Branchenüblichkeit von Kettendienstverträgen. Man muss daher wohl oder übel von einer gefestigten Rechtsprechung im Themenkreis Berufssport ausgehen.

⁴⁸⁶ Unter Verweis auf *Krejci in Rummel* I³ (2000) § 879 Rz 249 mwN.

⁴⁸⁷ OGH 10.2.1999, 9 Ob A 330/98i = ZAS 2000/16 mit Anm *Reissner*.

⁴⁸⁸ OGH 24.2.1999, 9 Ob A 329/98t.

Einen völlig anderen Ansatz verfolgt eine Entscheidung des OGH über eine jugoslawische Staatsbürgerin⁴⁸⁹. Die Klägerin arbeitete als Vertragslehrerin für den muttersprachlichen Zusatzunterricht für Kinder von Gastarbeitern aus dem ehemaligen Jugoslawien. Sie erhielt von der beklagten Partei jeweils auf ein Jahr befristete Sonderverträge gem § 36 VBG. Die Klägerin begehrte die Feststellung, es liege ein unbefristetes Dienstverhältnis vor. Der OGH verneinte ein unzulässiges Kettendienstverhältnis mit der Begründung, die Klägerin erfülle zum einen nicht die Anstellungsvoraussetzungen, da sie ihre in Jugoslawien erworbenen Zeugnisse nur übersetzen, aber nicht nostrifizieren ließ. Die Klägerin habe weiters die Möglichkeit, an der pädagogischen Akademie die entsprechenden Prüfungen nachträglich abzulegen, nicht genützt, sodass sie die Einstellungsvoraussetzungen nicht erfülle. Zum anderen, so der OGH weiter, seien aneinander gereihte befristete Dienstverträge auch deshalb möglich, da die Arbeitserlaubnis⁴⁹⁰ immer nur befristet erteilt werden dürfe und sohin auch deshalb der wiederholte Abschluss befristeter Dienstverhältnisse gerechtfertigt sei.

Der OGH sieht die Rechtfertigung der mehrfachen Aneinanderreihung offenbar in einen Kontext zu einer Verwaltungsnorm, die eine bestimmte Rechtsstellung nur befristet verleiht. Interessant sind die Rechtsansichten der Unterinstanzen, die die Rechtfertigung nicht in einer Reflexion auf eine Verwaltungsbestimmung sahen, sondern vielmehr in Abhängigkeit zum Bedarf an dem von der Klägerin abzudeckenden Bildungsangebot. Konkret sprach das Berufungsgericht aus, dass der Grundsatz des Verbotes der Risikoüberwälzung in Anwendung auf den konkreten Fall eine sachliche Rechtfertigung für die mehrfache Aneinanderreihung befristeter Dienstverträge bedeute, da die schwankende Zahl von Gastarbeitern Auswirkungen auf die Anzahl fremdsprachiger Kinder an österreichischen Schulen habe.

Einen ähnlichen Ansatz verfolgt die „Bundesforsteentscheidung“⁴⁹¹, die eine Aneinanderreihung befristeter Dienstverträge dann als nicht gerechtfertigt erachtet, wenn eine Aneinanderreihungsmöglichkeit aufgrund einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung bereits konsumiert ist und der Telos der rechtfertigenden gesetzlichen Bestimmung im Hinblick auf eine weitere Befristung weggefallen ist. Konkret ging es um die Bundesforste-Dienstordnung⁴⁹², die eine Bestimmung enthält, die eine einmalige Verlängerung eines

⁴⁸⁹ OGH 9.12.1999, 8 Ob A 275/98v.

⁴⁹⁰ Unter Verweis auf § 14a Abs 4 AuslBG.

⁴⁹¹ OGH 23.10.1991, 9 Ob A 167/91 = Arb 10.972.

⁴⁹² Bundesforste-Dienstordnung 1986 BGBl 1986/289 idF I 2004/176.

befristeten Dienstverhältnisses gestattet⁴⁹³. Diese Ausnahme gilt jedoch nicht für Forstadjunkten, die die Staatsprüfung für den Försterdienst noch nicht abgelegt haben. Das Höchstgericht führte aus, dass der Dienstgeber nicht mit der Gefahr konfrontiert werden solle, durch den Abschluss eines neuerlichen befristeten Dienstverhältnisses bis zur Ablegung der Staatsprüfung durch den Adjunkten die Rechtswirkungen eines befristeten Dienstverhältnisses auszulösen, weil er in dem Fall, dass der Adjunkt die Dienstprüfung nicht bestehe, an einen nicht voll einsetzbaren Dienstnehmer durch einen unbefristeten Vertrag gebunden wäre.

Entscheidend ist folgende Rechtsmeinung des OGH. Er führt aus, dass eine Konsumation der Ausnahmebestimmung des § 6 Abs 4 Bundesforste-Dienstordnung dann vorliege, wenn der Adjunkt bereits während der Zeit seiner Ausbildung in befristeten Beschäftigungsverhältnissen gestanden habe.

Letztendlich auch auf rechtfertigenden gesetzlichen Bestimmungen beruhen die Entscheidungen des OGH zu den so genannten „Vertragslehrerfällen“, die allesamt auf den Ausnahmebestimmungen des Bundesvertragsbedienstetengesetzes⁴⁹⁴ fußen. Grundsätzlich geht auch das VBG von unbefristeten Dienstverhältnissen als Normalfall⁴⁹⁵ aus, ermöglicht jedoch für Vertragsbedienstete im Lehramt bestimmte Ausnahmen⁴⁹⁶.

Einem konkreten Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde. Der Kläger, ein AHS Lehrer, wurde von der Republik Österreich (Landesschulrat für Oberösterreich) wiederholt nur vertretungsweise befristet unter Vertrag genommen⁴⁹⁷. Tatsächlich hatte er ausschließlich Vertretungsstunden unterrichtet. Nach dem Auslaufen des sechsten und letzten Vertrages klagte der Lehrer auf Feststellung des aufrechten Fortbestandes seines Dienstverhältnisses.

Das Höchstgericht judizierte, dass in tatsächlichen Vertretungsfällen das Interesse des Dienstnehmers an der Begründung eines den vollen Schutz des VBG umfassenden Dienstverhältnisses gegenüber den Interessen des Dienstgebers an einer Vorsorge für einen bloß vorübergehenden Einsatz des Dienstnehmers zurücktrete. Von einer tatsächlichen Vertretung könne nur dann gesprochen werden, wenn die Nachtragsverträge alle Namen der vertretenen Personen enthielten, ist dem nicht so, sei der Beweis der konkreten Vertretung

⁴⁹³ § 6 Abs 4 Bundesforste-Dienstordnung lautet: „(4) Sofern sich aus Abs. 5 nicht etwas anderes ergibt, kann ein Dienstverhältnis, das auf bestimmte Zeit eingegangen worden ist, auf bestimmte Zeit nur einmal verlängert werden. Diese Verlängerung darf ein Jahr nicht überschreiten. Wird das Dienstverhältnis darüber hinaus fortgesetzt, so wird es von da ab so angesehen, als ob es von Anfang an auf unbestimmte Zeit eingegangen worden wäre. (5) Die Einschränkungen des Abs. 4 erster Satz gelten nicht für Forstadjunkten (§ 105 Abs. 1 lit. b des Forstgesetzes 1975, BGBl. Nr. 440). (BGBl. Nr. 594/1980, Art. I Z 1).“

⁴⁹⁴ VBG 1948 BGBl 1948/86 idF BGBl I 2000/90.

⁴⁹⁵ § 4 Abs 4 VBG.

⁴⁹⁶ § 42b Abs 4 VBG.

⁴⁹⁷ OGH 7.6.2001, 9 Ob A 328/00a = ZAS 2002/13 mit Anm Ziehensack.

auch der nicht angeführten Personen sowohl nach dem Zweck der Bestimmung⁴⁹⁸ als auch aufgrund der Nachweisrichtlinie 91/533/EWG zulässig.

Die Entscheidung des Höchstgerichtes⁴⁹⁹ ist aus der Perspektive der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen des VBG nachvollziehbar. Ob sich daraus jedoch allgemeine Schlussfolgerungen auf „Vertretungsfälle“ des allgemeinen Wirtschaftslebens übertragen lassen, scheint zweifelhaft.

Im Rahmen eines das Vorarlberger Landesrecht betreffenden Falles hat der OGH⁵⁰⁰ entschieden, dass auch für Landesbedienstete § 4 Abs 4 des Bundes-VBG beachtlich sei, wonach ein befristetes Dienstverhältnis nur einmal und höchstens auf die Dauer von drei Monaten verlängert werden dürfe, wenn keine Anhaltspunkte für einen vom Bundesgesetzgeber abweichenden Willen des Landesgesetzgebers im Sinne der unbeschränkten Zulässigkeit befristeter Dienstverträge vorlägen.

Mit dieser Entscheidung stellt der OGH mE klar, dass seine grundsätzlich restriktive Judikatur zum Konfliktbereich „Kettendienstverträge“ auch vom ganzen öffentlichen Dienst zu beachten ist, sodass auch in diesem Bereich den Vertragsbedienteten der volle Schutz der Kettendienstvertragsjudikatur des OGH zukommt.

c) Judikaturanalyse, Systematisierungsvorschläge und Richtlinienkonformität

Im Rahmen dieses Abschnittes soll die – soweit überblickbar vollständig - dargestellte Judikatur über die knappen Anmerkungen des Vorabschnittes hinaus aus der Perspektive einer notwendigen Systematisierung besprochen werden, wobei die Frage im Vordergrund steht, ob die österreichische Kettenvertragsjudikatur auf einem in sich geschlossenen System beruht, das für zukünftige Fälle Prognosen zulässt oder nicht. Es soll auch untersucht werden, ob die österreichische Kettenvertragsjudikatur der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie standhält bzw welche Defizite vorliegen.

Dabei stellt sich zuerst die Frage, wie diese Systematisierung aus der Perspektive künftiger Prognostizierbarkeit vonstatten gehen soll. Fest steht vorerst nur, dass der OGH

⁴⁹⁸ § 42c Abs 3 VBG.

⁴⁹⁹ Vgl auch die ähnlich gelagerten älteren Fälle OGH 29.1.1992, 9 Ob A 252/91; OGH 25.10.1995, 9 Ob A 137/95.

⁵⁰⁰ OGH 24.4.2003, 8Ob A 219/02t = infas 2003, A 79.

besondere wirtschaftliche oder soziale Gründe für die Rechtfertigung von Kettendienstverhältnissen fordert. Rechtliche Gründe, die Kettendienstverhältnisse rechtfertigen, scheinen von dieser Definition ausgeklammert zu sein. Rechtliche Gründe könnten sich beispielsweise in Normen finden, die die mehrfache Aneinanderreihung von befristeten Beschäftigungsverhältnissen entweder ausdrücklich zulassen, wie beispielsweise das ORF-G, oder die mehrfache Aneinanderreihung mittelbar bedingen, wie beispielsweise ausländerbeschäftigungsrechtliche Normen. Im Mittelpunkt der Untersuchung stehen jedoch die von der Rechtsprechung entwickelten besonderen wirtschaftlichen oder sozialen Gründe. Dabei neigt der OGH einerseits, auf Branchen abzustellen und andererseits, diesen Branchen generell die Zulässigkeit bzw Unzulässigkeit der Aneinanderreihung zu „gewähren“, obgleich das Höchstgericht immer betont, es komme auf eine einzelfallbezogene Betrachtung an.

Es fällt einmal auf, dass das Höchstgericht sehr oft die Aneinanderreihung befristeter Beschäftigungsverhältnisse für zulässig erachtete. Es ist klar dass diese Feststellung alleine keinen eigenständigen Wert besitzt, aber dennoch interessant ist. Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass der OGH bei Saisonbetrieben aneinanderreihungsfreundlich judiziert, wie beispielsweise bei Zirkusunternehmungen, Saisonhotelbetrieben, sowie bei Berufssportlern. Daher ist die vom Höchstgericht immer wieder postulierte grundsätzliche Skepsis zu Kettendienstverhältnissen aufgrund seiner „Realjudikatur“ stark relativiert. Es scheint fast, als sei die Unzulässigkeit von Kettendienstverhältnissen eher die Ausnahme, denn die Regel.

(1) „Besondere wirtschaftliche oder soziale Gründe“ als von der Judikatur entwickeltes Tatbestandselement

Analysiert man anhand der Saisonkoch- bzw Pilotenentscheidung die Frage, was nun wirtschaftliche oder soziale Gründe sind, die ein Kettendienstverhältnis rechtfertigen bzw die Frage, ab wann nun ein wirtschaftliches Risiko auf den Dienstnehmer überwält wird, so tauchen nachstehende Zweifel ob der höchstgerichtlichen Judikatur auf. Die Judikatur definiert nicht, was sie unter besonderen wirtschaftlichen oder sozialen Gründen versteht, vielmehr wird die Pauschalformel durch Reflexe faktischer Natur ausgefüllt. Beide Judikate scheinen auf den ersten Blick richtig. So ist es wohl angemessen, im „Pilotenfall“ die Entscheidung des Dienstgebers, bestimmte Flugzeugtypen auszuschneiden, nicht auf den Dienstnehmer zu überwälzen. Auch der Saisonkoch muss die Tatsache akzeptieren, dass in der toten Saison eben keine Beschäftigungsmöglichkeit besteht. Liegt aber wirklich eine tote

Saison vor? Eine andere Sichtweise könnte zum Ergebnis kommen, dass es sehr wohl in der Sphäre des Hoteliers liegt, ob er schließt oder nicht. Man kann die Entscheidung des Hoteliers auch als Ausfluss eines typischen Betriebsrisikos sehen, das nicht überwältigt werden darf. Der Dienstgeber hat sich im konkreten Fall bewusst für die Schließung seines Betriebes entschieden. Es gibt in Österreich kaum eine Gegend, die wirklich nur innerhalb einer Saison gastgewerbliche Dienstleistungen anbieten kann. Weiters ist der Begriff „Saison“ vom OGH nicht definiert worden, was die Behandlung der Frage eines typischen Betriebsrisikos zusätzlich erschwert. Zudem stützt sich das Höchstgericht auf die Feststellungen der Vorinstanzen, die feststellten, der Betrieb sei von der Witterung und Auslastungssituation abhängig. Die Witterung kann auch in der laufenden Saison eine Rolle spielen und das Abreisen aktueller bzw Nichtbuchen potentieller Gäste verursachen. Gleiches ist zur Auslastungssituation zu sagen. Auch sie kann in der laufenden Saison schwanken. Dennoch hat der Hotelier auf die Auslastungssituation mehr Einfluss, als es die höchstgerichtliche Entscheidung vorgibt. Die Auslastungssituation hängt letztendlich auch vom Service ab, das den Gästen zuteil wird. Die Witterung ist für sich alleine kein Grund, abzureisen, zumal sich das gastgewerbliche Angebot auch auf witterungsunabhängige Leistungen, wie beispielsweise Hallensport oder Wellness, erstrecken kann. Worin liegt also das vom OGH angestrebte besondere Betriebsrisiko wirklich?

Im Rahmen der beiden „Tourneezirkusentscheidungen“ wurde vom OGH ebenfalls von Saisonbetrieben ausgegangen, deren witterungsbedingte Unmöglichkeit, Vorstellungen in den Monaten Februar und März abzuhalten, eine Spielpause rechtfertigten. Auch hier stellt sich – bereits bei nur oberflächlicher Betrachtungsweise – die Frage, wieso ein Tourneezirkus im Dezember und Jänner Vorstellungen abhalten kann, im Februar und März aber nicht. Stellt man nämlich tatsächlich auf die Witterungsbedingungen ab, so ist es in den spielfreien Monaten genauso kalt oder wahrscheinlich bereits wieder wärmer. Die Zirkusvorstellungen finden im Zelt oder einer ähnlichen, mitnehmbaren Behausung statt, die man – im Regelfall - beheizen kann. Eine Saisonpause, die alleinig mit der Witterung begründet wird, ist nur schwer nachvollziehbar, vielmehr fließen mE auch hier Entscheidungen des Managements ein.

Völlig außerhalb der Tatbestände der wirtschaftlichen oder sozialen Notwendigkeit agiert mE das vom OGH in der „Berufsfußballerentscheidung“ angezogene Moment der Branchenüblichkeit. Es mag zutreffen, dass im Berufssport im Allgemeinen und im

Profifußball im Besonderen befristete Spielerengagements vorherrschen, also kraft faktischen Geschehens „branchenüblich“ sind. Denkt man diese sachliche Rechtfertigung jedoch konsequent zu Ende, wird bald jede Branche durch entsprechendes Vertragsabschlussverhalten eine Branchenüblichkeit generieren, die vom Höchstgericht stringenterweise als sachliche Rechtfertigung für Kettendienstverhältnisse anerkannt werden müsste. Es bedarf keiner näheren Erläuterung, dass eine faktische dienstgeberseitige Steuerung der Arbeitsrechtsordnung weder legislatisch zulässig noch sozialpolitisch erwünscht sein kann.

„Zufällig“ richtig ist mE die Volksoперnentscheidung, die klar zum Ausdruck brachte, dass es sich bei der Volksoper um keinen typischen Saisonbetrieb handle, da unter anderem auch keine völlige Stilllegung des Betriebes während der Sommerpause erfolge. Aber auch hier ist nicht klar, was unter einem Saisonbetrieb zu verstehen ist. Richtig ist jedoch, dass die Tatsache, dass die Volksoper – wie andere Theaterbetriebe auch – eine Sommerpause hat, nicht auf die Dienstnehmer überwältzt werden darf, da diese Entscheidung eine ausschließlich subjektive Entscheidung des Volksoперnmanagements ist, die keiner wie immer gearteten, unbeeinflussbaren Determinierung durch Dritte oder höhere Umstände unterliegt.

Besonders problematisch wird die Systematisierung dann, wenn das Höchstgericht auch ausgeprägte subjektive Momente der Dienstnehmersphäre als sachliche Rechtfertigung anerkennt. In der „Medizinstudentenentscheidung“ hat der OGH damit argumentiert, dass die streitige vertragliche Regelung dem Studenten entgegenkomme und von diesem auch so gewünscht gewesen sei. Das Kettendienstverhältnis wurde - mE richtigerweise - aus anderen Argumenten für zulässig erachtet, ein Abstellen auf dieses letzte Argument macht es letztendlich absolut unmöglich, die Kettendienstvertragsproblematik über die Rechtsprechung vorhersehbar- und kalkulierbar zu machen. Der subjektiven Situation im Einzelfall kann eine solche Rechtsprechung zwar gelegentlich gerecht werden, Objektivität und relativ zwingende Bestimmungen des Arbeitsrechts können aber leicht umgangen werden.

Gut argumentiert und mE auch methodisch richtig sind all die vorgestellten Fälle, die den Bereich des Vertragbedienstetenrechtes der Länder und des Bundes betreffen. Hier hat der OGH darauf abgestellt, dass letztendlich gesetzlich determinierte Zulässigkeiten argumentiert werden können bzw eine Interessenabwägung zwischen den Interessen des Landes als Dienstgeber einerseits und den Interessen des Vertragsbediensteten andererseits

den Abschluss von lediglich befristeten Beschäftigungsverhältnissen rechtfertige. Besonders hervorzuheben ist an dieser Stelle der „Assistenzärztinnenfall“ in dem der OGH die Verpflichtung des Landes als Spitalsträger und Ausbildner von Fachärzten als sachliche Rechtfertigung für die bloß befristete Anstellung von Ausbildungsärzten anerkannte.

Bei der Untersuchung der Frage, welche besonderen wirtschaftlichen Gründe die Überwälzung eben dieses besonderen Betriebsrisikos zulässig machen, also die Aneinanderreihung befristeter Dienstverhältnisse rechtfertigern, taucht unweigerlich die Frage auf, was ein normales Betriebsrisiko ist, dessen Nichtüberwältzbarkeit das Ergebnis der unzulässigen Aneinanderreihung nach sich zieht. Jeder Betrieb behauptet sich am Markt und trägt das Risiko des Auftragsverlustes, des wirtschaftlichen Niederganges und des Konkurses als mögliche Rechtsfolge in sich. Aus dieser Perspektive ist die Argumentation eines besonderen Betriebsrisikos als Synonym für „besondere wirtschaftliche Gründe“ nur schwerlich zu argumentieren. Die kaufmännischen und rechtlichen „Spielregeln“ gelten für alle gleich und erlauben zumindest theoretisch keine Unterscheidung in normales und besonderes Betriebsrisiko. Auf dieser Basis scheint daher jeder Versuch, ein besonderes Betriebsrisiko mit Saison- und Branchenargumenten zu begründen, zum Scheitern verurteilt. Denn die Tatsache, dass ein Betrieb nur in der Wintersaison geöffnet hat, ist eben das normale Risiko dieses Betriebes. Die Tatsache, dass der Tournéezirkus aufgrund der Witterung Februar und März nicht geöffnet hat, ist eben das normale Risiko des Betriebes eines Tournéezirkus. Einer Gruppe von Dienstnehmern aus dieser Argumentation heraus jedwede Chance auf ein unbefristetes, kündigungsgeschütztes Arbeitsleben zu verwehren, ist mE sachlich nicht gerechtfertigt. Denn, folgt man der Logik des OGH, bleibt ein Tournéezirkus für immer ein „Saisonbetrieb“.

Argumentativ ist für den OGH auch nichts gewonnen, wenn, wie *Peschek* behauptet, eine Systematisierung und Generalisierung der wirtschaftlichen und sozialen Rechtfertigungsgründe nicht möglich sei und eine Einzelfallprüfung zu erfolgen habe⁵⁰¹. Damit ist der „Willkür“ aber Tür und Tor geöffnet, wenn eine Systematisierung von vorneherein ausgeschlossen wird. Recht muss immer objektivier- und nachvollziehbar bzw in einem gewissen Ausmaß auch prognostizierbar sein. Dieses Erfordernis ist aber bei der Kettenvertragsjudikatur leider zu vermissen. Besondere wirtschaftliche Gründe wirken mE oft „konstruiert“, obgleich das Bedürfnis der Wirtschaft nach befristeten

⁵⁰¹ *Peschek*, Der Saisonbetrieb in Theatern als Rechtfertigung für Kettenarbeitsverträge, RdW 1994, 400.

Beschäftigungsverhältnissen in bestimmten prekären Situationen verständlich und nachvollziehbar ist.

(2) Lösungen für die Praxis

Aus rein theoretischer Sicht müsste das Vorhandensein besonderer wirtschaftlicher Gründe aufgrund der angezogenen Argumente verneint werden. Aus praktischer Sicht kann andererseits der Wirtschaft nicht die Bürde des absoluten Zwanges, jedenfalls unbefristete Dienstverhältnisse abzuschließen, aufgelastet werden. Dagegen sprechen auch die Grundsätze des ABGB, das befristete Dienstverhältnisse grundsätzlich anerkennt. ME stehen zwei Lösungswege, um nicht zwischen Skylla und Charybdis zu gelangen, offen.

Einerseits besteht die Möglichkeit, die Rechtfertigungsgründe, gleich ob wirtschaftlicher oder sozialer Natur zu objektivieren und zu kodifizieren, wie es die Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie fordert bzw sogar ermöglicht. Die Richtlinie kann schließlich auch als Freiraum und nicht lediglich als Einengung gesehen werden.

Andererseits bestünde – schließt man sich der Auffassung der ausreichenden Umsetzung der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie durch § 879 ABGB an - theoretisch auch die Möglichkeit, die Richtlinie durch eine wirklich konsequente Judikatur „umzusetzen“. Der Autor betont „theoretisch“ und setzt das Wort „umsetzen“ deshalb unter Anführungszeichen, um zu unterstreichen, dass es sich bei diesem zweiten Lösungsweg aufgrund der Sichtweise zur Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie und deren legitime Konsequenzen nur um eine theoretische Möglichkeit handelt.

Zu allererst müsste der Begriff des Betriebsrisikos neu definiert werden. Der Betriebsrisikobegriff, von dem auch die Judikatur ausgeht, ist, wie gezeigt, in der bisherigen Form nicht haltbar, da Risiken kettenvertragsrechtfertigend wirken, die normal und typisch sind, sohin keinesfalls den Nimbus des Besonderen beinhalten. ME geht es in Wahrheit nicht um so genannte besondere Risiken, besondere wirtschaftliche oder soziale Gründe, sondern vielmehr um die Frage der unternehmerischen Willensfreiheit.

ME ist die entscheidende Frage, ob das „Betriebsrisiko“ völlig außerhalb der Einflussphäre des Dienstgebers liegt, oder von ihm – wenngleich auch mit Mühe -

beeinflusst werden kann. Unterscheidet nämlich der OGH hier nicht wirklich konsequent, werden alle Judikate Einzelfalljudikate bleiben. Eine Prognose zukünftiger Entscheidungen wird unmöglich sein.

Ein Vergleich mit dem Pilotenfall kann diese These untermauern. Im Pilotenfall hat der OGH sehr wohl die Entscheidung des Dienstgebers, ein bestimmtes Flugzeug auszuscheiden, als mangelnde sachliche Rechtfertigung gesehen und ein unzulässiges Kettendienstverhältnis festgestellt. Wieso im Pilotenfall die Entscheidung des Dienstgebers, bestimmte Flugzeugtypen nicht mehr zu fliegen bzw diese auszuscheiden, ein typisches – normales - Betriebsrisiko sei, das nicht überwältzt werden dürfe, die Witterungs- und Auslastungssituation im Saisonkochfall als besonderes wirtschaftliches Risiko jedoch die Aneinanderreihung rechtfertige, bleibt unklar. In beiden Fällen haben wir es mit Betrieben zu tun, die von der Witterung einerseits und der Auslastung andererseits abhängig sind. Im Pilotenfall wäre mE die Aneinanderreihung befristeter Dienstverhältnisse eher gerechtfertigt, als im Saisonkochfall, da der Betreiber einer Fluglinie aufgrund diverser verwaltungsrechtlicher Vorschriften sogar verpflichtet ist, alte Modelle auszutauschen.

ME kann daher von einer zulässigen Überwälzung eines Betriebsrisikos sinnvollerweise nur dann die Rede sein, wenn es sich um Bereiche handelt, die der Dienstgeber aus eigener Kraft nicht oder kaum mehr beeinflussen kann. In den angeführten Saisonbetriebs- und Tourneezirkusfällen lag diese Entscheidungsmöglichkeit des Managements aber noch vor.

Die Pilotenentscheidung ist daher – wenngleich mit Begründungsmängeln – insofern richtig, als es in der wohl beeinflussbaren Sphäre des Managements lag, die Maschinen so rechtzeitig auszutauschen, dass ein durchgehender Flugeinsatz ein unbefristetes Pilotendienstverhältnis erlaubt.

Die Saisonkochentscheidung ist aus dieser Perspektive falsch, da der Hotelbetreiber aus freiem Willen und nicht fremdbestimmt die Schließung des Hotelbetriebes für einen bestimmten Zeitraum entschied.

Entscheidend ist mE also nicht, ob „besondere wirtschaftliche oder soziale“ Gründe vorliegen, sondern die Frage nach dem Grad der Beeinflussbarkeit derselben aus objektiv determinierter Sicht. Dazu wäre es aber notwendig, bereits im erstinstanzlichen Verfahren die genauen, also die wirklichen Gründe zu erheben, warum ein konkretes Wirtschaftsunternehmen in einem bestimmten Zeitraum am Markt nicht auftreten kann und

warum es daher nicht möglich ist, dem konkret befristet eingestellten Dienstnehmer ein unbefristetes Beschäftigungsverhältnis anzubieten. Im Rahmen einer absolut einzelfallbezogenen Prüfung sollte die Gerichtsbarkeit feststellen, warum ein konkreter Zirkusbetrieb in einem bestimmten Zeitraum nicht spielen kann, ein anderer Zirkusbetrieb in der gleichen Situation sehr wohl dazu in der Lage ist, Vorstellungen aufzuführen. Damit fallen aber pauschale Rechtfertigungsgründe, wie sie vom OGH beispielsweise bei Saisonbetriebsfällen herangezogen werden, so gut wie weg, wenngleich sie noch eine untergeordnete Rolle spielen könnten.

Um beim Beispiel des Tournéezirkus zu bleiben, könnte dies bedeuten, dass ein Tournéezirkus, der befristete Dienstverhältnisse auf angebliche Witterungsbedingungen zurückführt, dies aber nur ein Vorwand ist, um entweder den Betrieb selbstbestimmt zu unterbrechen oder diverse Dienstnehmeransprüche zu vereiteln, sich auf diesen Rechtfertigungsgrund eben nicht mehr stützen kann. Es wäre festzustellen, welche von Unternehmen nicht mehr beeinflussbaren Determinanten das Management „gezwungen“ haben, bestimmte Dienstnehmer immer wieder nur befristet einzustellen. So betrachtet kann es auch keine Rolle spielen, wie viel Zeit zwischen den einzelnen befristeten Dienstverhältnissen vergangen ist⁵⁰². Es wäre mE inkonsequent, Defizite der „Saisontheorie“ mit zeitlichen Komponenten zu verquicken, um im Bewusstsein der Schwächen dieser Argumentation auf anderem Wege die Aneinanderreihung befristeter Dienstverhältnisse zu bejahen.

Ebenso problematisch sind aus dieser Sicht Meinungen, die die Frage der wievielten Wiederholung eines befristeten Dienstverhältnisses in die rechtliche Beurteilung einfließen lassen. Sowohl im Schrifttum als auch in der Judikatur werden gerne „besondere wirtschaftliche oder soziale Gründe“ mit anderen problematischen Tatbestandselementen, wie der Dauer der Unterbrechung der einzelnen befristeten Dienstverhältnisse oder die Anzahl der Aneinanderreihungen vermengt.

Runggaldier und *Schima* vertreten beispielsweise die Ansicht, dass das Ausmaß der Unterbrechungen zwischen den Dienstverhältnissen einen maßgebenden Einfluss auf die Beurteilung von Kettendienstverhältnissen habe⁵⁰³. Es wird damit argumentiert, dass der Zeitraum zwischen den einzelnen befristeten Dienstverhältnissen so groß sein könne, dass man nicht mehr von aneinander gereihten Dienstverhältnissen sprechen könne, wie

⁵⁰² So zB *Peschek*, Der Saisonbetrieb in Theatern als Rechtfertigung für Kettenarbeitsverträge, RdW 1994, 400.

⁵⁰³ *Runggaldier/Schima*, Aussetzungsvereinbarungen in Saisonbetrieben (1994) 77ff.

beispielsweise bei einem im Sommer für fünf oder sechs Monate beschäftigten Surflehrer. Hier bestehe nach *Peschek* gar keine Notwendigkeit mehr, nach sachlichen Rechtfertigungsgründen zu suchen⁵⁰⁴. Diese Auffassung, die Ansprüche an die sachliche Rechtfertigung mit der Länge des Abstandes zwischen den einzelnen befristeten Dienstverhältnissen zu vermengen, wird einerseits mit der Unwahrscheinlichkeit einer Umgehungsabsicht von Schutzvorschriften begründet, andererseits mit einem Gewichten von Tatbestandsmerkmalen im Sinne des beweglichen Systems.

Beide Argumente beruhen aber nicht auf objektivierbaren Parametern. Wieso die Umgehungsabsicht mit steigendem Abstand sinken soll, ist bloße Mutmaßung. Die Saisonbetriebsjudikatur stützt sich, wie dargetan, auf „erforderliche Einschränkungen, notwendige Stilllegungen in der toten Saison bzw witterungsbedingte Unmöglichkeiten“, also Parameter, die ein besonderes wirtschaftliches Risiko darstellen sollen, die die Überwälzung desselben auf den Dienstnehmer ermögliche. Wenn nun aber der Dienstgeber auf diese Umstände keinen Einfluss haben sollte, wie kann er dann auf die Dauer der Unterbrechung einen Einfluss haben? Daher scheint es mE auch nicht wirklich schlüssig, aus einem laut OGH nicht beeinflussbaren betrieblichen Risiko eine Umgehungswahrscheinlichkeit abzuleiten. Die Umgehungsabsicht kann unabhängig von der Dauer der Unterbrechung bzw Unterbrechungen der befristeten Dienstverhältnisse vorhanden sein.

Ebenso problematisch ist mE ein Rückgriff auf das bewegliche System. Dieser methodische Lösungsansatz beruht auf dem Gedanken, ein weniger stark ausgeprägtes Tatbestandsmerkmal durch ein stärker ausgeprägtes Merkmal zu kompensieren. Der Ansatz setzt aber voraus, dass verlässliche Tatbestandsmerkmale vorliegen. Wo dies nicht der Fall ist, kann die Anwendung des beweglichen Systems zu falschen Ergebnissen führen.

Es wurde bislang ausgeführt, dass einerseits ein besonderes betriebliches Risiko nicht bzw nur schwerlich zu argumentieren ist, andererseits jedoch dennoch Umstände vorliegen können, die es dem Dienstgeber nicht ermöglichen, unbefristete Dienstverhältnisse abzuschließen, weil gesetzliche Bestimmungen ein Verhalten erfordern, dass sinnvoller Weise als Reflexwirkung nur den Abschluss eines befristeten Dienstvertrages erlaubt.

Damit ist aber noch nicht die Frage gelöst, wie all diejenigen Fallkonstellationen behandelt werden sollen, die es aus nachvollziehbaren wirtschaftlichen Überlegungen

⁵⁰⁴ *Peschek*, Der Saisonbetrieb in Theatern als Rechtfertigung für Kettenarbeitsverträge, RdW 1994, 400.

notwendig machen, befristete Dienstverhältnisse abzuschließen und dennoch einen zur Rechtsordnung wertungskohärenten Zustand herzustellen. ME geht es gar nicht so sehr um die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von befristeten Dienstverhältnissen, sondern darum, ob nicht vielmehr ein unbefristetes Dienstverhältnis vorliegt, das für bestimmte Zeiträume unterbrochen ist. Diese Konstellation liegt immer dann vor, wenn der Dienstgeber beabsichtigt, denselben – verlässlichen – Dienstnehmer in der nächsten Saison wieder einzustellen und dies über einen an sich unbegrenzten Zeitraum. Dies käme beispielsweise im Falle eines Surf- oder Skilehrers zum Tragen, ebenso beim Saisonkoch oder beim Zirkusmusiker. Die unzulässige Umgehungsabsicht besteht in Wahrheit nicht in einem besonderen Betriebsrisiko, das den Dienstgeber zum Abschluss von wiederholten befristeten Dienstverhältnissen „zwingt“, sondern vielmehr darin, dass der Dienstgeber von vornherein beabsichtigt, „sein“ Personal bei Beginn der nächsten Saison wieder einzustellen, also vom subjektiven Moment den Dienstnehmer auf Dauer, wenngleich mit Unterbrechungen, beschäftigen will.

Ein „echtes“, besonderes Betriebsrisiko besteht nach korrektem Gebrauch des Wortes „Risiko“ mE nur dann, wenn es sich dabei um einen Umstand handelt, der nicht mit Sicherheit eintritt, der also die Möglichkeit zwischen Eintritt und Nichteintritt offen lässt, sohin ein echtes Risiko ist. Kein privater Versicherer würde ein Risiko versichern, das mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintritt. Genauso sorgfältig sollte auch im Arbeitsrecht der Risikobegriff gebraucht werden, um ihn nicht mit unternehmerischer Willensfreiheit zu verwechseln. Ein Unternehmen, das seinen Betrieb aus wirtschaftlichen oder saisonalen Gründen für einen bestimmten Zeitraum schließt, unterliegt daher keinem besonderen Risiko, sondern agiert im Rahmen seiner unternehmerischen Gestaltungs- und Willensfreiheit.

Zulässig und arbeitsrechtskonform sind daher Lösungen, die ein unbefristetes, kündigungsgeschütztes Dienstverhältnis mit entgeltfreien Unterbrechungen vorsehen. Dabei ist in erster Linie an Karenzierungsvereinbarungen zu denken⁵⁰⁵. Solche Vereinbarungen können entweder ausdrücklich vereinbart werden oder ergeben sich durch Vertragsauslegung. Indizwirkung hat beispielsweise der Umstand, dass der unterbrechende Unternehmer immer

⁵⁰⁵ Vgl dazu *Pacic*, Die Gestaltung von Karenzierungs- und Unterbrechungsvereinbarungen, AsoK 2007, 227; *Runggaldier/Schima*, Aussetzungsvereinbarungen in Saisonbetrieben (1994); *Runggaldier*, Grenzen und Möglichkeiten der Aussetzung des Arbeitsvertrages, RdA 1986, 274; *Praxmarer*, Der Aussetzungsvertrag aus arbeitsrechtlicher Sicht, RdA 1986, 21; *Klein*, Zur „Aussetzung“ des Arbeitsvertrages, RdA 1983, 247.

wieder dieselben Dienstnehmer zu denselben Bedingungen einstellt. Der Dienstgeber bezahlt in den Unterbrechungszeiträumen kein Entgelt⁵⁰⁶. Der Dienstnehmer bleibt in einem unbefristeten Dienstverhältnis und unterliegt dem allgemeinen Kündigungsschutz. Alle zeitabhängigen sonstigen Ansprüche des Dienstnehmers bleiben gewahrt, da die österreichische Arbeitsrechtsordnung noch immer überwiegend auf die ununterbrochene Dauer der Unternehmenszugehörigkeit abstellt. Dieses Ergebnis kann auch das Ergebnis einer ergänzenden Vertragsauslegung sein und wird in vielen Fällen auch als entscheidungswesentlicher Sachverhalt festgestellt werden können.

Diese Lösung hat allerdings den Nachteil dass der karenzierte Dienstnehmer nicht arbeitslosenversichert ist⁵⁰⁷. Das bedeutet, dass in diesem Bereich der Gesetzgeber gefordert ist, einen – auch EU-rechtskonformen – Zustand herzustellen.

Im Gegensatz zur Karenzierungsvereinbarung stellt eine Lösung, die auf eine Unterbrechung des Dienstverhältnisses hinzielt, eine so genannte Unterbrechungsvereinbarung, darauf ab, den Dienstnehmer zu einem späteren Zeitpunkt wieder einzustellen. Das Dienstverhältnis wird im Rahmen solcher Vereinbarungen tatsächlich beendet, also endabgerechnet. Dem Dienstnehmer werden alle beendigungsabhängigen Ansprüche ausbezahlt. Weiters wird eine Wiedereinstellung zu einem klar definierbaren, späteren Zeitpunkt vereinbart. Hält sich der Dienstgeber nicht an die vereinbarte Wiedereinstellung, ist der Dienstnehmer im Rahmen seines Schadenersatzanspruches so zu stellen, als wäre die Wiedereinstellung zu den vereinbarten Bedingungen erfolgt.

(3) Systematisierung

Ungeachtet der bereits erörterten Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie und deren – zwingende - Umsetzungserfordernisse, denen sich auch die österreichische Arbeitsrechtsordnung nicht entziehen kann, sollten die innerstaatlichen Rechtfertigungsgründe zur zulässigen mehrfachen Aneinanderreihung befristeter Dienstverhältnisse unter folgenden Kategorien eingeordnet werden. Diese Notwendigkeit ergibt sich aus der Tatsache, dass die Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie in Österreich noch

⁵⁰⁶ Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist ein Vorschlag *Bydlinskys* in einem nicht veröffentlichten Gutachten, der meint, da das Risiko der Unterbrechung ohnedies „von den Parteien einkalkuliert sei“, rechtfertige dies eine relative Lohnkürzung für Zeiten, in denen gearbeitet wird, um Deckung für die Lohnzahlung in der toten Saison zu schaffen, in *Runggaldier/Schima*, Aussetzungsvereinbarungen in Saisonbetrieben (1994) 48f.

⁵⁰⁷ JBl 1993, 470; vgl auch *Resch*, Sozialrecht² (2001) 135.

nicht umgesetzt worden ist. Im bestehenden österreichischen Arbeitsrechtssystem, also ohne vollständige Umsetzung der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie, sollten nur die folgenden drei Kategorien von mehrfach hintereinander befristeten Dienstverhältnissen Anwendung finden.

(a) Gesetzlich unmittelbar oder mittelbar
determinierte Befristungen

Einerseits sollten mehrfache Befristungen immer dann zulässig sein, wenn gesetzliche Bestimmungen ein Dienstgeberverhalten entweder einfordern oder mittelbar bedingen, das nur den Abschluss befristeter Dienstverhältnisse zulässt. Als gutes Beispiel kann der Fall der Assistenzärztin angeführt werden, die in einem Ausbildungsverhältnis zum Land Tirol stand und auch danach lediglich befristete Dienstverträge erhielt. Das Ärztegesetz beinhaltet klare Ausbildungsbestimmungen, deren Einhaltung notwendig ist, um die Berufsbezeichnung Facharzt oder Allgemeinmediziner beanspruchen zu können⁵⁰⁸. Sowohl § 7 als auch § 8 ÄrzteG sehen vor, dass die Ausbildung zum Allgemeinmediziner oder zum Facharzt in anerkannten Ausbildungsstätten zu erfolgen habe. Aus dem Ärztegesetz ergibt sich daher mittelbar, dass Ärzte in Ausbildung nur im Rahmen befristeter Dienstverträge beschäftigt werden können, um auch nachfolgenden Jungmediziner eine realistische Chance auf Erhalt eines Ausbildungsplatzes zu ermöglichen. Also determiniert das Ärztegesetz mittelbar das Vertragsverhalten des Dienstgebers, der in der Regel ein im Eigentum einer Gebietskörperschaft stehendes öffentliches Krankenhaus sein wird. Den gleichen Einschränkungen unterliegen natürlich auch konfessionelle oder private Krankenanstalten. Die sachliche Rechtfertigung besteht im Assistenzärztinnenfall daher im mittelbaren gesetzlichen Erfordernis der Ausbildungsvorschriften des ÄrzteG. Das erkennt auch der OGH, wenngleich aus dem Entscheidungstext kein Leitsatz zu gewinnen ist.

⁵⁰⁸ Aigner/Kierein/Kopetzki, Ärztegesetz³ (2007) §§ 7 ff.

(b) Befristungen aufgrund rechtlich zulässiger Willensfreiheit

Eine weitere Kategorie kettendienstvertragsrechtfertigender Fälle bilden all die Fallkonstellationen, in denen Dienstverhältnisse zeitlich befristet zur⁵⁰⁹ Probe abgeschlossen werden oder der Wille des Dienstnehmers, eine wiederholte Befristung zu akzeptieren, eindeutig und unmissverständlich zu Tage tritt, ohne dass der freie Wille des Dienstnehmers auch nur irgendwie beeinträchtigt ist. In diesen Konstellationen rechtfertigt der wahre Wille der Parteien die mehrfache Aneinanderreihung, eine im Hintergrund vorhandene sachliche Rechtfertigung rundet das Ergebnis nur noch ab.

Als Beispiel eines zeitlich befristeten Dienstverhältnisses zur Probe, das neuerlich zur Probe befristet wird, kann der Fall eines Lehrlings herangezogen werden, dem eine letzte Chance gegeben werden sollte, um ein engagierteres Verhalten an den Tag zu legen⁵¹⁰. Der OGH ist davon ausgegangen, dass sich der durch das Verbot Geschützte nicht unbedingt auf die Ungültigkeit berufen muss, sondern das Rechtsgeschäft auch gegen sich gelten lassen könne, es ausdrücklich bestätigen und somit heilen könne.

Beiden Konstellationen liegt der Gedanke der Privatautonomie zugrunde. Allerdings kann man gegen diese Auffassung einwenden, dass es im Einzelfalle auf den jeweiligen Normzweck ankomme. Das bedeutet für die Praxis, dass an die Sachverhaltsinstanzen, in erster Linie also das Arbeits- und Sozialgericht, allerhöchste Anforderungen zu stellen sind, um zu vermeiden, dass Fälle verdünnter Willensfreiheit mit Fällen wahrer Einwilligung vermengt werden⁵¹¹. Stellen sich nämlich die in den Judikaten festgestellten Sachverhalte als erwiesen heraus, kann mE von einer Umgehung zwingender Schutznormen nicht die Rede sein.

(c) Sphärenfälle

In einigen, wenigen Ausnahmefällen kann ein „Betriebsrisiko“ tatsächlich einen rechtfertigenden Umstand bilden. Allerdings handelt es sich in diesen Fällen nicht um das von der Judikatur entwickelte „besondere Betriebsrisiko“, dessen Existenz der Autor anzweifelt, sondern vielmehr um die Fälle, in denen die Unmöglichkeit des Abschlusses von

⁵⁰⁹ Im Gegensatz zum Dienstverhältnis *auf* Probe gem § 19 Abs 1 AngG.

⁵¹⁰ OLG Wien 25.2.2005, 7 Ra 193/04k = ARD 5632/6/2005.

⁵¹¹ Vgl auch *Krejci in Rummel*, ABGB I³ (2000) § 879 Rz 249.

unbefristeten Verträgen außerhalb der Sphäre des Betriebes liegt, also von diesem absolut nicht oder so gut wie nicht beeinflussbar ist. Dabei handelt es sich nicht um Fälle, deren „besonderes wirtschaftliches oder soziales Risiko“ in Wahrheit in der Willensbildung des Betriebsinhabers bzw des Managements zu suchen sind, sondern um Fälle, in denen absolut nicht steuer- bzw beeinflussbare externe Umstände den Betriebsinhaber zum Abschluss von befristeten Beschäftigungsverhältnissen veranlassen.

Darunter fallen Betriebe wie Stände auf Weihnachtsmärkten, nur zu bestimmten Zeiträumen stattfindende Messen etc. Die Tatsache, dass Weihnachten nur einmal im Jahr ist und die Zeitspanne der Öffnung eines Standes am Weihnachtsmarkt auf den Zeitraum von Mitte November bis zum Heiligen Abend beschränkt ist, ist ein nichtsteuerbarer Umstand außerhalb der betrieblichen bzw unternehmerischen Sphäre und rechtfertigt den Abschluss von befristeten Beschäftigungsverhältnissen. Gleiches muss für einen Messestand gelten, dessen Betrieb auch nur für den Zeitraum der Messe, der in der Regel eine Woche umfasst, möglich ist.

Man kann diese Fälle als „Sphärenfälle“ bezeichnen. Sie charakterisieren sich mE dadurch, dass zwar kein betriebliches und wirtschaftliches Risiko vorliegt, aber die Steuerung des Unternehmens durch die tatsächlichen Bedingungen des Marktes bzw des wirtschaftlichen Umfeldes so stark eingeschränkt ist, dass ein ununterbrochener ganzjähriger Betrieb absolut unmöglich ist, ohne dass das Management auch nur den geringsten Einfluss ausüben kann.

(4) Ergebnis

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Judikatur zum Kettendienstverhältnis die Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie aufgrund der aufgezeigten formalen und inhaltlichen Mängel nicht umsetzt. Weiters kann festgehalten werden, dass die Kettenvertragsjudikatur von der mE problematischen Prämisse des „besonderen wirtschaftlichen und sozialen“ Risikos ausgeht, das in vielen Fällen Anlass zu stark ausgeprägter Branchen- bzw Einzelfalljudikatur gibt.

V. Meinungsstand zur Frage der Zulässigkeit befristeter Dienstverhältnisse und deren Kündbarkeit

A. Meinungsstand im Schrifttum

Der Oberste Gerichtshof vertritt nicht nur in vereinzelten Entscheidungen, sondern in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass die Parteien eines Dienstverhältnisses für ein auf bestimmte Zeit eingegangenes Dienstverhältnis (zusätzlich) die Möglichkeit einer Kündigung (zu einem früheren Termin) vereinbaren können⁵¹². Dienstverhältnisse können nicht nur auf unbestimmte, sondern auch auf bestimmte Zeitdauer abgeschlossen werden. Ein solcherart befristetes Dienstverhältnis endet grundsätzlich durch Zeitablauf⁵¹³. Eine vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund ist dennoch möglich⁵¹⁴. Das ABGB kennt die Kündigung befristeter Dienstverhältnisse nicht. Das ABGB bildet ein in sich geschlossenes System, das zwischen einer ordentlichen und einer außerordentlichen Kündigung unterscheidet. Die ordentliche Kündigung⁵¹⁵ bringt ein nicht auf bestimmte Zeit eingegangenes Dienstverhältnis zur Lösung und hat unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Termine und Fristen zu erfolgen. Im Gegensatz dazu steht die außerordentliche Kündigung⁵¹⁶, die das auf bestimmte Zeit eingegangene Dienstverhältnis vor dessen Ablauf oder ein nicht auf bestimmte Zeit abgeschlossenes Dienstverhältnis auch außerhalb der Kündigungsstermine beendet. § 1158 ABGB, der bestimmt, dass das Dienstverhältnis mit dem Ablauf der Zeit, für die es eingegangen wurde, endet, ist eine zwingende, nicht disponible Vorschrift⁵¹⁷. Die im § 1164 Abs 1 ABGB aufgezählten Bestimmungen sind einseitig zwingend. Das bedeutet, dass sie zulasten des Dienstnehmers weder durch Individualdienstvertrag, noch durch Betriebsvereinbarungen oder Kollektivverträge aufgehoben oder beschränkt werden⁵¹⁸. Es

⁵¹² OGH 8.2.1983, 4 Ob 183/82; OGH 4 Ob 105/85; OGH 9 Ob A 47/87; OGH 9 Ob A 204/93; OGH 9 Ob A 88/94; OGH 9 Ob A 89/94; OGH 9 Ob A 19/94; OGH 9 Ob A 193/94; OGH 9 Ob A 39/95; OGH 8 Ob A 261/95; OGH 8 Ob A 305/95; OGH 8 Ob A 2206/96m; OGH 9 Ob A 155/97b; OGH 9 Ob A 330/98i; OGH 9 Ob A 303/00z; OGH 9 Ob A 43/03v; OGH 8 Ob A 42/04s; OGH 9 Ob A 49/05d; sowie ZAS 1980/7 mit Anmerkung *Buchsbaum*.

⁵¹³ Vgl § 1158 iVm § 1159 ABGB.

⁵¹⁴ § 1162 ABGB.

⁵¹⁵ § 1159 ABGB.

⁵¹⁶ § 1162 ff ABGB.

⁵¹⁷ § 1164 Abs 1 ABGB.

⁵¹⁸ *Reissner in ZellKomm* § 1164 ABGB Rz 1.

stellt sich daher die Frage, ob in diesem System für eine Kündigung befristeter Dienstverhältnisse überhaupt noch ein Spielraum bleibt.

In einer zu 4 Ob 11/79⁵¹⁹ ergangenen Besprechung äußerte sich *Buchsbaum* richtungweisend zur Frage, ob befristete Dienstverhältnisse aufgrund einer entsprechenden Parteienvereinbarung vor Ablauf des Endtermins aufgekündigt werden können. Wie bereits dargetan, hat der Oberste Gerichtshof unter Berufung auf *Buchsbaum* diese Ansicht in ständiger Rechtsprechung in seine Judikatur einfließen lassen⁵²⁰. *Buchsbaum* beschreibt in seiner Besprechung zu 4 Ob 11/79⁵²¹ einleitend kurz das Problem. Streitpunkt in diesem Fall war die Frage, ob schon für das Arbeitsverhältnis zur Probe eine Kündigungsmöglichkeit bzw auch ein zusätzlicher Kündigungstermin vereinbart worden war. *Buchsbaum* definiert das befristete Dienstverhältnis⁵²² als Dauerschuldverhältnis, das immer auf gewisse Zeit abgeschlossen sei. Der Ausdruck „auf gewisse Zeit“ deute auf die relative Dauer des Verhältnisses hin, wobei aber nicht nur die Vereinbarung einer bestimmten Frist gemeint sei, sondern auch die Tatsache, dass die Verpflichtung sowohl ohne Zeitbestimmung (auf unbestimmte Zeit) als auch mit Zeitbestimmung (befristet, auf bestimmte Zeit) erfolgen könne. Dies entspreche dem Grundsatz der Vertragsfreiheit der Parteien. *Buchsbaum* weist darauf hin, dass im Arbeitsleben in der Regel Arbeitsverhältnisse auf unbestimmte Zeit eingegangen werden würden. Solche Dienstverhältnisse stellten den Normalfall dar, befristete Dienstverhältnisse jedoch die Ausnahme. *Buchsbaum* bespricht in der Folge, was unter Befristung zu verstehen sei. Er führt aus, dass darunter die von den Parteien angeordnete zeitliche Beschränkung des Rechtsverhältnisses zu verstehen sei. Weiters grenzt er die Befristung von der Bedingung ab. Unter Verweis auf die damalige herrschende Lehre und Rechtsprechung⁵²³ führt *Buchsbaum* aus, dass auch Vereinbarungen zulässig seien, bei denen der Endtermin ein kalendermäßig noch nicht feststehendes Ereignis sein könne, wenn nur der künftige Eintritt genau dieses Ereignisses objektiv feststellbar und vorhersehbar sei und das Vertragsende nicht von der Willkür oder Ermessensentscheidung einer Vertragspartei abhängen.

⁵¹⁹ OGH 27.3.1979; 4 Ob 11/79 = ZAS 1980, 60.

⁵²⁰ OGH 15.7.1987, 9 Ob A 47/87.

⁵²¹ ZAS 1980, 60.

⁵²² *Buchsbaum* verwendet den Begriff Arbeitsverhältnis.

⁵²³ *Kramer*, Hauptprobleme des befristeten und resolutiv bedingten Arbeitsverhältnisses, DRdA 1973,

Für *Buchsbaum* ist klar, dass eine Kündigung vor Ablauf der vereinbarten Zeit in der Regel nicht möglich sei. Dies ergäbe sich aus den Regelungen der §§ 1158 Abs 1 ABGB und 19 Abs 1 AngG. Es stelle sich aber, so *Buchsbaum* weiter, die Frage, ob bei befristeten Dienstverhältnissen eine Kündigungsmöglichkeit durch vertragliche Vereinbarung der Parteien geschaffen werden könne. *Buchsbaum* führt aus, es falle auf, dass der Gesetzgeber die Bestimmungen der §§ 19 Abs 1 und 20 Abs 2 AngG nicht in die Aufzählung des § 40 AngG aufgenommen habe⁵²⁴. Nach Auffassung *Buchsbaums* sei dies ein gewichtiges Indiz für die Zulässigkeit einer Kündigungsvereinbarung in befristeten Dienstverträgen. *Buchsbaum* begründet seine These mit einem Umkehrschluss. Da der Gesetzgeber die Bestimmungen der §§ 19 Abs 2 und 20 Abs 2-5 AngG ausdrücklich für unabdingbar erklärt, spreche alles gegen die Annahme, dass ihm hier ein Versehen unterlaufen sei. Wenn nicht überzeugende Gründe für das Gegenteil sprächen, so *Buchsbaum* weiter, müsse man davon ausgehen, dass ein Gesetzgeber, der von einem bestimmten Paragraphen lediglich dessen zweiten Absatz für zwingend erklärt, den ersten dispositiv gestalten wolle. Dazu reiche aber der bekannte Umstand, dass die Aufzählung des § 40 AngG nicht erschöpfend sei, nicht aus. Die Lehre habe gezeigt, dass sich bei einigen, in § 40 AngG nicht erwähnten Bestimmungen des AngG schon aus Wortlaut, Inhalt und Zweck ergäbe, dass sie durch Parteienvereinbarung nicht abgeändert werden könnten. Dazu zählen vor allem die Bestimmungen über den Geltungsbereich des AngG⁵²⁵. Für die nicht in der Aufzählung des § 40 AngG enthaltenen §§ 19 Abs 1 und 20 Abs 1 AngG würden diese Überlegungen aber nach *Buchsbaum* nicht zutreffen. § 20 Abs 1 AngG sei lediglich eine Einleitung der Bestimmungen der Abs 2-5 des § 20 AngG. Sein Inhalt drücke nichts anderes aus, als den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Grundsatz, dass auf bestimmte Zeit abgeschlossene Dauerschuldverhältnisse durch einseitigen rechtsgestalteten Akt der Kündigung enden. Ein Recht des Angestellten könne man darin nur insoweit erblicken, als diese Bestimmung die einseitige Beendigung, Beschränkung oder gänzliche Abdingung der Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis durch Kündigung zu beenden, zu Lasten des Dienstnehmers verbiete. Dass eine Kündigung überhaupt nur bei Arbeitsverhältnissen ohne Zeitbestimmung zulässig wäre, kann nach Auffassung *Buchsbaums* auch im Hinblick auf § 21 AngG und § 25 Abs 1 KO nicht abgeleitet werden. Bei der Bestimmung des § 19 Abs 1 AngG würden die Dinge nicht viel anders liegen. Der Inhalt sei

⁵²⁴ Gem § 40 AngG können die Rechte, die den Angestellten aufgrund der Bestimmungen der §§ 6 Abs 3, 8, 9, 10 letzter Abs, 12, 14 Abs 2, 15, 16, 17, 17a, 18, 19 Abs 2, 20 Abs 2-5, 21-24, 29, 30 Abs 2-4, 31 Abs 1, 34, 37-39 zustehen, durch den Dienstvertrag weder aufgehoben noch beschränkt werden. Es handelt sich dabei um einseitig zwingende Bestimmungen, denen nur dann derogiert werden darf, wenn sie den Dienstnehmer günstiger stellen, als es das Gesetz tut.

⁵²⁵ §§ 1-5 AngG.

der allgemeine zivilrechtliche Grundsatz, dass befristete Dauerschuldverhältnisse ihr Ende grundsätzlich durch Zeitablauf finden⁵²⁶. Diese Bestimmung wolle nur klarstellen, dass ein befristetes Dienstverhältnis jedenfalls von selbst durch Zeitablauf ende, ohne einer besonderen Kündigung zu bedürfen und grundsätzlich nicht früher. Daraus könne man schon im Hinblick auf die §§ 21 AngG und 25 Abs 1 KO und die unbestritten zulässige Möglichkeit einer einvernehmlichen Auflösung des Dienstvertrages, jedoch nicht ableiten, dass befristete Arbeitsverhältnisse ohne Einschränkung nur durch Zeitablauf enden könnten. Deshalb, so schlussfolgert *Buchsbaum*, sei kein Grund ersichtlich, weshalb der Gesetzgeber mit zwingender Wirkung eine Kündigungsvereinbarung bei befristeten Arbeitsverhältnissen ausschließen wollte.

Für *Buchsbaum* ergibt sich die Zulässigkeit der Vereinbarung eines Kündigungsrechtes beim befristeten Dienstvertrag einerseits aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit und andererseits aus dem Fehlen einer zwingenden Wirkung des § 1158 Abs 1 und 4 ABGB sowie der §§ 19 Abs 1 und 20 Abs 1 AngG.

Im Rahmen einer Entscheidungsbesprechung zu 4 Ob 125/78⁵²⁷ führt *Heinrich* gegen die Meinung *Buchsbaums* massive Bedenken aus. Zunächst, so führt *Heinrich* aus, bestimme § 1164 ABGB ausdrücklich die zwingende Wirkung des § 1158 ABGB. *Buchsbaum* versuche, so *Heinrich* weiter, über diese Klippe dadurch hinwegzukommen, dass er auf das AngG verweise, das die §§ 19 Abs 1 und 20 Abs 1 im § 40 AngG als zwingende Vorschrift nicht erwähne. In den grundsätzlichen Fragen, wie der Endigung befristeter Dienstverhältnisse, dürfe es nach *Heinrich* keinen Wertungswiderspruch im Bereich des AngG und des ABGB geben. *Buchsbaum* sei nach Auffassung *Heinrichs* zuzustimmen, dass in den Fragen der Auflösung befristeter Dienstverhältnisse ein Wertungswiderspruch möglichst nicht vorliegen sollte. *Heinrich* spricht sich aber mit Nachdruck dagegen aus, die Frage so zu lösen, dass man entgegen der ausdrücklichen Bestimmung des § 1164 ABGB § 1158 Abs 1 ABGB als nicht zwingend betrachte. Dies gehe nach Auffassung *Heinrichs* zu weit. Wie bereits dargetan, will *Buchsbaum* die zwingende Wirkung des § 1158 ABGB im Auslegungswege auf die Abs 2 und 4 reduzieren.

Heinrich vertritt einen völlig konträren Lösungsansatz. Er führt zuerst aus, dass das AngG die Bestimmungen der §§ 19 Abs 1 und 20 Abs 1 nicht unter den einseitig zwingenden Vorschriften des § 40 AngG nenne. Damit gäbe es vom Gesetzeswortlaut nur zwei Möglichkeiten. Entweder man betrachtet diese Bestimmungen als vertraglich in keiner

⁵²⁶ Unter Hinweis auf §§ 1113 und 1449 ABGB.

⁵²⁷ OGH 20.2.1979, 4 Ob 125/78 = ZAS 1981, 21.

Richtung abänderbar oder aber als dispositives Recht. Nach *Heinrichs* Auffassung verbiete die Analogie zum ABGB, die Vorschriften der §§ 19 Abs 1 und 20 Abs 1 AngG als beiderseits dispositiv zu betrachten. Darüber hinaus sei für diese beiden Bestimmungen charakteristisch, dass es sich wie im ABGB um Grundsatzbestimmungen für eine Gestaltung des Gesamtsystems der Auflösung des Dienstverhältnisses handle. Dem Gesetzgeber des AngG, so *Heinrich* abschließend, war dies offenbar Grund genug, auf die Frage der Nachgiebigkeit dieser Normen überhaupt nicht einzugehen, weil eben die zweiseitig zwingende Wirkung offenbar selbstverständlich erschien. In diesem Sinne würden die erwähnten Vorschriften eine Grundstruktur des AngG bilden, die einer vertraglichen Besprechung nicht zugänglich seien. Das System des AngG bleibe so auch iVm § 25 AngG in sich widerspruchsfrei, wenn man die Abdingbarkeit der §§ 19 Abs 1 und 20 Abs 1 AngG verneine. Dies ergäbe sich auch daraus, dass außerordentliche Kündigungsrechte, die außerhalb dieses Grundmodells bestünden, ausdrücklich in den §§ 21 AngG und 25 Abs 1 KO⁵²⁸ normiert seien.

Etwa zur selben Zeit beschäftigt sich auch *Löschnigg*⁵²⁹ mit der Frage des Bestandschutzes befristeter Dienstverhältnisse. Interessant ist seine einleitende Feststellung, dass befristete Dienstverhältnisse in der Regel nur für kurze Zeit abgeschlossen werden würden. Dennoch seien auch befristete Dienstverhältnisse mit fünf bis zehnjähriger Befristung denkbar, wenngleich die Häufigkeit solcher Verträge mit zunehmender Befristung abnehme. *Löschnigg* leitet nach allgemeinen Erläuterungen des arbeitsrechtlichen Begriffsmaterials zur Erklärung des Begriffes des Bestandschutzes über. Er führt aus, dass der Begriff des Bestandschutzes im Verhältnis zu jenem des befristeten Dienstverhältnisses⁵³⁰ komplexer sei. Unter Bestandschutz im weiteren Sinn könne die Summe all jener Maßnahmen und Aktionen verstanden werden, die die Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses fördere. Bestandschutz im engeren Sinne umfasse hingegen nur den Kündigungs- und Entlassungsschutz in den verschiedenen Ausprägungen. Aufgrund der größeren Praktikabilität und eindeutigen Abgrenzung werde normalerweise der engere Bestandschutzbegriff verwendet. Kündigungs- und Entlassungsschutz würden vor allem zum Zeitpunkt der eigentlichen Kündigung bzw Entlassung wirken. Nur dann, so *Löschnigg* weiter, wenn der Dienstgeber annehme, dass eine Kündigungs- oder Entlassungsanfechtung Erfolg haben werde, trete eine Präventivwirkung

⁵²⁸ Kündigungsmöglichkeit des Masseverwalters bei bereits angetretenem Dienstverhältnis.

⁵²⁹ *Löschnigg*, Bestandschutz und befristetes Dienstverhältnis, RdA 1980, 17.

⁵³⁰ *Löschnigg* verwendet die Begriffe Dienstverhältnis und Arbeitsverhältnis gleichermaßen, ohne einem Begriff den Vorzug zu geben.

bereits während des aufrechten Dienstverhältnisses ein. Der Bestandschutz im weiteren Sinn bringe diese Präventivwirkung stärker zum Ausdruck, wenn der Dienstgeber beispielsweise eine relativ hohe Abfertigung leisten müsste.

Anlass für die Untersuchungen *Löschnigg* bot eine Entscheidung des Einigungsamtes⁵³¹, in der die Anwendbarkeit des § 106 ArbVG auf befristete Dienstverhältnisse kurzerhand abgelehnt wurde. Begründet wurde die Entscheidung damit, dass eine Kündigung im befristeten Dienstverhältnis nicht möglich sei und damit auch kein Kündigungsschutz nach § 105 ArbVG eingreifen könne. Da der allgemeine Kündigungsschutz jedoch eine notwendige Voraussetzung für den allgemeinen Entlassungsschutz darstelle, komme das Einigungsamt zu dem Ergebnis, dass der allgemeine Entlassungsschutz auf befristete Dienstverhältnisse nicht zur Anwendung gelangen könne.

In der Folge überprüft *Löschnigg*, inwieweit die in der Entscheidung des Einigungsamtes aufgestellte Argumentationskette einer eingehenden Durchleuchtung standhält. Im Hinblick auf die Anwendbarkeit von Bestandschutzbestimmungen sei die Frage, ob eine bestimmte Art, ein Dienstverhältnis aufzulösen, grundsätzlich zulässig sei, und in weiterer Folge die Frage, welche Konsequenzen die Judikatur einer zweckfremden Verwendung der betreffenden Lösungsart beimisst. Unter dem Titel „Zeitablauf und einvernehmliche Auflösung“ führt *Löschnigg* zunächst aus, dass die einfachste und vom Gesetz vorgesehene Beendigung beim befristeten Dienstverhältnis die Endigung durch Zeitablauf ist. Weder der Kündigungsschutz nach § 105 ArbVG, noch der Entlassungsschutz nach § 106 ArbVG vermögen hier zu helfen, da der Fristablauf ipso iure wirkend löst und nicht etwas durch eine vorangegangene rechtsgeschäftliche Willenserklärung in Form einer Kündigung. Sozusagen als Korrektiv sieht *Löschnigg* die Unzulässigkeit der mehrfachen Aneinanderreihung befristeter Dienstverhältnisse als Ausprägung des Bestandschutzes im weiteren Sinn. Als weitere, unbestrittene Lösungsform führt *Löschnigg* schließlich die einvernehmliche Auflösung an, die im wechselseitigen Einvernehmen zum Tragen komme. Dass bei der einvernehmlichen Auflösung keinerlei Bestandschutz zur Anwendung kommen könne, liege in der Art der Auflösung selbst begründet.

⁵³¹ EA Wien 7.12.1976, II Re 332/76.

Unter dem Titel „Die Kündigung im befristeten Dienstverhältnis“ geht *Löschnigg* auf mögliche Lösungsarten befristeter Dienstverhältnisse⁵³² ein. *Löschnigg* stellt einleitend die Frage, ob nicht auch beim „Arbeitsverhältnis auf bestimmte Zeit“ eine Kündigung möglich sei und welche Konsequenzen diese Kündigung nach sich ziehe. §§ 19 AngG und 1158 Abs 1 ABGB, so führt *Löschnigg* aus, bestimmen für befristete Dienstverhältnisse als Lösungsart lediglich den Zeitablauf. Gleichsam binde §§ 20 AngG und 1158 Abs 4 ABGB die Kündigungsmöglichkeit ausdrücklich an das Vorhandensein eines unbefristeten Dienstverhältnisses⁵³³. Aus diesen Bestimmungen leitet *Löschnigg* die Unzulässigkeit der Kündigung von befristeten Dienstverhältnissen ab. Dabei unterscheidet *Löschnigg* zwischen der Kündigung des befristeten Dienstverhältnisses mit und ohne vertraglich vereinbarter Kündigungsmöglichkeit.

Löschnigg zitiert sodann Meinungen anderer Autoren. Er verweist auf *Spielbüchler* und *Floretta*⁵³⁴, die sich zwar für die Unzulässigkeit der ausgesprochenen Kündigung im befristeten Dienstverhältnis aussprechen, jedoch die Auflösung des Dienstverhältnisses als Rechtsfolge bejahen. Die Rechtswirksamkeit einer solchen Kündigung wäre aus §§ 1162b und 29 AngG abzuleiten. Wenn eine unbegründete Entlassung das Dienstverhältnis auf bestimmte Zeit zur Auflösung bringe, so könne für eine unzulässige Kündigung nichts anderes gelten.

Dem gegenüber stellt *Löschnigg* die gegenteilige Auffassung *Mayer-Malys*⁵³⁵, der aus der Unzulässigkeit einer Kündigung auch ihre Wirkungslosigkeit schlussfolgert. Eine Kündigung durch den Dienstgeber wäre dann immer rechtsunwirksam, gleichgültig, zu welchem Zeitpunkt sie erfolgt. Diese Meinung werde auch von *Adler* und *Höller*⁵³⁶ vertreten, die sie damit begründen, dass sich der Kündigende nicht durch einseitigen Akt von seinen Pflichten aus dem Dienstvertrag befreien kann. Es könne aber auch nicht angenommen werden, dass der andere Teil⁵³⁷ für die restliche Vertragsdauer bei Aufrechterhalten seiner Rechte von seinen Verbindlichkeiten befreit sei. Zu solch einer Annahme müsste nach *Adler/Höller* eine gesetzliche Grundlage gegeben sein. Beide Autoren kommen zu dem Ergebnis, dass der Vertrag trotz Kündigung als fortbestehend anzusehen sei.

⁵³² *Löschnigg* bevorzugt hier den Terminus „Arbeitsverhältnisse auf bestimmte Zeit“.

⁵³³ *Löschnigg* verwendet hier den Terminus „Dienstverhältnis ohne Zeitbestimmung“.

⁵³⁴ *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I³ (1988) 268ff.

⁵³⁵ *Mayer-Maly*, Österreichisches Arbeitsrecht, 110.

⁵³⁶ *Adler/Höller* in *Klang* V, 326.

⁵³⁷ Gemeint ist hier klarerweise der Dienstnehmer. Vgl auch § 1162a iVm § 1162b ABGB.

Löschnigg gibt den Lehrmeinungen *Mayer-Malys* und *Adler/Höller* den Vorzug, räumt aber ein, auch den Auffassungen *Spielbüchlers* und *Florettas* etwas abgewinnen zu können. *Löschnigg* führt dazu aus, es sei nicht gänzlich von der Hand zu weisen, dass eine unterschiedliche Wirkung von Kündigung und Entlassung nicht einsichtig erscheine. Warum *Löschnigg* der Auffassung *Mayer-Malys* aber wirklich den Vorzug gibt, ist aus seiner Abhandlung nicht klar zu erkennen. *Löschnigg* hält fest, dass eine unbegründete Entlassung das Dienstverhältnis zur Auflösung bringe, wohingegen eine unzulässige Kündigung rechtsunwirksam bliebe. Dies stelle aber keinen Einzelfall dar, zumal nach § 105 ArbVG jede Kündigung als rechtsunwirksam zu qualifizieren sei, die ohne Verständigung des Betriebsrates oder vor Ablauf der 5-Tage-Frist bzw vor Abgabe der Stellungnahme des Betriebsrates ausgesprochen wurde. Im Gegensatz dazu werde nach herrschender Lehre das Arbeitsverhältnis durch den Ausspruch einer Entlassung beendet, unabhängig davon, ob eine Verständigung des Betriebsrates erfolgte, oder nicht⁵³⁸. Auch im Bereich des Kündigungs- oder Entlassungsschutzes könne demnach, falls der Betriebsrat nicht verständigt worden sei, eine auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses gerichtete Erklärung des Arbeitgebers rechtswirksam oder rechtsunwirksam sein, je nachdem, ob es sich um eine Entlassung oder um eine Kündigung handle.

Löschnigg führt zu diesem Problem abschließend aus, die Unzulässigkeit der Kündigung im befristeten Dienstverhältnis resultiere aus der grundsätzlichen Unvereinbarkeit von Befristung und Kündigung. Wenngleich auch die Mischung von Vertragstypen grundsätzlich möglich sei⁵³⁹, schlossen die gesetzlichen Bestimmungen⁵⁴⁰ eine Kombination der beiden Beendigungsarten für das Arbeitsverhältnis aus. Diese Unvereinbarkeit, so *Löschnigg* weiter, führe zu der Konsequenz, dass diese die Unzulässigkeit der Kündigung im befristeten Dienstverhältnis sowohl im Falle des befristeten Dienstverhältnisses mit Kündigungsvereinbarung, als auch im befristeten Dienstverhältnis mit Kündigungsausschluss gegeben sein müsste.

Interessant ist auch folgender Ansatz *Löschniggs*. Er führt aus, dass beim befristeten Dienstverhältnis mit vereinbarter Kündigungsmöglichkeit der Gedanke im Hintergrund stehe, dass ein befristetes Dienstverhältnis *ohne* diese zusätzliche Vereinbarung nicht kündbar sei.

⁵³⁸ *Kuderna*, Die Anfechtung von Entlassungen nach dem ArbVG, ZAS, 1974, 168f.

⁵³⁹ *Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages, 109 u 195.

⁵⁴⁰ *Löschnigg* meint hier die § 1158 Abs 4 ABGB, § 20 AngG und § 1164 ABGB.

Diese Einstellung kehre sich beim Dienstverhältnis mit vertraglich festgelegtem Kündigungsausschluss ins Gegenteil um. Nicht die Unzulässigkeit, sondern die Zulässigkeit der Kündigung im befristeten Dienstverhältnis werde angenommen, denn der vertragliche Ausschluss der Kündigung, die ansonsten schon ex lege unzulässig wäre, ginge ins Leere. Würde man demnach Vereinbarungen, sowohl über eine Kündigungsmöglichkeit, als auch über einen Kündigungsausschluss konstitutive Bedeutung beimessen, ginge man hinsichtlich des einfach befristeten Dienstverhältnisses von zwei völlig verschiedenen Grundpositionen aus. Diese dogmatische Inkonsequenz könne jedoch, so *Löschnigg*, dadurch vermieden werden, indem man den Grundsatz der Unvereinbarkeit von Kündigung und Befristung konsequent fortsetzt. Dies bedeute aber auch, dass einerseits ein vertraglich festgelegter Kündigungsausschluss überflüssig sei, da die Art des Dienstverhältnisses selbst die Kündigung ausschließe, und andererseits die Vereinbarung einer Kündigungsmöglichkeit gleichzeitig mit einer Befristung nicht getroffen werden könne⁵⁴¹.

Trattner hält fest, dass sich Kündigung und Befristung wechselseitig ausschließen, jedoch könnten die Vertragsparteien des Individualdienstvertrages bei einem befristeten Dienstverhältnis eine Kündigungsmöglichkeit zu einem früheren Termin vereinbaren oder auch das Dienstverhältnis einvernehmlich auflösen. Eine diesbezügliche Vereinbarung sei nach *Trattner* jedenfalls notwendig⁵⁴². Der Abschluss eines befristeten Dienstverhältnisses sei aber auch ein Risiko, weil beide Vertragsparteien, sowohl Dienstgeber, als auch Dienstnehmer an diese Vereinbarung gebunden seien und daher das Dienstverhältnis nicht vor dem vereinbarten Zeitpunkt aufgelöst werden könne. Diese Auffassung überrascht insofern, als *Trattner* ein tragendes Prinzip der (nicht nur) österreichischen Zivilrechtsordnung⁵⁴³ als Risiko darstellt, ohne auf die damit verbundene Sicherheit im Sinne des Bestandschutzes hinzuweisen.

Trattner scheint sich – jedoch ohne ausdrückliches Bekenntnis und auch ohne ausführliche Begründung - der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes anzuschließen und fordert, dass die Dauer des befristeten Dienstverhältnisses und die Möglichkeit der Kündigung in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen müssten.

⁵⁴¹ Anders OGH 24.1.1978, Arb 9663.

⁵⁴² *Trattner*, Kündigung bei befristeten Arbeitsverhältnissen? Vereinbarung über die Kündigungsmöglichkeit zu einem früheren Termin möglich, ASoK 2000, 101.

⁵⁴³ Vgl den römischrechtlichen Grundsatz „pacta sunt servanda“.

Bei sehr kurz befristeten Dienstverhältnissen wie beispielsweise einem Halbjahresvertrag sei die Zulässigkeit der Vereinbarung einer Kündigungsmöglichkeit sehr fraglich⁵⁴⁴.

In einem sehr umfangreichen Beitrag setzte sich *Egger*⁵⁴⁵ unter anderem auch mit der Frage der Kündbarkeit von befristeten Dienstverhältnissen auseinander. Auch er hält einleitend fest, dass Kündigung und Befristung einander grundsätzlich ausschließen. *Egger* setzt sich in seinem Beitrag vorwiegend mit der Frage der Kündigung des befristeten Dienstverhältnisses durch den Dienstgeber auseinander und unterscheidet zwei Fallgruppen.

Einerseits den Fall der Kündigung des befristeten Dienstverhältnisses durch den Dienstgeber zum vereinbarten Endtermin, der nach Meinung *Eggers* rechtlich bedeutungslos wäre.

Andererseits aber den hier interessierenden Fall, dass das Ende der Kündigungsfrist vor dem Endtermin des befristeten Dienstverhältnisses läge. *Egger* spricht in diesem Fall von einer unzulässigen Kündigung, die das Dienstverhältnis zwar beende, jedoch den Dienstgeber die nachteiligen Folgen der ungerechtfertigten vorzeitigen Auflösung des Dienstverhältnisses tragen lasse. Der Dienstnehmer behalte in diesem Fall seine Entgeltansprüche, die ihm bis zum Zeitpunkt des Endtermines des befristeten Dienstverhältnisses zustünden. Als Kernargument führt *Egger* die verbreitete Auffassung an, dass auch eine ungerechtfertigte Entlassung das Dienstverhältnis beende⁵⁴⁶.

Für *Egger* bedeute allerdings der grundsätzliche gesetzliche Kündigungsausschluss nicht, dass nicht eine Kündigung zu einem früheren Termin vereinbart werden könne. Allerdings dürfe die vom Dienstgeber einzuhaltende Kündigungsfrist nicht kürzer als die mit dem Dienstnehmer vereinbarte Kündigungsfrist sein. *Egger* räumt aber ein, dass „vorsichtigerweise“ bemerkt werden müsse, dass vertraglich vereinbarte Kündigungsfristen „wohl nur bei längerer Befristung zulässig erscheinen“. Die Dauer der Befristung und die Möglichkeit einer Kündigung müssten also in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Dabei sei immer der Einzelfall zu prüfen.

Geist geht von dem Faktum aus, dass sowohl die (überwiegende) Lehre, als auch die ständige höchstgerichtliche Rechtsprechung davon ausgehen, dass in befristeten

⁵⁴⁴ *Trattner*, Kündigungsmöglichkeit bei befristeten Dienstverhältnissen, SWK 1996, B 96; vgl auch OGH 30.11.1995, 8 Ob A 305/95.

⁵⁴⁵ *Egger*, Die Beendigung von befristeten Arbeitsverhältnissen im Lichte der Rechtsprechung, WBl 1993, 33.

⁵⁴⁶ Unter Verweis auf OGH 17.12.1963 Arb 7889; OGH 16.1.1976 ZAS 1978, 15.

Dienstverträgen prinzipiell Kündigungsmöglichkeiten vereinbart werden dürften⁵⁴⁷. Stehe dies fest, so stelle sich in weiterer Folge die Frage, welchen Spielraum die Rechtsordnung den Parteien dafür lässt. Unter Verweis auf die höchstgerichtliche Judikatur betont *Geist*, dass die für unbefristete Dienstverhältnisse geltenden zwingenden Kündigungsmodalitäten analog auch bei vereinbarter Kündigungsmöglichkeit bei befristeten Dienstverhältnissen zur Anwendung kämen. Insbesondere dürfe die vom Dienstgeber einzuhaltende Kündigungsfrist nicht kürzer sein, als die vom Dienstnehmer einzuhaltende Frist.

In der Folge setzt sich *Geist* mit der Frage der Angemessenheit der Kündigungsklausel im Verhältnis zur Vertragsdauer auseinander und bringt dabei den Begriff des beweglichen Systems⁵⁴⁸ im Rahmen der Interessenabwägung ins Spiel. Er verweist auf das Schrifttum⁵⁴⁹, das teilweise die Auffassung vertritt, eine Kündigung im befristeten Dienstverhältnis sei nur bei längerer Vertragsdauer zulässig, um die Vorteile der Bestandfestigkeit von befristeten Dienstverträgen nicht zu gefährden, wobei die Dauer der Befristung und die Möglichkeit einer Kündigung in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen müssten, kritisiert aber zu Recht, dass bei den „meisten literarischen Protagonisten“ die dogmatische Grundlage für diese Einschränkungen offen bliebe. Die höchstgerichtliche Judikatur kritisiert *Geist* insofern, dass Aussagen dahingehend fehlten, mit welchen Terminen bzw Fristen eine Kündigung akzeptiert worden wäre. *Geist* moniert auch die Tendenz des Höchstgerichtes, Kündigungsvereinbarungen qua Inhaltskontrolle gänzlich zu eliminieren, weil zu häufige Kündigungstermine bzw zu kurze Fristen vorlagen. Dies sei überschießend und entspreche nicht den Grundsätzen der österreichischen Rechtsordnung⁵⁵⁰. Als Resümee hält *Geist* fest, dass der vom OGH eingeschlagene Weg, Kündigungsklauseln in befristeten Dienstverträgen einer über die analoge Anwendung der für unbefristete Dienstverhältnisse geltenden zwingenden Kündigungsmodalitäten hinausgehenden Inhaltskontrolle zu unterziehen, durchaus begrüßenswert sei. Als Faustregel könne davon ausgegangen werden, dass Kündigungsklauseln bei Vertragsbefristungen auf mindestens fünf Monate unbedenklich seien, wenn die für unbefristete Verträge geltenden zwingenden gesetzlichen bzw kollektivvertraglichen Kündigungsmodalitäten, insbesondere Kündigungsfristen, vorgesehen würden. Aus § 5 Z 2 ParlamentsmitarbeiterG sei außerdem die Grundwertung zu entnehmen, dass prinzipiell eine Kündigungsklausel, deren Kündigungsfristen und Kündigungstermine

⁵⁴⁷ *Geist*, Kündigungsklauseln bei befristeten Arbeitsverhältnissen, ÖJZ 2002, 405.

⁵⁴⁸ Vgl vor allem *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht (1950).

⁵⁴⁹ *Martinek/Schwarz*, Abfertigung – Auflösung des Arbeitsverhältnisses, 59f.

⁵⁵⁰ Vgl dazu auch *Geist*, RdA 1996/41.

den jeweiligen zwingenden Regelungen für unbefristete Dienstverhältnisse entsprächen, rechtlich zu tolerieren sei. Umgekehrt seien, so *Geist* weiter, wohl Kündigungsklauseln bei Verträgen bis zu zweimonatiger Befristung auch dann grundsätzlich zulässig, wenn keine besonderen Ausbildungsinteressen des Dienstnehmers gegeben seien. Besondere Umstände des Einzelfalles könnten jedoch alleine oder in Kombination mit anderen jeweils eine abweichende Beurteilung rechtfertigen, so zum Beispiel einzelnes Aushandeln einer Kündigungsklausel, besondere Interessen der Beteiligten, Nebenberuflichkeit der Tätigkeit oder überdurchschnittliche Entlohnung. Abschließend weist *Geist* noch darauf hin, dass stets geprüft werden müsse, ob für das befristete Dienstverhältnis eine Kündigungsklausel tatsächlich wirksam vereinbart worden sei. Für den Dienstgeber bedeute dies, dass, wollte er eine solche Kündigungsklausel im befristeten Dienstverhältnis vereinbaren, so müsse er dies klar und deutlich tun.

In hohem Maße dienstnehmerschutzorientiert sind die Thesen *Bands*⁵⁵¹. *Band* bietet zwei interessante Lösungsmöglichkeiten an. Einerseits fordert sie die sachliche Rechtfertigung der Kündigungsklausel als isolierten Vertragsbestandteil. Andererseits spricht sie sich für die sachliche Rechtfertigung bereits der Befristung an sich aus, dies allerdings in Kombination mit der sachlichen Rechtfertigung der Kündigungsmöglichkeit. *Band* akzeptiert offenbar die in Lehre und Rechtsprechung überwiegend vertretene Auffassung des dispositiven Charakters der §§ 19 Abs 1 AngG und 1158 Abs 1 ABGB. Dies bedeute, dass weder Arbeiter noch Angestellter ein gesichertes Recht auf Beendigung ihrer befristeten Dienstverhältnisse nur durch Zeitablauf hätten. Für *Band* stellt sich daher nicht die Frage, ob Kündigungsklauseln in befristeten Dienstverhältnissen möglich seien, sondern nur deren Grenzen innerhalb der Rechtsordnung.

Band spricht sich dafür aus, Kündigungsvereinbarungen, wie jede andere Klausel auch, einer Inhaltskontrolle anhand des Sittenwidrigkeitskorrektivs⁵⁵² zu unterziehen. Prüfungsgegenstand sei das Verhältnis der wechselseitigen Interessenlagen anhand der Wertungen, die für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen inhärent sind. Sittenwidrigkeit liege dann vor, wenn eine Interessenabwägung ergäbe, dass eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen oder bei Interessenkollision ein grobes Missverhältnis zwischen den durch die Klausel verletzten und den durch sie geförderten Interessen vorliege⁵⁵³.

⁵⁵¹ *Band*, Befristeter Arbeitsvertrag und Kündigungsmöglichkeit. Gibt es Grenzen bei der Kombination von Befristung und Kündigungsmöglichkeit? Zugleich eine Besprechung von OGH 27.8.2003, 9 Ob A 43/03v und OGH 24.6.2004, 8 Ob A 42/04s, ZAS 2004, 47.

⁵⁵² § 879 ABGB.

⁵⁵³ Vgl dazu auch *Krejci* in *Rummel*, ABGB³, § 879 Rz 55.

Band stellt daher die Frage, ob jede Kündigungsklausel in einem befristeten Arbeitsvertrag immer eine Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses zur Folge habe und sie daher immer sachlich zu rechtfertigen sei. Die Autorin schlussfolgert aus höchstgerichtlichen Judikaten eine Tendenz des OGH, die Bestandfestigkeit eines Dienstverhältnisses als rechtlich geschützt zu bewerten⁵⁵⁴. *Band* stützt die These, dass Dienstnehmer bei Abschluss eines befristeten Dienstverhältnisses im Allgemeinen ungünstiger gestellt zu betrachten seien, als bei Abschluss eines unbefristeten Dienstverhältnisses, auch auf Wertungen, die dem positiven Recht mittelbar zu entnehmen seien⁵⁵⁵. Dem Interesse des Dienstnehmers an der Bestandfestigkeit des Dienstverhältnisses stünde das Interesse des Dienstgebers an der freien Auflösbarkeit des Dienstverhältnisses gegenüber. Der bisherigen Judikatur des OGH sei zu entnehmen, dass ein angemessenes Verhältnis zwischen der Dauer der Befristung und den Kündigungsterminen und Kündigungsfristen verlangt werde. *Band* moniert aber, dass die Rechtsprechung bislang kein einheitliches Bild liefere. Deshalb ließen sich für die Zukunft keine Prognosen stellen.

Band geht im Rahmen eines weiteren Lösungsansatzes noch einen interessanten Weg. Sie hält vorerst fest, dass in Österreich die erstmalige Befristung eines Dienstverhältnisses keines Grundes bedarf. Erst der Abschluss eines zweiten, folgenden Dienstverhältnisses bedürfe einer sachlichen Rechtfertigung. Daher bedurfte auch die Kombination einer Befristung mit einer Kündigungsvereinbarung keiner sachlichen Rechtfertigung. *Band* vermutet hinter der Kombination von befristeten Dienstverhältnissen mit Kündigungsvereinbarungen die Absicht des Dienstgebers, den Dienstnehmer zu einem bestimmten Termin „jedenfalls problemlos loszuwerden“. Diese Kombination zieler daher auf die Umgehung des Kündigungsschutzes ab. Daher habe, so *Band* weiter, eine umfassende Sittenwidrigkeitsprüfung des gesamten Vertragsinhaltes zu erfolgen. Dies könne nach *Band* dazu führen, dass sogar die Befristung selbst – entgegen der sonst landläufigen und herrschenden Ansicht, dass die erste Befristung keiner Begründung bedürfe – sachlich zu rechtfertigen sei. Dabei sei aber auch nach dem Grund für die Notwendigkeit der Kündigungsklausel zu fragen.

Folgendermaßen geht *Band* nun bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit vor. Die Ausgangslage stützt sich auf folgende Annahmen. Da die erstmalige Befristung eines Dienstverhältnisses nach österreichischer Doktrin keiner Begründung bedürfe, sei zuerst nach dem Grund für die Notwendigkeit einer Kündigungsklausel zu fragen. Eine Begründung, so

⁵⁵⁴ Unter Verweis auf OGH 8.6.1994, 9 Ob 88 – 90/94, ZAS 1995, 193 (mit Anmerkung von *Reissner*) mwN.

⁵⁵⁵ § 10a MuttSchG; § 11 Abs 2 Z 4 AÜG.

Band weiter, sei meist schnell gefunden. Die Dienstgeber wollten flexibel auf Veränderungen der Marktlage, des Anforderungsprofiles, des Persönlichkeitsbildes oder der Leistungsfähigkeit der Dienstnehmer reagieren. Diese Argumente würden jedoch für die Form des unbefristeten Dienstvertrages sprechen, zumal befristete Verträge in aller Regel zu kurz für solche Beurteilungen wären. Daher sei nach dem Grund für die Befristung zu fragen. Diese könne nun, so *Band* weiter, nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass sich der Dienstgeber ganz allgemein nicht zu lange an den Dienstnehmer binden wolle. Denn eben dafür sei der befristete Dienstvertrag vom Gesetzgeber vorgesehen worden und als Ausgleich für die den Dienstnehmer treffende Benachteiligung von einer besonderen Bestandfestigkeit des befristeten Dienstverhältnisses auszugehen. Daher wären nur solche Rechtfertigungen zulässig, die ein auf den Einzelfall bezogenes Interesse des Dienstgebers darstellen.

Band plädiert also einerseits dafür, dass Kündigungsvereinbarungen in befristeten Dienstverhältnissen jedenfalls einer Begründung bedürfen, meint aber, dass es noch sinnvoller wäre, die Befristung für sich oder die Kombination von Befristung und Kündigungsvereinbarung als Ganzes einer Inhaltskontrolle iSd § 879 ABGB zu unterwerfen.

Band fordert konkret:

„Zwischen Dauer der Befristung und Länge der Kündigungsfristen bzw Lage der Kündigungstermine muss immer ein angemessenes Verhältnis bestehen, das idR durch Vereinbarung der gesetzlichen oder kollektivvertraglichen, für unbefristete Dienstverträge geltende Kündigungsfristen und -termine als gegeben anzusehen ist.

Bei besonders kurzen Befristungen ist eine Kündigungsklausel nur bei sachlicher Rechtfertigung, also Geltendmachung eines besonderen Interesses auf Dienstgeberseite, zulässig. In Betracht kommen kann hier allerdings nur ein auf den einzelnen Fall bezogenes Interesse, kein allgemeines Interesse, wie das Bedürfnis des Dienstgebers, auf Veränderungen der Marktverhältnisse oder der Leistungsfähigkeit des Dienstnehmers schnell und flexibel reagieren zu können.

Bei längeren Befristungen ist eine zusätzliche sachliche Rechtfertigung nur gefordert, wenn auf Seiten des Dienstnehmers ein auf den Einzelfall bezogenes zusätzliches Interesse an der Unkündbarkeit für die volle Dauer der Befristung besteht oder ein über die Bestandfestigkeit hinausgehendes, rechtlich geschütztes Interesse des Dienstnehmers durch

die Kündigungsmöglichkeit verletzt werden würde, sonst genügt ein angemessenes Verhältnis zwischen Befristungsdauer und Kündigungsfristen und -terminen.

Zu diesem Zweck sind eine genauere Erörterung der konkreten Interessen der Parteien und die Herausarbeitung von Anhaltspunkten für die Wertigkeit dieser Interessen durch das Gericht erforderlich.

Nicht außer Acht lassen darf man überdies, dass die sonstigen gesetzlichen Kündigungsvorschriften, insbesondere das Fristengleichheitsgebot im AngG und ABGB, jedenfalls zu berücksichtigen sind und auch der Kündigungsschutz des ArbVG im Falle einer tatsächlichen Kündigung zur Anwendung kommen muss“.

Bands Überlegungen haben offenbar ihre Wirkung nicht verfehlt, sah sich doch *Tomandl* veranlasst, im selben Jahr unmittelbar auf *Bands* Thesen zu replizieren. Dabei ist schon *Tomandls*⁵⁵⁶ Einleitung bemerkenswert. Er bezeichnet die Überlegungen *Bands* als „engagiert“, meint aber, dass eine „intensivere Auseinandersetzung“ zu anderen Ergebnissen führe.

Tomandl spricht sich gegen eine Begründungspflicht der Erstbefristung aus und stützt dies auf die These, dass es im positiven Recht nur eine Ausnahme von der begründungsfreien Befristung gäbe, nämlich in § 11 Abs 2 Z 4 AÜG. Dass die erstmalige Befristung keinerlei Begründung bedürfe, lasse sich auch aus dem Mutterschutzgesetz ableiten, welches zulasse, dass mit Frauen, auch wenn diese bereits schwanger sind, befristete Dienstverträge abgeschlossen werden könnten⁵⁵⁷.

Tomandl geht aber einen Schritt weiter. Er vertritt die Auffassung, dass sogar die Judikatur über die Unzulässigkeit⁵⁵⁸ von Kettendienstverträgen einer gesetzlichen Grundlage entbehre. *Tomandl* nimmt zwar die Befürchtungen der Judikatur ernst, dass zeitabhängige Bestimmungen des Arbeitsrechts unterlaufen werden könnten, führt aber aus, dass die meisten von diesen Bestimmungen in der Zwischenzeit weggefallen sind⁵⁵⁹. Das habe vor allem die Abfertigung betroffen.

⁵⁵⁶ *Tomandl*, Höchstbefristung: Eine andere Sichtweise, ZAS 2004, 48.

⁵⁵⁷ Vgl §§ 10 und 10a MSchG.

⁵⁵⁸ Diese sind nach hL allerdings nur unter bestimmten Voraussetzungen unzulässig, die noch Gegenstand dieser Arbeit sein werden.

⁵⁵⁹ Unter Verweis auf *Miklau*, Probleme des Kettendienstvertrages, ZAS 1974, 43.

Ganz im Gegensatz zur überwiegenden, die Judikatur zum Kettendienstverhältnis anerkennenden Lehre, geht *Tomandl* noch einen Schritt weiter. Er sieht in dieser Judikatur sogar eine Verschlechterung der Position des Dienstnehmers, da es im Falle der Feststellung der Unzulässigkeit der zweiten Befristung und darauf folgender Kündigung zu einer Verkürzung der Gesamtdauer der Beschäftigungszeit kommen könnte. In diesem Fall gälte es von Anfang an als unbefristet abgeschlossen und könne daher unter Einhaltung der Kündigungsfristen und Kündigungstermine jederzeit gekündigt werden.

Tomandls Skepsis scheint aber auch vor dem allgemeinen Kündigungsschutz⁵⁶⁰ nicht Halt zu machen. *Tomandl* folgert, dass durch Kettendienstverhältnisse der allgemeine Kündigungsschutz nur in den Fällen unterlaufen werden könne, die vom Schutz erfasst seien. Dies sei nicht der Fall, wenn die Gesamtdauer dieser Kettendienstverträge sechs Monate unterlaufe, weiters bei Dienstnehmern in Kleinstbetrieben und leitenden Angestellten.

Es verwundert nicht, dass *Tomandl* auch in „zusätzlichen“ Kündigungsvereinbarungen kein Problem sieht. Es sei zwar sicher, dass dadurch die Bindung auf eine bestimmte Zeit aufgeweicht werde, der Gesetzgeber mute diese Ungewissheit jedoch dem Dienstnehmer durchaus zu.

Auch die These, die Vereinbarung einer Möglichkeit zur vorzeitigen einseitigen Lösung widerstreite schon vom Grundsatz der Konzeption des befristeten Dienstvertrags, lasse, so *Tomandl*, sich leicht widerlegen. Nach § 1158 Abs 3 ABGB könne ein für die Dauer von mehr als fünf Jahren befristetes Dienstverhältnis vom Dienstnehmer kraft Gesetzes nach Ablauf dieser fünf Jahre aufgekündigt werden. Diese Bestimmung sei zwingender Natur und könne durch vertragliche Vereinbarung nicht ausgeschlossen werden. Dadurch sei zumindest Langfristzeitverträgen die Kündigungsmöglichkeit durch den Dienstnehmer immanent.

Als „einzig möglichen“ weiteren Ansatzpunkt biete sich die Drucktheorie an, obgleich auch hier zu prüfen sei, ob der Dienstnehmer wegen seiner wirtschaftlichen Lage nicht in der Lage gewesen sein könnte, seinen wahren Willen zum Ausdruck zu bringen und in der Folge eine Kündigungsklausel akzeptiert, die er nie billigen würde, wäre er nicht auf das Einkommen aus diesem Dienstvertrag angewiesen. Dabei vertritt *Tomandl* die These, dass

⁵⁶⁰ §§ 105 ff ArbVG.

Dienstnehmer durch Kündigungsklauseln bei kurzer Vertragsdauer stärker getroffen würden, als bei langer Vertragsdauer. Ein Dienstnehmer, dessen Dienstverhältnis nur auf wenige Wochen oder Monate abgeschlossen wurde, verliere, so *Tomandl* wortwörtlich, nur wenig, da sich angesichts der einzuhaltenden Kündigungsfristen und Kündigungstermine ohnedies nur eine relative geringe Verkürzung des Dienstverhältnisses ergäbe. Ganz anders sähe die Lage dagegen bei einem auf längere Zeit befristeten Vertrag aus. Bei einem Dreijahresvertrag würde es daher den Dienstnehmer wesentlich härter treffen, würde er bereits nach einem Jahr gekündigt werden. Eine lange Befristung könne für den Dienstnehmer auch zum Hemmschuh werden, da er sich in dieser Zeit nicht auf dem freien Arbeitsmarkt anbieten kann.

Tomandl räumt aber ein, dass in gewissen Fällen, wenn beispielsweise die Kündigungsklausel in einem auffallenden Widerspruch zur klar erkennbaren Zielsetzung der Befristung stehe, diese unwirksam sein kann. Grundsätzlich gäbe es aber keinen tragfähigen Grund für die Annahme, die Vereinbarung einer Höchstbefristung sei generell unzulässig. Daher bedürfe es auch keiner Begründung für die Zulässigkeit einer Kündigungsklausel im befristeten Dienstverhältnis.

Tomandls Standpunkte und Thesen fußen mE zu stark auf positivistischen Methodenlehren, die gerade im Arbeitsrecht mit Bedachtnahme auf die besondere Zielsetzung des Arbeitsrechts als Dienstnehmerschutzrecht besonders behutsam angewendet werden sollten. Dabei sollten auch Feststellungen wie, wer nur über ein kurzfristiges Dienstverhältnis verfüge, könne auch nicht viel verlieren, aus der Sicht des Schutzzwecks des Arbeitsrechts und der Wirklichkeit der Arbeitswelt besonders kritisch überdacht werden. Tatsache ist, dass gerade kurze und kürzeste Befristungen Bevölkerungsgruppen mit niedrigerer Bildung, niedrigem sozialem Status und nur geringer bis kaum ausgeprägter Repräsentation in Lobbyinggruppen und politischen Vertretungen betreffen. Einer allein erziehenden und allein verdienenden Mutter zweier Kinder im Rahmen einer Urteilsbegründung darzutun, die Kündigung ihres auf sechs Monate befristeten Dienstvertrages bei einem Reinigungsdienstleister sei (auch deshalb) zulässig, zumal sie nur sehr wenig zu verlieren hätte, setzt wohl einen sehr ausgeprägten rechtspositivistischen Zugang voraus. Im Übrigen ist kritisch anzumerken, dass *Tomandl* seine an sich schlüssig durchdachte Argumentationslinie – stimmt man seinen Grundthesen zu – im Ergebnis entwertet, wenn er für die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigungsklausel lediglich einen auffallenden Widerspruch zur klar erkennbaren Zielsetzung fordert bzw diesen Parameter in den Vordergrund stellt. Damit

stimmt er zwar einerseits der von Band geforderten Sittenwidrigkeitsprüfung im Sinne des § 879 ABGB zu, dies andererseits ohne *Bands* argumentative Tiefe.

B. Rechtsprechung

1. Ältere Rechtsprechung

Im Rahmen einer älteren Entscheidung⁵⁶¹ sprach der OGH aus, dass ein befristetes Dienstverhältnis dann als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen gelte, wenn zugleich das Recht der Kündigung vor Ablauf der Vertragsdauer vereinbart worden sei⁵⁶².

Im Rahmen einer weiteren älteren Entscheidung vertrat der OGH⁵⁶³ die Ansicht, dass in einem dem VBG unterliegenden Dienstverhältnis die Vereinbarung einer Kündigungsmöglichkeit nicht getroffen werden könne. Eine solche Vereinbarung könne nur als Sondervertrag gem § 36 VBG zustande kommen und bedürfe der Genehmigung des Bundeskanzlers.

2. Jüngere Rechtsprechung

Im Rahmen der jüngeren Judikatur ist folgende Entscheidung⁵⁶⁴ interessant. Darin spricht der OGH aus, dass eine Kündigung ein befristetes Dienstverhältnis, das durch einen vertraglich vereinbarten Kündigungsausschluss zusätzlich bestandfest gemacht worden sei, nicht zur Auflösung bringe⁵⁶⁵. Der zur weiteren Dienstleistung bereite Dienstnehmer habe daher im Falle der Nichtbeschäftigung einen Entgeltanspruch nach § 1155 ABGB. Wäre hingegen der befristete Dienstvertrag nicht durch einen vereinbarten Kündigungsausschluss zusätzlich bestandfest gemacht worden, würde der befristete Dienstvertrag aufgrund der vorzeitigen und somit zeitwidrigen Kündigung zum aufgekündigten Termin enden, dem

⁵⁶¹ Arb 4807.

⁵⁶² Vgl auch OGH 17.12.1957, Arb 6768.

⁵⁶³ Arb 7813.

⁵⁶⁴ Arb 9663.

⁵⁶⁵ Vgl dazu auch Arb 9424; Arb 9258; Arb 8732 sowie Arb 7940.

Dienstnehmer bliebe jedoch die Möglichkeit, Kündigungsentschädigung „bis zum Ablauf der bestimmten Vertragszeit“ zu begehren⁵⁶⁶.

Der OGH vertritt offenbar schon in dieser Entscheidung die Auffassung, ein befristetes Dienstverhältnis könne nur dann nicht vor Ablauf der bedungenen Zeit gekündigt werden, wenn es durch einen vereinbarten Kündigungsausschluss zusätzlich bestandfest gemacht worden sei.

Diese Auffassung ist insofern problematisch, als im Falle des Nichtvorhandenseins eines solchen „zusätzlichen“ Kündigungsausschlusses, also im Falle eines lediglich befristeten Dienstverhältnisses, eine Kündigung desselben ohne weiteres möglich sein müsste. Gerade diese Auffassung vertritt der OGH in ständiger Rechtsprechung nicht. Er setzt vielmehr voraus, dass die Möglichkeit einer vorzeitigen Kündigung auch vertraglich vereinbart wurde. Wo dies nicht der Fall ist, ist auch eine vorzeitige Auflösung eines befristet abgeschlossenen Dienstverhältnisses nicht möglich. Das Erfordernis des zusätzlich vereinbarten Kündigungsausschlusses schafft, wie noch gezeigt werden wird, einen vom Gesetz nicht vorgesehenen zusätzlichen Tatbestand, der lediglich neue dogmatische Probleme mit sich bringt. Eine erhöhte Bestandfestigkeit ist mE auch nicht gegeben, da ansonsten unterstellt werden müsste, das Gesetz gewähre zu wenig Bestandfestigkeit, die nur durch privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten der Vertragsparteien geschaffen werden könnte. Damit verlagert das Höchstgericht die Bestandfestigkeit von (in dem Fall) Dienstverträgen in die Sphäre von Privatpersonen, deren Fähigkeit, ein synallagmatisches Gleichgewicht zu schaffen, gerade im Arbeitsrecht verneint wird.

Anzumerken ist, dass der OGH in dieser Entscheidung nicht vorzeitige, zeitwidrige, aber rechtmögliche Kündigungen von vorzeitigen, zeitwidrigen, aber rechtsunmöglichen Kündigungen unterscheidet. So entsteht der Eindruck, eine Kündigung würde ein befristetes Dienstverhältnis jedenfalls beenden. Das ist nicht der Fall. Nur eine durch die Rechtsordnung erlaubte, also rechtmäßige oder rechtmögliche Kündigung beendet ein Dienstverhältnis, gleich, ob befristet oder unbefristet.

Folgendes höchstgerichtliches Judikat⁵⁶⁷ verdient besondere Aufmerksamkeit. Obgleich die Frage der Zulässigkeit einer Vereinbarung, wonach ein zeitlich befristetes Dienstverhältnis vor Ablauf der Zeit gekündigt werden kann, nur ein Nebenthema ist, war diese Entscheidung Anlass für *Buchsbaum*, sich mit der Frage der Aufkündbarkeit von

⁵⁶⁶ Vgl auch Arb 9424; Arb 9258; Arb 8732; Arb 7940.

⁵⁶⁷ ZAS 1980, 7; vgl auch Arb 9776 = ZAS 1980, 58 (mit Anmerkung *Buchsbaum*).

befristeten Dienstverhältnissen vor Ablauf der Zeit genauer auseinander zu setzen. Deshalb soll dieses Judikat besonders detailreich wiedergegeben werden.

Kernthema dieser Entscheidung war die Frage, wie das Stillschweigen auf die Willenserklärung eines anderen gewertet werden kann. Konkret ging es um einen Dienstnehmer, der seit 26.1.1976 Angestellter der beklagten Partei war. Sein zunächst mit 30.4.1976 befristetes Arbeitsverhältnis wurde ab 1.5.1976 einvernehmlich auf unbestimmte Zeit fortgesetzt. Der Kläger begehrte mit der Behauptung, der Beklagte habe dieses Arbeitsverhältnis am 2.12.1977 „zeitwidrig“ zum 15.1.1978 aufgekündigt, Zahlungen in Form einer Kündigungsentschädigung.

Demgegenüber standen die Behauptungen der Beklagten, die vorbrachten, mit dem Kläger eine Vereinbarung im Sinne des § 20 Abs 3 AngG getroffen zu haben, nach welcher die Kündigungsfrist am 15. oder am Letzten eines Kalendermonats enden solle. Diese Vertragsbestimmung sei in einem Dienstzettel enthalten gewesen, welcher mit 28.1.1976 datiert war. Am 4.3.1976 habe der Kläger ohne Widerspruch diesen Dienstzettel vom 28.1.1976 entgegengenommen und damit, so behauptete die beklagte Partei, schlüssig sein Einverständnis mit dieser Regelung bekundet.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es stellte folgenden Inhalt des Dienstzettels vom 28.01.1976 fest:

„Wir befristen das Dienstverhältnis im beiderseitigen Einvernehmen bis 30.04.1976. Die Kündigungsfrist endet am 15. oder Letzten eines jeden Kalendermonats unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist“.

Rechtlich ging das Erstgericht davon aus, dass das Stillschweigen eines Vertragspartners bei Unterfertigung bzw Übernahme des Dienstzettels als rechtsgeschäftliche Zustimmungserklärung zu werten sei, falls nicht die näheren Umstände Anlass zu Zweifeln böten. Zaghaft äußerte sich das Erstgericht auch zur Frage der Zulässigkeit der Kündigung von befristeten Dienstverhältnissen. Es sprach aus, dass Kündigung und Befristung eines Dienstverhältnisses sich zwar einander grundsätzlich ausschließen, die von der Beklagten in den Dienstzettel aufgenommene Bestimmung über den Kündigungstermin jedoch „nur dahin verstanden werden könne“, dass damit eine Vereinbarung für den Fall der unbefristeten Fortsetzung des Dienstverhältnisses getroffen werden sollte. Durch sein Stillschweigen habe der Kläger dieser Regelung schlüssig zugestimmt. Damit rettete sich das Erstgericht über das

Problem hinweg, deutet aber ansatzweise dennoch an, dass aufgrund der - als Hypothese angenommenen - Unvereinbarkeit von Befristung und Kündigung der Inhalt des Dienstzettels für die Zeit eines auf das befristete Dienstverhältnis folgenden unbefristeten Dienstverhältnisses

gelten müsse.

Das Berufungsgericht hielt die Rechtsrüge des Klägers für begründet. Es sprach aus, dass ein Dienstzettel, welcher nur die Funktion einer Beweisurkunde⁵⁶⁸ habe, die eine für den Dienstnehmer ungünstige Kündigungsbestimmung beinhalte, nicht durch Stillschweigen des Dienstnehmers rechtswirksamer Dienstvertragsinhalt werden könne. Im konkreten Fall komme noch hinzu, dass im Zeitpunkt der Übernahme des Dienstzettels durch den klagenden Dienstnehmer ein Dienstverhältnis auf bestimmte Zeit bestanden habe. Da die Befristung eines Dienstverhältnisses dessen Kündigung ausschließe, sei die Kündigungsklausel im Widerspruch zu dem bestehenden Rechtsverhältnis gestanden und sei daher gem § 878 ABGB unwirksam gewesen. Für den Kläger habe somit kein Grund bestanden, gegen eine solche Klausel Stellung zu nehmen. Ungeachtet der Frage der Sinnhaftigkeit, im Monat vor der Beendigung des befristeten Dienstverhältnisses eine Kündigungsklausel desselben rechtswirksam zu vereinbaren bzw deren Empfang schriftlich zu bestätigen, geht das Berufungsgericht offenbar aufgrund der Äußerung, die Kündigungsklausel stehe im Widerspruch zu dem bestehenden Rechtsverhältnis, davon aus, dass die Vereinbarung einer Kündigungsklausel im Rahmen eines befristeten Dienstverhältnisses rechtlich unmöglich gewesen sei⁵⁶⁹.

Im Rahmen der Entscheidung über die Revision der Beklagten sprach der OGH aus, dass das Stillschweigen auf die Willenserklärung eines anderen nur dann als Zustimmung und Annahme gewertet werden kann, wenn der Nichtzustimmende nach dem Gesetz, nach der Verkehrssitte oder Treue und Glauben hätten reden müssen, der andere Teil also nach den Umständen diesem Schweigen keine andere Bedeutung als die der Zustimmung beilegen könne. Aber auch hinsichtlich der Frage nach der Zulässigkeit von Vereinbarungen, wonach zeitlich befristete Dienstverhältnisse vor Ablauf der Zeit gekündigt werden können, nimmt der OGH Stellung. Er weist darauf hin, dass auch die Beklagte zugeben müsste, dass die im Dienstzettel enthaltene Kündigungsklausel im offenen Gegensatz zu der von den Parteien

⁵⁶⁸ § 6 Abs 3 AngG. Vgl auch *Dittrich/Tades*, AngestelltenG23 (200) § 6 E 117.

⁵⁶⁹ Unter Verweis auf § 878 ABGB: „Was geradezu unmöglich ist, kann nicht Gegenstand eines gültigen Vertrages werden.“

zunächst vereinbarten Befristung des Dienstverhältnisses mit 30.4.1976 stünde. Im Endergebnis spricht der OGH aus, dass die zum 15.1.1978 ausgesprochene Kündigung des Dienstverhältnisses zeitwidrig gewesen sei, sodass dem Kläger aus dem Titel des Schadenersatzes⁵⁷⁰ das Entgelt bis zum nächst zulässigen Kündigungstermin (31.3.1978) zustünde. Die Frage nach der Zulässigkeit von Vereinbarungen, wonach zeitlich befristete Dienstverhältnisse vor Ablauf der Zeit gekündigt werden können, bleibt – im Gegensatz zu den Unterinstanzen - offen. Diese Frage war allerdings vom OGH nicht zu beantworten. Sie zeigt aber dennoch die Unsicherheit der Gerichte zu dieser Zeit zur gegenständlichen Frage.

Die nachfolgende höchstgerichtliche Entscheidung⁵⁷¹ beschäftigte sich mit der Frage der wirksamen Vereinbarung eines Dienstverhältnisses auf Probe. Der OGH sprach darin aus, dass ein wirksam vereinbartes Dienstverhältnis auf Probe nur dann zustande komme, wenn eine wirksame, also dem § 19 AngG entsprechende Vereinbarung zustande gekommen sei. Die Möglichkeit der Beendigung eines befristeten Dienstverhältnisses durch Kündigung scheint der OGH jedoch ohne weiteres zu bejahen. Konkret ging es darum, dass der Dienstnehmer zu Beginn des Juni 1982 in den Dienst der beklagten Partei getreten ist. Dabei wurde ein schriftlicher Dienstvertrag abgeschlossen, dessen § 9 Punkt 1 wie folgt lautete:

„ Der Anstellungsvertrag gilt für unbefristete Zeit. Er verlängert sich automatisch um 6 Monate, wenn er nicht von einer Seite mit einer Frist von mindestens 3 Monaten mittels eingeschriebenen Briefes gekündigt wird. Die ersten 6 Monate des Anstellungsverhältnisses werden als Probezeit vereinbart. In dieser Probezeit ist eine Kündigung mit einer Frist von 4 Wochen, jeweils zu Letzten des Kalendermonats, vereinbart. Die automatische Verlängerung und Kündigungsfrist gelten auch für die erste und jede weitere Verlängerungsperiode.“

Die klagende Partei wurde von der beklagten Partei mit Schreiben der Münchner Zentrale der beklagten Partei am 28.6.1982 zum 31.7.1982 gekündigt. Die klagende Partei brachte vor, diese Kündigung sei fristwidrig und begehrte unter Hinweis auf den (richtigen) Kündigungstermin 31.12.1982 Kündigungsentschädigung und anteilige Sonderzahlungen.

Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, die Parteien hätten einen Probemonat nicht rechtswirksam vereinbart, weil sie die Möglichkeit der Auflösung des Dienstverhältnisses während des Probemonats an die Einhaltung einer Kündigungsfrist

⁵⁷⁰ § 29 AngG.

⁵⁷¹ Arb 10.405 = OGH 15.1.1985, 4 Ob 150/84.

gebunden hätten, ein Arbeitsverhältnis auf Probe im Sinne des § 19 Abs 1 AngG setze aber die jederzeitige fristlose Lösbarkeit voraus. Mangels Vorliegen dieser Voraussetzungen sei daher von der Vereinbarung eines auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Dienstverhältnisses *zur* Probe auszugehen, für das die vereinbarte dreimonatige Kündigungsfrist nach dem Wortlaut des Vertrages nicht gelte.

Das Berufungsgericht sprach aus, die von den Parteien getroffene Vereinbarung, wonach sich das Dienstverhältnis, wenn nicht gekündigt werde, um einen bestimmten Zeitraum immer wieder verlängere, als Vereinbarung bestimmter Kündigungsstermine im Rahmen eines auf unbestimmte Zeit eingegangenen Dienstverhältnisses aufzufassen sei.

Im Rahmen der „zum Teil berechtigten“ Revision führt der OGH aus, dass auch eine Teilnichtigkeit in dem Sinn, dass die Vereinbarung der Kündigungsfrist (in der „Probezeit“) wegzufallen habe und an deren Stelle die im Gesetz⁵⁷² zwingend vorgesehene jederzeitige Auflösbarkeit zu treten hätte, hier nicht in Betracht komme, weil nicht ohne weiteres angenommen werden könne, dass die Parteien in Kenntnis der gegenständlichen Rechtsnorm - § 19 Abs 2 AngG - eine solche Vereinbarung getroffen hätten. Aus der getroffenen Vereinbarung ergäbe sich, so der OGH weiter, vielmehr, dass die Vertragsparteien eine Auflösung während der Probezeit nur unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungszeit wollten. Der OGH prüfte im Rahmen der Revision auch, ob die Auflösung zum Termin 31.7.1982 durch Dienstgeberkündigung den Bestimmungen des Arbeitsvertrages entspreche und ob sie nicht mit zwingenden gesetzlichen Vorschriften im Widerspruch stehe⁵⁷³. Es sei zwar ein Probearbeitsverhältnis nicht rechtswirksam vereinbart worden, doch hätten die Parteien dennoch vereinbart, dass das auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Dienstverhältnis während der ersten sechs Monate unter Einhaltung einer Frist von vier Wochen zum Monatsletzen gekündigt werden könne. Für die ersten sechs Monate des Dienstverhältnisses gelte jedoch die kurzfristige Lösungsmöglichkeit, wobei die Kündigungsfrist von vier Wochen nicht den zwingenden Bestimmungen des Angestelltengesetzes⁵⁷⁴ entspräche. Die dienstgeberseitige Kündigungsfrist betrage unter Bedachtnahme auf die hier zwei Jahre nicht erreichende Dienstzeit des Klägers daher zumindest sechs Wochen. Hingegen sei die Vereinbarung einer Kündigung zum Letzten eines Kalendermonats zulässig⁵⁷⁵. Daraus, so der OGH weiter, ergäbe sich die Teilnichtigkeit der Kündigungsvereinbarung für die ersten sechs

⁵⁷² § 19 Abs 2 AngG.

⁵⁷³ § 40 AngG

⁵⁷⁴ §§ 20 Abs 3 iVm 40 AngG.

⁵⁷⁵ § 20 Abs 3 2. HS AngG.

Monate in Ansehung der vereinbarten Kündigungsfrist von vier Wochen. Anstelle dieser Kündigungsfrist trete die gesetzliche Mindestfrist von sechs Wochen. Unter Beachtung dieser Kündigungsfrist und des rechtswirksam vereinbarten Kündigungstermins hätte daher die beklagte Partei die Kündigung des Klägers am 28.6.1982 frühestens zum 31.8.1982 aussprechen dürfen. Dem OGH ist insofern zuzustimmen, dass die vom Beklagten ausgesprochene Kündigung zum 31.7.1982 zeitwidrig erfolgt sei.

Der OGH behandelt jedoch nicht die Frage, ob die Kündigung im befristeten Dienstverhältnis grundsätzlich zulässig ist. Das Judikat geht auf diese Frage nicht ein, vielmehr geht es von einem Dienstverhältnis auf unbestimmte Zeit aus.

In der mE auch wichtigen Entscheidung 4 Ob 105/85 akzeptiert der OGH zwar die zusätzliche vereinbarte frühere Kündigungsmöglichkeit im auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Dienstverhältnis, spricht jedoch klar aus, dass die zusätzlich vereinbarte Kündigungsmöglichkeit nicht gegen zwingende Vorschriften über die Kündigung von Dienstverhältnissen verstoßen darf.

Konkret ging es darum, dass die Klägerin für die Zeit vom 14.2.1983 bis 13.2.1984 (also für 1 Jahr) als Angestellte einer Luftfahrtgesellschaft tätig sein sollte. Erst nach Beginn des Dienstverhältnisses, am 22.3.1983, unterfertigte die Klägerin einen in mangelhaftem Englisch abgefassten Dienstvertrag, der zur Frage der Beendigung des Dienstverhältnisses zum Teil unklare bzw abweichende Bestimmung enthielt. Dabei wurde im Einklang mit § 44 Abs 1 IPRG die Anwendung österreichischen Arbeitsrechts vereinbart. Die Klägerin wurde am 27.5.1983, sohin einige Monate nach Dienstbeginn vorzeitig entlassen, weil sie früher bei einer israelischen Luftfahrtgesellschaft gearbeitet hätte. Die Klägerin begehrte daher Bruttobezüge bzw anteilige Sonderzahlungen mit der Behauptung, ohne berechtigten Grund entlassen worden zu sein, sodass ihr die vollen Bezüge für die gesamte restliche Vertragsdauer zustünden. Die beklagte Partei beantragte Klagsabweisung und brachte unter anderem vor, die Klägerin habe bei ihrer Bewerbung ihr früheres Dienstverhältnis bei der israelischen Luftfahrtgesellschaft arglistig verheimlicht. Sie habe gewusst, dass die beklagte Partei mit Personen, die in den Diensten dieser israelischen Luftfahrtgesellschaft gestanden seien, keine Dienstverträge abschließe. Die von einem allgemein beeideten gerichtlichen Dolmetsch für die englische Sprache angefertigte beglaubigte Übersetzung des Dienstvertrages lautete in zwei wesentlichen Punkten wie folgt:

„Art 8 Beendigung des Dienstvertrages

Der Arbeitgeber des Arbeitnehmers kann diesen Vertrag während der Dauer seiner Durchführung oder Verständigung innerhalb eines Zeitraumes von 2 Monaten beenden, und der Vertrag gilt als mit der Verständigung beendet.

Art 9

Falls erforderlich, kann der Dienstgeber den Arbeitsvertrag beenden, und in diesem Fall hat der Dienstnehmer Anspruch auf 2 Monatslöhne oder auf Zahlung für den bis zum Ende des Dienstvertrages verbleibenden Zeitraum, je nach dem, welcher Betrag niedriger ist“.

Das Erstgericht wies die Klage ab. Es war der Ansicht, dass ein wichtiger Grund, der die beklagte Partei zur vorzeitigen Entlassung der Klägerin berechtige, nicht vorliege. Es sprach aus, dass die in Art 3 des Dienstvertrages vereinbarte sechsmonatige Probezeit in eine einmonatige umzudeuten sei. Zu den Art 8 und 9 des Dienstvertrages sprach das Erstgericht aus, dass diese in sich widersprüchlich und einseitig seien und daher als nicht beigelegt zu gelten hätten.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der beklagten Partei teilweise Folge. Es verhandelte die Rechtsache von neuem⁵⁷⁶. Auch das Berufungsgericht war der Ansicht, dass die Nichterwähnung der früheren Tätigkeit bei der israelischen Luftfahrtgesellschaft durch die Klägerin keinen Entlassungsgrund bilde. Dass die Vertrauensunwürdigkeit bedingende Verhalten eines Dienstnehmers müsse sich grundsätzlich während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ereignet haben. Zu den Art 8 und 9 führte das Berufungsgericht aus, dass die Rechtsprechung eine vertragliche Vereinbarung, wonach ein befristetes Dienstverhältnis aufgekündigt werden könne (gemeint wohl vorzeitig aufgekündigt werden könne), für zulässig, obwohl die im Schrifttum hiezu vertretenen Ansichten nicht einhellig seien. Das Berufungsgericht führte aber auch aus, dass ein befristetes Dienstverhältnis und eine gleichzeitige Kündigungsmöglichkeit ein eher seltener Fall sei und daher an die Ausdrücklichkeit einer solchen Vereinbarung ein strenger Maßstab gelegt werden müsse. In Einklang mit dieser Auffassung führte das Berufungsgericht in der Folge aus, dass sich aus Art 8 des Dienstvertrages kein logischer Sinn entnehmen lasse und auch Art 9 wenig aussagekräftig sei. Diese Regelungen stünden zueinander im Widerspruch, sodass von einer ausdrücklichen Vereinbarung einer Kündigungsmöglichkeit keine Rede sein könne. Eine

⁵⁷⁶ § 25 Abs 1 Z 3 ArbGG.

Regelung, die dem Arbeitgeber eine jederzeitige Kündigungsmöglichkeit einräume, verstoße zudem gegen § 20 Abs 2 und 3 AngG. Die Klägerin habe bei der nachträglichen Unterfertigung des schriftlichen Arbeitsvertrages, der im Widerspruch zu den mündlichen Vereinbarungen eine Kündigungsmöglichkeit durch den Arbeitgeber vorgesehen habe, keine Veranlassung gehabt, auf textliche Unklarheiten hinzuweisen. Die Klägerin habe daher vielmehr mit Grund davon ausgehen können, dass die formularmäßig vorgedruckten Vertragsbestimmungen angesichts fehlender mündlicher Vereinbarungen gegenstandslos seien. Gem § 864a ABGB seien die der Klägerin nachteiligen Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts daher nicht Vertragsbestandteil geworden.

Das Höchstgericht setzt sich zuerst mit der Frage auseinander, ob aufgrund der Art 8 und 9 des Dienstvertrages das Dienstverhältnis hätte rechtmäßig beendet werden können. Der OGH schloss sich der Ansicht des Berufungsgerichtes, den Art 8 und 9 des Dienstvertrages sei kein Sinn zu entnehmen, die Regelungen stünden miteinander in unlösbarem Widerspruch, sodass von einer ausdrücklichen Vereinbarung einer Kündigungsmöglichkeit keine Rede sein könne, nicht an. Geradezu im Gegenteil sprach der OGH aus, dass aus diesen – wenngleich nicht gerade glücklich formulierten – Bestimmungen immerhin unmissverständlich hervorgehe, dass sich der Dienstgeber ein Kündigungsrecht unter Einhaltung einer Frist von 2 Monaten vorbehalten wollte. Unter Verweis auf *Martinek/Schwarz*⁵⁷⁷, die die Ansicht vertreten, Kündigung und Befristung schließen einander grundsätzlich aus, stimmt der OGH beiden Autoren für den Fall der Beendigung zum selben Termin zu. Die Parteien können aber, so der OGH weiter, für ein auf bestimmte Zeit eingegangenes Arbeitsverhältnis zusätzlich die Möglichkeit einer Kündigung zu einem früheren Termin vereinbaren. Eine solche Vereinbarung liege dem gegenständlichen Fall zugrunde. Die Vereinbarung sei aber dennoch unwirksam. Der OGH sprach aus, dass die in einem auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Vertrag zusätzlich vereinbarte frühere Kündigungsmöglichkeit nicht gegen zwingende Vorschriften über die Kündigung von Dienstverhältnissen verstoßen darf. Der die Dienstnehmerkündigung behandelnde § 20 Abs 4 AngG ordne an, dass die vom Angestellten einzuhaltende Kündigungsfrist durch Vereinbarung bis zu einem halben Jahr ausgedehnt werden könne, doch dass die vom Dienstgeber einzuhaltende Frist nicht kürzer sein dürfe, als die mit dem Angestellten vereinbarte Kündigungsfrist. Darin komme das dem Arbeitsrecht zugrunde liegende bzw das Arbeitsrecht beherrschende Günstigkeitsprinzip zum Ausdruck. Es dürfe, betont der OGH, dem Angestellten die Lösbarkeit des Dienstverhältnisses jedenfalls nicht schwerer gemacht werden, als dem Dienstgeber. Ein Vergleich der zwingenden

⁵⁷⁷ *Martinek/Schwarz*, Angestelltengesetz⁷ (1991) § 19 Erl 6.

Bestimmungen⁵⁷⁸ zeige sogar, dass die Wertung des Gesetzgebers dahin gehe, dem Angestellten die Lösung des Dienstverhältnisses leichter zu machen als dem Dienstgeber. Dieser Grundsatz müsse auch beim Zusammentreffen von Kündigung und Zeitablauf gelten, da sonst der Schutzzweck des § 20 Abs 4 AngG leicht umgangen werden könnte. Der OGH führt abschließend aus, dass es daher nicht angehe, dass der Dienstnehmer durch Vereinbarung eines auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Dienstverhältnisses für die vereinbarte Vertragsdauer an die Einhaltung des Vertrages gebunden werde, während sich der Dienstgeber zusätzlich frühere Lösungsmöglichkeiten durch Kündigung einräumen lasse. Der OGH hat daher ausgesprochen, dass eine Dienstgeberkündigung zum 30.9.1983 unzulässig sei und der Klägerin alle Ansprüche bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses durch Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer zugesprochen. Der Klägerin stünde daher eine Kündigungsentschädigung bis 13.2.1984 zu.

Bemerkenswert an diesem Judikat ist einmal die Aussage des Berufungsgerichtes dahingehend, dass befristete Dienstverhältnisse mit gleichzeitiger Kündigungsvereinbarung eher seltene Fälle seien, dass daher an die Ausdrücklichkeit einer solchen Vereinbarung ein strenger Maßstab gelegt werden müsse. Das Berufungsgericht äußert sich nicht eindeutig zur Zulässigkeit von vertraglichen Vereinbarungen, wonach ein befristetes Dienstverhältnis aufgekündigt werden könne, sondern verweist lediglich auf „die Rechtsprechung“, die dies für zulässig halte. Schon aus der Formulierung des Textes, der in einem Nebensatz auf die nicht einhelligen Ansichten im Schrifttum verweist, zeigt, wie offenbar auch noch im Jahre 1985 bzw in der Zeit davor Unsicherheit zur konkreten Frage besteht.

Der OGH, der aus den zitierten Art 8 und 9 des Dienstvertrages keine Unklarheiten zu erkennen vermag, vertritt im Einklang mit der kritischen Haltung von *Martinek/Schwarz*⁵⁷⁹ zumindest die Ansicht, dass Kündigung und Befristung in dem Fall einander grundsätzlich ausschließen, wenn es um den Fall der Beendigung zum selben Termin geht. Dabei meint der OGH offensichtlich den Endtermin des befristeten Dienstvertrages. Das ist allerdings wirklich unstrittig. Unter Verweis auf Judikatur und Literatur bejaht der OGH in dieser Entscheidung die Möglichkeit, ein auf bestimmte Zeit eingegangenes Dienstverhältnis im Rahmen einer vereinbarten Kündigungsmöglichkeit zu beenden.

Der OGH konkretisiert jedoch im Sinne der dogmatischen Weiterentwicklung der Frage seine Position und erklärt die Art 8 und 9 der streitgegenständlichen Vereinbarung für unwirksam. Er schließt aus, dass im Rahmen eines befristeten Dienstverhältnisses lediglich der Dienstgeber durch zusätzliche frühere Lösungsmöglichkeit begünstigt wird, wohingegen

⁵⁷⁸ § 20 Abs 2 u 4 AngG iVm § 40 AngG.

⁵⁷⁹ *Martinek/Schwarz*, Angestelltengesetz⁷ (1991) § 19 Erl 6.

der Dienstnehmer durch Vereinbarung eines auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Dienstverhältnisses für die vereinbarte Vertragsdauer an die Einhaltung des Vertrages absolut gebunden ist. Wenn also ein befristetes Dienstverhältnis vorzeitig gelöst werden soll, so muss dies für beide Teile gleichermaßen möglich sein, wobei die zwingenden Bestimmungen des AngG hinsichtlich Kündigungsterminen und Kündigungsfristen einzuhalten sind. Der OGH spricht aus, dass eine vorzeitige Beendigung eines befristeten Dienstverhältnisses nur dann zulässig sein könne, wenn beide Vertragsteile die gleichen Auflösungsmöglichkeiten hinsichtlich Kündigungsfrist und Kündigungstermin haben, wobei diese den zwingenden Bestimmungen des AngG entsprechen müssen.

In einer Grundsatzentscheidung⁵⁸⁰ sprach der OGH, wenngleich er diese Ansicht auch schon früher teilweise vertreten bzw durchklingen lassen hat, erstmalig aus, dass bei befristeten Arbeitsverhältnissen eine Kündigungsmöglichkeit durch Vereinbarung der Parteien geschaffen werden kann⁵⁸¹. Konkret ging es in diesem Fall darum, dass der klagende Dienstnehmer im Rahmen eines mit 30.11.1985 befristeten Dienstvertrages ab 2.7.1985 als Schlosser bei der Beklagten beschäftigt gewesen sei. Am 2.9.1985 sei dem Kläger vom Beklagten mitgeteilt worden, dass das Dienstverhältnis rückwirkend mit 30.8.1985 aufgelöst sei. Der Kläger begehrte aushaftendes Entgelt. Die Beklagte wendete ein, dass ungeachtet der Befristung des Arbeitsverhältnisses eine Kündigung unter Einhaltung einer einwöchigen Kündigungsfrist vereinbart worden sei. Das Arbeitsverhältnis sei dementsprechend bereits zum 30.8.1985 aufgelöst worden.

Das Erstgericht gab der Klage statt. Es vertrat die Rechtsauffassung, dass die Auflösung eines befristeten Arbeitsverhältnisses durch Kündigung unzulässig sei. Die durch den Beklagten ausgesprochene Kündigung sei daher unwirksam, sodass dem Kläger Entgelt bis zum Ende der Befristung zustehe.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten teilweise Folge und ging rechtlich davon aus, dass die Parteien auch für ein auf bestimmte Zeit eingegangenes Dienstverhältnis die Möglichkeit einer Kündigung vereinbaren könnten.

Der OGH verwies im Rahmen seiner Revisionsentscheidung lediglich auf die seines Erachtens zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichtes und verwehrt sich der Auffassung des Revisionswerbers, die höchstgerichtliche Rechtsprechung sei nicht einhellig. Das Höchstgericht verwies auf 4 Ob 11/79 und auf *Buchsbaum*, der „mit überzeugenden Argumenten dargelegt habe“, dass bei befristeten Dienstverhältnissen eine

⁵⁸⁰ OGH 15.7.1987, 9 Ob A 47/87.

⁵⁸¹ JBl 1986, 331 = RdA 1986/19 (mit zustimmender Besprechung von *Petrovic*).

Kündigungsmöglichkeit durch Vereinbarung der Parteien geschaffen werden könne⁵⁸². Mit der Frage, ob die vereinbarte Kündigungsfrist von einer Woche gegen § 1159b iVm § 1164 ABGB verstoße, brauchte sich der OGH nicht zu beschäftigen, zumal in der Revision ausdrücklich ausgeführt wurde, dass lediglich die Rechtsfrage aufgeworfen werde, ob in einem auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Dienstvertrag eine Kündigung innerhalb der Befristung wirksam vereinbart werden könne.

In der „Kranfahrerentscheidung“⁵⁸³ schloss der Kläger, ein Kranfahrer, ein auf drei Jahre befristetes Dienstverhältnis ab. Dienstbeginn war der 1.3.1990. Diese Vereinbarung wurde vorerst mündlich geschlossen, der Kläger begehrte jedoch eine Urkunde über den vereinbarten Vertragsinhalt. Der schriftliche Dienstvertrag enthielt unter anderem folgende Passagen:

„Herr N.N. tritt am 1.3.1990 in die Dienste der Firma XY. Sondervereinbarung: Nach Ablauf der Probezeit auf eine Mindestdauer von drei Jahren“.

Punkt 6 des Dienstvertrages betraf das Thema Kündigung und verwies auf die Bestimmungen des „Arbeitergesetzes und des Kollektivvertrages für die Arbeiter des Transportwesens“. Als sich die wirtschaftliche Lage des Dienstgebers Anfang 1991 verschlechterte, schrieb der Dienstgeber an den Kläger am 14.2.1991: „Ich kündige das Arbeitsverhältnis mit Ihnen unter Einhaltung der 14-tägigen Kündigungsfrist mit 1.3.1991, da es mir die derzeitige schlechte Wirtschaftslage nicht erlaubt, Dienstnehmer einzustellen.“

Der Kläger war ab 1.3.1991 arbeitslos und hatte keine Chance mehr, Arbeit zu bekommen. Er begehrte eine Kündigungsentschädigung für die restliche Vertragsdauer von 19 Monaten⁵⁸⁴.

Der OGH, der letztendlich der Revision der Beklagten keine Folge gab, führte aus, dass Kündigung und Befristung einander grundsätzlich ausschließen. Dies bedeute aber nicht, dass die Vertragsparteien nicht eine Kündigungsmöglichkeit zu einem früheren Termin vereinbaren könnten. Eine solche Kündigung während der Dauer des aufrechten befristeten Dienstverhältnisses sei nur bei längerer Befristung zulässig, um die Vorteile der Bestandfestigkeit des Arbeitsverhältnisses durch eine Kündigung nicht zu gefährden. Die

⁵⁸² OGH 27.3.1979, 4 Ob 11/79 = Arb 9.776 = ZAS 1980/7.

⁵⁸³ OGH 8.6.1994, 9 Ob A 88-90/94.

⁵⁸⁴ Anzumerken ist, dass die ganze, dem Kläger zustehende Kündigungsentschädigung nicht 19 sondern vielmehr 24 Monate umfasst. Reissner (ZAS 1995, 22) führt dazu aus, dass dies vielleicht an der anfangs noch mangelnden Fälligkeit des ganzen Anspruches gelegen sein könnte, was mE zutreffend sein dürfte.

Dauer der Befristung, so der OGH weiter, und die Möglichkeit einer Kündigung müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Der im Punkt 6 des Dienstvertrages unter dem Titel „Kündigung“ enthaltene bloße Verweis, dass die Bestimmungen des Arbeitergesetzes und des Kollektivvertrages für die Arbeiter des Transportwesens gelten sollten, entspreche nicht diesen Grundsätzen einer vereinbarten Kündigungsmöglichkeit, weil sich daraus kein Anhaltspunkt zur Beurteilung gewinnen lasse, ob die Kündigungsmöglichkeit in einem angemessenen Verhältnis zur Dauer der Befristung stehe, zumal nach dem Kollektivvertrag ohne Rücksicht auf eine Befristung jederzeit, nur gebunden an gewisse Kündigungsfristen und Kündigungstermine, gekündigt werden könne. Ein solcher Verweis auf die Bestimmung des Kollektivvertrages ist daher durch die vereinbarte Befristung nur als Leerformel des Vertrages zu verstehen, die versehentlich nicht gestrichen wurde. Dennoch sprach der OGH aus, dass mangels Vereinbarung der Unkündbarkeit die Kündigung das Dienstverhältnis beendet habe. Dem Kläger stünden daher keine Erfüllungsansprüche wie bei einem aufrechten Dienstverhältnis zu, sondern das Entgelt für den Zeitraum bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses durch Ablauf der Vertragszeit.

Die Argumentation des Höchstgerichtes ist unklar. Einerseits spricht der OGH aus, dass die „Kündigungsbestimmung“ des (deklarativen) Dienstvertrages unwirksam sei, weil sie nicht den Grundsätzen einer vereinbarten Kündigungsmöglichkeit entspreche und weil sich kein Anhaltspunkt zur Beurteilung der Frage gewinnen lasse, ob die Kündigungsmöglichkeit in einem angemessenen Verhältnis zur Dauer der Befristung stehe. Andererseits spricht der OGH aus, dass die Kündigung mangels Vereinbarung der Unkündbarkeit dennoch wirksam sei und das Arbeitsverhältnis beende. Die Kündigungsklausel soll also unwirksam sein, dennoch soll die (rechtsunwirksame oder überhaupt rechtsunzulässige) Kündigung wirksam sein und das Arbeitsverhältnis beenden. Dafür bleibt der OGH die dogmatische Begründung schuldig. Es entsteht der Verdacht, dass sich der OGH nicht mit der Frage auseinandergesetzt hat, ob eine Kündigungsmöglichkeit vereinbart worden ist und ob eine Kündigungsvereinbarung mit diesem Inhalt rechtswirksam vereinbart werden kann⁵⁸⁵. Dem OGH ist zuzustimmen, dass der unter dem Titel „Kündigung“ enthaltene Vertragstext nicht den Grundsätzen einer vereinbarten Kündigungsmöglichkeit entspreche. Der OGH lässt jedoch Aussagen vermissen, die Klarheit darüber schaffen, mit welchen Fristen bzw Terminen vorzeitige Kündigungen von befristeten Dienstverhältnissen akzeptieren worden wären.

Klarheit schafft der OGH allerdings dahingehend, dass er erstmals ausspricht, dass eine Kündigung während der Dauer eines befristeten Dienstverhältnisses nur bei längerer

⁵⁸⁵ Vgl dazu ZAS 1995, 22 (mit Anmerkung *Reissner*).

Befristung zuzulassen sei, um die Vorteile der Bestandfestigkeit des Dienstverhältnisses durch eine Kündigung nicht zu gefährden. Die Dauer der Befristung und die Möglichkeit einer Kündigung müssten in einem angemessenen Verhältnis stehen. Dennoch bringt auch diese höchstgerichtliche Entscheidung keine abschließende dogmatische Klarheit. Geht man von der Hypothese aus, dass befristete Dienstverhältnisse durch vereinbarte Kündigungsmöglichkeit vorzeitig gekündigt werden können, so bleibt man zur Frage der Minstdauer solcherart befristeter Dienstverhältnisse im Unklaren. Der OGH macht keine Aussagen darüber, wie lange eine solche Befristung zumindest sein müsse. Auch diese Entscheidung zeigt deutlich, dass die Gerichte nach wie vor hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung vorzeitig kündbarer befristeter Dienstverhältnisse unsicher sind.

Die bislang besprochene Judikatur bietet für die Praxis nur wenig Hilfe zur Klärung konkreter Kündigungsstermine, Kündigungsfristen und Mindestvertragsdauer. Darüber hinaus ist auch die Frage nicht klar beantwortet, ob eine Kündigungsmöglichkeit ausdrücklich vereinbart werden muss oder nicht. Die Entscheidung erweckt auch den Anschein, dass ein Dienstvertrag nicht unbedingt eine konkrete Vereinbarung enthalten muss, um das Arbeitsverhältnis rechtswirksam vorzeitig zu beenden, wenn ein Kollektivvertrag, der Kündigungsfristen und Kündigungsstermine enthält, anzuwenden ist. Problematisch ist auch die Aussage des Höchstgerichtes, dass die Kündigung das Dienstverhältnis mangels Vereinbarung der Unkündbarkeit beendet habe.

Im Rahmen der „Pflichtpraktikumsentscheidung“⁵⁸⁶ wurde die Frage behandelt, wie sich eine Kündigungsvereinbarung auf ein befristetes Dienstverhältnis von lediglich 9 Wochen auswirkt, welches ein benötigtes (Pflicht)praktikum darstellt. Die Klägerin trat das als Praktikum benötigte Dienstverhältnis am 16.7.1994 an. Es wurde für die Dauer von 9 Wochen abgeschlossen. Im schriftlichen Dienstvertrag waren unter anderem die Punkte der Dauer des Pflichtpraktikums, der Verwendung im Betrieb, die Entgeltvereinbarung, die Kost und Unterkunft vereinbart.

Punkt 5 enthielt darüber hinaus folgende Kündigungsmöglichkeit:

„Das Arbeitsverhältnis endet, wenn es nicht vorher kollektivvertragsgemäß gekündigt worden ist, spätestens mit Ablauf der vorgesehenen Pflichtpraxiszeit. Bei Beendigung des

⁵⁸⁶ OGH 30.11.1995, 8 Ob A 305/95.

Praktikantenverhältnisses erhalten Sie insbesondere zwecks Vorlage bei der Schule ein vergebührtes Arbeitszeugnis.“

Am 23.7.1994 erlitt die Klägerin einen Arbeitsunfall. Der Krankenstand wurde zunächst für 1 Woche prognostiziert. Er dauerte aber bis 7.8.1994. Da Hochsaison war, entschloss sich die Beklagte, einen anderen Mitarbeiter aufzunehmen und sprach mit Telegramm vom 1.8.1994 die Kündigung zum 15.8.1994 aus. Die Klägerin beehrte Kündigungsentschädigung für die Zeit vom 16.8. bis 11.9.1994 sowie Urlaubsabfindung. Sie brachte vor, dass eine Kündigung während der Dauer der Befristung nicht zulässig gewesen sei.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Da Ausgangspunkt für beide Streitteile eine Vertragsdauer von 9 Wochen im Sinne der für die Klägerin geltenden Schulordnung gewesen sei, hätte die Klägerin und ihr Vater nicht mit einer Kündigungsmöglichkeit vorgesehen und die Klägerin damit im Sinne des § 879 Abs 1 u 3 ABGB gröblich benachteiligenden Klausel rechnen müssen.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten Folge, änderte das Urteil des Erstgerichtes im Sinne der Abweisung des Klagebegehrens ab und sprach aus, dass die Revision zulässig sei. Das Berufungsgericht sprach aus, dass die Kündigungsklausel keine auffällige Ungleichgewichtslage zwischen den Vertragsteilen bewirke, wenn die Lösungsmöglichkeit für beide Teile gleichermaßen bestehe. Trotz des vordringlichen Interesses der Praktikantin, ein Praktikum in der in der Schulordnung vorgesehenen Dauer zu absolvieren, sei die Kündigungsmöglichkeit auch für sie von Vorteil, weil sie nicht an der Beschäftigung festhalten müsse, wenn ihr die Bedingungen nicht zusagten. Sie habe die Möglichkeit, hier noch fehlende Zeit bei einem anderen Dienstgeber zu absolvieren. Zum Vertragspunkt 5 sprach das Berufungsgericht aus, dass aus der Sicht des § 864a ABGB keine Bedenken gegen die Vereinbarung der Kündigungsmöglichkeit bestünden, da der Punkt einem durchschnittliche Sorgfalt aufwendenden Leser auffallen müsse.

Der OGH sprach aus, dass die Revision der Klägerin zulässig und auch berechtigt sei. Im Rahmen der in der Zwischenzeit doch als ständig zu betrachtenden Rechtsprechung sprach das Höchstgericht auch in diesem Fall aus, dass sich Kündigung und Befristung einander zwar grundsätzlich ausschließen, doch könnten die Parteien für ein auf bestimmte Zeit eingegangenes Dienstverhältnis zusätzlich die Möglichkeit einer Kündigung zu einem früheren Termin vereinbaren. Der OGH verwies auf eine Entscheidung⁵⁸⁷ in der die

⁵⁸⁷ 4 Ob 124/78.

Zulässigkeit der Vereinbarung einer Kündigungsmöglichkeit auch im Falle eines auf die Dauer von 6 Monaten zur Probe abgeschlossenen Dienstvertrages bejaht wurde⁵⁸⁸. Der OGH sprach aus, dass eine Kündigung während der Dauer befristeter Dienstverhältnisse nur bei längerer Befristung zulässig sei, um die Vorteile der Bestandfestigkeit des Dienstverhältnisses nicht durch eine Kündigung zu gefährden. Die Dauer der Befristung und die Möglichkeit einer Kündigung müssten in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Im vorliegenden Fall, so der OGH weiter, komme die Kürze der Befristung des Dienstverhältnisses hinzu, weshalb die Zulässigkeit einer Kündigungsvereinbarung eher zu verneinen sei. Unter dem Aspekt, dass die Dienstnehmerin die vereinbarte Praxiszeit für die Fortsetzung ihrer Schulausbildung benötigte und daher nur an einer Beschäftigung während der vollen vereinbarten Zeit interessiert sei, sei die privatautonome Gestaltung des Vertrages auch aufgrund der einschränkenden Bestimmungen des BAG⁵⁸⁹ zu beurteilen. Der OGH vertrat die Auffassung, dass aus der Sicht des BAG der Gesetzgeber das Interesse eines Lehrlings an einer die für den Lehrberuf erforderlichen vollen Lehrzeit umfassenden betrieblichen Ausbildung höher werte, als das Interesse des Lehrberechtigten an einer freien Auflösbarkeit dieses der Ausbildung dienenden Arbeitsverhältnisses. Berücksichtige man im konkreten Fall neben der Kürze der Befristung im Rahmen eines beweglichen Systems auch noch die im BAG zum Ausdruck kommenden Wertungen des Gesetzgebers, dann sei, wie das Erstgericht zutreffend erkannt habe, die Vereinbarung einer Kündigungsmöglichkeit im Rahmen des vorliegenden kurzfristigen, der Erfüllung eines Ausbildungserfordernisses dienenden Beschäftigungsverhältnisses nach § 879 Abs 1 ABGB unzulässig. Infolge Unzulässigkeit der Kündigung habe die Klägerin daher Anspruch auf das Entgelt zuzüglich Urlaubsabfindung unter Zugrundelegung der vereinbarten Vertragsdauer aus dem Titel der Kündigungsentschädigung.

Obgleich die Begründung des OGH hinsichtlich der Wertung des BAG im Schrifttum teilweise problematisch gesehen wird⁵⁹⁰, ist dem OGH im Ergebnis dennoch zuzustimmen. Der OGH beschäftigt sich im Rahmen dieser Entscheidung erstmalig mit der Frage der Zulässigkeit der vereinbarten Kündigungsmöglichkeit im Rahmen eines befristeten Dienstverhältnisses, das als notwendiges Pflicht- bzw Berufspraktikum absolviert werden muss und das sich insbesondere durch seine kurze Vertragsdauer von wenigen Wochen charakterisiert. Dem OGH ist insofern zuzustimmen, als er das BAG als Wertungsmaßstab heranzieht und eine Interessenabwägung vornimmt. Im Rahmen dieser Interessenabwägung

⁵⁸⁸ Unter Verweis auf 9 Ob A 88 – 90/94.

⁵⁸⁹ Berufsausbildungsgesetz BAG.

⁵⁹⁰ *Geist*, Kündigungsklausel bei befristeten Arbeitsverhältnissen, ÖJZ 2002, 405.

sei die Kündigungsmöglichkeit des Punktes 5 des Dienstvertrages unzulässig. Dem OGH ist zwar vom Ergebnis her betrachtet zuzustimmen, eine grundlegende dogmatische Begründung, warum befristete Dienstverhältnisse überhaupt vorzeitig aufgekündigt werden können, bleibt der OGH dennoch auch in dieser Entscheidung schuldig. Es mag sein, dass die Interessenlage im vorliegenden Fall unter Zugrundelegung der Wertungen des BAG den Dienstnehmer als Pflichtpraktikanten bevorzugt. Dennoch bringt die Entscheidung keine über den Einzelfall hinausgehende allgemeine Klarheit. Festgehalten werden kann nur, dass der OGH dazu tendiert, im Rahmen von kurzfristigen notwendigen Berufspraktiken eine Kündigungsmöglichkeit auch bei entsprechender Vereinbarung zu verneinen.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass das Erstgericht die Unzulässigkeit der Kündigung auf eine völlig andere Argumentationslinie stützt, nämlich dahingehend, dass die Klägerin nicht mit der gröblich benachteiligenden Klausel des Punktes 5 des schriftlichen Dienstvertrages rechnen musste. Diese Entscheidung zeigt, dass der OGH bei der Prüfung der Frage der Zulässigkeit der vorzeitigen Aufkündigung befristeter Dienstverhältnisse dazu tendiert, Fragen der rechtlichen Unzulässigkeit mit Fragen der Sittenwidrigkeit der vorzeitigen Aufkündbarkeit befristeter Dienstverhältnisse zu vermengen. Es hat den Anschein, als sei sich das Höchstgericht in seiner Argumentationslinie nicht wirklich sicher.

Der „Zahlkellnerinnenentscheidung“⁵⁹¹ lag folgender Sachverhalt zugrunde. Die Klägerin war als Dienstnehmerin vom 15.12.1994 bis 18.4.1995 als Zahlkellnerin mit Inkasso beschäftigt. Der schriftliche Dienstvertrag war mit 8.9.1994 datiert. Im schriftlichen Dienstvertrag war eine 14-tägige Probezeit vereinbart.

In einem maschineschriftlich hinzugefügten Punkt P VII. wurde unter dem Titel „Sonstige Vereinbarungen“ vorgesehen, dass das befristete Dienstverhältnis vom Dienstgeber und Dienstnehmer bis zu einem Monat vor Zeitablauf gekündigt werden könne und die Kündigungsfrist 14 Tage⁵⁹² betrage.

Beim Einstellungsgespräch wurde mit der Dienstnehmerin der Dienstvertrag durchbesprochen, wo insbesondere auch die Kündigungsklausel erörtert wurde. Die Dienstnehmerin wurde am 6.1.1995 entlassen. Sie begehrte Kündigungsentschädigung für die Zeitdauer der fiktiven Kündigungsfrist von 14 Tagen, nicht aber bis zum vereinbarten Ende des Beschäftigungsverhältnisses.

Das Berufungsgericht vertrat die Auffassung, dass bei diesem befristeten Saisonarbeitsverhältnis die Kündigungsmöglichkeit zulässigerweise vereinbart wurde. Es

⁵⁹¹ OGH 12.9.1996, 8 Ob A 2206/96m.

⁵⁹² Laut einschlägigem Kollektivvertrag.

sprach der Klägerin daher nur eine Kündigungsentschädigung während der fiktiven Kündigungsfrist von 14 Tagen zu, nicht aber die gesamte Kündigungsentschädigung bis zum vereinbarten Ende des Beschäftigungsverhältnisses. Das Berufungsgericht vertrat auch die Auffassung, dass die im Punkt P VII. maschineschriftlich hinzugefügte Kündigungsklausel nicht versteckt gewesen sei und gerade dadurch erhöhten Auffälligkeitswert besaß, da sie mit der Dienstnehmerin besonders erörtert worden sei.

Bemerkenswert ist, dass die Klägerin zugestand, dass grundsätzlich auch bei befristeten Arbeitsverhältnissen eine Kündigungsvereinbarung zulässig sein kann, aber einwendete, dass gerade bei Saisonarbeitsverhältnissen wegen ihrer Kürze eine solche nicht zulässig sei, weil die Dauer der Befristung und die Möglichkeit der Kündigung in keinem angemessenen Verhältnis zueinander stünden. Weshalb die Klägerin im Prozess dieses Zugeständnis gemacht hat, kann aus der Entscheidung nicht nachvollzogen werden. Aus prozesstaktischer Sicht ist ein solches Zugeständnis jedoch unklug, zumal damit die Klägerin den Prozessgegenstand gerade im Hinblick auf das zu erwartende Revisionsverfahren im hauptsächlich zu interessierenden Punkte einschränkt. Im Übrigen war für die klagende Partei mit dieser Einschränkung insofern nichts gewonnen, als ihr das „Entgegenkommen“ im Ergebnis nichts brachte und es dem OGH vielmehr erneut erspart blieb, zur grundsätzlichen dogmatischen Frage, ob auch bei befristeten Dienstverhältnissen eine Kündigungsvereinbarung zulässig sein kann, klare Aussagen zu treffen. Die klagende Partei schränkte dadurch den Prüfungsgegenstand auf die Inhaltskontrolle der nach Auffassung des OGH zulässigen Kündigungsvereinbarung dahingehend ein, dass lediglich noch die Angemessenheit der Kündigungstermine, Kündigungsfristen und der Vertragsdauer zu prüfen war.

Der OGH vertrat die Ansicht, dass auch bei typischen Saisonarbeitsverhältnissen, also auch bei solchen im Fremdenverkehr, in denen Dienstverträge häufig nur für eine Winter- oder Sommersaison abgeschlossen werden, als befristete Dienstverhältnisse eine zusätzliche Kündigungsmöglichkeit vereinbart werden könne, sofern nur kein Missverhältnis zwischen Gesamtdauer und Kündigungsmöglichkeit bestehe. Ein solches Missverhältnis liege hier, so der OGH weiter, nicht vor. Die Kündigungsfrist entspreche der des einschlägigen Kollektivvertrages bei Dienstverhältnissen auf unbestimmte Zeit. Die Kündigungsfrist könne daher nicht als unangemessen kurz angesehen werden. Im letzten Monat bestünde nach der Vereinbarung überhaupt kein Kündigungsrecht, weshalb die Vertragsbestimmung den Dienstnehmer mehr schütze, als wenn nur die kollektivvertragsrechtlichen Kündigungsregeln anzuwenden wären. Diese Vertragsbestimmung bewahre den Dienstnehmer nämlich davor,

knapp vor Saisonende, also zu einer Zeit, wo er kaum noch einen anderen Arbeitsplatz für die Restzeit finden werde, gekündigt zu werden. Der OGH bestätigte daher die Entscheidung des Berufungsgerichtes.

Diese Entscheidung ist in zweierlei Hinsicht bemerkenswert. Zum einen nimmt das Höchstgericht keine Interessenabwägung dahingehend vor, ob die Sphäre des Dienstnehmers oder des Dienstgebers schützenswerter sei, andererseits fehlen klare Aussagen zur Frage des Missverhältnisses zwischen Gesamtdauer und Kündigungsmöglichkeit. Im Rahmen der Prüfung des Bestandinteresses bei Saisondienstverhältnissen blieb der OGH jegliche Aussage schuldig⁵⁹³. Auch im Rahmen von Saisonarbeitsverhältnissen kann von einem sachlich gerechtfertigten Interesse des Dienstgebers an der Bestandfestigkeit des befristeten Saisondienstverhältnisses auszugehen sein. Eine Argumentation dahingehend, dass die Kündigungsmöglichkeit des Dienstnehmers für diesen ein Vorteil sei, der auch dazu geeignet sei, ein Interessengleichgewicht zwischen den Vertragsparteien herbeizuführen, geht ins Leere. Die Chancen eines Saisondienstnehmers im Gastgewerbe auf erfolgreiche Postensuche während der Saison ist in der Regel als eher gering anzusehen⁵⁹⁴.

Hinsichtlich der Frage des Missverhältnisses lässt der OGH eine klare Aussage einerseits dahingehend, wie lange die Gesamtdauer der Vertragslaufzeit zu sein hat, und andererseits wie lange die Dauer der Kündigungsfrist zu sein hat und wie viele Kündigungstermine vorkommen müssen, vermissen. Das bedeutet, dass der OGH in Wahrheit keine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen hat, wenn er lediglich die Dauer der Befristung des Dienstverhältnisses an sich und die Möglichkeit der Kündigung zueinander prüft.

Der „Marketingassistentenentscheidung“⁵⁹⁵ lag folgender Sachverhalt zugrunde. Der Kläger war bei der beklagten Partei ab 1.3.1999 als Marketingassistent beschäftigt. Der zwischen den Parteien abgeschlossene schriftliche Dienstvertrag lautete unter anderem wie folgt:

„I. Beginn und Dauer des Dienstverhältnisses: Das Dienstverhältnis beginnt am 1.3.1999. Im Sinne der Bestimmung des § 19 Abs 2 AngG wird eine Probezeit für die Dauer eines Monats vereinbart, während welcher das Dienstverhältnis von beiden Seiten jederzeit und ohne

⁵⁹³ Vgl dazu OGH 30.11.1995, 8 Ob A 305/95.

⁵⁹⁴ OGH 12.9.1996, 8 Ob A 2206/96m = RdA 1997/40 (mit Anm Krapf).

⁵⁹⁵ OGH 20.12.2000, 9 Ob A 303/00z.

Angabe von Gründen gelöst werden kann. Das Dienstverhältnis wird im Übrigen auf 6 Monate befristet, sodass es am 31.8.1999 endet. Wird es über die Befristung hinaus fortgesetzt, geht es in ein solches auf unbestimmte Zeit über“.

Zusätzlich lautete Punkt IX. des Dienstvertrages:

„Kündigung durch den Dienstgeber:

Das Dienstverhältnis kann vom Dienstgeber unter vorheriger Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist jeweils zum 15. oder Letzten eines jeden Kalendermonats gelöst werden.

Kündigung durch den Dienstnehmer:

Vom Dienstnehmer kann das Dienstverhältnis zum Letzen eines jeden Kalendermonats unter vorheriger Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist gelöst werden“.

Der Dienstvertrag wurde zwischen den Vertragsteilen Punkt für Punkt besprochen. Dabei wurde dem Kläger gesagt, dass die beklagte Partei das Dienstverhältnis immer auf 6 Monate abschließe. Bei entsprechender Bewährung würde ein „Dienstverhältnis neu“ beginnen, wenn das befristete Dienstverhältnis abgelaufen sei. Insbesondere wurden auch die Punkte IX. und X. dem Kläger vorgelesen. Weshalb es allerdings für Dienstgeber und Dienstnehmer unterschiedliche Kündigungstermine gäbe, wurde nicht dargelegt. Der Dienstvertrag wurde unterfertigt.

Der beklagte Dienstgeber legte allerdings nicht dar, dass die Kündigungsbestimmungen der Punkte IX. und X. auch während des befristeten Dienstverhältnisses gelten sollten. Der Kläger verstand den Vertrag dahingehend, dass ein Dienstverhältnis zunächst einmal auf jeden Fall 6 Monate dauern solle. Der Dienstnehmer wurde mit Schreiben vom 20.5.1999 zum 30.6.1999 gekündigt. Der Kläger begehrte Kündigungsentschädigung sowie aliquoten Urlaubszuschuss und aliquote Weihnachtsremuneration sowie nicht gezahlte Urlaubsabfindung. Er stützte seine Ansprüche auf den Titel des Schadenersatzes.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Es begründete seine Entscheidung damit, dass Befristung und Kündigung prinzipiell nicht miteinander vereinbar seien, sodass der schriftliche Vertrag nicht so ausgelegt werden könne, dass eine Kündigungsmöglichkeit des befristeten Dienstverhältnisses zusätzlich vereinbart worden sei.

Das Berufungsgericht änderte in Stattgebung der Berufung der beklagten Partei das erstgerichtliche Urteil ab. Im Gegensatz zur Meinung des Erstgerichtes vertrat es die Auffassung, dass aus dem Vertragstext wohl abzuleiten sei, dass ein befristetes Dienstverhältnis abgeschlossen worden sei, wobei die darin vereinbarte Kündigungsmöglichkeit nur so verstanden werden könne, dass auch das befristete Dienstverhältnis gekündigt werden könne. Das vom Erstgericht dem Vertragsinhalt zuerkannte Verständnis, dass die Kündigungsmöglichkeit nur für ein nach dem befristeten Dienstverhältnis bestehendes weiteres Dienstverhältnis gelten solle, sei unlogisch. Da im vorliegenden Fall ein Missverhältnis zwischen der Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses und der Kündigungsmöglichkeit nicht gegeben sei und die Kündigungsmöglichkeit nicht als unangemessen anzusehen sei, sei sie zulässig.

Der OGH sprach aus, dass die Revision der klagenden Partei berechtigt sei und führte aus, dass, unabhängig davon, ob zum Zeitpunkt des Abschlusses des Dienstverhältnisses absehbar gewesen sei, ob das Dienstverhältnis nach Ablauf der Befristung jemals in ein solches auf unbestimmte Zeit übergehen werde, so doch die Auslegung des Erstgerichtes, dass sich die vereinbarte Kündigungsmöglichkeit erst auf das nach Ablauf der Befristung auf unbestimmte Zeit verlängerte Dienstverhältnis beziehen solle, richtig sei. Diese Vertragsabsicht ergebe sich bereits aus dem Aufbau des Vertrages selbst, der in Punkt I. die Befristung, aber erst unter Punkt IX., losgelöst von der Befristungsvereinbarung die nur durch gesonderte Vereinbarung zulässige Bestimmung, dass die Kündigungsfrist am 15. oder Letzten eines Kalendermonats ende, enthalte. Da diese zusätzliche Kündigungsmöglichkeit nicht im Zusammenhang mit der Befristungsvereinbarung gebracht worden sei, sondern weit nach der Vertragsbestimmung stehe, lasse sich „zwanglos“ und eindeutig aus dem Vertragszusammenhang und Wortlaut ableiten, dass die bei befristeten Dienstverhältnissen nicht selbstverständliche Möglichkeit der zusätzlichen Kündigung für das befristete Dienstverhältnis selbst nicht getroffen worden sei.

Die vom Ergebnis her betrachtet richtige höchstgerichtliche Entscheidung ist ob ihrer Begründung jedoch bedenklich. Anstatt endlich klare dogmatische Aussagen über die Zulässigkeit von Kündigungsmöglichkeiten im Rahmen von befristeten Dienstverhältnissen zu machen, begibt sich der OGH auf das unsichere Terrain der ergänzenden Vertragsauslegung. Angesichts der ständigen Rechtsprechung des OGH, der die vorzeitige Auflösung befristeter Dienstverhältnisse grundsätzlich – wenngleich auch mit gewissen Einschränkungen – bejaht, ist dem Berufungsgericht mE zuzustimmen, dass es unlogisch sei, dass die Kündigungsmöglichkeit nur für ein nach dem befristeten Dienstverhältnis

bestehendes weiteres Dienstverhältnis gelten solle. Die Auffassung des OGH ist hier im Widerspruch zu seiner Vorjudikatur, die die vorzeitige Kündigungsmöglichkeit befristeter Dienstverhältnisse bei vertraglich vereinbarter Kündigungsmöglichkeit klar bejaht. Die Argumentation des Höchstgerichtes ist insofern nicht schlüssig, als schon das Erstgericht festgestellt hat, dass dem Kläger klar und deutlich gesagt wurde, dass bei entsprechender Bewährung nach Ablauf der 6 Monate ein neues Dienstverhältnis beginnen würde. Das bedeutet aber, dass der Dienstgeber ein neues befristetes Dienstverhältnis gemeint haben muss und kein solches auf unbestimmte Zeit, wie es der Punkt I. des schriftlichen Dienstvertrages bestimmt. Daher ist für ein Argument dahingehend, dass die Kündigungsmöglichkeit nur für die Zeit nach Ablauf des ersten befristeten Dienstverhältnisses vereinbart worden sei, kein Raum, wenn insbesondere der Dienstgeber im Rahmen des Einstellungs- und Vertragsunterfertigungsgespräches klar zu erkennen gibt, dass bei entsprechender Bewährung ein „Dienstverhältnis *neu*“ beginnen würde, weil das befristete Dienstverhältnis abgelaufen sei. Der Aufbau des Vertrages selbst ist entgegen der Auffassung des OGH nicht entscheidend.

Bemerkenswert ist der Lösungsansatz von *Geist*. Für *Geist* ist es nicht wesentlich, ob bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des Dienstvertrages absehbar gewesen sei, ob das Dienstverhältnis nach Ablauf der Befristung jemals in ein solches auf unbestimmte Zeit übergehen werde⁵⁹⁶. *Geist* vertritt die Auffassung, dass Punkt IX. des Dienstvertrages, wonach das Dienstverhältnis vom Dienstgeber unter vorheriger Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist jeweils zum 15. oder Letzten eines jeden Kalendermonats gelöst werden könne, und Punkt X. des Dienstvertrages, wonach vom Dienstnehmer das Dienstverhältnis zum Letzten eines jeden Kalendermonats unter vorheriger Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist gelöst werden könne, sich von ihrem Regelungsgehalt her auf die Abbedingung der Kündigungsendtermine des § 20 Abs 2 AngG im Sinne des § 20 Abs 3 AngG beziehe. Diese betreffen allerdings nur die Kündigung von unbefristeten Dienstverträgen. Es liege daher nach *Geist* von vornherein nicht nahe, dass die Punkte IX. und X. des Dienstvertrages bei befristeten Arbeitsverhältnissen aufgrund der gesetzlichen Ausgangslage nicht bestehende Kündigungsmöglichkeiten schaffen wollten.

Der „Transitkraftentscheidung“⁵⁹⁷ lag folgender Sachverhalt zugrunde. Die Klägerin, eine vom AMS besonders geförderte Transitkraft (um in den Arbeitsmarkt reintegriert zu werden) schloss mit der beklagten Partei, einem Verein, einen auf zwölf Monate befristeten

⁵⁹⁶ *Geist*, Kündigungsklausel bei befristeten Arbeitsverhältnissen, ÖJZ 2002, 405.

⁵⁹⁷ OGH 27.8.2003, 9 Ob A 43/03v.

Dienstvertrag. Zusätzlich vereinbarten die Parteien ein beiderseitiges Kündigungsrecht unter Zugrundelegung der gesetzlich vorgesehenen Kündigungsfrist für auf unbestimmte Dauer eingegangene Dienstverhältnisse von vierzehn Tagen. Die beklagte Partei machte von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch und kündigte die Klägerin im Rahmen der vierzehntägigen Kündigungsfrist⁵⁹⁸.

Der OGH bestätigte auch hier die Auffassung des Berufungsgerichtes, dass trotz Befristung des Dienstverhältnisses auf ein Jahr ein beiderseitiges Kündigungsrecht mit einer Frist von vierzehn Tagen wirksam vereinbart werden könnte. Die Inhaltskontrolle der Kündigungsklausel ergäbe jedoch deren Unbedenklichkeit. Entgegen der Auffassung der Klägerin sei die Befristung von einem Jahr nämlich keineswegs unter dem Aspekt einer für die Reintegration erforderlichen Mindestbeschäftigungszeit, sondern vielmehr unter dem Blickwinkel des zwischen beklagter Partei und AMS geschlossenen Förderungsvertrages zu betrachten, aus dem hervorgehe, dass die Verweildauer von Transitkräften maximal zwölf Monate betrage und nur in begründeten Fällen eine Verlängerung möglich sei. Dazu komme noch die Verpflichtung der beklagten Partei, die Transitkräfte sozialpädagogisch zu betreuen, was nach den Feststellungen während der Arbeitszeit zu erfolgen hätte. Damit stand aber, so der OGH weiter, die Arbeitskraft der Klägerin der beklagten Partei nicht während der ganzen vertraglichen Arbeitszeit zur Verfügung. Die gegenständliche Kündigungsvereinbarung halte daher einer Inhaltskontrolle stand, ohne dass ein Missverhältnis zwischen Kündigungsmöglichkeit und Dauer des befristeten Dienstvertrages erkennbar wäre.

Diese höchstgerichtliche Entscheidung ist insofern bemerkenswert, als der OGH die Bestandfestigkeit von befristeten Dienstverhältnissen offenbar an eventuelle Unauflösbarkeitsgebote in anderen (arbeits- oder sozialrechtlichen) Normen knüpft. Damit anerkennt er aber zumindest indirekt das Institut des absoluten Bestandschutzes von befristeten Dienstverhältnissen im österreichischen Recht.

Ganz besondere Aufmerksamkeit verdient der folgende Fall einer „Taxichauffeuse“⁵⁹⁹. Auch diese sehr junge zum angezogenen Thema ergangene Entscheidung wiederholt den Standpunkt des Höchstgerichtes, dass die Dauer der Befristung und die Möglichkeit der Kündigung in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen müsse, wenn im Rahmen eines befristeten Dienstverhältnisses eine Kündigungsmöglichkeit vereinbart sei. Das Höchstgericht sprach auch aus, dass die Befristung eines Dienstverhältnisses regelmäßig als nachteilig für den Dienstnehmer angesehen werde. Dem stehe allerdings der Vorteil

⁵⁹⁸ § 77 GewO 1859.

⁵⁹⁹ OGH 24.6.2004, 8 Ob A 42/04s.

gegenüber, dass nach dem Gesetz eine Kündigung während dieser Befristung nicht vorgesehen sei. Eine davon abweichende Regelung könne unter Berücksichtigung der Gründe für die Befristung und der konkreten Ausgestaltung der Kündigungsmöglichkeiten mangels Angemessenheit ein grobes Missverhältnis zwischen den verletzten und geförderten Interessen im Sinne des § 879 ABGB herbeiführen. Die Befristung eines Dienstverhältnisses mit der Förderzusage durch das Arbeitsmarktservice könnte ein zeitlicher Grund für eine Befristung sein. Ausgehend davon wäre dann auch keine Unwirksamkeit der vereinbarten beiderseitigen Kündigungsmöglichkeit unter Einhaltung einer 14-tägigen Kündigungsfrist anzunehmen.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde. Die Klägerin, die nach mehreren Brustkrebsoperationen aufgrund eines neuerlichen Geschwürs gesundheitlich beeinträchtigt war, schloss mit der beklagten Partei einen auf sechs Monate befristeten Dienstvertrag. Diese Einstellung wurde auch vom AMS gefördert. Zusätzlich vereinbarten die Parteien, dass das Dienstverhältnis unter Einhaltung einer 14-tägigen Kündigungsfrist gekündigt werden könne. Die Klägerin wurde als Taxichauffeuse eingestellt.

Die Klägerin befand sich vom 25.1.2004 bis 13.2.2004 im Krankenstand. Im Februar 2004 musste sie nochmals zwei Arztbesuche absolvieren und befand sich ab 8.3.2004 wegen Oberbauchkoliken und Bluthochdruck erneut im Krankenstand. Die Klägerin verweigerte gegenüber der Beklagten die Aushändigung einer Therapiekarte, was am 21.3.2004 zur Entlassung führte.

Die Klägerin begehrte Kündigungsentschädigung bis zum Ende der Befristung und Urlaubsabfindung in voller Höhe. Das Erstgericht gab der Klage mit der Begründung statt, dass die Klägerin keinen Entlassungsgrund gesetzt habe, weil sie nicht verpflichtet gewesen sei, eine Therapiekarte herzuzeigen. Die Kündigungsvereinbarung im befristeten Dienstverhältnis sei im konkreten Fall nicht zulässig, da das Dienstverhältnis insgesamt nur sechs Monate betragen habe. Der Klägerin stünden daher Ansprüche aus einer unberechtigten Entlassung zu.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der beklagten Partei nicht Folge. Zusätzlich zu der rechtlichen Beurteilung des Erstgerichtes führte es aus, dass auch bei einem befristeten Dienstverhältnis eine Kündigungsmöglichkeit zu einem früheren Termin zulässig sei, dies jedoch nur dann, wenn die Dauer der Befristung und die Möglichkeit einer Kündigung in einem angemessenen Verhältnis zueinander stünden. Hinsichtlich der Höhe der Beendigungsansprüche ging das Berufungsgericht von der Unwirksamkeit der vereinbarten

Kündigungsmöglichkeit aus. Das Berufungsgericht erachtete die Revision ohne nähere Begründung als nicht zulässig.

Gegen die Entscheidung der zweiten Instanz ging die beklagte Partei mit außerordentlicher Revision vor. Diese wurde vom OGH zugelassen, weil eine höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage fehle, ob die Vereinbarung einer Kündigungsmöglichkeit bei einem - im Hinblick auf Förderungsmaßnahmen durch die Arbeitsmarktverwaltung - mit sechs Monaten befristeten Dienstvertrag zulässig sei.

Der OGH sprach aus, dass sich die Revision berechtigt gegen die pauschale Ansicht des Berufungsgerichtes wende, dass bei dem Anfang 2000 geschlossenen und mit sechs Monaten befristeten Dienstvertrag die Vereinbarung einer zusätzlichen Kündigungsmöglichkeit jedenfalls unzulässig sei.

Dazu verwies das Höchstgericht auf seine ständige Rechtsprechung und hielt fest, dass auch bei befristet abgeschlossenen Dienstverträgen, bei denen allein nach dem Gesetz die Beendigung des Dienstverhältnisses nur durch Ablauf der Befristung erfolge und keine Kündigungsmöglichkeit bestünde, eine Kündigungsmöglichkeit vereinbart werden könne. Als wesentliche Grundlage für diese Rechtsprechung werde gesehen, dass eine Kündigung während der Dauer befristeter Dienstverhältnisse nur bei längerer Befristung zuzulassen sei, um die Vorteile der Bestandfestigkeit des Dienstverhältnisses nicht durch eine Kündigung zu gefährden. In diesem Zusammenhang sei auch darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber etwa zeitgleich durch die Schaffung des § 10a MSchG⁶⁰⁰ und der Bestimmung des § 11 Abs 2 Z 4 AÜG auch die gesetzlichen Regelungen eingeführt habe, aus denen sich ergäbe, dass selbst die erstmalige Befristung eines Dienstverhältnisses unter bestimmten Voraussetzungen eine sachliche Begründung erfordere. Wenngleich diese für spezifische Einzelfälle getroffenen gesetzlichen Wertungen nicht allgemein auszudehnen seien, zeige sich daraus doch die Einschätzung des Gesetzgebers, dass eine Befristung als regelmäßig nachteilig für den Arbeitnehmer angesehen werde.

Dem stünde nun im Allgemeinen der Vorteil gegenüber, dass nach dem Gesetz eine Kündigung während dieser Befristung nicht vorgesehen sei. Eine davon abweichende Regelung könne unter Berücksichtigung der Gründe für die Befristung und der konkreten Ausgestaltung der Kündigungsmöglichkeiten mangels Angemessenheit ein grobes Missverhältnis zwischen den verletzten und den geförderten Interessen im Sinne des § 879 ABGB herbeiführen. Soweit sich der Beklagte allerdings darauf berufe, dass das

⁶⁰⁰ Eingeführt durch BGBl 1992/833.

Höchstgericht in der Entscheidung 8 Ob A 2206/96m bei einem mit vier Monaten befristeten Dienstverhältnis eine den Kündigungsmöglichkeiten des Kollektivvertrages entsprechende Kündigungsvereinbarung nicht als unzulässig erachtete, sei ihm schon entgegenzuhalten, dass es sich damals um ein Saisonarbeitsverhältnis gehandelt habe, bei dem allgemein eine Befristung als sachlich gerechtfertigt beurteilt werde⁶⁰¹. Davon könne aber hier im Hinblick auf die Behauptungen des Beklagten schon im Ansatz nicht ausgegangen werden, da weder konkrete Darstellungen zum Vorliegen eines Saisonarbeitsverhältnisses ersichtlich seien, noch die vom Beklagten behauptete Wintersaison zwischen Jänner und Juni erklärlich sei. Anders stelle sich jedoch dies bei der vom Beklagten aufgestellten Behauptung dar, dass die Befristung des Dienstverhältnisses mit der Förderzusage durch das AMS verbunden gewesen sei.

Darin, so der OGH weiter, könne durchaus ein sachlicher Grund für eine Befristung liegen. Davon ausgehend wäre aber dann auch keine Unwirksamkeit der hier vereinbarten Kündigungsmöglichkeit anzunehmen. Daher sei das Verfahren zur Feststellung der konkreten Gründe für die Befristung zu ergänzen.

Dieses höchstgerichtliche Judikat verdient besondere Aufmerksamkeit. Einerseits deshalb, weil der OGH in einigen Punkten neuen Denkansätzen das Tor öffnet, andererseits auch aufgrund einer neu hinzugekommenen dogmatischen Weiterentwicklung.

Besonders bemerkenswert ist allerdings der Ansatz des Höchstgerichtes, dass eine Befristung als regelmäßig nachteilig für den Dienstnehmer „angesehen werde“. Der OGH spricht in dieser Entscheidung erstmalig den Gedanken ausdrücklich aus, dass befristete Dienstverhältnisse im Allgemeinen für Dienstnehmer nachteilig sein können. Wieso der OGH nicht einen Schritt weitergeht und ausspricht, dass befristete Dienstverhältnisse auch tatsächlich nachteilig sind, bleibt unbeantwortet.

Bemerkenswert ist auch, dass der OGH bereits im Rahmen der erstmaligen Befristung die Notwendigkeit einer sachlichen Rechtfertigung in den Raum stellt und eine solche auch tatsächlich fordert. Dies stützt er auf Wertungen des Gesetzgebers aus den Bestimmungen des § 10a MSchG und § 11 Abs 2 Z 4 AÜG, räumt aber ein, dass dies in erster Linie für spezifische Einzelfälle gelte und diese Wertungen nicht allzu sehr auszudehnen seien.

Der OGH spricht auch klar aus, dass dem befristeten Dienstverhältnis im Allgemeinen der klare Vorteil gegenüber stehe, dass nach dem Gesetz eine Kündigung während dieser Befristung nicht vorgesehen sei. Dann folgt die hinlänglich bekannte Angemessenheitsformel. Eine davon abweichende Regelung könne unter Berücksichtigung der Gründe für die

⁶⁰¹ Mit Verweis auf § 10a MSchG; OGH 25.6.1998, 8 Ob A 58/98g.

Befristung und der konkreten Ausgestaltung der Kündigungsmöglichkeiten mangels Angemessenheit ein grobes Missverhältnis zwischen den verletzten und den geförderten Interessen herbeiführen.

Neu und ebenso bemerkenswert ist, dass die Angemessenheitsprüfung nunmehr erstmalig über § 879 ABGB durchgeführt wird.

Unklar ist die Entscheidung jedoch dahingehend, warum der OGH einerseits die Frage der sachlichen Rechtfertigung bereits für die erstmalige Befristung mit der Feststellung, dass, wenn ein sachlicher Grund für eine Befristung vorliege, in der Folge keine Unwirksamkeit der vereinbarten Kündigungsmöglichkeit anzunehmen sei, vermengt. Dies würde im Umkehrschluss bedeuten, dass, wenn kein sachlicher Grund für eine Befristung vorläge, von der Wirksamkeit einer vereinbarten Kündigungsmöglichkeit auszugehen sei. Die Verknüpfung eines sachlichen Grundes für eine Befristung einerseits und die Schlussfolgerung der Wirksamkeit einer vereinbarten Kündigungsmöglichkeit andererseits ist nur wenig nachvollziehbar. Eine mögliche Deutung bestünde darin, die sachliche Rechtfertigung bzw den sachlichen Grund als Parameter dafür herzunehmen, ob von einem höheren oder einem niedrigeren Bestandschutz des befristeten Dienstverhältnisses auszugehen ist.

Der OGH geht offenbar von der Wertung aus, dass die sachliche Rechtfertigung einer Befristung eines Dienstverhältnisses eine vorzeitige Kündigung eher ermögliche, als wenn der Erstbefristung keine sachliche Rechtfertigung innewohne. In diesem - letzteren - Fall sei die Vereinbarung einer vorzeitigen Auflösung des befristeten Dienstverhältnisses unzulässig, zumal der Dienstnehmer in Ermangelung eines sachlichen Grundes schützenswerter sei.

Im Falle der Feststellung eines niedrigeren Bestandschutzes könnte aus der Sicht des OGH logischerweise eine Kündigungsvereinbarung im Rahmen des befristeten Dienstverhältnisses zulässig sein. Für dieses Argument spricht, dass der OGH in seiner Entscheidung nicht von sachlichen Rechtfertigungen betreffend eines befristeten Dienstverhältnisses spricht, sondern lediglich vom sachlichen bzw konkreten Grund für eine Befristung.

C. Eigener Lösungsansatz

Aufgrund der Fülle der Lehrmeinungen und der höchstgerichtlichen Judikatur ist es nicht leicht, das methodisch und inhaltlich sowohl quantitativ als auch qualitativ bereits auf

höchstem Niveau bearbeitete Problem in grundlegend neue Bahnen zu lenken. Es soll daher der Versuch erfolgen, aus der dargestellten und besprochenen Judikatur eine Linie zur ungefähren Prognostizierung künftiger Entscheidungen abzuleiten. Weiters soll der Versuch erfolgen, unter Berücksichtigung der These der rechtlichen Unmöglichkeit der vorzeitigen Auflösung befristeter Dienstverhältnisse durch vereinbarte Kündigung Lösungsmöglichkeiten zu erarbeiten, die einerseits dem Recht des Dienstnehmers auf Bestandschutz des befristeten Dienstverhältnisses Rechnung tragen und andererseits dem Dienstgeber eine Beendigung eines unbefristet abgeschlossenen Dienstverhältnisses unter bestimmten Prämissen erleichtern.

1. Keine Möglichkeit der Vereinbarung einer vorzeitigen Auflösung eines befristeten Dienstverhältnisses

Grundsätzlich – und das ist zu begrüßen – orientiert sich der OGH am beweglichen System⁶⁰². Zuzustimmen ist auch dem grundlegenden Postulat des OGH, dass Kündigung und Befristung einander grundsätzlich ausschließen. Es ist nach der höchstgerichtlichen Judikatur aber möglich, Kündigungsvereinbarungen im Rahmen von befristeten Dienstverhältnissen zu vereinbaren. Ob solche Vereinbarungen allerdings nur bei längerer Vertragsdauer wirksam vereinbart werden können, wird zaghaft angedeutet, aber nicht konsequent judiziert. Dabei hat eine Interessenabwägung dahingehend stattzufinden, dass einerseits die Dauer des befristeten Vertrages und andererseits die Kündigungsfristen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Im Rahmen von Kündigungsklauseln in befristeten Dienstverhältnissen sind auch die näheren Umstände des Zweckes des Dienstverhältnisses zu berücksichtigen. Bei gesetzlichen Ausbildungsverhältnissen sind Kündigungsvereinbarungen tendenziell unzulässig. Bei Saisondienstverhältnissen, die bekanntermaßen kurz sind, werden Kündigungsmöglichkeiten vom OGH allerdings wieder bejaht. Grundsätzlich müssen

⁶⁰² So vor allem *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht (1950); *derselbe*, Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP, 163, 346; aber auch *Bydlinsky*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991). Das bewegliche System geht von folgendem Grundgedanken aus: Das Recht wird an seiner Effizienz im Rahmen seiner Umsetzbarkeit gemessen. Umsetzbarkeit im Privatrecht, wozu auch das Arbeitsrecht als Sonderprivatrecht zählt, bedeutet gerichtliche Durchsetzbarkeit. Dabei darf der Richter nicht in den Fehler verfallen, einen einzigen Rechtsgedanken, ein einziges „Rechtsprinzip“ ohne Rücksicht auf andere zu verwirklichen. Vielmehr ist das Zusammenspiel einer Vielzahl von Werten zu beachten. Es besteht ein „inneres System“ von inhaltlichen Begründungszusammenhängen zwischen den einzelnen Bestandteilen des Rechts auf verschiedener Konkretisierungsstufe (Prinzipien, Gesetzeszwecke, Regeln). Die Rechtsanwendung hat auf das Verhältnis dieser Elemente nach ihrem Intensitätsgrad und ihrer Bedeutung Rücksicht zu nehmen. Vgl dazu auch *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹² I (2002) 20.

Kündigungsvereinbarungen in befristeten Dienstverhältnissen klar und deutlich vereinbart werden, unklare Bestimmungen werden zum Nachteil desjenigen verwendet, der sich ihrer bedient hat.

Anzumerken ist auch, dass gerade Erstgerichte tendenziell die Zulässigkeit von Kündigungsvereinbarungen in befristeten Dienstverhältnissen verneinen, was für ein instinktives Gerechtigkeitsempfinden von „bloßen“ Sachverhaltsinstanzen spricht.

Die dargestellte Judikaturlinie lässt verlässliche Prognosen nicht zu. Selbst der mit der Judikatur vertraute Rechtsanwender ist im Strudel verschiedener Lösungsansätze, die einerseits auf Vertragsauslegungen zurückgreifen und andererseits dogmatische Lösungsansätze versuchen, auf sich selbst zurückgeworfen und muss hoffen, dass sich das Höchstgericht seiner Auffassung anschließt. Dabei ist der OGH aber auch für Überraschungen gut. Entgegen der in Österreich herrschenden Auffassung, die erste Befristung eines Dienstverhältnisses sei nicht zu begründen, führt der OGH über einen dogmatisch äußerst problematischen Kunstgriff eine sachliche Rechtfertigungspflicht für den Fall der erstmaligen Befristung ein.

Im „Taxichauffeusenfall“⁶⁰³ hat der OGH ein neues Tatbestandselement im Prüfungsschema zur Zulässigkeit von befristeten Dienstverhältnissen eingeführt. Er hat, wie im Vorpunkte im Rahmen der Entscheidungsbesprechungen dargetan, die Forderung nach einer sachlichen Rechtfertigung für eine (Erst)befristung unter Zuhilfenahme der §§ 10a MSchG und 11 Abs 2 Z 4 AÜG begründet. Richtig ist, dass beide Bestimmungen unter gewissen Voraussetzungen eine sachliche Begründung der Erstbefristung eines Dienstverhältnisses erfordern. Dennoch handelt es sich um Wertungen in spezifischen Sonderfällen.

Die Übernahme der Wertung des § 10a MSchG ist insofern problematisch, als diese Bestimmung in Wahrheit keine sachliche Rechtfertigung einer Befristung fordert, sondern vielmehr eine Ablaufshemmung für den Fall ausschließt, dass Rechtfertigungsgründe im Sinne des § 10a Abs 2 MSchG vorliegen sollten. Der Tatbestand des § 10a MSchG ist so aufgebaut, dass die (im Regelfall noch nicht schwangere) Dienstnehmerin zuerst einen befristeten Dienstvertrag abschließt. Später meldet die Dienstnehmerin ihre Schwangerschaft. Als Folge der Meldung tritt automatisch die in § 10a Abs 1 MSchG normierte

⁶⁰³ OGH 24.6.2004, 8 Ob A 42/04s.

Ablaufshemmung bis zum Beginn des Beschäftigungsverbot ein. Die Prüfung der Frage der sachlichen Rechtfertigung der Befristung tritt aber, wenn überhaupt, erst zu dem Zeitpunkt ein, zu dem ein Konflikt über den Eintritt der Ablaufshemmung offenkundig wird. Dabei wird in aller Regel der Dienstgeber ein Interesse an der Auflösung bzw Beendigung des befristeten Dienstverhältnisses durch Vorgabe von Rechtfertigungsgründen behaupten. Die schwangere Dienstnehmerin, der ein Interesse an der Ablaufshemmung unterstellt werden kann, wird hingegen in aller Regel die vorgegebenen Gründe des Dienstgebers bestreiten. Wichtig ist hier nur, dass die Prüfung der sachlichen Rechtfertigung der Befristung eine ex post Prüfung sein wird, die den Abschluss des befristeten Dienstverhältnisses im Vorfeld nicht belastet. Eine sachliche Rechtfertigung bei bzw vor Abschluss des Dienstverhältnisses ist durch § 10a MSchG jedoch nicht gefordert.

Anders ist die Rechtslage im Falle des § 11 Abs 2 Z 4 AÜG. § 11 Abs 2 Z 4 AÜG verlangt bereits vor bzw bei Beginn des Arbeitskräfteüberlassungsvertrages eine sachliche Rechtfertigung⁶⁰⁴. Diese sachliche Rechtfertigung ist im Dienstzettel, der der Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen ist, niederzuschreiben⁶⁰⁵. *Resch*⁶⁰⁶ hat überzeugend nachgewiesen, dass diese Bestimmung dem Zweck dient, die Dauer der Beschäftigung der überlassenen Arbeitskraft nicht von vorhandenen Beschäftigungsmöglichkeiten abhängig zu machen. Dabei sollen als sachliche Rechtfertigungsgründe auf Dienstgeberseite nur solche in Betracht kommen, die außerhalb des üblichen Wirtschaftsrisikos liegen. Die Befristung dürfe gerade nicht zur Verschiebung des wirtschaftlichen Risikos führen⁶⁰⁷.

Es ist daher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber sowohl mit der Bestimmung des § 10a MSchG, als auch mit § 11 Abs 2 Z 4 AÜG spezielle Sonderfälle regelt, die nur sehr bedingt allgemeine Schlussfolgerungen zulassen. Der OGH betont dies ja auch, wenn er ausführt, dass diese für spezifische Einzelfälle getroffenen gesetzlichen Wertungen nicht allgemein auszudehnen seien. Daher ist es inkonsequent, wenn der OGH im Rahmen seines Auftrages nach Verfahrensergänzung nach sachlichen Gründen für eine Befristung fragt.

⁶⁰⁴ § 11 Abs 1 Z 2 AÜG verlangt die Angabe von Gründen für eine allfällige Befristung.

⁶⁰⁵ § 11 Abs 4 AÜG.

⁶⁰⁶ *Resch*, Grenzen privatautonomer Dispositionen über das Auflösungsrecht des Arbeitnehmers, ZAS 1991, 4.

⁶⁰⁷ *Resch*, Grenzen privatautonomer Dispositionen über das Auflösungsrecht des Arbeitnehmers, ZAS 1991, 4.

Der OGH bedient sich offenbar eines Analogieschlusses im Rahme einer Gesamt- bzw Gesetzesanalogie⁶⁰⁸ in der Form eines Induktionsschlusses⁶⁰⁹. Die Frage, ob aus § 11 Abs 2 Z 4 AÜG ein allgemeiner Rechtsgrundsatz dahingehend abgeleitet werden kann, dass bereits Erstbefristungen sachlich begründet werden müssten, muss allerdings schon deshalb verneint werden, da keine Lücke vorliegt. Eine Lücke im Rechtssinn ist dann gegeben, wenn das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie, unvollständig, also ergänzungsbedürftig ist, und seine Ergänzung nicht etwa einer vom Gesetz gewollten Beschränkung widerspricht⁶¹⁰. Die bloße Meinung des Rechtsanwenders, eine Regelung sei wünschenswert, rechtfertigt die Annahme einer Gesetzeslücke noch nicht⁶¹¹.

2. Buchsbaums methodischer Fehler

Daher stellt sich in der Folge die Frage, ob das Gesetz unvollständig ist. Es sind zunächst die primären Rechtsgrundlagen des Befristungs- und Kündigungsrechts des ABGB und des AngG darzustellen. Gemäß § 1158 Abs 1 ABGB endet das Dienstverhältnis mit dem Ablaufe der Zeit, für die es eingegangen wurde. Gemäß § 1158 Abs 4 ABGB kann das ohne Zeitbestimmung eingegangene oder fortgesetzte Dienstverhältnis durch Kündigung nach „folgenden Bestimmungen“ gelöst werden⁶¹². Gleichlautende Bestimmungen finden sich in den §§ 19 Abs 1 und 20 Abs 1 AngG, wobei § 20 Abs 1 AngG eine weitere Voraussetzung hinsichtlich der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit beinhaltet. Gemäß § 1164 ABGB sind jedoch folgende Bestimmungen zwingend: §§ 1154 Abs 3, 1154b Abs 1 bis 4, 1156 bis 1159b, 1160 und 1162a bis 1163 ABGB. Diese Bestimmungen können durch Individualdienstvertrag oder Normen der kollektiven Rechtsgestaltung weder aufgehoben

⁶⁰⁸ Vgl dazu allgemein *Koziol/ Welser*, Bürgerliches Recht¹² I (2002) 28f.

⁶⁰⁹ Induktives Schließen, also das Ableiten von Schlussfolgerungen aus vorgegebenen Fakten, tritt als zentrale Komponente des Denkens dann in den Vordergrund, wenn es darum geht, Hypothesen aufzustellen und zu überprüfen, Bedingungsbeziehungen aufzuspüren, Voraussagen zu machen oder für das Auftreten bestimmter Ereignisse Wahrscheinlichkeiten festzulegen.

Induktion (lat. Hinführung) bedeutet in der Logik das Verfahren, vom besonderen Einzelfall auf das Allgemeine, Gesetzmäßige zu schließen, im Gegensatz zum umgekehrten Vorgang, der Deduktion. Der Induktion liegt die Annahme zugrunde, dass, wenn sich etwas bei einer Reihe von beobachteten Ereignissen als wahr erweist, es sich bei allen gleichartigen Ereignissen als wahr erweisen wird. Die Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit hängt dabei von der Anzahl der beobachteten Ereignisse ab. Eines der einfachsten Beispiele für ein induktives Vorgehen ist die Auswertung von Meinungsumfragen, bei denen die Antworten eines relativ geringen Prozentsatzes der Gesamtbevölkerung auf diese hochgerechnet werden. Diese Gegenüberstellung von Induktion und Deduktion geht auf den Begriff der "epagoge" bei Aristoteles zurück.

⁶¹⁰ OGH in JBl, 1993, 235.

⁶¹¹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹² I (2002) 25f.

⁶¹² Gemeint nach §§ 1159ff ABGB.

noch beschränkt werden. § 40 AngG hingegen verleiht den meisten Bestimmungen des AngG zwingende Natur, so auch den §§ 19 Abs 2, 20 Abs 2 bis 5 und 21 AngG. § 40 AngG erwähnt jedoch nicht § 20 Abs 1 AngG.

Daraus leitet *Buchsbaum* ab, § 20 Abs 1 AngG sei keine zwingende Natur verliehen worden. § 20 AngG gibt sowohl dem Dienstgeber als auch dem Dienstnehmer das Recht, ein ohne Zeitbestimmung eingegangenes oder auf unbestimmte Zeit fortgesetztes Dienstverhältnis zu kündigen⁶¹³. *Buchsbaum* spricht dieser Bestimmung lediglich einleitenden Charakter zu und bezweifelt deren zwingende Natur. Dabei bedient er sich der Technik des Umkehrschlusses⁶¹⁴. § 20 Abs 1 AngG sei dispositiv, da er von § 40 AngG nicht erfasst sei. Es stellt sich die Frage, ob dieser vordergründig logische Schluss wirklich zulässig ist. Der Umkehrschluss ist das Gegenstück zur (einfachen) Analogie⁶¹⁵. Es ist die Frage zu prüfen, ob ersichtlich ist, dass der Gesetzgeber § 20 Abs 1 AngG wirklich keine zwingende Wirkung verleihen wollte, ob genau dieses Ergebnis dem Plan des Gesetzes entspricht. Nur dann würde der Umkehrschluss *Buchsbaums* zulässig sein. Ob Analogie oder Umkehrschluss geboten ist, ist aber keine bloße Frage der Logik, sondern auch eine des wertenden Gesetzesverständnisses. Dabei sind die Absätze des § 20 AngG nicht isoliert voneinander zu betrachten, sondern als ein in sich geschlossenes System des Gesamttatbestandes der Kündigung eines ohne Zeitbestimmung eingegangenen Dienstverhältnisses. § 20 AngG lediglich einleitenden Charakter zu unterstellen ist daher verfehlt. § 20 AngG bildet vielmehr den zentralen Rechtsanspruch auf Kündigung, der in den Folgeabsätzen in die einzelnen Kündigungsvarianten⁶¹⁶ verästelt. § 20 AngG auf eine bloße Einleitung zu reduzieren ist auch insofern unzulässig, als § 20 AngG den Anwendungsbereich der Norm bzw des ganzen Kündigungsgefüges absteckt. Die vereinbarte oder tatsächlich geleistete Arbeitszeit muss bezogen auf den Monat mindestens ein Fünftel des 4,3fachen der durch Gesetz oder Kollektivvertrag vorgesehenen wöchentlichen Normalarbeitszeit betragen. Nur dann ist die Kündigung des ohne Zeitbestimmung eingegangenen Dienstverhältnisses zulässig. Daher kann alleine aus diesem Grund von einer lediglich einleitenden Bestimmung keine Rede sein.

Die Frage, warum der Gesetzgeber § 20 Abs 1 AngG nicht in den Katalog der zwingenden Bestimmungen des § 40 AngG aufgenommen hat, kann auch darauf zurückgeführt werden, dass sein einseitig zwingender Charakter außer Zweifel stand. Dafür

⁶¹³ Beachte: § 20 Abs 1 AngG schränkt diese Recht jedoch im Prinzip auf „Vollzeitkräfte“ ein.

⁶¹⁴ Argumentum e contrario.

⁶¹⁵ Gesetzesanalogie – Argumentum per analogiam; vgl dazu auch *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹² I (2002) 27f.

⁶¹⁶ Kündigungsfristen, Kündigungsstermine etc.

sprechen folgende Argumente. Wie schon gezeigt, beinhaltet § 20 Abs 1 AngG nicht nur „einleitenden“ Inhalt, sondern auch normative Bestandteile im Sinne eines vollständigen Rechtssatzes. Zuerst ist zu prüfen, ob ein Dienstverhältnis vorliegt. Wird dies bejaht, so besteht die Möglichkeit, es zu kündigen. Daraus ergibt sich die Rechtsfolge, dass das Dienstverhältnis endet. Es liegen ein Tatbestand und eine Rechtsfolge vor, sodass § 20 Abs 1 AngG einen vollständigen Rechtssatz bildet. Dazu kommt aber eine wesentliche Einschränkung. Die Norm ist nur auf Dienstverhältnisse anwendbar, deren vereinbarte oder tatsächlich geleistete monatliche Arbeitszeit zumindest 34,5 Stunden beträgt. Nur ab diesem Quantitätskriterium sollen die einseitig zwingenden Schutzbestimmungen des § 20 Abs 2 – 5 AngG greifen. Teilzeitbeschäftigte sind von der Bestimmung ausgenommen⁶¹⁷, sodass nur die §§ 1159ff ABGB heranzuziehen sind.

Wäre *Buchsbaums* Ansatz richtig, so wäre auch das Mindestquantitätskriterium von 34,5 Stunden disponibel, was bedeuten würde, dass auch Vereinbarungen wirksam wären, die die Schutzbestimmungen des § 20 Abs 2 – 5 AngG bei einer Vollzeitbeschäftigung abdingen würden. Es wäre bei solcher Auslegung möglich, einer Vollzeiterkraft mit einer vereinbarten 40-Stundenwoche die wesentlich ungünstigeren Kündigungsbestimmungen des ABGB aufzudingen, vorausgesetzt, es gäbe keinen anzuwendenden Kollektivvertrag. Solche Vereinbarungen könnten in der Folge Normenkonflikte mit Bestimmungen aus Kollektivverträgen nach sich ziehen, auf die § 20 AngG Bezug nimmt und die § 20 AngG als bei Kündigungen anzuwendende Norm postulieren. Dieses Ergebnis wäre aber die logische Konsequenz des Umkehrschlusses von *Buchsbaum*. Ein solches Ergebnis kann der Gesetzgeber mE nicht gewollt haben.

Ein weiteres Argument, das als Indiz gegen *Buchsbaums* Umkehrschluss ins Treffen geführt werden kann, stützt sich auf § 1164 ABGB. Diese Bestimmung verleiht § 1158 ABGB, der die Kündigung im ABGB regelt, zwingenden Charakter. Im Gegenzug zu § 40 AngG verleiht § 1164 ABGB jedoch der Gesamtheit von § 1158 ABGB zwingende Wirkung. *Buchsbaum* löst diesen Wertungswiderspruch zum ABGB nun so, dass er § 1158 ABGB als zu weit gefasst betrachtet und formal auf die Geltung der Absätze 2 bis 5 reduziert. Das geht mE zu weit. Wie bereits dargetan ist schon der von *Buchsbaum* strapazierte Umkehrschluss höchst fragwürdig. Daraus aber auch noch einen Wertungswiderspruch zu einer (ebenso) zwingenden Bestimmung des ABGB zu behaupten und diesen so zu lösen, dass eine eindeutig

⁶¹⁷ Die Herausnahme von Teilzeitbeschäftigten könnte europarechtlich bedenklich sein. Vgl dazu *Reissner*, *ZellKomm* § 20 AngG Rz 3.

zwingende Bestimmung formal auf eine dispositive Norm reduziert wird, ist mE nicht zulässig. Der Gesetzgeber verleiht dem AngG als arbeitsrechtlicher Schutznorm wertdeterminierenden Vorrang, sodass ein allfälliger Wertungswiderspruch dahingehend zu lösen sein wird, dass wertungsmäßig § 20 AngG der Vorrang eingeräumt werden sollte und nicht der korrespondierenden Bestimmung im ABGB.

Buchsbaums Ergebnis muss daher aus dieser mE richtigen Perspektive als methodisch fragwürdig abgelehnt werden. Bedenklich ist vor allem die Verknüpfung zweier Methoden, die schon für sich alleine nur mit besonderer Vorsicht und Behutsamkeit angewendet werden müssen. Diese jedoch miteinander zu verknüpfen, würde einer Methodenschule Tür und Tor öffnen, die unbillige Ergebnisse durch formales Reduzieren zum gewünschten Ergebnis bringt. Primäre Auslegungsmethode ist immer noch die Orientierung am klaren Gesetzeswortlaut. Nur wenn diese kein klares Ergebnis bringt, können systematische und wertende Aspekte in den Auslegungsprozess eingebracht werden.

§ 20 AngG ist daher (einseitig) zwingendes Recht⁶¹⁸.

3. Lösungsansatz

Grundsätzlich ist immer auf den Schutzzweck der arbeitsrechtlichen Norm abzustellen. Befristete Dienstverträge werden häufig unter dem Aspekt der problemlosen Beendbarkeit abgeschlossen. In aller Regel geht der Wunsch auf Abschluss eines Dienstverhältnisses mit Zeitbestimmung vom Dienstgeber aus. Nur selten wünscht ein Dienstnehmer ein befristetes Dienstverhältnis, da er, will er es – gleich aus welchem Grund auch immer - beenden, lediglich zu kündigen braucht. Wird der Dienstnehmer hingegen gekündigt, unterliegt er dem Kündigungsschutz des ArbVG⁶¹⁹. Nur für den Dienstgeber ist das befristete Dienstverhältnis ein Vorteil. Es ist daher mehr als fraglich, ob der Gesetzgeber ob dem Defizit des fehlenden Kündigungsschutzes der Beendigung durch Endtermin auch noch die vorzeitige Auflösung durch Dienstgeberkündigung für zulässig erachtet.

Der Dienstgeber hat ja gleich zwei Nachteile in Kauf zu nehmen. Einerseits ist er bei Eintritt des Endtermines nicht kündigungsgeschützt. Andererseits schwebt über ihm während der ganzen Dauer des befristeten Dienstverhältnisses das drohende Damoklesschwert der Dienstgeberkündigung. Eine solche Dienstgeberkündigung wäre zwar anfechtbar, doch bei

⁶¹⁸ AA *Reissner*, ZellKomm § 20 AngG Rz 4.

⁶¹⁹ §§ 105 ArbVG ff.

sehr kurzer Befristung des Dienstverhältnisses gerade deshalb wieder zahnlos. Ein solches Ergebnis, das den zwingenden Kündigungsschutz des ArbVG faktisch zur Gänze aushebelt, kann dem Gesetzgeber mE nicht unterstellt werden.

Aber auch das immer wieder ins Treffen geführte Argument nach mehr Flexibilität und weniger Bindung geht fehl. Der Bestandschutz des Dienstverhältnisses ist ein zentrales obiter dictum im österreichischen Arbeitsrecht. Dass aber völlig unflexible und unbillige Ergebnisse vermieden werden sollen, zeigt das Gesetz selbst. Die §§ 21 AngG und 1158 Abs 3 ABGB ermöglichen die vorzeitige Auflösung von als mehr als auf fünf Jahre abgeschlossenen Dienstverhältnissen. Dabei ist lediglich eine Kündigungsfrist einzuhalten. Diese beträgt sechs Monate. Die Wertung des Gesetzgebers ist leicht nachzuvollziehen. Die Zurverfügungstellung menschlicher Arbeit ist besonders bestandgeschützt. Dabei sind Dienstverhältnisse bis zu einer Dauer von fünf Jahren weder dienstgeberseitig noch dienstnehmerseitig aufkündbar. Wären Vereinbarungen über die vorzeitige Auflösung befristeter Dienstverhältnisse möglich, wäre § 21 AngG seines Zweckes beraubt.

Dennoch ist die Problematik nicht nur dienstnehmerseitig aus der Sicht des Bestandschutzes zu betrachten, sondern auch, um ein ausgewogenes und billiges Ergebnis zu erzielen, die Seite des Dienstgebers zu analysieren. Wie schon gezeigt wurde, ist eine vorzeitige Auflösung eines befristet abgeschlossenen Dienstverhältnisses nicht möglich⁶²⁰. Im Gegenzuge sind die Interessen der Dienstgeber auch zu berücksichtigen, die – aus wirtschaftlichen Überlegungen – Dienstverhältnisse mit Endtermin bevorzugen. Dabei stellt sich die Frage, ob für den Dienstnehmer mit dem vertraglich vereinbarten Endtermin überhaupt etwas gewonnen ist. Der Dienstgeber weiß in der Regel nicht, wann es in seinem Unternehmen kriselt und er Mitarbeiter abbauen muss. Wenig hilfreich sind daher auch die in der vorgestellten Literatur aufgezeigten Lösungsansätze, die den Bestand von Kündigungsklauseln qua Inhaltskontrolle prüfen wollen oder bereits die erste Befristung einer sachlichen Rechtfertigung bzw Begründungspflicht anheim stellen wollen. All diese Lösungsansätze verlagern das Problem lediglich. Sachliche Rechtfertigungen bzw diverse Korrektive im Sinne des § 879 ABGB werden von Gerichten geprüft, sodass vorderhand nach wie vor Unklarheit und Streit vorherrschen wird.

⁶²⁰ Auch dann nicht, wenn die Kündigungsklausel, wie von vielen Autoren gefordert, klar vereinbart wurde.

Zu wenig Beachtung hat bislang § 105 ArbVG gefunden. Ein möglicher Lösungsansatz aus dem Konflikt zwischen Bestandschutz und Flexibilität könnte sich aus dieser Norm ergeben. Dabei liegt folgende Ausgangssituation vor. Ein auf unbestimmte Zeit abgeschlossenes Dienstverhältnis⁶²¹ wird frist- und termingerecht aufgekündigt. § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG ermöglicht die Anfechtung der Kündigung wegen Sozialwidrigkeit. Sozialwidrigkeit liegt dann vor, wenn wesentliche Interessen des Dienstnehmers beeinträchtigt sind, es sei denn, der Dienstgeber erbringt den Nachweis, dass die Umstände, die zur Kündigung geführt haben entweder in der Person des Dienstnehmers liegen, oder betriebliche Erfordernisse einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen. Die Lehre spricht von objektiv betriebsbedingten Gründen⁶²². Diese Kündigungsart stellt nicht nur auf im Betrieb selbst liegende Gründe ab, wie beispielsweise Rationalisierungsmaßnahmen, sondern auch auf außerhalb des Betriebes liegende Umstände, wie typischerweise Auftragsmängel. Als Umstände, die einer Weiterbeschäftigung⁶²³ entgegenstehen kommen wirtschaftliche, technische oder organisatorische Belange in Betracht. Weiters kommen auch Mängel in der Rohstoff- und Materiallieferung, Kreditschwierigkeiten und Ausfall von Maschinen oder Energiezufuhr in Betracht⁶²⁴. Vermutet der Dienstgeber bereits bei Abschluss des Dienstverhältnisses von bevorstehenden Schwierigkeiten, die ihn normalerweise dazu veranlassen würden, einen befristeten Dienstvertrag abzuschließen, so stehen ihm zwei Möglichkeiten offen. Einerseits kann er natürlich ein Dienstverhältnis mit Zeitbestimmung abschließen, an das er nach der hier vertretenen Auffassung auch bei Vereinbarung einer vorzeitigen Kündigungsmöglichkeit gebunden ist. Wie schon gezeigt, wäre es unbillig, hätte der Dienstgeber beide Vorteile, also sowohl die Vermeidung des Kündigungsschutzes, als auch die vorzeitige Auflösbarkeit kraft einer vereinbarten Kündigungsklausel.

Um ein ausgewogenes System zu schaffen, sollte der Dienstgeber eine Kündigungsmöglichkeit haben, die im Sinne des Dienstnehmers im Anfechtungsfalle einer gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Dabei ist es erforderlich, bereits im Individualdienstvertrag einen Kündigungsgrund zu vereinbaren, der den oder die vom Dienstgeber konkret befürchteten Fälle abdeckt. Nur unter Anziehung dieses Grundes kann vom Dienstgeber gekündigt werden. Dabei kommt die Kündigung für den Dienstnehmer nicht völlig

⁶²¹ Außerhalb der Motivkündigung muss das Dienstverhältnis gem § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG mehr als sechs Monate andauern.

⁶²² Wolliger in ZellKomm § 105 ArbVG Rz 213ff.

⁶²³ iSd § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG.

⁶²⁴ ZAS 1978, 25; 9 Ob A 279, 280/88, DRdA 1989/24, 389 (*Floretta*); ZAS 1996, 109ff; OGH 8 Ob A 1/02h, ecolex 2002/359, 905.

überraschend, da er von Beginn an mit dem Risiko vertraut war und diesen Kündigungsgrund im Vorfeld durch Abschluss des Individualdienstvertrages akzeptiert hat.

Man könnte nun einwenden, dass die Kündigung trotz Vereinbarung eines Kündigungsgrundes der Anfechtungsmöglichkeit des § 105 ArbVG unterliegt. Dieser Einwand ist berechtigt, dennoch wäre das Prozessverlustrisiko des Dienstgebers bei entsprechendem Vorbringen und Verweis auf den konkret vereinbarten Kündigungsgrund mit weniger Risiko behaftet, da der Dienstnehmer im Bewusstsein des Risikos der (begründeten) Kündigungsmöglichkeit in diesem Fall nach durchgeführter Interessenabwägung wohl weniger schützenswert ist.

Mit dieser Lösung vermeidet der Rechtsanwender die Unsicherheiten im Bereich der Frage der Verhältnismäßigkeit von Vertragsdauer und der Länge von Kündigungsfristen in Verbindung mit der Anzahl der Kündigungstermine, sowie die Frage nach der Notwendigkeit einer sachlichen Rechtfertigung der ersten Befristung, sowie die Prüfung der Zulässigkeit und des Inhaltes von Kündigungsklauseln qua Inhaltskontrolle.

VI. Besonderheiten des FH-Sektors aus Sicht der einschlägigen Bestimmungen des FHStG und der Akkreditierungsrichtlinien

A. Einleitung

Das österreichische Hochschul- bzw. Universitätsrecht⁶²⁵ hat nur sehr wenige einschlägige personal- bzw. dienstrechtliche Bestimmungen. Die Bildungslandschaft des tertiären Sektors ist in erster Linie durch Studien-, Prüfungs- und Organisationsrecht gekennzeichnet. Nur vereinzelt finden sich auch dienstrechtliche Bestimmungen. Die Rechtslandschaft des tertiären Sektors ist insbesondere durch das Bundesgesetz über die Organisation der Universitäten und ihre Studien (Universitätsgesetz 2002 idF UG 2002 bezeichnet)⁶²⁶, dem Bundesgesetz über die Akkreditierung von Bildungseinrichtungen als Privatuniversitäten (Universitäts-Akkreditierungsgesetz idF UniAkkG bezeichnet)⁶²⁷, dem Bundesgesetz über die Organisation der pädagogischen Hochschulen und ihre Studien (Hochschulgesetz 2005 idF HG 2005 bezeichnet)⁶²⁸, dem Bundesgesetz über die Universität für Weiterbildung Krems (DUK-Gesetz 2004 idF DUK-G bezeichnet)⁶²⁹ und dem Bundesgesetz über Fachhochschul-Studiengänge (Fachhochschul-Studiengesetz idF FHStG bezeichnet)⁶³⁰ gekennzeichnet. Darüber hinaus findet sich eine Vielzahl weiterer einschlägiger Gesetze und Verordnungen.

Auf verfassungs- bzw. europarechtlicher Ebene ist zu bemerken, dass das Recht in Österreich seit dem Beitritt zur EU ein duales System ist, das einerseits aus österreichischem Recht und andererseits aus europäischem Recht bzw. Gemeinschaftsrecht besteht. Aus den Kompetenzbestimmungen des B-VG geht hervor, dass die Angelegenheiten der Universitäten und Hochschulen und des Hochschulwesens in die Zuständigkeit des Bundes zur

⁶²⁵ Verschiedentlich als postsekundärer bzw. tertiärer Sektor bezeichnet, wobei beide Begriffe gleichwertig sind und dasselbe ausdrücken. Vgl dazu auch *Waldemar Hummer*, Der tertiäre Sektor im "Europäischen Hochschul- und Forschungsraum" (Teil I) - Doktoratsstudien - Sinn, Motivation und Rahmenbedingungen, zfhr 2004, 41ff.

⁶²⁶ BGBl I 2002/120 idF BGBl I 2006/74.

⁶²⁷ BGBl I 1999/168 idF BGBl I 2000/54.

⁶²⁸ BGBl I 2006/30.

⁶²⁹ BGBl I 2004/22.

⁶³⁰ BGBl 1993/340 idF BGBl I 2006/43.

Gesetzgebung und Vollziehung fallen, und dass die diese Angelegenheiten regelnden Bundesgesetze keinen Bindungen an besondere parlamentarische Quoren unterliegen, wie sie sonst in einigen Angelegenheiten des allgemeinen und des land- und forstwirtschaftlichen Schulwesens für Gesetzesbeschlüsse im Nationalrat vorgesehen sind⁶³¹. Das bedeutet, dass der Bund in Gesetzgebung und Vollziehung für den Bildungsbereich zuständig ist, der als Universität oder Hochschule bzw Fachhochschule zu qualifizieren ist. Die Länder dürfen keine gesetzlichen Regelungen erlassen oder vollziehen, die Angelegenheiten der Universitäten oder Hochschulen bzw auch Fachhochschulen beinhalten. Aus kompetenzrechtlicher Sicht ist der Bund daher auch für Gesetzgebung und Vollziehung im Rahmen des Fachhochschulwesens⁶³² zuständig.

Charakteristisch für den rechtlichen Diskurs im Hochschulbereich ist auch das Autonomieprinzip⁶³³. Die Frage, was universitäre Autonomie bedeutet, und welche Auswirkungen sie hat, ist längst nicht abgeschlossen. Vielmehr findet die Autonomiediskussion durch die hier zu besprechenden Gesetze neuen Nährboden und neue Fragestellungen. Bei nicht staatlichen Institutionen, wie Privatuniversitäten und Fachhochschulen bzw Fachhochschul-Studiengängen, kommen die verfassungsrechtlichen Autonomiegarantien ebenfalls zum Tragen, jedoch nicht aufgrund teleologischer Extension, sondern aufgrund der grundrechtlich verankerten Garantien der Wissenschafts- und Kunstfreiheit⁶³⁴.

Auf europarechtlicher Ebene sind die Kompetenzen der europäischen Union im Bildungsbereich über Ziele definiert⁶³⁵. Auf Ebene des Gemeinschaftsrechts ist insbesondere Art 149 Abs 2 EGV von Bedeutung. Diese gemeinschaftsrechtliche Norm bestimmt die

⁶³¹ Art 14 Abs 10, 14a und 8 B-VG.

⁶³² Versteinerungsprinzip. Der Grundgedanke des Versteinerungsprinzipes bzw der Versteinerungstheorie besteht darin, dass Verfassungsbegriffe in dem Sinn verstanden werden, den sie im Zeitpunkt des Inkrafttretens der betreffenden Bestimmung hatten. Der „Versteinerungszeitpunkt“ ist in der Regel der 1.10.1925. Dieser Sinn muss regelmäßig aus dem Stand der einfachgesetzlichen Rechtslage im Versteinerungszeitpunkt entnommen werden. Es muss also untersucht werden, was beispielsweise als Hochschulwesen im Versteinerungszeitpunkt auf einfachgesetzlicher Basis geregelt war. Die Versteinerungstheorie lässt eine Fortentwicklung des Rechts zu, sofern ein inhaltlich-systematischer Zusammenhang besteht (Intrasystematische Rechtsfortentwicklung). Vgl dazu *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁹ (2000) Rz 133 u 296.

⁶³³ § 2 Abs 2 UOG 1993; Bundesgesetz über die Organisation der Universitäten BGBl 1993/805 idF BGBl I 2002/120. § 2 Abs 2 UOG ist eine Verfassungsbestimmung und lautet: „Die Universitäten sind im Rahmen der Gesetze und Verordnungen sowie nach Maßgabe der Budgetzuweisungen gem § 17 Abs 4 zur weisungsfreien (autonomen) Besorgung ihrer Angelegenheiten befugt.“

⁶³⁴ *Funk in Funk/Hauser/Kostal/Novak/Schwar/Winkler/Dragaric*, Handbuch des österreichischen Hochschulrechts (2006) 40.

⁶³⁵ Vgl Art 149 und 150 EGV.

Tätigkeit und die Ziele der Gemeinschaft im Hinblick auf die Entwicklung der Europäischen Union im Bildungswesen, insbesondere durch Erlernen und Verbreitung der Sprachen der Mitgliedstaaten, der Förderung der Mobilität von Lernenden und Lehrenden, sowie die Förderung der wechselseitigen Anerkennung, akademischer Diplome, die Förderung der Zusammenarbeit zwischen den Bildungseinrichtungen, der Ausbau des Informations- und Erfahrungsaustauschs über gemeinsame Probleme, die Förderung des Ausbaus des Jugendaustauschs sozialpädagogischer Betreuer und die Förderung und Entwicklung der Fernlehre.

Neben der rechtlichen Dimension ist aber auch die außerrechtliche Dimension des „Bologna-Prozesses“ von Bedeutung⁶³⁶. Der Bologna-Prozess ist insofern interessant, als er auf einer rechtlich nur gering verfestigten Zusammenarbeit der europäischen Staaten beruht.

Nunmehr sind 45 Staaten an dem Prozess beteiligt, der 1998 von den Bildungsministern Deutschlands, Frankreichs, Großbritanniens und Italiens in der so genannten Sorbonne-Erklärung begonnen worden ist.

Der Prozess wurde fortgesetzt und es folgten die Erklärungen von Bologna, von Prag, von Berlin und von Bergen. Der Bologna-Prozess basiert auf keinem völkerrechtlichen Vertrag und keiner internationalen Organisation. Die im Rahmen des Bologna-Prozesses erzeugten Texte sind keine Rechtstexte im formellen Sinn, es handelt sich um Absichtserklärungen⁶³⁷. Das Generalziel des Bologna-Prozesses ist die Schaffung eines europäischen Hochschulraumes bis zum Jahr 2010⁶³⁸. Hauptziele des Bologna-Prozesses sind die Schaffung eines Systems leicht verständlicher und vergleichbarer Abschlüsse, die Einführung eines Systems von Studienabschlüssen, welches sich im Wesentlichen auf zwei Hauptzyklen stützt⁶³⁹, sowie die Einführung eines Leistungspunktesystems⁶⁴⁰ und die Förderung der Mobilität, der europäischen Zusammenarbeit und die Förderung der erforderlichen europäischen Dimensionen im Hochschulbereich. Aus der Perspektive des Bologna-Prozesses ist insbesondere die letzte Novelle zum FHStG erklärbar. Interessant in

⁶³⁶ Vgl. dazu *Faulhammer*, Der Bolognaprozess - Weg zu einem europäischen Hochschulraum, zFHR 2005, 57 - 64.

⁶³⁷ Manche Autoren sprechen von „Softlaw“, so zB *Winkler* in *Funk/Hauser/Kostal/Novak/Schwar/Winkler/Dragaric*, Handbuch des österreichischen Hochschulrechts (2006) 58.

⁶³⁸ *Winkler* in *Funk/Hauser/Kostal/Novak/Schwar/Winkler/Dragaric*, Handbuch des österreichischen Hochschulrechts (2006) 60 ff.

⁶³⁹ Bachelor und Master. Im Communiqué von Berlin wurde das Doktorat als dritter Zyklus aufgenommen.

⁶⁴⁰ ECTS (European Community Course Credit Transfer System). Vgl. auch *Winkler* in *Funk/Hauser/Kostal/Novak/Schwar/Winkler/Dragaric*, Handbuch des österreichischen Hochschulrechts (2006) 61.

diesem Zusammenhang ist auch, dass die europäische Universität ihren Ursprung in Bologna hat. In Bologna wurde im 12. Jahrhundert die erste neuzeitliche Universität auf europäischem Boden gegründet⁶⁴¹.

B. Dienst- bzw Personalrecht im österreichischen Universitäts-, Fachhochschul- und Hochschulbereich (tertiärer Sektor)

1. UG 2002

Von allen hochschulischen bzw universitären Spezialnormen enthält das UG 2002 die meisten dienstrechtlichen Bestimmungen bzw Bestimmungen mit Bezug zum Arbeitsrecht. So haben alle Organe der Universität darauf hinzuwirken, dass in allen universitären Arbeitsbereichen ein ausgewogenes Zahlenverhältnis zwischen den an der Universität tätigen Frauen und Männern erreicht wird⁶⁴². Die Erreichung dieses Ziels ist durch geeignete Maßnahmen, insbesondere durch Erlassung und Umsetzung eines Frauenförderungsplanes, anzustreben. Darüber hinaus ist an jeder Universität vom Senat ein Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen einzurichten, dessen Aufgabe es ist, Diskriminierungen durch Universitätsorgane aufgrund des Geschlechts entgegenzuwirken und die Angehörigen und Organe der Universität in Fragen der Gleichstellung von Frauen und Männern sowie der Frauenförderung zu beraten und zu unterstützen⁶⁴³.

Der Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen hat eine Vielzahl von Aufgaben⁶⁴⁴, sowie insbesondere alle Ausschreibungstexte für die Besetzung von Stellen und Funktionen einzusehen⁶⁴⁵. Dienstverträge, die ohne vorherige Verständigung des Arbeitskreises oder vor Ablauf der Frist gemäß § 42 Abs 8 UG 2002⁶⁴⁶ abgeschlossen werden, sind unwirksam⁶⁴⁷. Diese Bestimmung ist insofern interessant, als sie eine arbeitsrechtliche Nichtigkeitsfolge enthält, die man an dieser Stelle nicht vermuten würde. Die dogmatische Einordnung dieser Rechtsfigur ist fraglich, es kommt mE am ehestens eine so genannte aufschiebende

⁶⁴¹ Vgl dazu auch *Brauneder/Lachmayer*, Österreichische Verfassungsgeschichte³ (1983) 48 u 49; *Floßmann*, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁴ (2001) 6f.

⁶⁴² § 41 UG 2002.

⁶⁴³ § 42 Abs 1 UG 2002.

⁶⁴⁴ § 42 Abs 2 bis Abs 5 UG 2002.

⁶⁴⁵ § 42 Abs 6 UG 2002 „Zur Kenntnis zu bringen“.

⁶⁴⁶ 2 Wochen.

⁶⁴⁷ § 42 Abs 7 letzter Satz UG 2002.

Bedingung zum Tragen. Diese ist dadurch gekennzeichnet, dass der Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen verständigt wird. Mit der Verständigung des Arbeitskreises für Gleichbehandlungsfragen tritt die Bedingung ein und der schwebend unwirksame Arbeitsvertrag wird wirksam. Eine Schiedskommission vermittelt und schlichtet in Streitfällen, die die Entscheidung über Beschwerden des Arbeitskreises für Gleichbehandlungsfragen wegen einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes durch die Entscheidung eines Universitätsorgans betreffen⁶⁴⁸.

Dienstverträge, die von der Rektorin oder vom Rektor während eines anhängigen Verfahrens vor der Schiedskommission oder trotz eines negativen Bescheids der Schiedskommission abgeschlossen werden, sind unwirksam⁶⁴⁹. § 94 UG 2002 enthält zwar keine dienstrechtlichen Bestimmungen, bestimmt aber, wer der Universität angehört⁶⁵⁰ und wer zum wissenschaftlichen und künstlerischen Universitätspersonal zählt⁶⁵¹. Weiters ist das allgemeine Universitätspersonal definiert⁶⁵².

Zu den Angehörigen der Universität zählen die Studierenden, die Forschungsstipendiatinnen und –stipendiaten, das wissenschaftliche und künstlerische Universitätspersonal, das allgemeine Universitätspersonal, die Privatdozentinnen und Privatdozenten, die emeritierten Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren und die Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren im Ruhestand. Zum wissenschaftlichen und künstlerischen Universitätspersonal gehören die Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren und die Universitätsdozentinnen und Universitätsdozenten sowie die wissenschaftlichen und künstlerischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Forschungs-, Kunst- und Lehrbetrieb.

Zum allgemeinen Universitätspersonal gehören das administrative Personal, das technische Personal, das Bibliothekspersonal, das Krankenpflegepersonal, die Ärztinnen und Ärzte zur ausschließlichen Erfüllung von Aufgaben im Rahmen einer öffentlichen Krankenanstalt und die Ärztinnen und Ärzte in Facharztausbildung. Forschungsstipendiatinnen und Forschungsstipendiaten sind Studierende oder Absolventinnen und Absolventen eines Doktoratsstudiums, die an der Universität im Rahmen eines Stipendiums an einem Forschungsprojekt arbeiten. Durch die Zuerkennung eines Stipendiums wird kein Dienstverhältnis zur Universität begründet und ein bestehendes Dienstverhältnis

⁶⁴⁸ § 43 Abs 1 Z 2 UG 2002.

⁶⁴⁹ § 43 Abs 8 UG 2002.

⁶⁵⁰ § 94 Abs 1 UG 2002.

⁶⁵¹ § 94 Abs 2 UG 2002.

⁶⁵² § 94 Abs 3 UG 2002.

nicht verändert⁶⁵³. Ärztinnen und Ärzte in Ausbildung zur Fachärztin oder zum Facharzt stehen für die Dauer ihrer Ausbildung in einem zeitlich befristeten Ausbildungsverhältnis zur Universität⁶⁵⁴. Das UG 2002 legt fest, dass die Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren für die Forschung oder die Entwicklung und Erschließung der Künste sowie für die Lehre in ihrem Fachgebiet verantwortlich sind und in einem befristeten oder unbefristeten Dienstverhältnis zu Universität stehen. Sie sind entweder Vollzeit- oder Teilzeitbeschäftigte⁶⁵⁵.

§ 97 Abs 1 UG 2002 bestimmt an sich Selbstverständliches, dennoch ist die Bestimmung nicht ohne Bedeutung. Der Hinweis im § 97 Abs 1 UG 2002, dass auch befristete Dienstverhältnisse möglich seien, soll den Leser des Gesetzestextes darauf aufmerksam machen, dass das befristete Dienstverhältnis dem unbefristeten Dienstverhältnis wertungsmäßig gleichgestellt ist und befristete Dienstverhältnisse zur Universität von bestimmter, noch näher zu definierender Bedeutung sind. Die nachfolgenden dienstrechtlichen Bestimmungen des UG 2002 bestätigen den vermuteten Sinngehalt der Norm des § 97 Abs 1 UG 2002. § 98 Abs 11 UG 2002 legt fest, dass die Rektorin oder der Rektor die Berufungsverhandlungen führt und mit der ausgewählten Kandidatin oder dem ausgewählten Kandidaten den „Arbeitsvertrag“ schließt.

Der IV. Teil der UG 2002 trägt die Überschrift Personalrecht⁶⁵⁶ und beinhaltet die einschlägigen arbeitsrechtlichen Spezialnormen des UG 2002.

Das UG 2002 legt ausdrücklich fest, dass alle zur Besetzung stehenden offenen Stellen vom Rektorat öffentlich auszuschreiben sind⁶⁵⁷. Die Ausschreibungsfrist hat zumindest drei Wochen zu betragen⁶⁵⁸. In einigen Fällen kann von einer Ausschreibung abgesehen werden⁶⁵⁹, wie zum Beispiel bei Lehraufträgen mit nur geringem Stundenausmaß⁶⁶⁰. Als Rechtsgrundlage zur Universität dient seit dem stufenweisen Inkrafttreten⁶⁶¹ des UG 2002

⁶⁵³ § 95 letzter Satz UG 2002.

⁶⁵⁴ § 96 UG 2002.

⁶⁵⁵ § 97 Abs 1 UG 2002.

⁶⁵⁶ § 107 bis § 115 UG 2002.

⁶⁵⁷ § 107 Abs 1 UG 2002.

⁶⁵⁸ § 107 Abs 1 letzter Satz UG 2002. „Zumindest“ bedeutet, dass die Einhaltung einer dreiwöchigen Mindestfrist die absolute Untergrenze darstellt und daher länger gestaltet werden sollte.

⁶⁵⁹ § 107 Abs 2 UG 2002.

⁶⁶⁰ § 107 Abs 2 Z 1 UG 2002. Die Bestimmung legt nicht fest, was unter einem „geringen Stundenausmaß“ zu verstehen ist. Leider schafft auch die RV keine Klarheit. Die RV spricht lediglich von Lehraufträgen mit geringem Stundenausmaß, „die meist einer befristeten Ergänzung des vorhandenen Lehrangebots dienen“. Vgl dazu RV 1134 BlgNR 21. GP. Solche Lehrbeauftragte werden oft auch als „nebenberufliche Lektoren oder Lehrbeauftragte“ bezeichnet, dh sie gehen einem Hauptberuf als Haupteinnahmequelle nach.

⁶⁶¹ § 143 UG 2002.

grundsätzlich⁶⁶² für alle Dienstverhältnisse das Angestelltengesetz⁶⁶³. Die Universitäten bilden gemeinsam den Dachverband⁶⁶⁴ der Universitäten, der dienstgeberseitig kollektivvertragsfähig im Sinne des Arbeitsverfassungsgesetzes ist⁶⁶⁵.

Von absolut zentraler Bedeutung ist § 109 UG 2002. Die Bestimmung wiederholt zuerst die „speziellere“ Norm des § 97 UG 2002⁶⁶⁶ dahingehend, dass Dienstverhältnisse auf unbestimmte oder bestimmte Zeit abgeschlossen werden können. § 109 Abs 1 2. Satz bestimmt dann, dass Dienstverhältnisse auf bestimmte Zeit bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit des Vertrages auf höchstens sechs Jahre zu befristen sind, soweit dieses Bundesgesetz nichts anderes bestimme. Eine mehrmalige unmittelbar aufeinander folgende Befristung ist aber nur bei Dienstnehmerinnen und Dienstnehmern zulässig, die im Rahmen von *Drittmittelprojekten* oder *Forschungsprojekten* beschäftigt werden, bei ausschließlich in der *Lehre* verwendetem Personal, sowie bei *Ersatzkräften*. Die Gesamtdauer solcher unmittelbar aufeinander folgender Dienstverhältnisse darf sechs Jahre nicht überschreiten.

Bei Teilzeitbeschäftigten darf eine Dauer von acht Jahren nicht überschritten werden. Es stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis der erste und der zweite Absatz des § 109 UG 2002 zueinander stehen. Bei oberflächlicher Betrachtungsweise scheinen die Inhalte der Abs 1 und 2 des § 109 UG 2002 klar. Beschäftigungsverhältnisse sind auf höchstens sechs Jahre zu befristen, die gleiche Obergrenze gilt für unmittelbar aufeinander folgende „Ketten“beschäftigungsverhältnisse, bei Teilzeitkräften ist diese Grenze auf acht Jahre ausgedehnt. Natürlich kann diese „Auslegung“ nur Ergebnis allererster Lesung sein. Schon bei näherer Betrachtung fällt auf, dass Abs 1 mit Abs 2 nicht wirklich harmoniert. Gilt die Nichtigkeitsfolge des Abs 1 auch für Abs 2? Kommen nur die in Abs 2 explizit angeführten Dienstnehmergruppen in den „Genuss“ der Zulässigkeit mehrerer unmittelbar aufeinander folgender Dienstverhältnisse? Steht § 109 Abs 2 UG 2002 zu Abs 1 im Verhältnis der Spezialität? Dazu später. Vorerst sei nur festgehalten, dass das UG 2002 die Problematik mehrerer aufeinander folgender Dienstverhältnisse dahingehend löst, dass für Lehr- und Forschungspersonal Kettendienstverhältnisse mit einer Höchstdauer von sechs bzw acht Jahren zulässig sind.

⁶⁶² „soweit gesetzlich nicht anderes bestimmt ist“.

⁶⁶³ § 108 Abs 1 UG 2002. Die Bestimmung verweist auf das AngG in der Fassung BGBl 1921/292. Dabei handelt es sich mE um einen redaktionellen Fehler, da es sich dabei um die Stammfassung des AngG handelt, die in der Zwischenzeit mehrfach nicht unerheblich novelliert wurde. Es müsste auf das AngG in einer aktuellen Fassung bzw auf das AngG in seiner jeweils geltenden Fassung verwiesen werden.

⁶⁶⁴ § 108 Abs 2 UG 2002.

⁶⁶⁵ § 108 Abs 3 UG 2002.

⁶⁶⁶ § 97 UG 2002 gilt „nur“ für Universitätsprofessorinnen und –professoren.

Eine weitere dienstrechtliche Spezialnorm beinhaltet § 110 UG 2002. Die Bestimmung enthält gesetzliche Sonderregelungen zur Arbeitszeit und Arbeitsruhe für das wissenschaftliche und künstlerische Universitätspersonal. Dieses Sonderarbeitszeit- bzw. Sonderarbeitsruhegesetz erhöht die höchstzulässige Tagesarbeitszeit auf 13 Stunden, die höchstzulässige Wochenarbeitszeit innerhalb eines Durchrechnungszeitraumes von bis zu 17 Wochen auf im Durchschnitt 48 Stunden, wobei die absolute wöchentliche Höchstgrenze bei 60 Stunden liegt⁶⁶⁷. Die Bestimmung definiert die Begriffe Arbeitszeit, Tagesarbeitszeit, Wochenarbeitszeit, Nacht, Nachtarbeiter(in)⁶⁶⁸, die wöchentliche Normalarbeitszeit⁶⁶⁹, die Tagesarbeitszeit von Nachtarbeitnehmern und Nachtarbeiterinnen⁶⁷⁰, Ermächtigungsnormen auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene⁶⁷¹, sowie Strafbestimmungen⁶⁷². Kernstück des Arbeitszeitrechts für das wissenschaftliche bzw. künstlerische Universitätspersonal ist die Erhöhung der täglichen bzw. wöchentlichen höchstzulässigen Grenzen der Normalarbeitszeit als *lex specialis* zum für Angestellte an sich geltenden Arbeitszeit- bzw. Arbeitsruhegesetz. Die Gesetzesmaterialien begründen die Sonderbestimmungen damit, dass Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren sowie Universitätsdozentinnen und Universitätsdozenten von den Dienstzeitvorschriften des BDG 1979 ohnedies ausgenommen seien und dass strenge Arbeitszeitvorschriften für Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler nicht zweckmäßig seien⁶⁷³.

Im Zusammenhang mit § 110 UG 2002 stellt sich die Frage, ob die Bestimmung europarechtlichen Vorgaben entspricht. Dabei kommen leichte Bedenken auf, da die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG⁶⁷⁴ die Mitgliedstaaten anhält, Maßnahmen zu treffen, damit die durchschnittliche Arbeitszeit pro Siebentageszeitraum 48 Stunden einschließlich der Überstunden nicht überschreitet⁶⁷⁵. § 110 Abs 3 UG 2002 gestattet jedoch eine Wochenarbeitszeit von 60 Stunden in einzelnen Wochen des Durchrechnungszeitraumes.

⁶⁶⁷ § 110 Abs 3 UG 2002.

⁶⁶⁸ § 110 Abs 2 UG 2002.

⁶⁶⁹ § 110 Abs 2a UG 2002.

⁶⁷⁰ § 110 Abs 4 UG 2002.

⁶⁷¹ § 110 Abs 2a u 10 UG 2002.

⁶⁷² § 110 Abs 11 UG 2002.

⁶⁷³ RV 1134 BlgNR 21.GP, 35; vgl auch *Kostal*, UnivG 2002² (2005) 234 – 238; *Schrammel* in *Mayer* (Hrsg), Kommentar UG 2002, § 110 II.3.

⁶⁷⁴ Richtlinie 2003/88/EG des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung vom 4.11.2003; ABl 2003 L 299 S 9, 18.11.2003.

⁶⁷⁵ Art 6 lit b RL 2003/88/EG. Vgl dazu aber auch den Rechtfertigungstatbestand des Art 22 Abs 1 lit a RL 2003/88/EG, der eine Überschreitung der starren 48-Stunden-Grenze der höchstzulässigen Wochenarbeitszeit aufgrund einer Einwilligungserklärung des Dienstnehmers ermöglicht. Art 22 RL 2003/88/EG ist mE von § 110

Ausgenommen von diesem Arbeitszeitsonderrecht sind das wissenschaftliche Personal, auf das das Krankenanstalten-Arbeitszeitgesetz anzuwenden ist, sowie leitende Angestellte der Universitäten, denen maßgebliche Führungsaufgaben selbstverantwortlich übertragen sind⁶⁷⁶.

Das allgemeine Universitätspersonal, dessen Mitarbeit zur Unterstützung und Aufrechterhaltung des Lehrbetriebes oder des Forschungs- oder Kunstbetriebs unbedingt erforderlich ist, darf während der Wochenend- und Feiertagsruhe gemäß §§ 3 und 7 Arbeitsruhegesetz beschäftigt werden⁶⁷⁷.

Das UG 2002 „erweitert“ den Kündigungs- und Entlassungsschutz. Eine Kündigung oder Entlassung einer oder eines Angehörigen des wissenschaftlichen oder künstlerischen Universitätspersonals ist unwirksam, wenn die Kündigung wegen einer von ihr oder ihm in Forschung oder Lehre bzw in Entwicklung und Erschließung der Künste vertretenen Auffassung oder Methode erfolgt⁶⁷⁸. § 113 UG 2002 erweitert den Kreis der gesetzlichen Kündigungsverbote⁶⁷⁹. Die Unwirksamkeit der Kündigung kann nicht beliebig lang geltend gemacht werden. Nach Meinung der Judikatur muss der Fortsetzungsanspruch gegen den Dienstgeber im Interesse der Rechtssicherheit und des Klarstellungsinteresses des Dienstnehmers ohne unnötigen Aufschub erhoben werden⁶⁸⁰. Die Bestimmung gehört mE zum besonderen arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz, der allerdings den allgemeinen Kündigungsschutz⁶⁸¹ eines Angehörigen des wissenschaftlichen Universitätspersonals nicht ausschließt⁶⁸².

Das UG 2002 enthält einige notwendige Bestimmungen zur Überleitung von Universitätspersonal. Alle zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des UG 2002 in einem

UG 2002 nicht umgesetzt, sodass Bedenken gegen die Konformität der innerstaatlichen Bestimmung mit dem Gemeinschaftsrecht vorgebracht werden können.

⁶⁷⁶ § 110 Abs 1 letzter Satz UG 2002.

⁶⁷⁷ § 111 UG 2002. § 3 ARG gewährt dem Dienstnehmer in jeder Kalenderwoche eine ununterbrochene Ruhezeit von 36 Stunden, in die der Sonntag zu fallen hat. § 7 ARG regelt die Feiertagsruhe. Beide Bestimmungen kennen Ausnahmetatbestände.

⁶⁷⁸ § 113 UG 2002.

⁶⁷⁹ Vgl auch *Trost*, Die rechts- oder sittenwidrige Kündigung, DRdA 1987, 1.

⁶⁸⁰ OGH 30.6.1999, 9 Ob A 160/99s = ZAS 2000/13 mit Anm *Gahleitner*. Der OGH stellt in dieser Entscheidung klar, dass ein Aufgreifen des Fortsetzungsanspruches 10 Monate nach der Kenntnis des Betriebsüberganges und der Weigerung des Betriebserwerbers, eine Weiterbeschäftigung durchzuführen, jedenfalls verspätet sei.

⁶⁸¹ § 105 Abs 3 Z 1 lit a – j (*verpöntes Motiv*) bzw Abs 3 Z 2 (*Sozialwidrigkeit*) ArbVG.

⁶⁸² *Jabornegg, Resch, Strasser, Arbeitsecht*² (2005) Rz 668, 678 u 684 – 741.

Beschäftigungsverhältnis oder einem sonstigen Rechtsverhältnis stehenden oder im Zeitraum zwischen dem In-Kraft-Treten und dem vollen Wirksamwerden des UG 2002 neu in ein Beschäftigungsverhältnis oder sonstiges Rechtsverhältnis aufgenommenen Universitätsangehörigen haben Rechte und Aufgaben nach Maßgabe des UG 2002⁶⁸³. Die Überleitung des Personals aus dem Beamtenstand regelt § 125 UG 2002. Beamtinnen und Beamte können nicht durch Gesetz in Dienstverhältnisse zur Universität übergeleitet werden⁶⁸⁴. Wichtig ist, dass alle dienst- und besoldungsrechtlichen Bestimmungen für Beamtinnen und Beamte des Bundes auch weiterhin unverändert bestehen. Alle ihre Rechte und Pflichten aus dem Beamtendienstverhältnis bleiben bestehen.

§ 126 UG 2002 regelt die Überleitung von Dienstverhältnissen von Vertragsbediensteten. Bedienstete des Bundes, die am Tag vor dem vollen Wirksamwerden des UG 2002 an der Universität zu Lasten einer Planstelle der Planstellenbereiche Universitäten oder Universitäten der Künste in einem vertraglichen Dienstverhältnis stehen, werden mit dem folgenden Tag⁶⁸⁵ Dienstnehmer jener Universität, deren Aufgaben sie überwiegend besorgt haben⁶⁸⁶. Die Überleitung in ein Angestelltenverhältnis zur Universität erfolgt durch Gesetz, ohne dass es eines Neuabschlusses eines Dienstvertrages oder eines Nachtrages zum bestehenden Dienstvertrag bedarf⁶⁸⁷.

⁶⁸³ § 122 Abs 2 UG 2002.

⁶⁸⁴ Vgl dazu RV 1134 BlgNR 21. GP: „Die in einem provisorischen oder definitiven öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehenden Bundesbediensteten können nicht durch Gesetz in Dienstverhältnisse zur Universität übergeleitet werden, sondern haben ein Recht darauf, in ihrem Beamtendienstverhältnis zu bleiben. Sie werden der jeweiligen Universität weiterhin zur Dienstleistung zugeteilt. Im Rahmen ihres bestehenden Beamtendienstverhältnisses muss auch weiterhin die Möglichkeit qualifizierter Verwendungsänderungen, wie insbesondere eines Aufstiegs in eine höhere Funktions- oder Verwendungsgruppe, bestehen. Die Beamtinnen und Beamten sollen aber auch die Möglichkeit haben, innerhalb von fünf Jahren freiwillig in ein Arbeitsverhältnis zur Universität überzuwechseln. Den in einem provisorischen Dienstverhältnis stehenden Universitätsassistentinnen und Universitätsassistenten soll dieses Optionsrecht innerhalb von fünf Jahren nach Erfüllung ihrer Definitivstellungserfordernisse gleichfalls eingeräumt werden. Die Aufgaben der Universität als Dienstbehörde erster Instanz soll ein „Amt der Universität...“ übernehmen, das von der jeweiligen Rektorin oder vom jeweiligen Rektor geleitet wird. Die Stellung der Rektorin oder des Rektors als Leiterin oder Leiter des „Amtes der Universität...“ entspricht ihrer oder seiner derzeitigen Position als Leiterin oder Leiter der Dienstbehörde erster Instanz. Eine Einschränkung der Autonomie tritt hiedurch nicht ein, da die Rektorin oder der Rektor in dienstbehördlichen Angelegenheiten auch derzeit der Bundesministerin oder dem Bundesminister unterstellt ist (siehe die Verfassungsbestimmungen des § 9 Abs 6 UOG 1993 und des § 10 KUOG). Die den Universitäten zugewiesenen Beamtinnen und Beamten sind weiterhin vom Bund über das Bundesrechenamt zu besolden. Aus Gründen der Budgetwahrheit und Budgetklarheit sind diese Aufwendungen von den vollrechtsfähigen Universitäten dem Bund zu ersetzen. Dabei ist auch ein Anteil für den künftigen Pensionsanteil zu leisten. Der Bund hat den Universitäten aufgrund seiner Finanzierungsverpflichtung im Rahmen der Budgetzuweisung (Leistungsvereinbarung) die dafür erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen.“

⁶⁸⁵ Stichtag

⁶⁸⁶ § 126 Abs 1 UG 2002.

⁶⁸⁷ RV 1134 BlgNR 21. GP.

Weitere dienstrechtliche Bestimmungen des UG 2002 verpflichten die vollrechtsfähige Universität die Ausbildungsverpflichtungen des Bundes von Lehrlingen zu übernehmen⁶⁸⁸, regeln die Rechtsstellung wissenschaftlicher bzw künstlerischer Mitarbeiter in Ausbildung⁶⁸⁹, sowie von Personen in einem besonderen Rechtsverhältnis zum Bund⁶⁹⁰ und von Angestellten im Rahmen der Teilrechtsfähigkeit⁶⁹¹.

Das UG 2002 beinhaltet auch einige Sondertatbestände zur Arbeitsinspektion⁶⁹², zur Übernahme von öffentlichen Ämtern⁶⁹³ und zum Pensionskassensystem⁶⁹⁴.

2. Universitäts-AkkreditierungsG – UniAkkG

Dieses Bundesgesetz regelt die staatliche Akkreditierung von Bildungseinrichtungen, die nicht auf Grund einer anderen österreichischen Rechtsvorschrift als postsekundäre Bildungseinrichtung anerkannt sind, als Privatuniversitäten⁶⁹⁵. Bis Anfang der 90iger-Jahre des vorigen Jahrhunderts war wissenschaftliche Lehre auf universitärem Niveau den staatlichen Universitäten und aufgrund des Konkordates einigen theologischen Lehranstalten der katholischen Kirche vorbehalten. Die Geschichte und Entwicklung der Privatuniversitäten ist eng mit der Novellierung des damaligen AHStG⁶⁹⁶ und dessen Öffnung in Richtung Kursen und Lehrgängen „universitären Charakters“ verbunden⁶⁹⁷. Der Gesetzgeber ging bei der Schaffung des UniAkkG von der Überlegung aus, dass durch die Existenz einiger hochwertiger, nicht staatlicher Studienangebote den österreichischen Studierenden neuartige Zugänge zu Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten eröffnet werden und folgte daraus, dass auch die Republik Österreich aus solchen Angeboten nicht unwesentliche Vorteile ziehen könne, weil sie an den staatlichen Universitäten derartige Angebote aus Kostengründen nicht

⁶⁸⁸ § 127 UG 2002.

⁶⁸⁹ § 132 UG 2002.

⁶⁹⁰ § 133 UG 2002. So zB Studienassistenten, Tutoren und Demonstranten, Lehrbeauftragte sowie Gastprofessorinnen und Gastprofessoren.

⁶⁹¹ § 134 UG 2002.

⁶⁹² § 112 UG 2002.

⁶⁹³ § 114 UG 2002.

⁶⁹⁴ § 115 UG 2002.

⁶⁹⁵ § 1 Abs 1 UniAkkG.

⁶⁹⁶ AHStG idF BGBl 1995/167.

⁶⁹⁷ Vgl zur Genese des UniAkkG *Kostal* in *Funk/Hauser/Kostal/Novak/Schwar/Winkler/Dragaric*, Handbuch des österreichischen Hochschulrechts (2006) 221ff.

einrichten könnte⁶⁹⁸. Das UniAkkG enthält in erster Linie Organisations-, Studien- und Akkreditierungsrecht⁶⁹⁹, jedoch kein Dienstrecht im engeren Sinn.

Im Rahmen der Akkreditierung⁷⁰⁰ ist unter anderem die Voraussetzung zu erfüllen, dass in den wesentlichen Fächern der durchzuführenden Studien ein dem internationalen Standard entsprechendes wissenschaftliches oder künstlerisches Lehrpersonal verpflichtet wird. Bei der erstmaligen Antragstellung müssen zumindest rechtsverbindliche Vorverträge in dem für die geplanten Studien ausreichenden Ausmaß vorhanden sein⁷⁰¹. Weitere „dienstrechtliche“ Bestimmungen kennt das UniAkkG – abgesehen von sehr strengen Qualitäts- und Evaluierungsnormen⁷⁰², die das Lehrpersonal betreffen – nicht.

Die die Akkreditierung beantragende Bildungseinrichtung muss eine juristische Person sein⁷⁰³. Als Antragsteller kommen daher ausschließlich juristische Personen des privaten oder des öffentlichen Rechts in Betracht⁷⁰⁴.

Das UniAkkG sagt also nicht, in welcher Rechtsform das Lehrpersonal beschäftigt wird. Auch die Materialien⁷⁰⁵ schweigen darüber. Zwei Anhaltspunkte bietet jedoch das Gesetz selbst. Einerseits fordert das UniAkkG als Akkreditierungsvoraussetzung „zumindest rechtsverbindliche Vorverträge“. Das lässt auf ein privatrechtliches Beschäftigungsverhältnis schließen. Andererseits hat auch die Bestimmung über die fünfjährige Dauer der Akkreditierung insofern Indizwirkung, als dadurch unbefristete und unkündbare öffentlichrechtliche Dienstverhältnisse faktisch ausgeschlossen sind. Weiter stellt sich die Frage, ob diese privatrechtlichen Dienstverhältnisse auf der Basis des

⁶⁹⁸ RV 1914 BlgNR 20. GP 7.

⁶⁹⁹ §§ 2 - 6 UniAkkG.

⁷⁰⁰ Derzeit sind folgende Bildungseinrichtungen als Privatuniversitäten akkreditiert: Katholisch-Theologische Privatuniversität Linz; IMADec University; Webster University Vienna; Private Universität für Gesundheitswissenschaften, Medizinische Informatik und Technik; PEF Privatuniversität für Management; Paracelsus Medizinische Privatuniversität; Anton Bruckner Privatuniversität; TCM Privatuniversität LI SHI ZHEN; Privatuniversität der Kreativwirtschaft; Konservatorium Wien; Sigmund Freud Privatuniversität Wien.

⁷⁰¹ § 2 Abs 1 Z 3 UniAkkG.

⁷⁰² Vgl dazu im Detail *Kostal* in *Funk/Hauser/Kostal/Novak/Schwar/Winkler/Dragaric*, Handbuch des österreichischen Hochschulrechts (2006) 254f.

⁷⁰³ § 2 Abs 1 Z 1 UniAkkG.

⁷⁰⁴ *Kostal* in *Funk/Hauser/Kostal/Novak/Schwar/Winkler/Dragaric*, Handbuch des österreichischen Hochschulrechts (2006) 223f.

⁷⁰⁵ Die Materialien sagen lediglich, dass eine Akkreditierung nur dann Sinn hat, wenn ab dem Beginn des Studienbetriebes die Personal-, Sach- und Raumausstattung in einem Ausmaß vorhanden ist, das einen längerfristigen, geordneten Studienbetrieb garantiert. Daher sind durch die antragstellende Institution entsprechende Nachweise zu erbringen. RV 1914 BlgNR 20. GP 10 (zu § 2).

Vertragsbedienstetengesetzes⁷⁰⁶ oder des Angestelltengesetzes abzuschließen sind. Das VBG ist schon alleine aufgrund seines Geltungsbereiches auszuschließen, da es nur für Personen gilt, die in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis zum Bund stehen. Das UniAkkG bestimmt jedoch ein eindeutiges Finanzierungsverbot⁷⁰⁷ des Bundes, was mE ein privatrechtliches Dienstverhältnis zum Bund ausschließt. Beschäftigungsverhältnisse zur Privatuniversität sind daher auf der Basis des AngG⁷⁰⁸ mit allen arbeitsrechtlichen Konsequenzen abzuschließen.

3. Pädagogische Hochschulen

Vom Charakter des Besonderen ob seiner Eigenheiten geprägt ist das Bundesgesetz über die Organisation der Pädagogischen Hochschulen⁷⁰⁹ und ihre Studien⁷¹⁰. Die Pädagogische Hochschule hat die Aufgabe, wissenschaftlich fundierte, berufsfeldbezogene Bildungsangebote in den Bereichen der Aus-, Fort- und Weiterbildung in pädagogischen Berufsfeldern, insbesondere in Lehrberufen, zu erstellen, anzubieten und durchzuführen⁷¹¹. Dabei tritt die Pädagogische Hochschule die Nachfolge der bisherigen Lehrerinnen- und Lehrerbildungsinstitutionen – insbesondere der Pädagogischen Akademien⁷¹² – an⁷¹³. Auch das HG 2005 ist primär Organisations- und Studienrecht. Es enthält keine dienstrechtlichen Bestimmungen im engeren Sinn, jedoch einige übergangsrechtliche Bestimmungen für das Personal an Bundeseinrichtungen⁷¹⁴ und an privaten Einrichtungen⁷¹⁵.

⁷⁰⁶ Bundesgesetz vom 17.3.1948 über das Dienst- und Besoldungsrecht der Vertragsbediensteten des Bundes (Vertragsbedienstetengesetz 1948 - VBG) BGBl 1948/86 idF BGBl I 2006/117.

⁷⁰⁷ § 8 UniAkkG. Die Bestimmung lautet wie folgt: „Einer Privatuniversität dürfen keine geldwerten Leistungen des Bundes zuerkannt werden, mit Ausnahme von Gegenleistungen aus Verträgen über die Erbringung bestimmter Lehr- und Forschungsleistungen einer Privatuniversität, die der Bund zur Ergänzung des Studienangebots der staatlichen Universitäten bei Bedarf mit einer Privatuniversität abschließt.“

⁷⁰⁸ Vgl § 2 Abs 2 Z 8 AngG „...und in privaten Unterrichtsanstalten“.

⁷⁰⁹ Vgl dazu auch *Hauser*, Pädagogisches Hochschulgesetz (2006); *Kostal*, Hochschulgesetz 2005 – Kurzkomentar (2006); *Funk*, Entwicklungen im Hochschulrecht. Trends und Perspektiven, zfhr 2001,7.

⁷¹⁰ Hochschulgesetz 2005 – HG 2005 BGBl I 2006/30.

⁷¹¹ § 8 Abs 1 HG 2005.

⁷¹² Aber auch: Pädagogische Institute, Berufspädagogische Akademien, Religionspädagogische Akademien, Religionspädagogische Institute und die Agrarpädagogischen Akademien. *Kostal/Hauser/Dragaric* in *Funk/Hauser/Kostal/Novak/Schwar/Winkler/Dragaric*, Handbuch des österreichischen Hochschulrechts (2006) 315.

⁷¹³ Vgl dazu im Detail *Kostal/Hauser/Dragaric* in *Funk/Hauser/Kostal/Novak/Schwar/Winkler/Dragaric*, Handbuch des österreichischen Hochschulrechts (2006) 314-317.

⁷¹⁴ § 84 HG 2005.

⁷¹⁵ § 85 HG 2005.

Das In-Kraft-Treten des HG 2005 ist gestaffelt⁷¹⁶, die meisten Bestimmungen traten mit 1.10.2007 in Kraft⁷¹⁷.

Der öffentlichen Pädagogischen Hochschule kommt Rechtspersönlichkeit zu, als sie berechtigt ist, im eigenen Namen und für eigene Rechnung rechtsgeschäftlich an der Erfüllung der Aufgaben der Pädagogischen Hochschule mitzuwirken⁷¹⁸. Im Rahmen dieses abgegrenzten Wirkungsbereiches kommt der Pädagogischen Hochschule als juristischer Person des öffentlichen Rechts Teilrechtsfähigkeit zu⁷¹⁹. Diese Teilrechtsfähigkeit ermächtigt die Pädagogische Hochschule zum Abschluss von Rechtsgeschäften, die im Rahmen der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben notwendig sind⁷²⁰. Auf Dienst- und Werkverträge, die im Rahmen des § 3 Abs 1 HG 2005 abgeschlossen werden, findet das auf die Art der Tätigkeit jeweils zutreffende Gesetz Anwendung⁷²¹. Ein Dienstverhältnis zum Bund wird dabei nicht begründet⁷²². „Das auf die Art der Tätigkeit zutreffende Gesetz“ wird im Rahmen der Einstellung des Lehrpersonals⁷²³ das entsprechende Dienstrecht⁷²⁴ bzw bei Lehraufträgen das AngG sein.

Für den Rektor bzw die Rektorin⁷²⁵ beinhaltet das HG 2005 eine *lex specialis*. Der Rektor bzw die Rektorin steht in einem auf die Dauer der Ausübung der Funktion zeitlich befristeten, besonderen vertraglichen Dienstverhältnis zum Bund⁷²⁶. Über den sachlichen Grund dieser dienstrechtlichen Besonderheit schweigen die Materialien⁷²⁷. Ein Grund dafür mag darin liegen, dass die Pädagogischen Hochschulen ihre Aufgabenbesorgung im Gegensatz zur Universität nicht autonom, sondern unter Weisungsbindung an den zuständigen Bundesminister erbringen⁷²⁸.

⁷¹⁶ § 80 Abs 1 Z 1 - 5 HG 2005.

⁷¹⁷ § 80 Abs 1 Z 6 HG 2005.

⁷¹⁸ § 3 Abs 1 HG 2005.

⁷¹⁹ Die Pädagogischen Hochschulen sind Einrichtungen des Bundes. Vgl dazu die Materialien: RV 1167 BlgNR 22.GP 10 (zu §§ 2 u 3).

⁷²⁰ § 3 Abs 1 Z 7 HG 2005.

⁷²¹ § 3 Abs 5 HG 2005.

⁷²² § 3 Abs 5 2. Satz HG 2005.

⁷²³ § 18 HG 2005.

⁷²⁴ BDG; VBG; LDG; LLDG bzw die in § 18 Abs 1 Z 3 HG 2005 angeführten gesetzlichen Bestimmungen.

⁷²⁵ Das HG 2005 setzt die feminine Form an die zweite Stelle, das UG 2002 jedoch an die erste Stelle. Vgl dazu § 23 UG 2002: „...Die Rektorin oder der Rektor...“.

⁷²⁶ § 13 Abs 6 HG 2005. Für die Vizerektoren bzw Vizerektorinnen gilt das Gleiche, vgl dazu § 14 Abs 4 HG 2005.

⁷²⁷ RV 1167 BlgNR 22.GP 14 (zu §§ 13 u 14).

⁷²⁸ Vgl § 2 HG 2005; *Kostal/Hauser/Dragaric* in *Funk/Hauser/Kostal/Novak/Schwar/Winkler/Dragaric*, Handbuch des österreichischen Hochschulrechts (2006) 324.

4. Die Universität für Weiterbildung Krems

Die Universität für Weiterbildung in Krems⁷²⁹ fällt nicht in den Geltungsbereich des UG 2002. aufgrund einiger Besonderheiten bezüglich des Rechtsträgers und der Personalstruktur wurde ein eigenes Gesetz⁷³⁰ geschaffen. Basis für die Donau-Universität war eine Errichtungsvereinbarung aus dem Jahr 1994⁷³¹. In dieser Vereinbarung teilen sich das Land Niederösterreich und der Bund die Aufwendungen an der Erhaltung der Donau-Universität.

Die Donau-Universität Krems ist eine juristische Person des öffentlichen Rechts. Sie wurde allerdings als weisungsfreier Selbstverwaltungskörper mit ministerieller Aufsichtskompetenz eingerichtet⁷³². Die Vollziehung der Studienangelegenheiten erfolgt im Rahmen der Hoheitsverwaltung, es gilt das AVG⁷³³. Eine Reihe von Bestimmungen aus dem UG 2002 gilt auch für die Donau-Universität. Im DUK-G ist ausdrücklich eine Zusammenarbeit zwischen der Donau-Universität und den Universitäten nach dem UG 2002 normiert⁷³⁴. Es ist anzumerken, dass ein Großteil des wissenschaftlichen Lehrangebots der Donau-Universität vom wissenschaftlichen Personal der Bundesuniversitäten abgedeckt wird.

Es verwundert daher nicht, wenn das DUK-G über kein eigenes Dienst- bzw Personalrecht verfügt. Die dienstrechtliche Gestaltung kann daher auf privatrechtlicher Basis aufgrund Angestelltenrechts bzw Gestellungsverträgen erfolgen.

5. Exzellenz-Universität

Im Rahmen eines möglichst vollständigen, jedoch dem eigentlichen Thema dieser Arbeit gerecht werdenden Überblicks über das österreichische Recht des postsekundären bzw tertiären Bildungssektors, darf die „Exzellenz-Universität“ nicht unterschlagen werden.

⁷²⁹ Auch „Donau-Universität“ genannt.

⁷³⁰ BGBl 1994/269.

⁷³¹ BGBl 1994/501.

⁷³² §§ 1 u 28 DUK-G.

⁷³³ § 5f DUK-G.

⁷³⁴ §§ 4, 5 u 6 DUK-G.

Das 6. EU-Forschungsrahmenprogramm sieht den Aufbau konkurrenzfähiger europäischer Forschungskapazitäten und die Schaffung von europäischen „Exzellenzzentren“ vor. Österreich konzipiert seit 2004 eine solche Eliteuniversität auf nationaler Ebene. Es ist geplant, eine europäische Vorzeiginstitution zur Heranbildung höchstbegabter und höchstqualifizierter Wissenschaftler zu schaffen. Die „Exzellenz-Universität“ soll eine dauerhaft eingerichtete juristische Person des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit werden.

Die Inbetriebnahme der „Exzellenz-Universität“ war für das Wintersemester 2007/2008 vorgesehen, die organisationsrechtliche Grundlage ist durch ein eigenes Bundesgesetz⁷³⁵ geschaffen worden⁷³⁶.

Der Bund und das Land Niederösterreich sind gemeinsam Erhalter des Institute of Science and Technology – Austria⁷³⁷.

Das Bundesgesetz bestimmt ausdrücklich, dass auf Dienstverhältnisse zum Institute of Science and Technology – Austria das Angestelltengesetz⁷³⁸ Anwendung findet. Darüber hinaus hält das Gesetz ausdrücklich fest, dass Dienstgeber aus patentrechtlicher⁷³⁹ Sicht das Institute of Science and Technology – Austria ist⁷⁴⁰. Weitere dienstrechtliche Bestimmungen finden sich nicht. Die Klarstellung durch § 10 ISTA-G ist aus Gründen der Rechtsklar- und Rechtssicherheit zu begrüßen. Die Gesetzesmaterialien sagen, dass § 10 Abs 2 ISTA-G klarstellt, dass das Institute of Science and Technology – Austria Dienstgeber aus patentrechtlicher Sicht ist und dass das Institute of Science and Technology – Austria ein Aufgriffsrecht im Sinne des Patentgesetzes hat⁷⁴¹.

⁷³⁵ Bundesgesetz vom 19.5.2006 über das Institute of Science and Technology – Austria, BGBl I 2006/69 (ISTA-G).

⁷³⁶ Vgl auch Novak in Funk/Hauser/Kostal/Novak/Schwar/Winkler/Dragaric, Handbuch des österreichischen Hochschulrechts (2006) 216f.

⁷³⁷ § 3 Abs 1 ISTA-G. Vgl auch die Vereinbarung gem Art 15a B-VG zwischen dem Bund und dem Land Niederösterreich über die Errichtung und den Betrieb des Institute of Science and Technology – Austria BGBl I 2006/107.

⁷³⁸ § 10 Abs 1 ISTA-G.

⁷³⁹ § 7 Abs 3 PatG.

⁷⁴⁰ § 10 Abs 2 ISTA-G.

⁷⁴¹ ErläutIA 792 BlgNR 22. GP 12.

C. Das FHStG als Rahmen- und Planungsgesetz

Das Bundesgesetz über Fachhochschul-Studiengänge⁷⁴² FHStG regelt die staatliche Akkreditierung von Fachhochschul-Studiengängen und die Verleihung der Bezeichnung „Fachhochschule“⁷⁴³.

Das FHStG wurde seit seinem Entstehen bereits sieben Mal novelliert. Während die erste⁷⁴⁴, vierte⁷⁴⁵ und fünfte⁷⁴⁶ Novelle teilweise einschneidende Veränderungen mit sich gebracht haben, wurde die zweite⁷⁴⁷ und die dritte⁷⁴⁸ Novelle im Zuge der Euro-Umstellung und der Erlassung des Bildungsdokumentationsgesetzes erforderlich und brachten keine weitreichenden inhaltlichen Änderungen mit sich.

Die sechste⁷⁴⁹ Novelle brachte die Umstellung der akademischen Grade auf das anglo-amerikanische Bachelor-Master-System mit sich.

Die siebte Novelle⁷⁵⁰ brachte einerseits die verpflichtende Vertretung der Studierenden im Fachhochschulbereich⁷⁵¹ und andererseits einen fragwürdigen Versuch, arbeits- und sozialrechtliche Problemfelder⁷⁵² zu beeinflussen⁷⁵³.

Wie § 1 FHStG schon einleitend festlegt, „beschränken“ sich die lediglich 21 Paragraphen des FHStG auf Organisations-, Studien- und Akkreditierungsrecht. Das FHStG ist dem UniAkkG insofern ähnlich. *Hauser*⁷⁵⁴ hat darüber hinaus den Begriff des Planungsgesetzes für das FHStG geprägt. Charakteristisch für das FHStG als Planungsgesetz ist einerseits sein großer gesetzlich eingeräumter gestalterischer Freiraum⁷⁵⁵, andererseits die damit notwendig verbundene Qualitätskontrolle durch den Fachhochschul-Rat⁷⁵⁶.

⁷⁴² FHStG idF BGBl I 2006/43.

⁷⁴³ § 1 FHStG.

⁷⁴⁴ BGBl I 1998/72.

⁷⁴⁵ BGBl I 2002/58.

⁷⁴⁶ BGBl I 2003/110.

⁷⁴⁷ BGBl I 2001/136.

⁷⁴⁸ BGBl I 2002/12.

⁷⁴⁹ BGBl I 2006/43.

⁷⁵⁰ BGBl I 2007/89.

⁷⁵¹ § 4a FHStG idF BGBl I 2007/89.

⁷⁵² § 5a FHStG idF BGBl I 2007/89.

⁷⁵³ Vgl. dazu *Hauser/Reinighaus/Schweighofer*, Die FHStG-Novelle BGBl I 2007/89 – Fachhochschulrecht aus trüber Quelle?, zfhr 2008, 70 ff.

⁷⁵⁴ *Hauser*, FHStG Fachhochschul-Studiengesetz – Kurzkommentar⁴ (2006) § 1 Anm 9; ebenso *Hauser* in *Funk/Hauser/Kostal/Novak/Schwar/Winkler/Dragaric*, Handbuch des österreichischen Hochschulrechts (2006) 261ff.

⁷⁵⁵ Im Rahmen der planerischen Gestaltungsfreiheit darf klarerweise nicht gegen die im Planungsgesetz ausdrücklich festgelegten Vorgaben verstoßen werden. Es sind Prognosen zu erstellen, ob der Arbeitsmarkt das dem Akkreditierungsantrag zugrunde liegende Berufsbild tatsächlich benötigt. Die dem Plan zugrunde liegenden

Erhalter von Fachhochschul-Studiengängen können der Bund und andere juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts sein. Juristische Personen des privaten Rechts können Erhalter von Fachhochschul-Studiengängen sein, soweit deren Unternehmensgegenstand *überwiegend* die Errichtung, Erhaltung und der Betrieb von Fachhochschul-Studiengängen ist⁷⁵⁷.

Fachhochschul-Studiengänge sind Studiengänge auf Hochschulniveau, die einer wissenschaftlich fundierten Berufsausbildung dienen⁷⁵⁸. Die Ausbildung soll praxisbezogen⁷⁵⁹ sein und all die Fähigkeiten vermitteln, die das jeweilige Berufsfeld erfordert und gleichzeitig dem Stand der Wissenschaft entspricht. Dabei haben Fachhochschul-Studiengänge die Vielfalt wissenschaftlicher Lehrmeinungen und wissenschaftlicher Methoden zu beachten⁷⁶⁰.

Fachhochschul-Studiengänge sind nach vorangegangener Planungsphase durch das entsprechende Entwicklungsteam zu akkreditieren. Zentrale Behörde ist dabei der Fachhochschulrat, der über die Akkreditierung von Fachhochschul-Studiengängen entscheidet. Eine Akkreditierung eines Studienganges als Fachhochschul-Studiengang hat strenge formale und inhaltliche Voraussetzungen.

§ 12 Abs 2 FHStG lautet:

„...(2) Eine Akkreditierung als Fachhochschul-Studiengang setzt voraus, dass

- 1. den Zielen und den leitenden Grundsätzen für die Gestaltung von Fachhochschul-Studiengängen (§ 3) entsprochen wird;*
- 2. der Studienplan und die Prüfungsordnung fachlichen und beruflichen Erfordernissen entsprechen; im Sinne des Europäischen Systems zur Anrechnung von Studienleistungen*

Prognosen dürfen also nicht offensichtlich unrichtig sein. Unter Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind die zur Planverwirklichung notwendigen Mittel auszuwählen.

⁷⁵⁶ § 6 FHStG.

⁷⁵⁷ § 2 Abs 1 FHStG.

⁷⁵⁸ § 3 Abs 1 FHStG.

⁷⁵⁹ § 3 Abs 1 Z 1 FHStG.

⁷⁶⁰ § 3 Abs 2 Z 1 FHStG.

(European Credit Transfer System - ECTS, 253/2000/EG, Amtsblatt Nr. L 28 vom 3. 2. 2000) sind den einzelnen Studienleistungen ECTS-Anrechnungspunkte zuzuteilen. Mit diesen Anrechnungspunkten ist der Anteil des mit den einzelnen Studienleistungen verbundenen Arbeitspensums ("work load") der Studierenden bezogen auf den gesamten Studiengang zu bestimmen, wobei dem Arbeitspensum eines Studienjahres 60 Anrechnungspunkte und dem Arbeitspensum eines Semesters 30 Anrechnungspunkte zugeteilt werden;

- 3. der Unterricht durch ein wissenschaftlich, berufspraktisch und pädagogisch-didaktisch qualifiziertes Lehr- und Forschungspersonal abgehalten wird;*
- 4. die zur Erreichung der Ziele und zur Sicherung der Grundsätze erforderlichen anwendungsbezogenen Forschungs- und Entwicklungsarbeiten durch Mitglieder des Lehr- und Forschungspersonals durchgeführt werden;*
- 5. der mit der Entwicklung des beantragten Studienganges betraute Personenkreis und das den Studiengang durchführende Lehr- und Forschungspersonal eine den Hochschulen entsprechende Autonomie besitzen sowie eine entsprechende Mitbestimmung der Studierenden gewährleistet ist;*
- 6. eine Anerkennung nachgewiesener Kenntnisse im Sinne der berufsorientierten Ausbildung des jeweiligen Studienganges vorgesehen ist und dadurch eine Verkürzung der Studienzeit erreicht werden kann;*
- 7. jene Studienberechtigungsprüfungen gemäß Studienberechtigungsgesetz (BGBl. Nr. 292/1985) sowie jene facheinschlägigen beruflichen Qualifikationen samt allfälligen Zusatzprüfungen, die als Zugangsvoraussetzung für den*

beantragten Studiengang geeignet sind, angegeben sind. Hierbei ist auf jene Kenntnisse abzustellen, die für die Erreichung des Ausbildungszieles des beantragten Studienganges, auch bei Berücksichtigung der Förderung der Durchlässigkeit des Bildungssystems, unabdingbar sind;

- 8. eine wissenschaftliche Evaluierung des Fachhochschul-Studienganges gewährleistet ist;*
- 9. eine Bedarf- und Akzeptanzerhebung für den Fachhochschul-Studiengang beigebracht wird;*
- 10. die erforderliche Personal-, Raum- und Sachausstattung für die Dauer der Genehmigung des Fachhochschul-Studienganges vorhanden ist;*
- 11. eine Kalkulation mit Ausweis der Kosten pro Studienplatz und ein Finanzierungsplan für die Dauer der Genehmigung des Fachhochschul-Studienganges vorgelegt werden.“*

Besondere Bedeutung hat § 12 Abs 2 Z 5 FHStG, der das fachhochschulische Autonomieprinzip verankert⁷⁶¹. Dieses Autonomiepostulat soll insbesondere wissenschaftlich und pädagogisch reflektierte Strukturen absichern. Es bezieht sich auf die Lehrtätigkeit des Lehr- und Forschungspersonals und soll die Lehre und Forschung vor allen äußeren Einflussnahmen absichern. *Hauser* vertritt die Auffassung, dass sich die fachhochschulstudienrechtlichen Autonomiepostulate nicht auf die Beziehung Staat/Fachhochschule, sondern auf den inneren Bereich der Organisation des Fachhochschul-Studienganges bzw der Fachhochschule und auf die Beziehungen der in diesem Bereich tätigen Organe und Personen beziehen⁷⁶². Daher fordert die Akkreditierungsrichtlinie⁷⁶³ auch den Nachweis, in welcher Weise das Lehr- und Forschungspersonal über eine den Hochschulen entsprechende Autonomie – auch gegenüber dem Erhalter – verfügt⁷⁶⁴. Die

⁷⁶¹ Vgl aber auch § 3 Abs 2 Z 1 FHStG.

⁷⁶² *Hauser*, FHStG Fachhochschul-Studiengesetz – Kurzkommentar⁴ (2006) § 12 Anm 30.

⁷⁶³ Vgl dazu alle Akkreditierungsrichtlinien samt Erläuterungen in:
http://www.fhr.ac.at/fhr_inhalt/01_ueber_uns/publikationen.htm.

⁷⁶⁴ AR 2005, Version 1.0, II.I.1.a; vgl aber auch AR 2006 Versionen 1.0 u 1.1, II.J.1.a.

Ausübung von Erhalter-Funktionen ist mit einer Lehrtätigkeit an einem Fachhochschul-Studiengang desselben Erhalters nicht vereinbar.

Bei Vorliegen aller Voraussetzungen *hat* der Fachhochschulrat den beantragten Fachhochschul-Studiengang befristet, für einen fünf Jahre nicht übersteigenden Zeitraum, mit Bescheid anzuerkennen⁷⁶⁵. Jede Verlängerung der Akkreditierung setzt einen neuerlichen Antrag und die Vorlage eines Evaluationsberichtes gemäß § 12 Abs 4 FHStG voraus⁷⁶⁶. Die Akkreditierung erlischt mit Ablauf des Zeitraums, für den sie ausgesprochen wurde⁷⁶⁷. Die Akkreditierung kann auch widerrufen werden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt werden oder bei Verweigerung der Mitwirkung an den statistischen Erhebungen gemäß §§ 4 Abs 8 u 6 Abs 3 FHStG⁷⁶⁸. Zuständig für den Widerruf ist auch der Fachhochschulrat⁷⁶⁹. Dieser Widerruf steht unter einem ministeriellen Genehmigungsvorbehalt⁷⁷⁰.

Besondere Bedeutung hat der vierte Abschnitt des FHStG. Die Bestimmungen des vierten Abschnittes regeln die Voraussetzungen, die für den organisationsrechtlichen Sprung vom „Fachhochschul-Studiengang“ zur „Fachhochschule“ notwendig sind. Das Unikat dieser Unterscheidung ist nur dem Fachhochschulwesen eigen und erklärt sich aus seiner Genese⁷⁷¹. Einrichtungen zur Durchführung von Fachhochschul-Studiengängen hat der Fachhochschulrat auf Antrag des Erhalters bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 15 Abs 2 FHStG mit Bescheid die Bezeichnung Fachhochschule zu verleihen⁷⁷².

§ 15 Abs 2 FHStG lautet:

*„...(2) Die Verleihung der Bezeichnung „Fachhochschule“ setzt voraus,
dass*

- 1. mindestens zwei Studiengänge der beantragten Einrichtung als
Fachhochschul-Bachelorstudiengang mit darauf aufbauendem*

⁷⁶⁵ § 13 Abs 1 FHStG.

⁷⁶⁶ § 13 Abs 2 FHStG.

⁷⁶⁷ § 14 Abs 1 Z 1 FHStG.

⁷⁶⁸ § 14 Abs 2 Z 1 u 2 FHStG.

⁷⁶⁹ § 6 Abs 1 Z 2 FHStG.

⁷⁷⁰ § 6 Abs 5 FHStG.

⁷⁷¹ Vgl dazu die Materialien zur Stammfassung des FHStG RV 949 BlgNR 18. GP.

⁷⁷² § 15 Abs 1 FHStG.

*Fachhochschul-Masterstudiengang oder als
Fachhochschul-Diplomstudiengang akkreditiert sind;*

- 2. ein Plan für den Ausbau der betreffenden Einrichtung vorliegt,
aus dem die Erreichung einer Mindestzahl von
1 000 Studienplätzen innerhalb von fünf Jahren glaubhaft gemacht
wird;*
- 3. eine den Bedingungen des § 16 entsprechende Organisation der
betreffenden Einrichtung nachgewiesen wird.“*

Der Unterschied zwischen einem Fachhochschul-Studiengang und einer Fachhochschule erklärt sich zum Großteil aus quantitativen Kriterien, die einen höheren Organisationsgrad bzw eine höhere Organisationsdichte nach sich ziehen. Ein Erhalter, der nur einen Fachhochschul-Studiengang betreibt, kann daher den Status „Fachhochschule“ nicht bekommen. Kann die entsprechende Organisationsgröße nachgewiesen werden, besteht allerdings ein Rechtsanspruch auf die Verleihung der Bezeichnung Fachhochschule⁷⁷³.

Mit der bescheidmäßigen Verleihung der Bezeichnung „Fachhochschule“ sind organisatorische Änderungen notwendig. So sind zwei Organe zu konstituieren, einerseits das Fachhochschulkollegium, andererseits der Leiter des Fachhochschulkollegiums bzw sein Stellvertreter⁷⁷⁴. Folgende Aufgaben bzw Gestaltungsmöglichkeiten hat nun das Kollegium bzw sein Leiter.

§ 16 Abs 3 u 4 FHStG lauten:

„...(3) Die Aufgaben des Fachhochschulkollegiums sind:

- 1. Wahl des Leiters und seines Stellvertreters auf Grund eines
Dreiervorschlages des Erhalters;*
- 2. Antrag an den Erhalter auf Abberufung des Leiters oder dessen
Stellvertreters bzw. Stellungnahme zu einer diesbezüglichen*

⁷⁷³ Arg „...hat zu verleihen...“; vgl § 15 Abs 1 FHStG.

⁷⁷⁴ § 16 FHStG.

Absicht des Erhalters für den Fall, daß der Leiter (Stellvertreter) seine Amtspflichten gröblich verletzt oder vernachlässigt hat oder daß er nicht mehr in der Lage ist, seine Amtspflichten zu erfüllen;

- 3. Antragstellung auf Änderungen betreffend akkreditierte Studiengänge an den Fachhochschulrat nach Anhörung des Erhalters;*
- 4. Antragstellung auf Einrichtung und Auflassung von Studiengängen an den Erhalter;*
- 5. Antragstellung zum Budget (Investitions-, Sach- und Personalaufwand) an den Erhalter;*
- 6. Vorschläge für die Einstellung von Lehrpersonal an den Erhalter;*
- 7. Inhaltliche Koordination der Lehrveranstaltungen und Prüfungen;*
- 8. Evaluierung der Lehr- und Prüfungstätigkeit sowie des Studienplanes und der Prüfungsordnung;*
- 9. Verleihung akademischer Grade und deren Widerruf sowie die Nostrifizierung ausländischer Grade.*

(4) Dem Leiter des Fachhochschulkollegiums obliegt

- 1. die Zulassung zu Prüfungen, Zuteilung von Prüfern, Festsetzung von Prüfungsterminen;*
- 2. die Anrechnung und Anerkennung von Studien und Prüfungen im Einzelfall;*
- 3. die Aberkennung von Prüfungen;*

4. *die Erteilung von Anweisungen an Mitglieder des Lehr- und Forschungspersonals zu Art und Umfang der Ausübung ihrer Lehrverpflichtung, soweit dies zur ordnungsgemäßen Aufrechterhaltung des Studienbetriebes nach Maßgabe der Studienpläne erforderlich ist;*
5. *die Erteilung von Lehraufträgen auf Grund von Vorschlägen oder nach Anhörung des Fachhochschulkollegiums;*
6. *die Vertretung des Fachhochschulkollegiums nach außen sowie die Vollziehung der Beschlüsse des Fachhochschulkollegiums.“*

Aus dem Gesetzestext geht hervor, dass dem Lehr- und Forschungspersonal eine große Verantwortung im Rahmen eines weitgehenden Gestaltungsspielraumes eingeräumt worden ist. Dazu zählen auch behördliche Tätigkeiten, wie beispielsweise die Aberkennung von Prüfungen durch den Kollegiumsleiter⁷⁷⁵. Dieser weitgehende Gestaltungsspielraum ist auch aus der Sicht des Autonomiepostulates zu begründen und zu verstehen.

Ein eigenes Dienst- bzw Personalrecht kennt auch das FHStG nicht. Das FHStG fordert, dass der Unterricht durch ein wissenschaftlich, berufspraktisch und pädagogisch-didaktisch qualifiziertes Lehr- und Forschungspersonal abgehalten wird. Wie in anderen bildungsrechtlichen Normen bzw Organisationsgesetzen liegen auch dem FHStG lediglich Bestimmungen mit Indiziencharakter zugrunde. Diese Bestimmungen erlauben Rückschlüsse auf dienstrechtliche Gegebenheiten, normieren aber keine konkreten Verweise auf arbeitsrechtliche Bestimmungen. Da Erhalter gemäß § 2 FHStG fast jede privatrechtliche Gestaltungsform mit eigener Rechtspersönlichkeit sein kann, liegen privatrechtlich determinierte Beschäftigungsverhältnisse nahe. Diese Auffassung wird auch von Schrifttum und Lehre geteilt⁷⁷⁶. Die Praxis zeigt, dass viele Erhalter Beschäftigungsverhältnisse auf der Basis des AngG bzw des ABGB schließen⁷⁷⁷.

⁷⁷⁵ § 16 Abs 4 Z 3 FHStG.

⁷⁷⁶ Vgl zur allgemeinen rechtlichen Position des Fachhochschul-Personals: Mazal, Zur Rechtsstellung von Personal an Fachhochschulen in *Prisching/Lenz/Hauser*, 10 Jahre FHStG. Fachhochschulrecht zwischen Bewährung und Reform (2004) 183.

Weitere dienst- bzw personalrechtliche Normen fehlen dem FHStG, wie insbesondere einschlägige Bestimmungen zu Problemfeldern wie Arbeitszeit, Arbeitsruhe, Befristungsmöglichkeiten von Dienstverträgen, sowie speziell auf den Lehr- und Forschungsbetrieb einer Hochschule abgestellte dienstrechtliche Normen⁷⁷⁸.

Zur arbeits-, sozialversicherungsrechtlichen- und steuerrechtlichen Situation: *Hauser/Klug/Reininghaus*, Lehraufträge an Fachhochschulen, RdW 1999, 437; *Hauser/Möstl/Reininghaus*, Der Lehrauftrag im rechtlichen Umbruch, SWK 2001, 375.

Aus arbeits-, sozialversicherungsrechtlicher- und insbesondere fachhochschulstudienrechtlicher Sicht: *Schweighofer*, (FH-)Lektoren als freie Dienstnehmer aus arbeits-, sozialversicherungs- und fachhochschulstudienrechtlicher Sicht, zfhr 2006, 187.

Zur arbeitsrechtlichen Qualifizierung:

Resch, Das Vertragsverhältnis der Lektoren an Universitäten und Fachhochschulen, zfhr 2005, 83 mwN.

⁷⁷⁷ So zB die FH-OÖ Studienbetriebs GmbH in OÖ.

⁷⁷⁸ Vgl im Gegensatz dazu das UG 2002.

VII. Auswertung und Ergebnisse am Beispiel von Mitgliedern des Lehrkörpers von Fachhochschulen

A. Jüngste Entwicklungen im FH-Sektor

In den vorangegangenen Kapiteln wurden sowohl die europäischen als auch die innerstaatlichen Grundlagen für die Behandlung und Beurteilung von befristeten Dienstverhältnissen und deren Gestaltungsmöglichkeiten – auch anhand der Judikatur – gezeigt. Das folgende, abschließende Kapitel soll sich nun mit der Frage der Anwendbarkeit dieser Grundsätze bzw. „Spielregeln“ auf die fokussierte Zielgruppe erstrecken. Es stellt sich zu allererst die Frage, welche Personenkreise bzw. Personengruppen thematisch erfasst sind. Es stellt sich aber auch die Frage, ob es Spezialnormen oder andere Regelwerke gibt, deren Anwendung entweder zwingend notwendig ist, oder in Ermangelung normativen Inhalts zumindest als Auslegungs- bzw. Interpretationshilfe brauchbar oder nützlich sind.

1. Das Lektorenerkenntnis und die FHStG-Novelle 2007

Im Vorkapitel wurde zwar ein Überblick über mögliche personalrechtliche Normen im FHStG gemacht, jedoch noch nicht die Frage beantwortet, aus welchem Personal das Fachhochschulwesen besteht. Der Stammtext des FHStG blieb bis zur sechsten Novelle⁷⁷⁹ „personalrechtlich“ weitgehend unverändert, erst die Novelle des Jahres 2007⁷⁸⁰ unternimmt den Versuch einer zarten personalrechtlichen Anbahnung. Warum es sich nur um einen Versuch handelt, soll eine kurze Darstellung dieser Novelle zeigen.

Das FHStG beschränkte sich bis zur sechsten Novelle aus personalrechtlicher Sicht lediglich darauf, als Personal bzw. Personalteilmenge die Mitglieder des Lehr- und Forschungspersonals zu erwähnen, also von deren tatsächlicher Existenz auszugehen, ohne

⁷⁷⁹ Vgl. statt vieler *Faulhammer*, Die Stammfassung des FHStG und die bisher dazu ergangenen Novellen, in *Prisching/Lenz/Hauser*, 10 Jahre FHStG - Fachhochschulrecht zwischen Bewährung und Reform (2004) 213ff.

⁷⁸⁰ Bundesgesetz, mit dem das Fachhochschul-Studiengesetz geändert wird, BGBl I 2007/89. Die Novelle ist seit 5.12.2007 in Kraft.

jedoch zu regeln, was unter einem Mitglied des Lehr- und Forschungspersonals zu verstehen sei oder gar Inhalte und Rechtsfolgen zu normieren. Von einem eigenen Personalrecht konnte daher keine Rede sein. Die siebte Novelle zum FHStG fügte nach dem § 5 einen neuen Paragraphen 5a ein, der erstmalig das Lehr- und Forschungspersonal an Fachhochschulen in haupt- und nebenberufliches Personal untergliedert⁷⁸¹. Das nebenberuflich tätige Personal wird dahin definiert, das es sich dabei um Personal handelt, das ausschließlich in der Lehre tätig ist⁷⁸², nicht mehr als sechs Semesterwochenstunden lehrt⁷⁸³ und nachweislich einer anderen, voll sozialversicherungspflichtigen Erwerbstätigkeit nachgeht⁷⁸⁴. Die Novelle sagt auch, dass sich nebenberufliches Lehrpersonal von anderen geeigneten Personen vertreten lassen kann⁷⁸⁵. Weiters reduziert die Novelle das Weisungsrecht des § 16 Abs 4 Z 4 FHStG auf hauptberuflich tätiges Personal⁷⁸⁶. Schließlich wird der Anwendungsbereich des § 98 ArbVG auch auf die Gruppe der nebenberuflich tätigen Personen ausgedehnt, selbst wenn diese freie Dienstnehmer sind oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt⁷⁸⁷.

Bereits eine oberflächliche Lesart der „personalrechtlichen“ Bestimmungen der siebten Novelle des FHStG gibt Anlass zur Besorgnis. Ein derart massiver Eingriff ohne klar hervorstechende Zielsetzung lässt in aller Regel auf eine – politisch motivierte – Anlassgesetzgebung hindeuten. Die Gesetzesgenese und die Materialien unterstreichen diese Mutmaßung. Die siebte FHStG-Novelle bezweckt mit ihrem § 5a mE lediglich den Zweck, ein missliebiges VwGH-Erkenntnis⁷⁸⁸ hinsichtlich seiner möglichen Auswirkungen auf den gesamten FH-Sektor durch Gesetz in die kaufmännisch gewünschte Richtung zu „korrigieren“. Thematisch bedingt ist im Rahmen dieser Arbeit nicht der Raum, die siebte Novelle zum FHStG hinsichtlich seines § 5a vollständig darzustellen und zu untersuchen. Eine kurze Besprechung ist mE aufgrund ihrer möglichen Bedeutung für befristete Dienstverhältnisse aber dennoch wichtig.

Den Anstoß zur siebten FHStG-Novelle gab die als „Lektorenentscheidung“ bekannt gewordene Entscheidung des VwGH vom 25.4.2007. Im Rahmen dieser Entscheidung hatte der VwGH ausgesprochen, dass der beschwerdeführende Lektor ein echter Dienstnehmer im

⁷⁸¹ § 5a Abs 1 FHStG idF BGBl I 2007/89.

⁷⁸² § 5a Abs 2 Z 1 FHStG.

⁷⁸³ § 5a Abs 2 Z 2 FHStG.

⁷⁸⁴ § 5a Abs 2 Z 3 FHStG.

⁷⁸⁵ § 5a Abs 3 FHStG.

⁷⁸⁶ § 16 Abs 4 Z 4 FHStG idF BGBl I 2007/89.

⁷⁸⁷ § 5a Abs 4 FHStG.

⁷⁸⁸ VwGH 25.4.2007, 2005/08/0137.

Sinne des § 4 Abs 2 ASVG sei. Der beschwerdeführende Lektor schloss mit dem Verein Fachhochschule Technikum Wien einen Vertrag, der als freier Dienstvertrag titulierte wurde. Dieser „freie Dienstvertrag“ verpflichtete den Beschwerdeführer zur Lehrtätigkeit, Vorbereitung, Abhaltung und Korrektur von Prüfungen, Betreuung von Diplomarbeiten, didaktischen Planung von Lehrveranstaltungen, Erstellung von Literaturlisten und Teilnahme an Konferenzen. Aufgrund des von den Tatsacheninstanzen festgestellten Sachverhaltes, der auch in einer Einvernahme des Beschwerdeführers bestand, gab der VwGH der Beschwerde schließlich keine Folge und bestätigte den Bescheid des letztinstanzlichen Ministers, der ein echtes Dienstverhältnis gem § 4 Abs 2 ASVG feststellte. In seiner Begründung sprach der VwGH aus, dass zum einen persönliche Abhängigkeit vorliege und zitierte seine Grundsatzentscheidung vom 4.12.1957⁷⁸⁹.

Zur vielstrapazierten Vertretungsberechtigung im Rahmen idealtypischer Begründungen freier Dienstverhältnisse entgegnete der VwGH dem Beschwerdeführer, dass die Tätigkeit eines FH-Lektors tendenziell vertretungsfeindlich sei, da die Person des Lehrenden im Mittelpunkt der Evaluation stehe.

Wirklich neu und auf den Fall „maßgeschneidert“ war jedoch die Argumentation des Höchstgerichtes zu einem Ausschnitt des Themenbereiches „persönliche Abhängigkeit“. Der Beschwerdeführer hat in seinem Vorbringen eine Bindung an Weisungen, die die „eigentliche Arbeitsleistung“ betreffen, unter dem Hinweis auf die gesetzliche Lehrfreiheit verneint. Gerade dieses, eine seismologisch höchst sensible Zone des Arbeitsrechts von Lehrenden an Hochschulen und Universitäten betreffende Argument, hat der VwGH mit dem Hinweis verworfen, dass Lehrende bereits aufgrund der gesetzlichen Weisungsbefugnis des Leiters des Fachhochschul-Kollegiums gem § 16 Abs 4 Z 4 FHStG hinsichtlich ihres arbeitsbezogenen Verhaltens in die Organisation der Fachhochschule eingegliedert sind⁷⁹⁰.

Diese Erkenntnis hat den FH-Sektor in einem wahrhaft ungeahnten Ausmaß in Panik versetzt und eine Lobbyinglawine ausgelöst, die mE mehr von politischen als von juristisch-sachlichen Argumenten getragen war. Von mehreren unveröffentlichten Entwürfen gelangte der schließlich Gesetz gewordene Text im Rahmen eines am 17.10.2007 eingebrachten Initiativantrages in den Nationalrat⁷⁹¹.

⁷⁸⁹ VwGH 4.12.1957, VwSlgNF 4495 A; vgl dazu auch *Naderhirn*, Die Neuformulierung des Dienstnehmerbegriffes des ASVG durch das ASRÄG 1997, (2000) 61ff.

⁷⁹⁰ AA *Schweighofer*, Sozialversicherungsrechtliche Stellung eines FH-Lektors, zFhr 2007, 155ff; vgl auch *Schweighofer*, (FH-)Lektoren als freie Dienstnehmer aus arbeits-, sozialversicherungs- und fachhochschulstudienrechtlicher Sicht, zFhr 2006, 187.

⁷⁹¹ IA 488/A BlgNR, 23. GP.

Die bereits geäußerte Mutmaßung, es handle sich bei dieser Novelle lediglich um den Versuch einer Korrektur des missliebigen VwGH-Erkenntnisses wird sowohl durch den Gesetzestext selbst, als auch durch die Materialien⁷⁹² untermauert. Sowohl das umfassend formulierte Vertretungsrecht, als auch die Einschränkung des Weisungsrechts auf hauptberuflich Lehrende zielen auffällig auf die Kernargumente des Lektorenerkenntnisses und sollen in Hinkunft wohl die Argumentation eines freien Dienstverhältnisses erleichtern.

Die Materialien geben mE beredt Auskunft über „versteckte“ Zielsetzungen des Gesetzes. So wird ausgeführt, dass die Tätigkeit einer haupt- oder nebenberuflich tätigen Person nicht notwendigerweise ein Arbeitsvertrag im Sinne des § 1151 ABGB sein müsse. Eigenartig ist die Einbeziehung auch des hauptberuflichen Personals in diese Absicht. Es stellt sich die Frage, ob auch hauptberuflich Lehrende mit freien Dienstverträgen vorlieb nehmen sollen, obwohl der Gesetzestext des § 5a FHStG nur Lektoren anhand der neuen Kriterien definiert. In einem nicht veröffentlichten Gesetzesentwurf⁷⁹³ lautete der erste Satz des § 5a FHStG nämlich so, dass er neben der programmatischen Kernaussage, das FH-Lehrpersonal bestehe aus haupt- und nebenberuflichen Personen, auch den Zusatz enthielt, dass „die Vertragsgrundlagen ihrer Tätigkeit nach den Regeln des bürgerlichen Rechts zu beurteilen seien, jedoch nicht notwendigerweise ein Arbeitsvertrag⁷⁹⁴ sei“.

Da dieser Text in die Materialien Eingang gefunden hat, stellt sich mE die Frage, ob es sich um ein redaktionelles Versehen handelt, oder um bewusst gesteuerten Vorsatz, um eine Hintertür für eine denkmögliche Flucht aus dem echten Dienstverhältnis offen zu haben.

Festgehalten sei an dieser Stelle, dass mE ein hauptberuflich Lehrender auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses beschäftigt werden kann. Diese Konstruktion ist unter bestimmten – engen – Voraussetzungen durchaus argumentier- und lebbar⁷⁹⁵. Wenn nun auch der Gesetzgeber diese Absicht vertreten sollte, so wäre es mE besser, sich offen zu diesem an sich legitimen Ansinnen zu bekennen und nicht durch in Kauf genommene Unklarheit Möglichkeiten zu schaffen, die dem praktischen Rechtsanwender auf den ersten Blick verborgen bleiben.

⁷⁹² AB 277 BlgNR, 23. GP.

⁷⁹³ Eine korrekte Zitation ist daher nicht möglich, der Text stammt jedoch aus verlässlicher Quelle (Betriebsrat FH OÖ Studienbetriebs GmbH) und trägt das Datum 14.9.2007.

⁷⁹⁴ Gemeint ist ein echter Arbeitsvertrag im Sinn von § 1151 ABGB mit allen arbeitsrechtlichen Ansprüchen und Konsequenzen.

⁷⁹⁵ Vgl dazu auch die Ausführungen zum freien Dienstverhältnis in *Schweighofer*, (FH-)Lektoren als freie Dienstnehmer aus arbeits-, sozialversicherungs- und fachhochschulstudienrechtlicher Sicht, zfhr 2006, 187.

2. Das Lehr- und Forschungspersonal an FH-Studiengängen bzw an Fachhochschulen als soziales Phänomen

Bei der Beurteilung arbeitsrechtlicher Fragen macht es keinen Unterschied, ob es sich um Personal von FH-Studiengängen oder Personal von Fachhochschulen handelt. Grundsätzlich – und auch unabhängig von § 5a FHStG – bestand und besteht das Lehr- und Forschungspersonal an Fachhochschulen⁷⁹⁶ seit jeher aus haupt- und nebenberuflichem Personal. Zum hauptberuflichen Personal zählen Lehrende bzw FH-Professoren und Forscher. Zum nebenberuflichen Personal zählen Lektoren, also Personen, die einen Lehrauftrag erhalten und in aller Regel bei einem anderen Dienstgeber einem Hauptberuf nachgehen, welcher auch ihre primäre Einkommensquelle ist. So gesehen spiegelt § 5a FHStG nur die aktuelle Situation wieder.

Begriffe wie hauptberuflich und nebenberuflich stellen – und darauf wird im alltäglichen Diskurs und Sprachgebrauch leider vergessen – keine juristische bzw arbeitsrechtliche Kategorie dar, sondern vielmehr soziale Phänomene im wirtschaftlichen Kontext. Das ist auch der Grund, warum diese Begriffe im österreichischen Arbeitsrecht nicht vorkommen. Der Grund warum sich das FHStG dieser Begriffe bedient, kann mE nur in einer anlassbezogenen Gesetzgebung geortet werden. Dennoch ist § 5a FHStG Gesetz und so lange zu akzeptieren, bis es vom Gesetzgeber oder vom VfGH abgeändert oder aufgehoben wird.

Das Phänomen der „Nebenberuflichkeit“ hat im FH-Sektor einen besonderen Hintergrund und auch eine eigene Tradition. Nebenberufliche Lektoren sind im FH-Sektor notwendig und gewissermaßen systemimmanent. Ein Fachhochschulbetrieb ohne den „nebenberufliche Lehrenden“ ist mE denkunmöglich. In diesem Punkt ist den Materialien zur FHStG-Novelle 2007 zuzustimmen. Die Materialien betonen die Notwendigkeit einer praxisbezogenen Ausbildung auf Hochschulebene. Um dieser Aufgabe gerecht zu werden, sei es für die Erhalter unerlässlich, Personen aus der Praxis heranzuziehen⁷⁹⁷.

Im Zuge der Novelle 2003⁷⁹⁸ wurde der Begriff „Lehrkörper“ durch den Begriff „Lehr- und Forschungspersonal“⁷⁹⁹ ersetzt. Vor der Novelle 2007 gab nur § 16 FHStG

⁷⁹⁶ Der Begriff „Fachhochschule“ wird synonym auch für den Begriff „FH-Studiengänge“ verwendet.

⁷⁹⁷ AB 277 BlgNR, 23. GP.

⁷⁹⁸ BGBl I 2003/110.

⁷⁹⁹ Vgl auch die Mat zur Novelle 2003, ErläutRV 217 BlgNR 22.GP.

Aufschluss über den Willen des Gesetzgebers hinsichtlich der Zusammensetzung des Lehr- und Forschungspersonals an Fachhochschulen.

Das Personal an Fachhochschulen setzt sich entsprechend dem FHStG in seiner Fassung der FHStG-Novelle 2007 aus Mitgliedern des haupt- und nebenberuflichen Lehrpersonals, des Forschungspersonals und den Leitern der Studiengänge⁸⁰⁰ zusammen. Eine gesetzliche Sonderstellung hat der Leiter des Fachhochschulkollegiums, der aus dem Kreis der Lehrgangsleiter, des übrigen Lehr- und Forschungspersonals oder – zumindest theoretisch – auch aus dem Kreise der Studenten kommen kann⁸⁰¹. Darüber hinaus hat sich in der Praxis eine Terminologie durchgesetzt, die dem Bedürfnis der Erhalter, bestimmte zusätzliche Funktionen im Rahmen der gesetzlich vorgegebenen Typen zu entwickeln, Rechnung trägt. Dazu zählen beispielsweise Funktionen wie Fachbereichsleiter, pädagogische Koordinatoren etc. Diese Begriffe sind jedoch innerhalb des FHStG einzuordnen.

3. Haupt- und Nebenberuflichkeit als Auslegungsfrage

Wie schon angeführt, handelt es sich bei den Begriffen „haupt- und nebenberuflich“ um keine arbeitsrechtlichen Kategorien, sondern um soziale Phänomene mit wirtschaftlichem Hintergrund. Das zeigt auch eine komplette Abfrage im RIS⁸⁰² zu den beiden Stichworten, die neben dem FHStG nur wenige Quellen auswirft, nämlich § 11 einer Verordnung zum BDG⁸⁰³ oder die Rechtsanwaltsordnung⁸⁰⁴. Das Schrifttum verwendet die Begriffe häufig⁸⁰⁵, hält sich aber definitorisch ebenso bedeckt wie der Gesetzgeber. Die Rechtsprechung lässt in wenigen Ausnahmen zumindest Rückschlüsse über mögliche Definitionen oder Vorstellungen des Gesetzgebers hinsichtlich der Inhalte der beiden sehr unbestimmten Begriffe zu. Dabei hat es den Anschein, als seien beide Begriffe ohnedies klar. Zumindest der übliche Sprachgebrauch will diesen Eindruck suggerieren.

Die Unterscheidung bzw dogmatische Trennung der Begriffe „haupt- und nebenberuflich“ scheint zwar auf den ersten Blick für die Auswertung und Systematisierung

⁸⁰⁰ Vgl auch § 12 Abs 4 Z 2 FHStG.

⁸⁰¹ Vgl § 16 Abs 2 iVm § 16 Abs 3 Z 1 iVm § 16 Abs 4 FHStG.

⁸⁰² Rechtsinformationssystem des Bundes in: <http://www.ris2.bka.gv.at/>.

⁸⁰³ BGBl II 2006/180.

⁸⁰⁴ RAO RGBI 1868/96 idF BGBl I 2006/93.

⁸⁰⁵ So zB *Jabornegg*, Die Rechtsstellung der selbständigen Versicherungsvertreter im österreichischen Recht, RdA 1985/85.

von nur geringer Bedeutung, was mE aber zu kurz gegriffen sein könnte. Im Rahmen von beweglichen Systemen finden sich immer wieder Entscheidungen, die der arbeitsrechtlich vereinbarten Stundenzahl, also der quantitativen Komponente eine Bedeutung bei der Prüfung der Frage, ob ein echtes oder ein freies Dienstverhältnis vorliegt, einräumen. Deshalb ist es schon wichtig, sich auch mit dieser Fragestellung auseinanderzusetzen.

Um das Personal an Fachhochschulen aus der besonderen Perspektive der Bedürfnisse des FH-Sektors vollständig zu erfassen, ist auch ein Blick in die Akkreditierungsrichtlinie des FHR⁸⁰⁶ notwendig. Die Akkreditierungsrichtlinie⁸⁰⁷ bestimmt, dass die Leiterin oder der Leiter des Lehrkörpers nachzuweisen hat, dass die für die Leitung vorgesehene Person hauptberuflich am Studiengang tätig ist. Auch die Akkreditierungsrichtlinie definiert nicht, was sie unter hauptberuflich versteht.

Ein zu § 2 RAO ergangenes Erkenntnis des VfGH⁸⁰⁸ gibt Aufschluss. Im Rahmen dieser Entscheidung hatte sich der VfGH mit der Frage zu beschäftigen, ob ein Rechtsanwaltsanwärter, der im Rahmen einer 40-Stunden Woche in einer RA-Kanzlei zur Rechtsanwaltsausbildung beschäftigt war, genug anrechenbare Zeiten erlangt hat, obgleich er über dieses Beschäftigungsausmaß hinaus zur gleichen Zeit als Assistent an der Universität Wien im Ausmaß von 20 Stunden beschäftigt war. Sowohl die Rechtsanwaltskammer des Bundeslandes Wien, als auch die OBDK⁸⁰⁹ verneinten dies und sprachen aus, die praktische Verwendung als RA-Anwärter sei für die Zeit seiner Verwendung im halben Beschäftigungsausmaß an der Universität Wien nicht anrechenbar. Der VfGH hat den letztinstanzlichen Bescheid der OBDK aufgehoben und ausgesprochen, dass der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Bescheid in seinem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz verletzt werde. Obgleich der VfGH im Erkenntnis die Frage der verfassungswidrigen Auslegung des § 2 RAO durch die OBDK behandelt hat, kann dem Erkenntnistext die Haltung des VfGH zur Frage der Bedeutung des Begriffes „hauptberuflich“ entnommen werden⁸¹⁰. § 2 Abs 1 RAO bestimmt, dass die

⁸⁰⁶ Fachhochschulrat, vgl auch § 6 FHStG. Weiters: <http://www.fhr.ac.at/>.

⁸⁰⁷ AR 2006, Version 1.1. in: http://www.fhr.ac.at/fhr_inhalt/02_qualitaetssicherung/dokumente.htm.

⁸⁰⁸ VfGH 7.3.1991, B 1111/90. Vgl aber auch VfGH 13.3.1991, G 11/90 bzw V 185/90.

⁸⁰⁹ Oberste Berufungs- und Disziplinarkommission für Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter.

⁸¹⁰ Vgl dazu beispielsweise den Textabschnitt 3.2. des Erkenntnisses B 1111/90: „...Währenddem in den beiden zuletzt genannten Fällen die belangte Behörde in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen hatte, der Zweck der Ausbildung sei mangels entsprechender Anwesenheit in der Kanzlei des Auszubildenden nicht erreicht worden, steht in diesem verfassungsgerichtlichen Verfahren außer Streit, dass der Beschwerdeführer im Sinne des § 2 Abs 1 RAO hauptberuflich bei einem Rechtsanwalt verwendet wird und dementsprechend die gesetzlich vorgesehene Ausbildung gesichert ist...“.

Tätigkeit bei einem Rechtsanwalt zur Ausübung der Rechtsanwaltschaft nur dann angerechnet werden kann, wenn sie hauptberuflich ausgeführt wird, und keine Beeinträchtigung durch eine andere berufliche Tätigkeit vorliegt. Im vorliegenden Erkenntnis setzt der VfGH den Tatbestand der Hauptberuflichkeit mit einer 40-Stunden Woche gleich. Diese Lesart entspricht auch dem umgangssprachlichen Sprachverständnis.

Sowohl die RAO als auch das FHStG in Verbindung mit der Akkreditierungsrichtlinie müssen auch als Qualitätsnormen gelesen werden. So wie im Handels- bzw Unternehmensrecht der Gläubigerschutz als tragendes Prinzip allgegenwärtig ist, ist in der RAO die Qualität der Auszubildenden ein tragendes Prinzip. Dem FHStG ist als tragendes Prinzip die Qualität der Ausbildung, des Studiums bzw der Curricula als Grundprinzip zu unterstellen.

Unter einer hauptberuflichen Tätigkeit eines Lehrgangsleiters muss daher mE zwingend eine Tätigkeit angenommen werden, die dem Lehrgangsleiter seine ganze berufliche Kraft abverlangt, die seinen ganzen beruflichen Einsatz einfordert, was konsequenterweise eine Teilzeitbeschäftigung ausschließt.

Als Befund kann daher festgestellt werden, dass es vom Gesetzgeber nicht gewollt ist, einen FH-Studiengang „nebenbei“, also neben einer anderen hauptberuflichen Beschäftigung, die den Berufsmittelpunkt des Lehrenden bedeutet, zu betreuen. Ungeachtet dessen kann die berechnete Frage gestellt werden, ob dieser restriktive Zugang sinnvoll ist oder nicht. Darüber ließe sich streiten und es ist hier nicht der Raum, diese Frage ausführlich oder gar abschließend zu erörtern. ME ist der Gedanke der Hauptberuflichkeit im Sinne eines Berufsmittelpunktes eines Lehrgangsleiters durchaus sinnvoll. Alleine das faktisch vorhandene Aufgabenpensum und die Verantwortlichkeit hinsichtlich der Qualität, aber auch die vom Gesetz gewünschte Forschungstätigkeit, sowie das notwendige Übel der Beteiligung an Verwaltungsaufgaben machen es mE nicht möglich, diese Position im Ausmaße einer Teilzeitbeschäftigung zu besetzen.

B. Qualitative Anforderungen an die Mitglieder des Lehrkörpers von Fachhochschulen

1. Ziele und leitende Grundsätze von Fachhochschul-Studiengängen

Die qualitativen Anforderungen an das Lehr- und Forschungspersonal an Fachhochschulen stehen im Spannungsverhältnis zwischen der *Humboldtschen* Universitätsidee⁸¹¹ einerseits und der besonderen Perspektive der bildungspolitischen Ziele des Fachhochschulwesens andererseits. Dieses besondere bildungspolitische Ziel ist in § 3 Abs 1 FHStG als programmatische Grundsatzerklärung normiert.

Fachhochschul-Studiengänge dienen einer wissenschaftlich fundierten Berufsausbildung, postuliert der Gesetzestext und präzisiert ihn sogleich. Eine praxisbezogene Ausbildung auf Hochschulebene soll gewährleistet sein⁸¹², weiters sollen Problemlösungskompetenzen vermittelt werden, die Wissenschaft mit praktischen Beruhsanforderungen vereinen⁸¹³, und schließlich soll die Förderung der Durchlässigkeit des Bildungssystems und die berufliche Flexibilität der Absolventen gefördert werden⁸¹⁴. Im Vordergrund steht eine wissenschaftlich fundierte Berufsausbildung mit Praxisbezug. Daher sprechen die Gesetzesmaterialien⁸¹⁵ zum FHStG auch von einer wissenschaftlich-berufsfeldorientierten Ausbildung im Gegensatz zur wissenschaftlich-disziplinorientierten Ausbildung an Universitäten⁸¹⁶.

In der täglichen Rechtspraxis tauchen immer wieder Fragen auf, die scheinbar leicht zu beantworten sind, bei näherer Betrachtungsweise aber einer vertieften Auseinandersetzung bedürfen. So wird gelegentlich die Frage gestellt, ob ein Mitglied des Lehrkörpers auch ein Nichtakademiker sein könne. Man ist nun verleitet, diese Frage a priori zu verneinen, da ein Hochschullehrer in aller Regel ein Akademiker ist. Offenbar wird die eigene Vorstellung von der Wirklichkeit auch als normative Wirklichkeit gesehen, da „es ja nicht anders sein kann“. Ein Blick ins FHStG gibt ein differenziertes Bild. Das FHStG fordert an keiner Stelle als

⁸¹¹ Vgl auch *Berka*, Autonomie im Bildungswesen (2002) 37 u 151.

⁸¹² § 3 Abs 1 Z 1 FHStG.

⁸¹³ § 3 Abs 1 Z 2 FHStG.

⁸¹⁴ § 3 Abs 1 Z 3 FHStG.

⁸¹⁵ ErläutRV 949 BlgNR 18.GP, 11.

⁸¹⁶ Vgl § 3 Z 3 UG 2002.

Zulassungsvoraussetzung ein abgeschlossenes akademisches Studium, gleich ob Diplomstudium, Bachelor- oder Masterstudium.

Das FHStG unterscheidet im Rahmen der Genese eines Studienganges einerseits zwischen dem mit der Entwicklung des Studienganges betrauten Personenkreis und andererseits zwischen dem nach der erfolgreichen Akkreditierung lehrenden Personenkreis⁸¹⁷. Im Falle der Akkreditierung haben mindestens vier Personen des Entwicklungsteams im Studiengang zu lehren.

Das FHStG spricht aus, dass der mit der Entwicklung eines Studienganges betraute Personenkreis aus zwei habilitierten Personen bestehen muss, sowie zwei weiteren Personen, die über den Nachweis einer Tätigkeit in einem für den beantragten Studiengang relevanten Berufsfeld verfügen. Dass eine habilitierte Person über einen akademischen Abschluss verfügt, ist wohl unstrittig und bedarf keiner näheren Erläuterung. Bei den zwei weiteren Angehörigen des Entwicklungsteams ist es jedoch möglich, auch ohne akademischen Abschluss über den Nachweis einer berufsfeldrelevanten Tätigkeit zu verfügen.

Gleiches gilt für die Mitglieder des Lehrkörpers im akkreditierten Studiengang. Der Gesetzestext fordert nicht ausdrücklich den formalen Studienabschluss. Das könnte insofern dem Fachhochschulwesen entsprechen, da auch ohne Studienabschluss zumindest die berufsfeldorientierte Lehre – theoretisch - gewährleistet sein kann. Wissenschaftliche Lehre und berufsfeldorientierte Lehre ist in der täglichen Fachhochschulpraxis von den jeweils geeigneten Personen zu leisten.

Mitglieder des Lehrkörpers von Fachhochschulen müssen also nicht unbedingt Akademiker sein. ME ist diese Auslegung ohne weitere methodische Überlegungen zulässig, ob sie auch sinnvoll ist, ist eine andere Frage.

Aus der Sicht der Zielsetzungen des FHStG wird der nichtakademische Lehrende die Ausnahme bleiben. Da Erhalter in Österreich in aller Regel auf dem Spielfeld des Privatrechts agieren, werden die Anforderungen im Detail in den entsprechenden Personalauswahlverfahren geregelt werden, sohin der Privatautonomie der Erhalter unterliegen. Diese sind für die Einhaltung der qualitativ hohen Anforderungen verantwortlich.

⁸¹⁷ § 12 Abs 3 FHStG.

2. Fachhochschulische Autonomie

Fachhochschul-Studiengänge haben die Vielfalt wissenschaftlicher Lehrmeinungen und wissenschaftlicher Methoden zu beachten⁸¹⁸, wobei den Mitgliedern des Lehrkörpers das Prinzip der Freiheit der Lehre im Rahmen von Lehrveranstaltungen eingeräumt wird⁸¹⁹. Zu unterscheiden ist einerseits zwischen der fachhochschulischen Lehrfreiheit und der fachhochschulischen Autonomie⁸²⁰. *Berka* fasst sowohl § 3 Abs 2 Z 1 FHStG als auch § 12 Abs 5 Z 2 FHStG als fachhochschulische Autonomiepostulate auf und spricht sich dafür aus, in arbeitsrechtlichen Normen entsprechende Bestimmungen aufzunehmen bzw diese Postulate entsprechend zu berücksichtigen⁸²¹. *Berka* leitet aus § 3 Abs 2 Z 1 FHStG allerdings kein subjektives Recht des Lehrenden auf weisungsfreie Ausübung seiner Lehraufgaben ab⁸²².

Dennoch ist mE die fachhochschulische Autonomie in erster Linie bei Fragen des Weisungsrechts des Dienstgebers zu berücksichtigen. Besonders bei nebenberuflichen Lektoren stellt sich bei der Beurteilung der arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Einordnung oft die Frage, inwieweit der nebenberufliche Lektor an Weisungen des Dienstgebers gebunden ist⁸²³. Dahinter steht sehr oft die Herausforderung der Begründung eines freien Dienstverhältnisses⁸²⁴. Aber auch gegenüber hauptberuflich Lehrenden müssen die Autonomiepostulate entsprechend Eingang in die individualdienstvertragliche Gestaltung finden⁸²⁵.

3. Qualitätssicherung durch Evaluierung

Ein weiterer wichtiger Themenkreis zur Behandlung der befristungstechnischen Fragen und Probleme findet sich im Rahmen der Bestimmungen bzw Normen, die sich unter

⁸¹⁸ § 3 Abs 2 Z 1 FHStG.

⁸¹⁹ §§ 3 Abs 2 Z 1 iVm 12 Abs 2 Z 5 FHStG.

⁸²⁰ Vgl statt vieler *Berka*, Autonomie im Bildungswesen (2002) 115 – 126; aber auch *Hauser*, Fachhochschul-Studiengesetz – Kurzkommentar⁴ (2006) § 3 Anm 16, § 12 Anm 19, 29 – 31.

⁸²¹ *Berka*, Autonomie im Bildungswesen (2002) 119, 128.

⁸²² *Berka*, Autonomie im Bildungswesen (2002) 119.

⁸²³ *Reininghaus/Unger*, Die arbeitsrechtliche Stellung von Lehrbeauftragten im Lichte der Entscheidung VwGH 25.4.2007, 2005/08/0137, zfhr 2007, 171; *Reininghaus*, Die arbeits- sozial- und einkommensteuerliche Stellung von Lehrbeauftragten an Fachhochschulen, in: *Koubek* ua (Hrsg), Bene Meritus. Festschrift für Peter Schachner-Blazizek zum 65. Geburtstag (2007) 161; *Schweighofer*, Sozialversicherungsrechtliche Stellung eines FH-Lektors, zfhr 2007, 155ff.

⁸²⁴ *Schweighofer*, (FH-)Lektoren als freie Dienstnehmer aus arbeits-, sozialversicherungs- und fachhochschulstudienrechtlicher Sicht, zfhr 2006, 187.

⁸²⁵ Vgl auch *Berka*, Die rechtswissenschaftliche Dimension der Fachhochschul-Autonomie, in: *Prisching/Lenz/Hauser* (Hrsg), Die Autonomie im Fachhochschul-Bereich (2000) 41.

dem Begriff der Evaluierung bzw Evaluation zusammenfassen lassen. Die positive Evaluierung ist Voraussetzung für die Reakkreditierung eines Studienganges⁸²⁶.

Das FHStG definiert den Begriff der Evaluierung nicht, sondern überlässt dies einer Verordnung⁸²⁷. Das FHStG besagt nur, dass der Fachhochschulrat nach Durchführung eines öffentlichen Begutachtungsverfahrens eine Verordnung zu erlassen hat, in der hinsichtlich der Evaluierung bestimmte Festlegungen zu treffen sind⁸²⁸. Diese Verordnung hat die Zielsetzung und methodischen Grundsätze der Evaluierung zu regeln⁸²⁹, die zu evaluierenden Bereiche⁸³⁰ und die Veröffentlichung und Art der Umsetzung der Evaluierungsergebnisse⁸³¹.

Die Evaluierung selbst regelt die Verordnung, die gleich zu Beginn die Zielsetzung der Evaluierung definiert. Einerseits soll die Evaluierung prüfen, inwieweit die fachhochschulische Einrichtung ihrem Bildungsauftrag verantwortlich nachkommt, andererseits auch, ob und welche Qualitätsverbesserungen möglich sind⁸³². Grundsätzlich gibt es zwei Verfahrensmethoden, einerseits eine interne Selbstevaluierung und andererseits eine externe Evaluierung durch ein Review-Team⁸³³. Diese werden durch zwei Verfahrensarten umgesetzt, nämlich die institutionelle und die studiengangsbezogene Evaluierung⁸³⁴. Die institutionelle Evaluierung konzentriert sich auf die fachhochschulische Institution als Ganzes. Die studiengangsbezogene Evaluierung ist auf den Zusammenhang zwischen beruflichen Tätigkeitsfeldern, Qualifikationsprofil und Curriculum fokussiert⁸³⁵. Die Evaluierungsergebnisse sind zu veröffentlichen und umzusetzen⁸³⁶.

Die EvalVO unterscheidet zwischen Themen der institutionellen Evaluierung⁸³⁷ und der studiengangsbezogenen Evaluierung⁸³⁸. Beide Evaluierungsverfahren haben unter anderem auch das Personal bzw die Personalentwicklung im Auge.

⁸²⁶ § 13 Abs 2 FHStG.

⁸²⁷ Evaluierungsverordnung EvalVO 5/2004, zuletzt geändert durch B des FHR vom 10.11.2006, in: http://www.fhr.ac.at/fhr_inhalt/01_ueber_uns/fachhochschulrat.htm.

⁸²⁸ § 13 Abs 2a FHStG. Die Bestimmung wurde im Rahmen der 5. Novelle zum FHStG eingefügt, BGBl I 2003/110.

⁸²⁹ § 13 Abs 2a Z 1 FHStG.

⁸³⁰ § 13 Abs 2a Z 2 FHStG.

⁸³¹ § 13 Abs 2a Z 3 FHStG.

⁸³² § 1 Abs 1 u 2 EvalVO.

⁸³³ § 2 Abs 1 lit a u b EvalVO.

⁸³⁴ § 3 Abs 1 EvalVO.

⁸³⁵ § 3 Abs 2 EvalVO.

⁸³⁶ § 5 EvalVO.

⁸³⁷ § 6 EvalVO.

⁸³⁸ § 7 EvalVO.

Im Rahmen der institutionellen Evaluierung ist das Erfordernis einer Qualitätsdatenauswertung besonders hervorzuheben, sowie die Möglichkeit der Weiterbildung des Personals⁸³⁹. Die Organisation hat über ein implementiertes Qualitätsmanagementsystem zu verfügen⁸⁴⁰.

Im Rahmen der studiengangsbezogenen Evaluierung steht der berufspraktisch qualifizierte Lehrkörper gleichwertig dem wissenschaftlichen und didaktisch befähigten Lehrkörper gegenüber⁸⁴¹.

Die Evaluierung ist mE besonders aus der Perspektive von Bedeutung, dass mit dem fachhochschulischen Bildungsauftrag eine besonders hohe Verantwortung gegenüber den Studierenden hinsichtlich der beruflichen Verwertbarkeit der vermittelten Fähigkeiten und Kenntnisse verbunden ist. Gerade aus dieser Perspektive erfolgt die Wahl der Fachhochschule gegenüber der Universität⁸⁴².

C. Die Finanzierung von Fachhochschulen

Die Lösung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Befristungen bei Mitgliedern des Lehrkörpers von Fachhochschulen rechtlich möglich (oder auch nur sinnvoll sind), muss auch im Lichte der Finanzierung von Fachhochschul-Studiengängen bzw. Fachhochschulen betrachtet werden.

Das FHStG hält sich auch in diesem Bereich bedeckt. Es verlangt im Rahmen der Akkreditierung eines Fachhochschul-Studienganges nur die Vorlage einer Kalkulation mit Ausweis der Kosten pro Studienplatz und eines Finanzierungsplanes für die Dauer der Genehmigung des Studienganges⁸⁴³. Im Rahmen des Akkreditierungsverfahrens hat der Antragsteller darzulegen, dass der von ihm beantragte Studiengang finanziell ausreichend besichert ist.

⁸³⁹ § 6 Abs 2 EvalVO.

⁸⁴⁰ § 6 Abs 1 EvalVO.

⁸⁴¹ § 7 Abs 4 Z 1 EvalVO.

⁸⁴² Vgl dazu auch *Zechlin*, Universität und Fachhochschule – gemeinsam oder getrennt?, in: *Prisching/Lenz/Hauser* (Hrsg.), *Das Verhältnis zwischen Universität und Fachhochschule* (2001) 125.

⁸⁴³ § 12 Abs 2 Z 11 FHStG.

Der Erhalter ist berechtigt, von den Studierenden Studienbeiträge in der Höhe von € 363,36 pro Semester einzuheben⁸⁴⁴. Davon wird beispielsweise in Oberösterreich nicht Gebrauch gemacht.

Es stellt sich daher die Frage, woher das Geld kommt bzw von welchen wirtschaftlichen Determinanten und Risiken der FH-Sektor geprägt ist.

1. Der Fachhochschul-Entwicklungs- und Finanzierungsplan III

Das wichtigste Dokument zur Beantwortung der Frage der Finanzierung von Fachhochschul-Studiengängen ist der Fachhochschul-Entwicklungs- und Finanzierungsplan III⁸⁴⁵. Der Entwicklungs- und Finanzierungsplan III gibt die finanziellen Rahmenbedingungen für die Erhalter zum Zwecke der Planung der Aktivitäten für fünf Jahre – also bis ins Studienjahr 2009/2010 – vor.

2. Das Normkostenmodell

Die Finanzierung von Fachhochschulen erfolgt nicht aufgrund des Bedarfsdeckungsprinzips, sondern aufgrund eines Normkostenmodells⁸⁴⁶. Das bedeutet, dass aufgrund einer Kostenanalyse pro Studienplatz ein fixer Kostensatz zur Verfügung gestellt wird⁸⁴⁷. Mit diesen Normkosten sollen die laufenden Kosten, die der Studienbetrieb verursacht, also die Personalkosten und der laufende Betriebsaufwand, abgedeckt werden. Die Investitionen in Gebäude und Infrastruktur hat der Erhalter aus anderen Geldquellen⁸⁴⁸ aufzubringen.

Für die Förderung der Studiengänge sind nicht die tatsächlichen Kosten entscheidend, sondern die Zahl der teilnehmenden Studierenden. Das ist deshalb notwendig, da der Bund auf die Kostenstruktur der Erhalter keinen Einfluss hat. Festzuhalten ist, dass die Fördersätze seit 1994 trotz Inflation nicht mehr wertgesichert wurden. Eine Studie der ProCura

⁸⁴⁴ § 2 Abs 2 FHStG.

⁸⁴⁵ Fachhochschul-Entwicklungs- und Finanzierungsplan III in:
http://www.bmwf.gv.at/uploads/tx_bmwfcontent/fhef_III.pdf.

⁸⁴⁶ Finanzierungs- und Entwicklungsplan III, 5.1.

⁸⁴⁷ Derzeit beträgt der Normkostensatz pro Student zwischen € 5.814 und € 6.904. Die Differenz rührt daher, dass technische Studienplätze aufgrund höherer Labor- und Ausstattungskosten höhere Kosten verursachen.

⁸⁴⁸ In Oberösterreich sind dies das Land OÖ und die 4 Standortgemeinden Linz, Steyr, Wels und Hagenberg.

Unternehmensberatung Graz hat allerdings errechnet, dass diese Nichtanpassung sachgerecht sei, da durch das Größenwachstum des FH-Sektors und verschiedene Synergieeffekte kompensatorische Effekte eingetreten seien⁸⁴⁹.

3. Der Fördervertrag

Die konkrete, erhalterbezogene Finanzierung erfolgt aufgrund von Förderverträgen⁸⁵⁰, die zwischen dem Erhalter und der Republik Österreich abgeschlossen werden. Diese Förderverträge legen als Vertragsdauer den Zeitraum des Akkreditierungsbescheides zugrunde. Spricht der Akkreditierungsbescheid beispielsweise einen Genehmigungszeitraum von fünf Jahren aus, bedeutet das nicht, dass die Finanzierung mit dem Ablauf des fünften Jahres zu Ende geht, sondern vielmehr, dass auch die Studenten, die im fünften Jahr beginnen, ihr Studium noch zu Ende bringen können⁸⁵¹.

Die Struktur des Fördervertrages beinhaltet auch die – an sich rechtlich nicht notwendige – Verpflichtung des Erhalters, das FHStG zu erfüllen. Weiters wird der Förderungsnehmer bzw Erhalter verpflichtet, einen Ausbildungsvertrag mit den Studierenden abzuschließen, aus dem sich für den Studierenden durchsetzbare Rechte ergeben. Der Fördervertrag beinhaltet auch die „Verpflichtung“, diverse andere Gesetze, wie beispielsweise das Bundesvergabegesetz oder das Gleichbehandlungsgesetz, sowie das Datenschutzgesetz zu beachten bzw einzuhalten. Auch diese Pflichten ergeben sich unmittelbar aus dem Gesetz und können aufgrund ihres zwingenden Charakters durch Vertrag weder bedungen noch abbedungen werden.

Wichtig sind die Bestimmungen über die Rückzahlungspflicht des Förderungsnehmers im Falle der Nichterfüllung wesentlicher Voraussetzungen des Fördervertrages. Wichtigster Fall mE ist die Rückzahlungspflicht im Falle widmungswidriger Verwendung von Fördermitteln. Der Abschluss eines Fördervertrages ist aufgrund der Akkreditierungsrichtlinie zwingend⁸⁵².

⁸⁴⁹ Vgl dazu *Hauser*, Fachhochschul-Studiengesetz - Kurzkommentar⁴ (2006) 195.

⁸⁵⁰ So zB der Fördervertrag zwischen der FH OÖ Studienbetriebs GmbH und der Republik Österreich GZ 32.200/79-VII/12/2004.

⁸⁵¹ So zB Bescheid des FHR vom 8.9.2004, GZ 2004/481, mit dem der Fachhochschul-Diplomstudiengang „Automatisierungstechnik“ für den Zeitraum von 1.8.2004 bis 31.7.2009 bewilligt wird.

⁸⁵² II.D.7 AR 2006 Version 1.1.

4. Die Standortkonsolidierung

Im Fachhochschul-Entwicklungs- und Finanzierungsplan III wird ausgesprochen, dass es wichtig sei, die bestehenden Erhalter vorrangig bei der qualitativen Weiterentwicklung zu unterstützen⁸⁵³. Neue Erhalter soll es nicht geben, es sei denn, es liegen besonders begründete Ausnahmefälle vor. Betreibt ein Erhalter Studiengänge an dislozierten Standorten⁸⁵⁴, so hat er nachzuweisen, dass diese durch eine gemeinsame Verwaltung und weitgehend gemeinsames Forschungspersonal verbunden sind. Mit dem Konzept der Standortkonsolidierung sollen Redundanzen im FH-Sektor vermieden werden.

D. Erstbefristung und Kündigung

Die Lösung der Frage, welche Befristungsmöglichkeiten für Erhalter von Fachhochschul-Studiengängen bzw Fachhochschulen offenstehen, ermöglicht eine weitere Differenzierung. Es wurde bereits zwischen haupt- und nebenberuflichem Lehr- und Forschungspersonal unterschieden und erörtert, welche Schwierigkeiten alleine die Auslegung des Tatbestandes Haupt- bzw Nebenberuflichkeit – als Komplementärbegriff – macht.

Es wurde allerdings noch nicht zwischen Lehr- und Forschungspersonal unterschieden. Sowohl das FHStG als auch die Gesetzesmaterialien sehen das Lehrpersonal und das Forschungspersonal offenbar als begriffliche Einheit mit allen Konsequenzen. Das ist mE aber nicht zielführend, da zwischen Lehre und Forschung ein Unterschied besteht, der auch arbeitsvertragsrechtlich andere Konsequenzen haben muss, um nicht in die Stereotypie von Schimmelverträgen und unreflektierten Standardlösungen zu verfallen.

Als Befund kann vorerst festgehalten werden, dass es sowohl haupt- und nebenberufliches Lehrpersonal, als auch haupt- und nebenberufliches Forschungspersonal geben kann. Allen vier Kategorien ist gleich, dass eine Erstbeschäftigung im Rahmen eines befristeten Dienstverhältnisses jedenfalls möglich ist. Lediglich § 21 AngG setzt eine Grenze dahin, dass nach Ablauf von fünf Jahren eine Dienstnehmerkündigung stattfinden kann, sollte diese nicht ohnedies im Dienstvertrag vereinbart sein. Damit soll eine überlange Bindung

⁸⁵³ Hauser, Fachhochschul-Studiengesetz - Kurzkommentar⁴ (2006) 197ff.

⁸⁵⁴ Die FH OÖ Studienbetriebs GmbH betreibt Fachhochschul-Studiengänge an 4 Standorten, die gemeinsame Verwaltung findet im Rahmen der FH OÖ Management GmbH in Wels statt.

ohne Auflösungsmöglichkeit durch den Dienstnehmer vermieden werden, die einer sittenwidrigen Knebelung gleichkäme.

Allerdings kommt in der fachhochschulischen Praxis eine solch lange Erstbefristung nicht vor. Der Regelfall sieht nach dem Probemonat eine Jahresbefristung vor, wobei das Probemonat im Jahr beinhaltet ist. Das Probemonat ist dann das Dienstverhältnis auf Probe, die folgenden 11 Monate das Dienstverhältnis zur Probe. In der täglichen Praxis sind die Dienstverhältnisse zur Probe die „wahren“ Probendienstverhältnisse, die es dem Erhalter und dem Kollegium ermöglichen sollen, sich über das neue Mitglied im Lehrkörper ein Bild zu machen und über Verlängerungen zu entscheiden.

Die rechtliche Möglichkeit einer Erstbefristung ist im Rahmen der gezeigten Grenzen kein Problem und sowohl in Lehre und Rechtsprechung unstrittig.

Eine Kündigungsmöglichkeit im Rahmen des – ersten – befristeten Dienstverhältnisses ist aus der Sicht der Judikatur – unter gewissen Grenzen – ebenfalls zulässig, wobei mE die Judikatur auf einer problematischen dogmatischen Grundlage fußt. Steht jedoch die Dauer der Befristung und die Dauer der Kündigungsfrist sowie die Anzahl der möglichen Kündigungstermine in einem vernünftigen Verhältnis, so kann dies rechtswirksam in einen Dienstvertrag über eine Erstbefristung einfließen⁸⁵⁵.

ME ist die Vereinbarung einer Kündigungsmöglichkeit bei einer Jahresbefristung äußerst problematisch und sollte vermieden werden⁸⁵⁶. Eine sachliche Rechtfertigung im Sinne einer von der höchstgerichtlichen Judikatur geforderten Verhältnismäßigkeit wird schwer zu argumentieren sein, da das neue Mitglied des Lehrkörpers entsprechend den Evaluierungskriterien in einem sorgfältig durchgeführten Auswahlverfahren „obsiegt“ hat.

Demgegenüber wäre es nicht angemessen, das vom Gesetz- bzw. Ordnungsgeber gedachte Vertrauen in dieses Auswahlverfahren mit dem Misstrauen einer Kündigungsmöglichkeit im lediglich auf ein Jahr abgeschlossenen Dienstverhältnis zu quittieren.

Zudem sprechen mE auch Argumente gegen die Kündigungsmöglichkeit im ersten Jahr, da aufgrund curricularer Zwänge eine Aufkündigung während des Semesters tunlichst vermieden werden sollte. Die von der Rechtsprechung geforderte Verhältnismäßigkeit wäre mE aufgrund dieser fachhochschulischen Besonderheiten gar nicht argumentierbar.

⁸⁵⁵ Vgl Kapitel V.

⁸⁵⁶ Vgl dazu insb Kapitel V.

E. Die mehrfache Aneinanderreihung befristeter Dienstverhältnisse

1. Lehr- oder Forschungslaufbahn

Die fachhochschulische Praxis verlangt von einem hauptberuflich Lehrenden Höchstleistungen, deren Erbringung zwar Ideal, aber nur selten gelebte Praxis sein kann. Setzt man die Anforderungen des § 3 FHStG in Bezug zur Wirklichkeit, wird man feststellen müssen, dass entweder hervorragende Praktiker mit wissenschaftlicher Ambition lehren, oder „berufene“ Wissenschaftler, die den Hörsaal vielleicht sogar meiden. Diese beiden Grundausrichtungen liegen nicht ohne Schattierungen, sohin in diversen Verästelungen vor. Obgleich Pauschalurteile vermieden werden sollen, kann dennoch zwischen diesen beiden Grundausprägungen unterschieden werden.

Diese Grundausrichtungen sollten mE dazu führen, darüber nachzudenken, ob nicht auch im Fachhochschulbereich zwischen Lehr- und Forschungsprofessuren unterschieden werden sollte.

2. Mehrfache Aneinanderreihung befristeter Dienstverhältnisse bei Lehr- und Forschungsprofessuren

a) Aus der Perspektive der Akkreditierung

In der fachhochschulischen Praxis kommt die Trennung zwischen Lehr- und Forschungsprofessur – noch – nicht vor. Im Regelfall sind hauptberuflich Lehrende kraft einzeldienstvertraglicher Gestaltung sowohl zu Lehr-, als auch zu Forschungsleistungen⁸⁵⁷ – und zu anteiliger Mitarbeit an der Verwaltung – verpflichtet. Nach dem Gesetzeswortlaut stehen im Bereich der Forschungsleistungen anwendungsbezogene Forschungs- und Entwicklungsarbeiten im Vordergrund⁸⁵⁸.

⁸⁵⁷ Vgl insb § 16 Abs 5 FHStG.

⁸⁵⁸ Also keine reine Grundlagenforschung, die die Universität zu leisten hat, jedoch dem FH-Sektor nicht verboten ist! Vgl dazu § 1 UG 2002.

Der privatautonomen einzeldienstvertraglichen Gestaltung ist im Hinblick auf dieses Erfordernis keine Grenze gesetzt. Aus dem FHStG ist lediglich ableitbar, dass das lehrende Personal zu Lehr- und Forschungstätigkeit verpflichtet ist, jedoch nicht, in welchem Umfang und in welcher Ausprägung. In der Praxis im FH-Sektor überwiegt die Lehrtätigkeit, was angesichts der fachhochschulischen Ausrichtung auf wissenschaftlich berufsfeldorientierte Lehre nicht weiter verwundert. Der FH-Sektor beheimatet aber auch immer öfter „echte“ Forscher, wobei diese Personengruppe meist eine universitäre Vergangenheit hat.

Im Rahmen der Prüfung der Frage der Befristungsmöglichkeiten ist es aus der Perspektive der Anforderungen des FHStG nicht möglich, die Lehr- von der Forschungsprofessur zu trennen. Vielmehr muss die Befristungsfrage anhand des vom Gesetzgeber vorgezeichneten „Normlehrenden“ vollzogen werden, also dem hauptberuflich Lehrenden, der sowohl Lehre und anwendungsorientierte Forschungsarbeit leistet.

Mag auch der vom Gesetzgeber geforderte Anspruch hoch erscheinen, so ist er im Hinblick auf den Kern des fachhochschulischen Bildungsideals notwendig. Der idealtypische hauptberuflich Lehrende an Fachhochschulen wird nicht umhin kommen, theoretisches Grundlagenwissen mit immerwährender Auseinandersetzung mit den im Berufsfeld geforderten Kenntnissen und Fähigkeiten zu verknüpfen. Die berufsfeldbezogene Orientierung ist bereits im Auswahlverfahren zur Anstellung eines neuen Lehrkörpermitgliedes ein zentrales Kriterium⁸⁵⁹. Es stellt sich die Frage, wie dieses Ideal realistisch umgesetzt werden kann bzw muss.

Es ist notwendig, sich dem Thema von verschiedenen Seiten zu nähern. Einerseits von der Seite, die die Frage stellt, inwieweit Befristungen bzw mehrfach hintereinander gereichte befristete Dienstverhältnisse möglich sind, andererseits aber auch von der Seite, die die durchaus konfliktgeneigte Frage stellt, ob es nicht sogar notwendig oder geboten ist, mit den Mitgliedern des hauptberuflichen Lehr- und Forschungspersonals ausschließlich befristete Dienstverträge abzuschließen. Die Frage scheint durchaus berechtigt, wenn man sich dem FHStG aus der Perspektive seiner qualitativ-inhaltlichen Normen nähert. Das FHStG nur als Rahmen- und Organisationsgesetz zu verstehen, würde zu kurz greifen.

Schließlich soll auch der Problemkreis untersucht werden, ob der Fachhochschulsektor Raum für auflösend bedingte Beschäftigungsverhältnisse bietet.

⁸⁵⁹ Vgl III.J.1.b AR 2006 Vers 1.1.

Die Frage, ob hauptberuflich Lehrende des FH-Sektors generell im Rahmen von aneinandergereihten, befristeten Dienstverhältnissen angestellt werden sollten, muss einerseits aus der Perspektive der Akkreditierung und andererseits aus dem Blickwinkel der Evaluierung betrachtet werden. Dabei ist zu beachten, dass das FHStG kein Befristungsrecht enthält, wie es das Universitätsgesetz 2002 beinhaltet. Im Gegensatz zum FHStG enthält das UG 2002 eine Bestimmung⁸⁶⁰, die mehrfach aneinandergereihte befristete Dienstverhältnisse ausdrücklich ermöglicht.

Das FHStG wiederum enthält weder eine formale Befristungserlaubnis, noch ein unmittel- oder mittelbares Befristungsgebot. Die Weitergabe bzw. Vermittlung von wissenschaftlich-berufsfeldorientiertem Wissen ist mE aber nur dann möglich, wenn das hauptberufliche Lehrkörpermitglied zwischen Lehre und Praxis pendelt, was bedeutet, an einen Lehrrhythmus einen Praxisrhythmus in seinem Stammindustriezweig zu absolvieren.

Bloße – gelegentliche - Forschungsprojekte reichen mE nicht aus, um diese berufsfeldorientierten Qualifikationen in dem dem FHStG unterliegendem Ausmaß zu gewährleisten, um der Intention des FHStG Rechnung zu tragen⁸⁶¹.

Besonders deutlich wird die Problematik im Rahmen der Verlängerung der Akkreditierung, auch Reakkreditierung genannt. Im Rahmen des Reakkreditierungsverfahrens vor dem FHR hat der Erhalter all die Fakten nachzuweisen, die er schon im Verfahren zur Erstakkreditierung nachzuweisen hatte⁸⁶².

Um die dem FHStG zu entnehmenden Anforderungen an sein hauptberufliches Personal auch im Verfahren auf Verlängerung der Akkreditierung gerecht zu werden, ist es mE notwendig, den Nachweis der hinreichenden berufsfeldorientierten Vertrautheit des Lehr- und Forschungspersonals durch geeignete personelle Maßnahmen nachzuweisen. Ein solcher Nachweis könnte beispielsweise darin bestehen, einen entsprechenden Personalentwicklungsplan vorzulegen, der ein Pendeln im Fünfjahresrhythmus zwischen einer

⁸⁶⁰ § 109 UG 2002.

⁸⁶¹ Dazu wäre eine Durchlässigkeit der Sozial- und Pensionsversicherungssysteme hilfreich, die zur Zeit noch nicht im wünschenswerten Ausmaß gegeben ist. Man denke beispielsweise an die faktische Unmöglichkeit, als Universitätsprofessor für Recht eine Zeit lang als Rechtsanwalt zu arbeiten, ohne mit wenig durchlässigen Sozial- und Pensionsversicherungssystemen konfrontiert zu sein. Allerdings sei festgehalten, dass diese Kritik für alle neuen, dem UG 2002 unterliegenden Dienstverhältnisse nicht mehr so uneingeschränkt gilt.

⁸⁶² § 13 Abs 2 FHStG.

FH-Professur und einem Industrieengagement bzw einem entsprechenden Engagement im Berufsfeld vorsieht⁸⁶³.

Andererseits ist es nicht immer sicher, ob ein Studiengang reakkreditiert wird. Obgleich im Vorfeld diverse außerrechtliche Abstimmungsmaßnahmen stattfinden, die eine Prognose ermöglichen, handelt es sich um ein Verwaltungsverfahren, das mit Bescheid endet, der dem Antrag auf Reakkreditierung entweder stattgibt oder ihn abweist. Das wiederum bedeutet für den Erhalter, dass er im Falle eines abweisenden Reakkreditierungsbescheides keine Verwendung für die diesem Studiengang zuzuordnenden Lehrenden hat. Akkreditierungen laufen entsprechend den Bestimmungen des FHStG auf längstens fünf Jahre. Das bedeutet, dass es maximal fünf Jahrgänge gibt, die ihr Studium an der Fachhochschule beginnen. Da jeder Student das Recht hat, sein Studium zu beenden, endet ein sechssemestriges Bachelorstudium im Rahmen einer fünfjährigen Akkreditierung mit dem Ende des siebenten Jahres ab Beginn, also dem Zeitpunkt, in dem der erste Jahrgang sein Studium begonnen hat. Daraus ist mE die Möglichkeit für eine Befristungsmöglichkeit abzuleiten, die das Dienstverhältnis des FH-Professors nach sieben Jahren jedenfalls enden lässt.

Die sachliche Rechtfertigung liegt hier in den Akkreditierungsbestimmungen des FHStG. Der Erhalter kann mE nicht dazu genötigt sein, Lehrpersonal weiter zu beschäftigen, obwohl es den Studiengang, für den das Lehrpersonal angestellt wurde, nicht mehr gibt.

b) Aus der Perspektive der Evaluierung als Grundlage für auflösend bedingte Dienstverhältnisse

Eine Frage, die sich jedenfalls stellt, ist, ob die grundlegende „Bereitschaft“ des FHStG zum Abschluss von befristeten Beschäftigungsverhältnissen des hauptberuflichen Lehr- und Forschungspersonals auch mit der Rechtsfigur der auflösenden Bedingung⁸⁶⁴ zufriedenstellend gelöst werden kann.

⁸⁶³ Der Fünfjahresrhythmus ist lediglich ein Beispiel, es sind auch andere Zeiträume möglich. Empfehlenswert ist eine entsprechende sozialrechtliche Absicherung, die im Rahmen dieser Arbeit nicht mehr erörtert werden kann.

⁸⁶⁴ Werden Rechtsgeschäfte unter einer auflösenden Bedingung geschlossen, so beginnen die Rechtswirkungen des Geschäfts zwar sofort, erlöschen jedoch mit dem Eintritt der Bedingung.

Im österreichischen Recht wird die Bedingung⁸⁶⁵ als die einem Rechtsgeschäft von den Parteien zugefügte Beschränkung definiert, durch die der Eintritt oder die Aufhebung einer Rechtswirkung von einem ungewissen Umstand abhängig gemacht wird⁸⁶⁶. Auch bloße Motive können zur Bedingung erhoben werden⁸⁶⁷. Man unterscheidet grundsätzlich zwischen aufschiebenden⁸⁶⁸ und auflösenden⁸⁶⁹ Bedingungen.

Das arbeitsrechtliche Schrifttum zur Resolutivbedingung ist sowohl im Bereich der Literatur⁸⁷⁰ als auch im Bereich der Judikatur⁸⁷¹ reichhaltig, jedoch nicht in dem Umfang, wie es die dogmatische Nähe zur „einfachen“ Befristung vermuten ließe. Das hat mE mehrere Gründe. Zum einen traut sich die Praxis offenbar aufgrund etwas unklarer und nicht wirklich alltagstauglicher Formulierungen des OGH nicht auf dieses Instrument zurückzugreifen, zum anderen ist die Lehre in einem Stadium stehengeblieben, das zwar die Frage in gewissem Umfang löst, aber letztendlich auch keine sichere Prognose zulässt.

Bedeutung gewinnt die Resolutivbedingung im Arbeitsvertrag in jüngster Zeit besonders durch Führungsinstrumente wie „MbO-Systeme“⁸⁷². Wissenschaftlich beleuchtet wurde die Fragestellung auch aus arbeitsverfassungsrechtlicher Perspektive⁸⁷³, sowie aus allgemein vertragsrechtlicher Sicht⁸⁷⁴.

⁸⁶⁵ Vgl statt vieler *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹² I (2002) 174f.

⁸⁶⁶ Vgl §§ 696, 704 ABGB.

⁸⁶⁷ § 901 ABGB.

⁸⁶⁸ Suspensivbedingung.

⁸⁶⁹ Resolutivbedingung.

⁸⁷⁰ Vgl zB *Krejci* in *Rummel* ABGB³ (2000) § 1159c Rz 39 – 41 mwN; *Reissner* in *ZellKomm* (2006) § 19 AngG Rz 48 – 53.

⁸⁷¹ So zB OGH 15.9.1991, 9 Ob A 158/91 = RdA 1992/29 mit Anm *Mazal* = ZAS 1992/20 mit Anm *Palten*; OGH 24.6.1998, 9 Ob A 156/98a; OGH 25.9.1996, 9 Ob A 2167/96h; OGH 11.1.2001, 8 Ob A 178/00k; OGH 25.1.2006, 9 Ob A 129/04t; OGH 20.12.2006, 9 Ob A 116/06h.

⁸⁷² Management by Objectives = Führen durch Zielvereinbarung. Beim Management by Objectives liegt die Hauptaufgabe des Managers darin, mit den Mitarbeitern Zieldefinitionen festzulegen und die Zielerreichung zu überprüfen. Dabei werden die aufgabeninterne Ablauforganisation und die Maßnahmenauswahl zur Zielerreichung dem Mitarbeiter überlassen. Er ist also für die komplette Durchführung selbst verantwortlich. Delegiert werden jene Aufgaben, welche der Mitarbeiter genauso gut oder sogar besser erledigen kann als das Management. Damit wird dem *Subsidiaritätsprinzip* genüge getan und das Management entlastet. Einerseits bleibt der Unternehmensführung dadurch mehr Spielraum für wichtige Aufgaben, wie zum Beispiel die Unternehmensweiterentwicklung und andererseits lernt der Mitarbeiter selbständig zu arbeiten und Entscheidungen zu treffen. Er kann sich besser mit seinem Aufgabenbereich identifizieren und entwickelt Verantwortungsgefühl für seine Arbeit.

Vgl zB *Chr. Stary, Ch. Hager, A. Totter*: Management-by-Objectives als Führungskonzept in der betrieblichen Praxis bei Telearbeit in "Zeitschrift für Arbeitswissenschaft", Vol. 54, No. 1, pp. 25-36.

⁸⁷³ So zB *Reissner*, „Performance Management“ - Konzepte und betriebliche Mitbestimmung, RdA 2003, 503.

⁸⁷⁴ ZB *Kucsko-Stadlmayer*, Zielvereinbarungen im Kontext des Dienst- und Arbeitsrechts, zfhr 2006, 2ff.

Wohingegen die Lehre Resolutivbedingungen im Arbeitsvertrag generell skeptisch⁸⁷⁵, ja sogar ablehnend gegenübersteht⁸⁷⁶, ist der OGH⁸⁷⁷ mit einer zustimmenden Besprechung von *Schrammel*⁸⁷⁸ der Auffassung, dass Resolutivbedingungen zulässig seien, auch wenn die auflösende Bedingung bzw deren Eintritt nicht ausschließlich vom Willen des Dienstnehmers abhängig sei. Dabei müsse es sich aber um eine Bedingung handeln, die zu einem bestimmten Stichtag zu beurteilen sei, da eine derartige Resolutivbedingung ohne größere Schwierigkeiten durch eine Befristungsabrede substituiert werden könne. Durch die Vereinbarung der Resolutivbedingung werde lediglich das Motiv der Vertragsbeendigung zum Vertragsinhalt erhoben. Dadurch könne eine solche Vereinbarung noch als zulässige Zeitbestimmung im Sinne des § 1158 Abs 1 und 4 ABGB gesehen werden.

Ist aber, so *Schrammel* weiter, nicht nur der Eintritt der als auflösende Bedingung vereinbarten Ereignisses ungewiss, sondern steht darüber hinaus auch ein für die Beurteilung des Eintrittes oder Nichteintrittes der Bedingung maßgeblicher Stichtag nicht einmal annähernd fest, dann lässt sich eine solche Vereinbarung nicht als Zeitbestimmung im Sinne der §§ 1158 ABGB und 21 AngG deuten. Eine solche Resolutivbedingung wäre unwirksam, sodass das Dienstverhältnis vom Dienstgeber einseitig nur mehr durch Kündigung oder Entlassung gelöst werden könne.

Eng verwandt mit dem Thema der auflösenden Bedingung im Dienstverhältnis ist die Frage der Zulässigkeit von sogenannten Koppelungsklauseln in Geschäftsführer- oder Vorstandsverträgen. Von einer Koppelungsklausel spricht man dann, wenn mit dem Ende der Organstellung automatisch das Ende des Beschäftigungsverhältnisses verknüpft sein soll.

Wohingegen bei freien Dienstverträgen, also bei Vorständen von Aktiengesellschaften, in der Regel Koppelungsklauseln dann als unproblematisch gesehen werden, wenn im Rahmen der wechselseitigen Interessenlage die Grenzen der Sittenwidrigkeit nicht verletzt werden⁸⁷⁹, entstehen bei angestellten GmbH-Geschäftsführern oder Vereinsvorständen die gleichen Probleme wie bei auflösend bedingten

⁸⁷⁵ *Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht*¹⁰ (2003) 218f.

⁸⁷⁶ So zB *Kramer*, Hauptprobleme des befristeten und resolutiv bedingten Arbeitsverhältnisses, DRdA 1973, 159ff (166f); *Floretta in Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I*³ (1988) 252; *Martinek/Schwarz*, Kommentar zum AngG⁷ (1991) 356.

⁸⁷⁷ OGH, 9.11.1982, 4 Ob 85/82 = ZAS 1984, 28 u 221.

⁸⁷⁸ *Schrammel*, Resolutivbedingung im Arbeitsverhältnis, ZAS 1984, 221ff.

⁸⁷⁹ So zB OGH 27.2.2008, 3 Ob 251/07v = RIS-Justiz RS0123190.

Dienstverhältnissen im Allgemeinen⁸⁸⁰. Hier wie dort kann der allgemeine Kündigungsschutz umgangen sein, weiß der Dienstnehmer nicht objektiv genug über den Endzeitpunkt seines Dienstverhältnisses Bescheid⁸⁸¹. Da aber für Geschäftsführer oder Vorstände andere Regeln gelten, als für Lehrende an Fachhochschulen, sind die zur Koppelungsklausel entwickelten Grundsätze nur bedingt anwendbar, es sei denn für den Kollegiumsleiter, wenn man ihn zur Gruppe der leitenden Angestellten hinzufügt.

Ein weiterer Aspekt, der weder im Schrifttum, noch in der Judikatur thematisiert wurde, ist das Verhältnis von auflösenden Bedingungen zur Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie. Wenn die Richtlinie befristete Dienstverträge so definiert, dass deren Ende durch objektive Bedingungen wie das Erreichen eines bestimmten Datums, die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe oder das Eintreten eines bestimmten Ereignisses bestimmt wird, so fallen Dienstverhältnisse, die durch auflösende Bedingung enden, unzweifelhaft unter das Regime der Richtlinie⁸⁸². Daher ist mE äußerste Skepsis ob der Vereinbarkeit der Richtlinie mit auflösenden Bedingungen angebracht. ME müssten die Bedingungsinhalte denselben Sachlichkeitsgeboten unterliegen, wie sie für mehrere aufeinanderfolgende befristete Dienstverhältnisse gelten⁸⁸³.

Im Rahmen der gestellten Frage ist zunächst zu hinterfragen, welche Normen als Grundlage für ein zukünftiges Ereignis in Frage kommen. In der Folge ist zu prüfen, ob solche Ereignisse tauglich für den zulässigen Abschluss eines resolutiv bedingten Dienstverhältnisses sind. Im Rahmen des Abschnittes „Qualitative Anforderungen an die Mitglieder des Lehrkörpers von Fachhochschulen“ wurde die Evaluierungsthematik bereits kurz dargestellt, an dieser Stelle soll nun eine Ebene tiefer ein oder mehrere mögliche bedingungstaugliche Anhaltspunkte aus dem Normenmaterial extrahiert werden.

Rechtliche Grundlage für die Evaluierung ist das FHStG, welches bestimmt, dass jede Verlängerung der Akkreditierung einen neuerlichen Evaluationsbericht voraussetzt⁸⁸⁴. Die dazu ergangene Verordnung bestimmt, dass die Zielsetzung der Evaluierung darin bestehe, festzustellen, in welchem Ausmaß die fachhochschulischen Einrichtungen ihre Verantwortung

⁸⁸⁰ Schima/Wallisch, Die Vorstandsabberufung als bedingungsfeindliches Rechtsgeschäft, wbl 2003, 510; Schima, Beendigung von Vorstandsrechtsverhältnissen, ecolex 2006, 456.

⁸⁸¹ Vgl statt vieler, Mosler, arbeitsrechtliche Aspekte der Beendigung des Angestelltenverhältnisses des Geschäftsführers einer GmbH, wbl 2002, 49.

⁸⁸² § 3 Abs 1 RL 1999/70/EG.

⁸⁸³ Vgl auch § 21 dTzBfG.

⁸⁸⁴ Vgl § 13 Abs 2 iVm § 12 Abs 2 Z 8 FHStG.

für die Gewährleistung der Erfüllung des Bildungsauftrages sowie für die Qualität des Bildungsangebotes, die es den Studierenden ermöglicht, die Ausbildungsziele erreichen zu können, erfolgreich wahrnehmen⁸⁸⁵.

Will der Dienstgeber der Mitglieder des Lehr- und Forschungspersonals erfolgreich Bedingungen aus dem Normenkreis der fachhochschulischen Evaluation vereinbaren, muss er allerdings auch Normadressat der EvaluierungsVO sein. Daher stellt sich die Frage, an wen sich die EvaluierungsVO richtet. Richtet sich die EvalVO nämlich nur an den „autonomen“ Lehrkörper, müsste die Möglichkeit der Vereinbarung einer Bedingung im Dienstverhältnis durch den Dienstgeber ausgeschlossen werden, die EvaluierungsVO hätte in diesem Fall nur den Sinn, auf die Selbstreinigungskräfte des autonomen Lehrbetriebes abzu zielen.

ME richtet sich die EvaluierungsVO unmittelbar an den Dienstgeber, also den Erhalter und nur mittelbar - über den Erhalter - auch an den „autonomen“ Lehrbetrieb. Dazu liegen zahlreiche Indizien im Normtext der EvaluierungsVO vor.

So spricht § 2 Abs 10 EvalVO davon, einen Rückkoppelungsprozess zwischen dem Review-Team und der evaluierten Einheit zu gewährleisten. Die evaluierte Einheit soll jedenfalls die Möglichkeit haben, die Evaluierungsergebnisse zu reflektieren und umzusetzen.

Über die studiengangsbezogene Evaluierung hinaus sieht die EvaluierungsVO auch die institutionelle Evaluierung⁸⁸⁶ vor, die sich nicht nur an eine einzelne Einheit, also einen Studiengang richtet, sondern an die ganze Institution. Dass in diesem weiten Begriff auch der Erhalter eingeschlossen sein muss⁸⁸⁷, ist mE klar.

Der FHR ist angehalten, den Erhaltern rechtzeitig Art, Umfang und Inhalt des Evaluierungsverfahrens des nächsten Jahres mitzuteilen⁸⁸⁸. Im Rahmen der Umsetzung und Veröffentlichung der Evaluierungsergebnisse sind dem Erhalter die Beschlüsse des FHR mitzuteilen⁸⁸⁹. Die EvaluierungsVO besagt weiters, dass die Institution über ein implementiertes Qualitätsmanagementsystem verfügt, welches eine kritische Zielreflexion, adäquate Prozessgestaltung sowie transparente Führungsentscheidungen sicherstellt⁸⁹⁰.

⁸⁸⁵ § 1 Abs 1 EvalVO.

⁸⁸⁶ § 3 Abs 1 u 2 EvalVO.

⁸⁸⁷ § 3 Abs 2 EvalVO: „...Institution als Ganzes...“.

⁸⁸⁸ § 3 Abs 5 EvalVO.

⁸⁸⁹ § 5 Abs 2 EvalVO.

⁸⁹⁰ § 6 Abs 1 Z 2 EvalVO.

Diese Beispiele zeigen mE deutlich, dass sich die EvaluierungsVO an den Erhalter richtet, der auch Adressat der Akkreditierungsbescheide und Garant für die Einhaltung und Umsetzung der Qualitätsanforderungen in Bezug auf Lehre und Forschung ist⁸⁹¹.

Wie nun gezeigt, ist der Erhalter Normadressat der Evaluierungsbestimmungen und daher – zumindest theoretisch – in der Lage, aus diesem Normenkonglomerat Bedingungsszenarien herauszukristallisieren, bei deren Nichteinhaltung ein Dienstverhältnis enden könnte.

Denkmöglich und auch durchaus realistisch wären beispielsweise Bedingungen, die an Vorgaben der EvalVO mittelbar anknüpfen. Eine unmittelbare Formulierung von Bedingungen aus dem Text der EvalVO scheidet mE von vornherein aus, da der Normtext sehr viele programmatische Anforderungen und allgemein gehaltene Qualitätsparameter ausspricht. So gesehen ist der Erhalter als Dienstgeber angehalten, Bedingungen aus den Anforderungen der EvalVO abzuleiten.

Daher stellt sich als nächstes die Frage, welche qualitativen Anforderungen an solche Bedingungen geknüpft sind, um diese auch wirksam zu vereinbaren, also zu gewährleisten, dass sie auch einer Überprüfung qua Inhaltskontrolle standhalten.

Wenden wir uns wieder der Lehre und Judikatur zu, um festzustellen, welche Anforderungen an eine Bedingung an sich zu richten sind, um den allgemeinen Kriterien des wirksamen Vertragsabschlusses genüge zu tun. Mit dieser Frage im Zusammenhang steht die Frage, ob die Inhalte der fachhochschulischen Evaluierung überhaupt bedingungstauglich sind oder nicht.

Dazu ist zuerst auf die allgemeinen Grundsätze der Rechtsgeschäftslehre zurückzugreifen, die jedenfalls die Bestimmtheit und den Bindungswillen der Vertragsparteien fordert. Damit ist aber auch bereits gesagt, dass eine zulässig vereinbarte Resolutivbedingung als Zielvereinbarung im Sinne von MbO-Systemen und in der Folge als Vertrag oder Zusatzvertrag zum Dienst- bzw Arbeitsvertrag gedeutet⁸⁹² werden kann.

Schrammels grundlegender Aufsatz aus dem Jahre 1984 verknüpft noch nicht die Thematik der Resolutivbedingung mit den modernen Instrumentarien der Personalführung, da zu dieser Zeit noch nicht von MbO-Systemen gesprochen wurde. Auch der Begriff der Zielvereinbarung war dem Personalisten der frühen 80er Jahre des vorigen Jahrhunderts noch

⁸⁹¹ Vgl auch *Hauser*, FHStG Kurzkommentar⁴ (2006) § 13 Anm 17.

⁸⁹² *Kucsko-Stadlmayer*, Zielvereinbarungen im Kontext des Dienst- und Arbeitsrechts, zfhr 2006, 2ff.

nicht als eigenständige Kategorie der Personalführung geläufig, wohl aber unbewusst als „Wunsch“ an den Dienstnehmer vorhanden. Dennoch hat *Schrammel* bereits zu diesem frühen Zeitpunkt alle Probleme, die die Resolutivbedingung als Gegenstand einer zukünftigen Zielvereinbarungs- bzw Evaluierungsproblematik mit sich bringen würden, erkannt. *Schrammel* lobt nämlich den Punkt 4 der Vereinbarung⁸⁹³, die dem besprochenen OGH-Urteil⁸⁹⁴ zugrunde liegt, als „relativ klar“. Daran zeigt sich, dass die Lehre an eine auflösende Bedingung dieselben inhaltlichen Anforderungen stellt, wie an andere vertragliche Gestaltungen auch.

Das jüngere Schrifttum setzte sich zwar nicht explizit mit der Frage der Resolutivbedingung im Dienstverhältnis auseinander, jedoch mit dem Themenkreis der Zielvereinbarung bzw mit der damit systemimmanent verbundenen Evaluierungsfrage.

So fordert beispielsweise *Kucsko-Stadlmayer*, dass dem Mitarbeiter eine reale Chance zur Verwirklichung der Ziele gegeben werden müsse, dass Zielvereinbarungen „transparent, durchschaubar und erreichbar sein müssen“⁸⁹⁵.

Perthold-Stoitzner verknüpft Zielvereinbarung und Evaluierung und stellt fest, dass mit der Zielvereinbarung die erwartete Leistung festgelegt werden solle, und durch den vereinbarten Evaluierungsmodus die Prüfung, ob die Leistung erbracht wurde⁸⁹⁶. Seien Konsequenzen vereinbart worden, habe man sich an diesen zu orientieren. Die Nicht- oder Schlechterfüllung, so *Perthold-Stoitzner* weiter, könne auch eine Verletzung einer sich aus dem Dienst- oder Arbeitsrecht ergebenden Verpflichtung darstellen und dienst- oder arbeitsrechtliche Konsequenzen haben. Damit stellt *Perthold-Stoitzner* die Verbindung zwischen den Themenkreisen MbO-Systeme und Resolutivbedingung her.

Berka spricht sogar von einem Paradigmenwechsel und sieht Evaluierungen unter dem Gesichtspunkt der Relevanz der Wissenschaftsfreiheit⁸⁹⁷. *Berka* geht mit dem Evaluierungsthema hart ins Gericht und meint, die Unterwerfung unter das „Evaluierungsgeschäft“ mit seinen Fragwürdigkeiten sei der Preis, den die Universitäten für

⁸⁹³ Es wurde vereinbart, dass das Vertragsverhältnis zwischen dem Fußballtrainer und dem Fußballverein auch ohne Kündigung enden sollte, wenn der Verein den Wiederaufstieg in die oberste Spielklasse der Fußball-Bundesliga nicht schaffen sollte.

⁸⁹⁴ OGH 9.11.1982, 4 Ob 85/82 = ZAS 1984/28 = ZAS 1984, 221.

⁸⁹⁵ *Kucsko-Stadlmayer*, Zielvereinbarungen im Kontext des Dienst- und Arbeitsrechts, zfhr 2006, 2ff.

⁸⁹⁶ *Perthold-Stoitzner*, Zielvereinbarungen nach UG 2002, zfhr 2006, 12ff.

⁸⁹⁷ *Berka*, Die Quadratur des Kreises: Universitätsautonomie und Wissenschaftsfreiheit, zfhr 2008, 37ff.

ihre Autonomie zu zahlen haben werden⁸⁹⁸. Dennoch seien Evaluierungen unvermeidlich, so *Berka* weiter, und sie verändern die Arbeitsbedingungen der Universitätslehrer im Hinblick auf die Lehre und die Forschung. Als Ergebnis stellt *Berka* fest, dass in Zukunft die begonnene universitäre Laufbahn von Nachwuchswissenschaftlern ein unfreiwilliges Ende finden könne, wenn ihre Leistungen in Forschung und Lehre negativ evaluiert würden. Aus dem gleichen Grund könnten sogar etablierte Professorinnen oder Professoren ihr „Amt“ im Wege der Kündigung verlieren⁸⁹⁹.

Prisching kritisiert ebenfalls das Instrument der Evaluierung und untermauert dies mit dem Beispiel eines amerikanischen Psychologie-Professors, der denselben Kurs mit denselben Unterlagen zweimal gehalten hat, das erste Mal mit gewohnter Manier, das zweite Mal mit gespielter Enthusiasmus. Er konnte beim zweiten Mal bessere Evaluierungsergebnisse verzeichnen⁹⁰⁰.

Es verwundert nicht, dass sich das aus dem hochschulrechtlichen Bereich kommende Schrifttum, wenn es sich der Frage der Zielvereinbarung und der Evaluierung nähert, ohne die Frage der Resolutivbedingung anzusprechen, meist von der qualitativen Seite der Frage nähert, wohingegen das arbeitsrechtliche Schrifttum – auch das jüngere – eher die quantitativen Aspekte des Abschlusses einer Zielvereinbarung in den Vordergrund rückt.

So mag es nicht überraschen, wenn *Mair/Rainer* in ihrem Beitrag auch nicht auf qualitative Aspekte von Zielvereinbarungen im Zusammenhang mit der wirksamen Vereinbarung einer auflösenden Bedingung eingehen⁹⁰¹. Auch diese Autoren reduzieren bzw. fokussieren die Zielvereinbarungsthematik auf rein quantitative Aspekte, wie beispielsweise im Hinblick auf leistungsorientierte Entlohnungsmodelle.

Rauch fasst in seinem Beitrag lediglich die Judikatur zusammen und schlägt als Praxistipp vor, ein befristetes Dienstverhältnis zu vereinbaren und bei Zielverfehlung keine Verlängerung anzubieten. Damit setzt sich *Rauch* aber nicht mit der Frage der Resolutivbedingung auseinander, sondern empfiehlt lediglich, den Endtermin und eine

⁸⁹⁸ *Berka*, Die Quadratur des Kreises: Universitätsautonomie und Wissenschaftsfreiheit, zfhr 2008, 46.

⁸⁹⁹ *Berka*, Die Quadratur des Kreises: Universitätsautonomie und Wissenschaftsfreiheit, zfhr 2008, 47.

⁹⁰⁰ *Prisching*, New Public Management of Science. Codes und Indikatoren im akademischen Reformprozess, zfhr 2002, 144ff.

⁹⁰¹ *Mair/Rainer*, Zielvereinbarungen im Arbeitsverhältnis. Eine rechtliche Einordnung, ÖJZ 2007/69.

eventuelle Zielerreichung oder Zielnichterreichung nicht mit dem Endtermin in gedanklichen Zusammenhang zu bringen⁹⁰².

Einen rein organisatorischen Ansatz verfolgt *Lang* in seinem Beitrag über die Steigerung von Leistungsergebnissen im Unternehmen⁹⁰³.

Kristallisiert man die Kernaussagen in Judikatur und Schrifttum heraus, so lassen sich folgende Feststellungen treffen:

Ereignisse, die entweder eintreten oder nicht eintreten, können Gegenstand eines auflösend bedingten Dienstverhältnisses sein.

Diese Ereignisse sollten objektivierbar sein, also im Rahmen eines binären Entscheidungsmodells feststellbar sein, sohin nicht auf Wertungen und vom Dienstnehmer nicht beeinflussbaren Umständen beruhen.

Dabei muss allerdings der Endtermin hinreichend bestimmbar sein.

Der Dienstnehmer muss den Eintritt bzw Nichteintritt des bedingungsauslösenden Ereignisses soweit mitgestalten können, sodass für Dienstgeberwillkür wenig bzw kein Raum ist.

Weiters darf das Unternehmerrisiko nicht einseitig in die Sphäre des Dienstnehmers verlagert werden.

Wenn überhaupt, sollten Vereinbarungen über auflösende Bedingungen auch nur zu Beginn des Dienstverhältnisses abgeschlossen werden und nicht während aufrechtem Dienstverhältnis, da im gegenteiligen Fall das Bestimmtheitsgebot hinsichtlich des Endtermins nicht erfüllt wäre.

Speziell dem hochschulrechtlichen Schrifttum ist ein neuer Ansatz zu entnehmen, der den Gestaltungsspielraum für den Bedingungsinhalt, also die Determinierung des bedingungsauflösenden Ereignisses, stark einschränkt. Um den zuvor festgestellten Anforderungen genüge zu tun, ist mE ein hoher Konkretisierungsgrad an den Bedingungsinhalt zu stellen.

⁹⁰² *Rauch*, Bedingte einvernehmliche Lösung bei Verfehlung eines Mindestziels. Nichtigkeit unzulässiger Resolutivbedingungen, ASoK, 2008, 56.

⁹⁰³ *Lang*, Performance Management...oder wodurch Leistungsergebnisse im Unternehmen gesteigert werden können, ASoK 2007,82.

Das bedeutet im Umkehrschluss, dass für verwässerte Bedingungsinhalte, die der willkürlichen Auslegung durch den Dienstnehmer Tür und Tor öffnen, kein Raum verbleibt.

Es stellt sich die grundlegende Frage, ob Evaluierungen zur wirksamen Begründung auflösender Bedingungen im hochschulischen Bereich überhaupt tauglich sind oder nicht.

Der Kollektivvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Österreichischen Akademie der Wissenschaften (ÖAW-KV)⁹⁰⁴ beispielsweise beinhaltet besonders rigorose Instrumentarien bzw Voraussetzungen zur Erlangung eines unbefristeten Dienstverhältnisses. Im ÖAW-KV ist weder das befristete noch das unbefristete Dienstverhältnis die Regel⁹⁰⁵. Erfüllt der befristet eingestellte Wissenschaftler bestimmte Kriterien nicht, endet das befristete Dienstverhältnis nach einer Gesamtdauer von maximal sechs Jahren. Damit löst der ÖAW-KV die Kettendienstvertragsproblematik ähnlich dem UG 2002⁹⁰⁶. Kernstück der zeiteterminierenden Vertragsinhalte ist die sogenannte Evaluation⁹⁰⁷. Bereits im Rahmen der „Kettendienstvertragsphase“⁹⁰⁸, also in den ersten sechs Jahren, hat der Dienstgeber jederzeit die Möglichkeit, den Dienstnehmer zu evaluieren. Grundlage der Evaluation im ÖAW-KV ist die Feststellung der Wertigkeit der ausgeübten Tätigkeiten und die persönlichen Leistungen innerhalb eines festgelegten Zeitraumes⁹⁰⁹. Der ÖAW-KV ermöglicht also die Verknüpfung der Verlängerung eines befristeten Dienstvertrages innerhalb der Höchstfrist mit einer Evaluation. Für die Umwandlung des bzw der befristeten Dienstverhältnisse in ein unbefristetes Dienstverhältnis ist ein schriftliches Gutachten über die fachlichen Leistungen zwingend vorgeschrieben⁹¹⁰. Die Details über das Evaluationsverfahren im ÖAW-KV sind nicht notwendig an dieser Stelle zu beschreiben. Der dem ÖAW-KV zugrundeliegende Kerngedanke ist jedoch entscheidend. Der Kerngedanke besteht in einer ernsten, rigorosen und regelmäßigen Überprüfung der Forschungsleistung eines jeden Mitarbeiters zur Beurteilung und Behandlung seines Fortkommens beim Dienstgeber.

Der Gedanke, wissenschaftliche Dienstverhältnisse aufgrund Evaluationen zu befristen und den Wissenschaftler einer regelmäßigen Evaluierung zu unterziehen, ist dem österreichischen Rechtsbestand also nicht gänzlich fremd.

⁹⁰⁴ Vgl Kapitel II.B.

⁹⁰⁵ Vgl §§ 3 u 4 ÖAW-KV.

⁹⁰⁶ Vgl § 109 UG 2002.

⁹⁰⁷ §§ 26 – 28 ÖAW-KV.

⁹⁰⁸ Im Rahmen dieser Phase ist mE die Aneinanderreihung mehrerer befristeter Beschäftigungsverhältnisse bis zur Sechsjahresgrenze möglich.

⁹⁰⁹ § 26 Abs 2 ÖAW-KV.

⁹¹⁰ § 4 Abs 2 ÖAW-KV.

Anzumerken ist allerdings, dass der ÖAW-KV lediglich ausspricht, dass für einen wissenschaftlichen Mitarbeiter die Umwandlung des befristeten Dienstverhältnisses in ein unbefristetes Dienstverhältnis von einem schriftlichen Gutachten über die fachlichen Leistungen gemäß den Evaluationsbestimmungen abhängig ist⁹¹¹. Dieser Bestimmung wohnt zwar durchaus der Gedanke der auflösenden Bedingung inne, jedoch nicht in reiner Ausprägung, da an eine negative Evaluierung nicht die Folge des Endes des Dienstverhältnisses geknüpft ist, sondern lediglich die Konsequenz, dass das bestehende befristete Dienstverhältnis nicht – bzw noch nicht – in ein unbefristetes Dienstverhältnis umgewandelt wird. Quintessenz des ÖAW-KV ist, dass der schlecht bzw negativ evaluierte Dienstnehmer weiterhin beschäftigt wird, wenngleich „nur“ in einem weiteren befristeten Dienstverhältnis.

Grundsätzlich ist zu bedenken, dass die Anforderungen an eine hochschulische Evaluierung anderen Parametern unterliegen, als beispielsweise ein Wirtschaftsbetrieb. Im „klassischen“ Modell wird das zu erreichende und in der Folge zu evaluierende Ergebnis im Rahmen einer Zielhierarchie definiert und bis in die unterste Personalebene im Rahmen von Funktionsbereichszielen heruntergebrochen. Diesem Modell liegt aber ein linear-kausales Verständnis vom Erreichen von Zielen zugrunde, das mE in dieser Form nicht auf die wissenschaftlichen Prozesse einer hochschulischen Struktur und Kultur übernommen werden kann⁹¹².

Diese Bedenken können durch *Liessmanns* pointierte Kritik am „Evaluationswahn“ untermauert werden, der als wirklich erfrischendes Beispiel Immanuel Kant anführt und dessen akademische Laufbahn unter heutigen Mess- und Rankingumständen für unwahrscheinlich erachtet⁹¹³.

Auch aus dieser Perspektive ist es äußerst fraglich, ob ausreichend klare Zielvereinbarungen determiniert werden können, die später Gegenstand einer Evaluierung sind.

ME ist die EvaluierungsVO daher kein tauglicher normativer Untergrund, da sie aufgrund einer Vielzahl von qualitativ-programmatischen Inhalten, Postulaten und Idealbildern keinen hinreichenden Konkretisierungsgrad bietet, der eine auflösende Bedingung klar formulieren ließe.

⁹¹¹ § 4 Abs 2 iVm 26f ÖAW-KV.

⁹¹² Vgl F.X. Bea/J. Haas, Strategisches Management⁴ (2005).

⁹¹³ K.P. Liessmann, Theorie der Unbildung (2006) 88ff.

Dieser Befund kann auch durch den Universitäts-KV untermauert werden, der einerseits keine auflösenden Bedingungen vorsieht, andererseits an eine Kündigung eines Hochschullehrers ein zweimaliges negatives Evaluierungsergebnis⁹¹⁴ knüpft⁹¹⁵.

Als Zwischenbefund kann daher festgestellt werden, dass negative Evaluierungsergebnisse keinen tauglichen Grund für eine Bedingung, die das Dienstverhältnis zu einem Stichtag beenden, bilden. Dessen ungeachtet ist die ordentliche Kündigung möglich und wird aufgrund des persönlichen Kündigungsgrundes der negativen Evaluierung wohl tendenziell durchsetzbar sein.

c) Aus der allgemeinen Perspektive unter Berücksichtigung der Kettenvertragsjudikatur

Wenn man jetzt zur ursprünglichen Frage zurückkehrt und prüft, inwieweit mehrfach hintereinander gereichte, befristete Beschäftigungsverhältnisse bei Mitgliedern des Lehr- und Forschungspersonals an Fachhochschulen aus der Perspektive des bestehenden Normen- und Judikaturmaterials – also unter „Außerachtlassung“ des FHStG - möglich und zulässig sind, ist es notwendig, zuerst im Sinne des Stufenbaus der Arbeitsrechtsordnung zu prüfen, ob auch andere gesetzes- oder judikaturdeterminierte Befristungsmöglichkeiten oder Vorgaben vorliegen.

Die Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie 1999/70/EG gibt aufgrund ihrer inhaltlichen Unmöglichkeit einer unmittelbaren Anwendung und weiters aufgrund ihrer mangelhaften Umsetzung im österreichischen Recht keine Anhaltspunkte hinsichtlich eines vertraglich möglichen Gestaltungsrahmens her.

Anhaltspunkte zur Lösung der Frage finden sich jedoch in den zur Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie ergangenen EuGH Urteilen. So hat der EuGH im Urteil *Adeneler* ausgesprochen, dass es mit der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie im Widerspruch steht, wenn eine nationale Bestimmung die Aneinanderreihung mehrerer befristeter

⁹¹⁴ Vgl § 14 UG 2002.

⁹¹⁵ Vgl §§ 25 Abs 6 bzw 27 Abs 6 Uni-KV.

Beschäftigungsverhältnisse lediglich formal ermöglicht, ohne jedoch sachliche Rechtfertigungsgründe im Sinne der Richtlinie zu bestimmen⁹¹⁶.

Dieser vom EuGH verpönte Ansatz ist dem FHStG nicht zu entnehmen. Das FHStG enthält keine ausdrücklichen⁹¹⁷ Befristungsnormen, ermöglicht jedoch aufgrund seiner Qualitätsnormen und der daraus ableitbaren Teleologie, Mitglieder des Lehrkörpers im Rahmen von befristeten Dienstverhältnissen anzustellen.

Daher muss auf die innerstaatliche Judikatur zu Kettendienstverträgen und § 879 ABGB hinsichtlich seiner allgemeinen Grundsätze zur Sittenwidrigkeit zurückgegriffen werden.

Wie schon dargetan, ist mE die Systematik zur Kettendienstvertragsjudikatur hinsichtlich der Kriterien der besonderen wirtschaftlichen oder sozialen Gründe sehr problematisch bzw bei sehr kritischer Betrachtungsweise sogar falsch. Daher ist es abzulehnen, eine Fachhochschule als Saisonbetrieb zu bezeichnen und auf dieser Basis Kettenbefristungen zu begründen.

Diese Argumentation ist bei Mitgliedern des hauptberuflichen Lehr- und Forschungspersonals nicht zielführend. Einerseits wäre es weder rechtlich noch soziologisch durchsetzbar bzw begründbar, hauptberufliches Stammpersonal mit auf jeweils ein Semester befristeten Verträgen zu beschäftigen.

Andererseits ist eine Hochschule oder Fachhochschule aus der Perspektive der besprochenen Judikatur schon alleine deshalb kein Saisonbetrieb, da sie in den Ferien, der sogenannten vorlesungsfreien Zeit nicht vollständig „ruht“. Verwaltungspersonal und Techniker arbeiten auch in diesen Zeiträumen, auch das Lehr- und Forschungspersonal ist einzeldienstvertraglich in der Regel durchgehend zur Arbeitsleistung verpflichtet, wenngleich sich diese Arbeiten nicht unmittelbar auf Lehrveranstaltungen konzentrieren, aber wohl mit der Vor- und Nachbereitung derselben zu tun haben werden⁹¹⁸.

Daher kann selbst eine Kettenbefristung einer ausschließlichen Forschungsprofessur nicht auf diese Judikatur gestützt werden. Forschungsaktivitäten in diesen Zeiträumen sind vielmehr sogar erwünscht. Der Fachhochschulsektor kennt mE keine Saison, vielmehr ist zu Recht lediglich von einer vorlesungsfreien Zeit die Rede.

⁹¹⁶ Vgl dazu III.D.1.

⁹¹⁷ Wie zB § 109 UG 2002.

⁹¹⁸ Vgl den Bundestheaterfall.

Mehrfache Befristungen bei Mitgliedern des Lehr- und Forschungspersonals an Fachhochschulen können daher auch nicht auf die Judikatur zu den Saisonbetrieben gestützt werden.

Möglich ist allerdings die mehrfache Befristung aus der Sicht der unter dem Punkt „gesetzlich mittelbar determinierte Befristungen“⁹¹⁹ besprochenen Entscheidungen.

Konkrete kollektivvertragliche Regelungen für das Fachhochschulwesen gibt es zurzeit nicht. Jedoch gibt es bereits Diskussionen, ob ein Kollektivvertrag für den FH-Sektor zweckmäßig wäre.

3. Analoge Anwendung des § 109 UG 2002

Die Auseinandersetzung mit dem Thema bringt es geradezu zwangsläufig mit sich, § 109 UG 2002 als Beispiel einer befristungsfreundlichen Norm, die in der Nähe der konkreten Fragen angesiedelt ist, zu hinterfragen. Das angesprochene Naheverhältnis lässt den „Wunsch“ einer analogen Anwendung der Bestimmung auf befristete Dienstverhältnisse im FH-Sektor entstehen. Auch hier verleitet eine voreilige Beurteilung zu möglicherweise falschen Schlüssen. Über die Analogie als methodischer Lösungsansatz wurde bereits viel geschrieben⁹²⁰. Das Institut der Analogie ist darüber hinaus im allgemeinen Sprachgebrauch nicht rein juristisch besetzt, vielmehr dient es gerade in der Alltagssprache oft als Argument, um einen Lösungsweg für ein bestimmtes Problem auch auf andere, gleichgelagerte oder ähnliche Probleme anzuwenden. Schon die Alltagssprache erkennt den wahren Kern des Problems, nämlich die Frage des gleichen oder ähnlichen Sachverhalts⁹²¹.

Dass Fragen, die den Bereich der Methodenlehre betreffen, keinesfalls antiquiert sind und auch nicht so gesehen werden sollten, zeigen neuere Untersuchungen zu dem Thema⁹²².

⁹¹⁹ Vgl. IV.C.4.c.3.a.

⁹²⁰ Vgl. dazu Bydlinsky, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² (1991) 472ff; Engisch, *Einführung in das juristische Denken*⁸ (1983) 138ff; Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*³ (1995) 187ff.

⁹²¹ Analogie (griech. Übereinstimmung) bedeutet das Verhältnis von Gleichartigkeit oder Ähnlichkeit zwischen zwei oder mehreren Dingen. So wird zB oft die Analogie bzw. Ähnlichkeit zwischen dem menschlichen Herzen und einer mechanischen Pumpe hervorgehoben. In der Logik bezeichnet man als Analogie eine induktive Form der Beweisführung. Wenn zwei oder mehrere Größen in einer oder mehreren Hinsichten einander ähnlich sind, besteht die Möglichkeit, dass sie auch in anderen Hinsichten einander ähnlich sind.

⁹²² So zB Rüffler, *Analogie: Zulässige Rechtsanwendung oder unzulässige Rechtsfortbildung. Überlegungen zur Begründung und den Grenzen des Analogieschlusses im Zivilrecht*, JRP 2002, 60.

In der österreichischen Lehre und Judikatur ist – abgesehen von *Kelsens* Theorie der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung⁹²³ – das Institut der Analogie anerkannt.

Bei der Anwendung des Analogieschlusses ist allerdings größte Vorsicht geboten. Keinesfalls darf die Methode des Analogieschlusses dazu dienen, gewünschte Ergebnisse zu begründen, ohne eine hinreichende Prüfung zur Kernfrage jeder Analogie, nämlich der der Lücke, getan zu haben. Zuvor sind alle anderen Methoden, in erster Linie die Wortinterpretation und die objektiv teleologische Interpretation heranzuziehen⁹²⁴. Nur dann, wenn die primär anzuwendenden Methoden kein hinreichendes Interpretationsergebnis bringen, darf unter Umständen eine Analogie in Betracht gezogen werden.

Eine Analogie darf nur dann in Betracht gezogen werden, wenn feststeht, dass der Gesetzgeber den Sachverhalt irrtümlich nicht geregelt hat, wenn das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie⁹²⁵ unvollständig ist. Dabei ist zu allererst mit *Kelsen* der Gedanke zu prüfen, ob der Gesetzgeber den konkreten Sachverhalt aus gutem Grund nicht geregelt hat. Dem Gesetzgeber ist nicht in jedem Fall und unreflektiert ein tatbestandlicher Mangel zu unterstellen. Erst dann, wenn das Vorliegen einer Lücke feststeht – und das ist mE der schwierigere Teil des Prüfungsschemas – kann der Rechtsanwender Normen suchen, die für einen Analogieschluss in Frage kommen.

Aus allen induktiven Methoden⁹²⁶ kommt für die Prüfung der Frage der analogen Anwendbarkeit des § 109 UG 2002 nur die einfache Gesetzesanalogie⁹²⁷ in Betracht.

Prüft man aufgrund des hier vorgeschlagenen Schemas zuallererst die Frage, ob im FHStG eine Lücke, also eine planwidrige Unvollständigkeit vorliegt – das FHStG beinhaltet kein Personalrecht und macht die Anwendung der Wortinterpretation überflüssig – so tauchen bereits erste Zweifel auf. Betonen nicht die Materialien zum FHStG und die immer wieder zitierten Stellen im Schrifttum nicht mit beispielloser Regelmäßigkeit, dass es sich beim FHStG um ein bloßes Rahmen-, Planungs- bzw Organisationsrecht handle, das absichtlich kurz gefasst sei, um dem Erhalter den Spielraum im Rahmen des Privatrechts zu belassen, den

⁹²³ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² (1960) 2. Nachdruck 1992, 251f, 254.

⁹²⁴ Vgl auch *Koziol/Welser*, *Bürgerliches Recht I*¹² (2002) 25ff.

⁹²⁵ Oder nochmals anders gesagt: “Bei einer Lücke handelt es sich um eine planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts“. Vgl *Koziol/Welser*, *Bürgerliches Recht I*¹² (2002) 26.

⁹²⁶ Neben der einfachen Gesetzesanalogie gibt es im Bereich der induktiven Methoden die Rechts- bzw Gesamtanalogie und das Heranziehen der natürlichen Rechtsgrundsätze. Unter den natürlichen Rechtsgrundsätzen werden allgemeinste Wertprinzipien, die unserer Rechtsordnung zugrunde liegen, verstanden.

⁹²⁷ *Koziol/Welser*, *Bürgerliches Recht I*¹² (2002) 27.

er benötigt, um flexibel auf Bedürfnisse des Arbeitsmarktes zu reagieren und entsprechende Studiengänge akkreditieren zu lassen.

Aus der Struktur des FHStG ist mE eindeutig abzuleiten, dass es gerade kein Personalrecht regeln wollte. Dieser Befund kann dadurch untermauert werden, dass das FHStG keine personal- bzw dienstrechtlichen Bestimmungen enthält und dieser Grundsatz der Nichtregelung auch konsequent – sieht man von § 10 FHStG⁹²⁸ ab – durch das ganze Gesetz durchgehend zu beobachten ist.

Würde das FHStG personalrechtliche Bestimmungen enthalten, also einen Abschnitt mit eigenem Dienstrecht beinhalten, so wie es beispielsweise das UG 2002 macht, könnte man unter Umständen von einer Lücke sprechen. Wenn aber ein Gesetz im Allgemeinen bzw das FHStG im Besonderen kein Dienstrecht enthält, kann der Rechtsanwender davon ausgehen, dass der Gesetzgeber einen Plan verfolgt, der lautet, dass das Dienstrecht nicht geregelt sein soll. Man kann dem Gesetzgeber nicht unterstellen, einen ganzen Abschnitt in einem Gesetz „vergessen“ zu haben. Diese Entscheidung des Gesetzgebers ist zu respektieren und nicht durch methodische Kunstgriffe wegzuinterpretieren.

Die Schöpfer des FHStG sind davon ausgegangen, dass aufgrund der privatrechtlich dominierten Erhalterstruktur das österreichische Arbeitsrecht der Privatangestellten zum Tragen kommen wird und damit auch der Bereich des Befristungsrechts ausreichend geregelt sein sollte.

Daher könnte die Prüfung der Frage einer analogen Anwendbarkeit des § 109 UG 2002 an dieser Stelle abgebrochen und verneint werden. Das wäre methodisch zulässig. § 109 UG 2002 verdient aber als einzige Bestimmung auf Gesetzesebene, die Befristungsrecht für Lehrende und Forschende des tertiären Sektors enthält, eine angemessenen Darstellung.

§ 109 UG 2002 bereitet verschiedene Auslegungsprobleme, insbesondere im Verhältnis der beiden Absätze der Bestimmung zueinander⁹²⁹. Darauf braucht hier nicht eingegangen werden. Das Problem liegt vielmehr darin, den Zweck der Bestimmung, ihren Telos, zu erkennen.

Die Gesetzesmaterialien⁹³⁰ halten sich bedeckt, wenn sie lediglich die Möglichkeit befristeter Dienstverhältnisse zur vollrechtsfähigen Universität betonen, sowie die Umsetzung

⁹²⁸ § 10 FHStG bestimmt überflüssigerweise, dass das Personal der Geschäftsstelle in einem allenfalls zeitlich befristeten Dienstverhältnis zum Bund steht.

⁹²⁹ Vgl dazu die ausführliche Besprechung von *Kiesel-Szontagh*, Kettenarbeitsverträge im Bereich des wissenschaftlichen Personals zulässig?, *ecolex* 2007, 365.

⁹³⁰ ErläutRV 1134 BlgNR 22.GP.

der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie 1999/70/EG. Der Zweck der Bestimmung liegt darin, dass die Universität ihr wissenschaftliches Personal erproben möchte. Junge Wissenschaftler sollen im Rahmen von befristeten Dienstverhältnissen zur Universität auf ihre wissenschaftliche Eignung geprüft werden.

Interessant ist, dass im Schrifttum zur grundlegenden Frage der Auswirkung bzw. Bedeutung des § 109 UG 2002 in der österreichischen Arbeitsrechtsordnung verschiedene Zugänge vertreten werden.

So erkennt beispielsweise *Reissner* in § 109 UG 2002 das Postulat eines allgemeinen Verbotes von Kettendienstverträgen im österreichischen Recht mit der Auswirkung, dass nur mehr bestimmte, in § 109 UG 2002 angeführte Personengruppen mehrfach hintereinander befristet beschäftigt werden dürfen⁹³¹.

Kiesel-Szontagh sieht im Gegenzug in § 109 UG 2002 vielmehr eine Ausdehnung der Möglichkeit mehrfacher befristeter Dienstverträge im Hinblick auf spezielle Konstellationen an Universitäten⁹³².

Schrammel wiederum erkennt in § 109 UG 2002 weder eine Einschränkung noch eine Ausdehnung⁹³³.

ME ist § 109 UG 2002 als Einschränkung der Möglichkeit, mehrfach befristete Dienstverhältnisse hintereinander abzuschließen, zu sehen, da die Bestimmung auf der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie basiert, die vom unbefristeten Beschäftigungsverhältnis als Normalzustand ausgeht.

Ungeachtet der abschließenden Lösung dieser Frage kann § 109 UG 2002 der Zweck entnommen werden, junge Wissenschaftler vor ihrer Universitätslaufbahn auf Herz und Nieren auf ihre wissenschaftliche Eignung im Rahmen einer wissenschaftlichen Universitätslaufbahn zu prüfen. Die Betonung liegt dabei auf dem Terminus der wissenschaftlichen Laufbahn. Hat der junge Wissenschaftler seine Befähigung ausreichend unter Beweis gestellt, sei es durch das Doktorat oder gar durch eine Habilitation, sollte einem unbefristeten Beschäftigungsverhältnis nichts mehr im Wege stehen.

Ganz anders zeigt sich die Situation im FH-Sektor. Wie gezeigt, entspricht ein unbefristetes Dienstverhältnis nicht dem dem FHStG zu entnehmenden Idealbild des

⁹³¹ *Knallig*, Das neue Universitätsarbeitsrecht – Tagungsbericht, RdA 2006, 67.

⁹³² *Kiesel-Szontagh*, Kettenarbeitsverträge im Bereich des wissenschaftlichen Personals zulässig?, *ecolex* 2007, 365.

⁹³³ *Schrammel* in *Mayer (Hrsg)* Kommentar UG 2002 § 109.

hauptberuflichen Lehrkörpermitgliedes an einer Fachhochschule. § 109 UG 2002 regelt keinen ähnlichen Sachverhalt, er regelt vielmehr den nicht vergleichbaren Sachverhalt des befristet beschäftigten Wissenschafters an einer Universität.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass eine analoge Anwendung des § 109 UG 2002 auf befristete Dienstverhältnisse im FH-Sektor aus zwei Gründen ausscheidet. Einerseits schon deshalb, da mE keine planwidrige Lücke vorliegt, andererseits in Ermangelung eines zum FH-Sektor ähnlichen Tatbestandes.

F. Mehrfache Aneinanderreihung befristeter Dienstverhältnisse bei „Forschungsprofessuren“

Zu einem anderen Ergebnis könnte man im Bereich reiner Forschungstätigkeit kommen, da in diesem Segment die Ähnlichkeit zur universitären Forschung durchaus möglich sein kann. Ob es sich dabei um Grundlagenforschung oder angewandte Forschung handelt, ist für den Anwender der personalrechtlichen Bestimmungen von nicht so großer Relevanz, da es sich meist um zeitlich befristete Projekte handelt, deren Verwirklichung von der Einwerbung entsprechender Drittmittel oder öffentlicher Mittel abhängt. Ungeachtet dessen sind aber auch in diesem Segment alle Antidiskriminierungsgebote, sohin auch die ArbeitsvertragsbefristungsRL, zu beachten⁹³⁴.

Als Ergebnis kann daher festgestellt werden, dass bei reinen Forschungsprofessuren im FH-Sektor – sodenn es solche in Zukunft gäbe – eine analoge Anwendbarkeit des § 109 UG 2002 möglich wäre.

G. Freie Dienstverhältnisse

Gelegentlich stellt sich die Frage, ob hauptberufliches Lehrpersonal auch im Rahmen sogenannter freier Dienstverträge⁹³⁵ beschäftigt werden kann. Dem widerspricht a priori

⁹³⁴ Vgl zB die Empfehlung der Kommission über die europäische Charta für Forscher und einen Verhaltenskodex für die Einstellung von Forschern in: http://ec.europa.eu/eracareers/pdf/eur_21620_de-en.pdf

⁹³⁵ Vgl zB Hauser/Möstl/Reininghaus, Der Lehrauftrag im rechtlichen Umbruch - Arbeitsrecht. Sozialversicherungsrecht. Steuerrecht – Verfassungskonformität?, SWK 2001, 295; Hauser/Klug/Reininghaus, Lehraufträge an Fachhochschulen: Arbeits-, sozialversicherungsrechtliche und steuerliche Beurteilung –

nichts, wenn die von der Judikatur herausgearbeiteten tatbestandlichen Elemente, vorwiegend aber die geringere oder gar nicht vorhandene persönliche Abhängigkeit, vorliegen. Allerdings stellt sich aus praktischer Sicht die Frage, ob sich der Erhalter im Klaren darüber ist, was ein freies Dienstverhältnis zu einem hauptberuflich Lehrenden in der Praxis bedeutet. Man kann mit *Mazal* den Charakter des – hauptberuflich - Lehrenden an Universitäten, aber auch an Fachhochschulen so beschreiben, dass die Art hochschulischen Lehrens einen besonderen Typus von Menschen voraussetzt⁹³⁶.

Durch das freie Dienstverhältnis vergrößert sich der Freiraum des Lehrenden weiter, sodass der „Zugriff“ des Erhalters, der durch diverse Autonomiepostulate ohnedies stark eingeschränkt ist, noch mehr erschwert würde.

Denkmöglich ist die Beschäftigung im Rahmen eines freien Dienstvertrages jedenfalls. Im Rahmen von freien Dienstverträgen sind die Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen befristeter Beschäftigungsverhältnisse unbegrenzt, es sei denn, es werden die guten Sitten in einem Ausmaß verletzt, das die Anwendung der Regeln über Kettendienstverträge notwendig machen würde. Das würde beispielsweise bei extrem kurzen Befristungen zum Tragen kommen, die den curricularen Inhalten des Lehrauftrages nicht gerecht werden würden oder im Falle eines exorbitant hohen Ausmaßes der Zahl der hintereinander gereihten befristeten Dienstverhältnisse. Judikatur dazu liegt derzeit noch keine vor.

Zugleich eine Replik zu *Treer*, Steuerliche Behandlung von Lehraufträgen (RdW 1999, 111), RdW 1999, 437; *Resch*, Das Vertragsverhältnis der Lektoren an Universitäten und Fachhochschulen, zfhr 2005, 83; *Schweighofer*, (FH-)Lektoren als freie Dienstnehmer aus arbeits-, sozialversicherungs- und fachhochschulstudienrechtlicher Sicht, zfhr 2006, 187; *Schweighofer*, Sozialversicherungsrechtliche Stellung eines FH-Lektors, zfhr 2007, 155ff; vgl auch *Schweighofer*, (FH-)Lektoren als freie Dienstnehmer aus arbeits-, sozialversicherungs- und fachhochschulstudienrechtlicher Sicht, zfhr 2006, 187; zuletzt *Reininghaus/Unger*, Die arbeitsrechtliche Stellung von Lehrbeauftragten im Lichte der Entscheidung VwGH 2005/08/0137 vom 25.4.2007; *Reininghaus*, Die arbeits-, sozial- und einkommensteuerrechtliche Stellung von Lehrbeauftragten an Fachhochschulen, Bene Meritus Festschrift für Peter Schachner-Blazizek, 2007, 161.

⁹³⁶ *Mazal*, Zur Rechtsstellung von Personal an Fachhochschulen, in *Prisching/Lenz/Hauser (Hrsg)*, 10 Jahre FHStG – Fachhochschul-Recht zwischen Bewährung und Reform (2004) 183ff, 186. *Mazal* beschreibt den Lehrenden wie folgt: „Menschen, die bereit sind, sich zu exponieren, aus der Anonymität herauszutreten, aus sich herauszugehen, sich in gewissem Sinne preiszugeben. Menschen, die gewillt sind, ihren Standpunkt zu vertreten, sich Kritik zu öffnen, sich auf den Prozess der Interaktion einzulassen.“

H. Der Kollegiumsleiter als leitender Angestellter

1. Ein neuer Tatbestand im österreichischen Hochschulrecht

Im Rahmen der Befristungsfrage ist ein weiteres Phänomen des FH-Sektors zu erörtern. Mit „Phänomen“ ist der neue Tatbestand des Kollegiumsleiters⁹³⁷ gemeint, der durch das FHStG eingeführt worden ist und eine Vielzahl von ungelösten Fragen mit sich bringt. Ob der Kollegiumsleiter zum Lehrkörper gehören muss, erscheint fraglich. Das FHStG schweigt dazu. ME kann der zukünftige Kollegiumsleiter auch eine externe Person – oder untechnisch ausgedrückt ein Quereinsteiger - sein. Der Kollegiumsleiter wird gem § 16 Abs 3 Z 1 FHStG vom FH-Kollegium aufgrund eines Dreivorschlages⁹³⁸, den der Erhalter erstellt, gewählt. Das bedeutet, dass eine Auslegung dahin möglich ist, dass der zukünftige Kollegiumsleiter nicht Mitglied des Kollegiums sein muss, aber durch die Wahl zum Kollegiumsleiter wohl zum Kollegiumsmitglied wird. Der Kollegiumsleiter selbst ist im § 16 Abs 4 FHStG definiert. Er ist in seiner tatbestandlichen Einzigartigkeit insofern ein Phänomen, als er in nicht immer FHStG-konformen Ausgestaltungen bei vielen Erhaltern als reale Führungsfunktion existiert⁹³⁹. In der fachhochschulischen Praxis sind die Aufgabenbereiche dieser realen Führungsfunktion durchwegs verschieden, wohl aber das FHStG teilweise ignorierend, definiert.

Dem Leiter des FH-Kollegiums obliegt die Zulassung zu Prüfungen, Zuteilung von Prüfern, Festsetzung von Prüfungsterminen⁹⁴⁰, die Anrechnung und Anerkennung von Studien und Prüfungen im Einzelfall⁹⁴¹, die Aberkennung von Prüfungen⁹⁴², die Erteilung von Anweisungen an Mitglieder des Lehr- und Forschungspersonals zu Art und Umfang der Ausübung ihrer Lehrverpflichtung – soweit dies zur ordnungsgemäßen Aufrechterhaltung des Studienbetriebes nach Maßgabe der Studienpläne erforderlich ist⁹⁴³, die Erteilung von

⁹³⁷ § 16 Abs 3 u 4 FHStG. Das FHStG zählt die Aufgaben des Kollegiumsleiters mE lediglich enumerativ auf.

⁹³⁸ § 16 Abs 3 Z 1 FHStG.

⁹³⁹ So zB bei den oberösterreichischen Fachhochschulstudiengängen. Anstelle des Kollegiumsleiters fungiert dort eine sogenannte „Wissenschaftliche Leitung“, die aus den Leitern der vier FH-Standorte, die es in OÖ gibt, besteht. Dieser „Wissenschaftlichen Leitung“ steht ein Vorsitzender vor, der damit eine kollegiumsleiterähnliche Rolle ausübt.

⁹⁴⁰ § 16 Abs 4 Z 1 FHStG.

⁹⁴¹ § 16 Abs 4 Z 2 FHStG.

⁹⁴² § 16 Abs 4 Z 3 FHStG.

⁹⁴³ § 16 Abs 4 Z 4 FHStG.

Lehraufträgen aufgrund von Vorschlägen oder nach Anhörung des FH-Kollegiums⁹⁴⁴ und die Vertretung des FH-Kollegiums nach außen sowie die Vollziehung der Beschlüsse des FH-Kollegiums⁹⁴⁵.

Der Kompetenzenkatalog ist mE nicht taxativ sondern lediglich enumerativ⁹⁴⁶. Für diese Auslegung spricht einerseits der Umstand, dass die Kompetenzen des Kollegiumsleiters in der AkkreditierungsRL erweitert werden⁹⁴⁷, andererseits die tägliche fachhochschulische Praxis weitere Kompetenzen zwingend notwendig macht. Als weitere Kompetenzen der AkkreditierungsRL sind in erster Linie der Schutz wissenschaftlicher Arbeiten sowie die Entscheidung über die Unterbrechung des Studiums anzuführen. Im Bereich des Schutzes wissenschaftlicher Arbeiten ist der Verfasser berechtigt, den Ausschluss der Benützung der abgelieferten Arbeit für längstens fünf Jahre nach der Ablieferung zu beantragen. Der Kollegiumsleiter hat diesem Antrag dann stattzugeben, wenn der Verfasser die Gefährdung rechtlicher oder wirtschaftlicher Interessen glaubhaft macht. Hinsichtlich der Unterbrechung des Studiums müssen ebenfalls gute Gründe vorgebracht werden.

Diese Beispiele zeigen, dass der Aufgabenkatalog des FHStG nicht taxativ sein kann.

2. Hoheitliche Befugnisse vs Privatrecht

Der Aufgabenkatalog des § 16 Abs 4 FHStG spaltet sich einerseits in „hoheitliche“ Befugnisse auf, andererseits in privatrechtliche Kompetenzen. § 16 Abs 4 Z 1 – 3 FHStG deutet a priori auf hoheitliche Befugnisse hin, § 16 Abs 4 Z 4 – 6 FHStG beinhaltet hingegen tendenziell zivilrechtliche Kompetenzen. Die Zuordnung zum hoheitlichen, also mit Bescheid zu erledigenden Bereich einerseits, sowie der Zuordnung zum privatrechtlich determinierten Bereich andererseits, ist schwierig.

Eine von *Perthold-Stoitzner* vertretene Meinung geht von privatrechtlichen Akten des Kollegiumsleiters im Rahmen der Z 1 – 3 aus⁹⁴⁸. *Perthold-Stoitzner* begründet ihre Auffassung damit, dass § 16 Abs 5 FHStG von Entscheidungen des Kollegiumsleiters spricht,

⁹⁴⁴ § 16 Abs 4 Z 5 FHStG.

⁹⁴⁵ § 16 Abs 4 Z 6 FHStG.

⁹⁴⁶ So auch *Hauser*, FHStG – Kurzkommentar⁴ (2006) § 16 Anm 38. AA *Novak*, Fachhochschul-Studiengesetz (1995) § 16 Anm 45.

⁹⁴⁷ II.D.7 AR 2006, sowie II.E.1.c AR 2006.

⁹⁴⁸ *Perthold-Stoitzner*, Rechte und Pflichten Studierender, in: *Prisching/Lenz/Hauser (Hrsg)*, Die (Rechts-) Stellung von StudentInnen in Österreich (2007) 21, 40f.

die mit Beschwerde an den FHR zu bekämpfen seien, wobei der FHR wiederum mit Bescheid zu entscheiden habe. Aufgrund dieser begrifflichen Unschlüssigkeit, nämlich einerseits die Entscheidung des Kollegiumsleiters als Entscheidung und nicht als Bescheid zu definieren, schlussfolgert *Perthold-Stoitzner*, dass es sich im Rahmen dieser Kompetenzen um privatrechtliche Akte handeln muss. Eine ausdrückliche Beleihung liege ebenso nicht vor. Es sei daher von einer umgekehrt sukzessiven Kompetenz auszugehen, die im tertiären Sektor durchaus üblich sei.

Dem gegenüber wird von einer Autoren-Mehrheit die Meinung vertreten, dass die Befugnisse des Kollegiumsleiters dem hoheitlichen Bereich zuzuordnen seien⁹⁴⁹. Der Kollegiumsleiter ist mE organisatorisch dem Erhalter zuzuordnen, funktionell jedoch dem Bund. Eine Beleihung des Kollegiumsleiters kann mE damit begründet werden, dass in § 16 Abs 3 Z 2 FHStG von Amtspflichten die Rede ist und darüber hinaus § 16 Abs 5 FHStG zumindest die Bescheidqualität nicht a priori ausschließt. Ein administrativer Instanzenzug ist grundsätzlich nur zwischen Verwaltungsorganen möglich, sodass auch dieses Argument für die Beleihung spricht.

Gegen die Beleihung wird gelegentlich auch die Judikatur des VfGH⁹⁵⁰ ins Spiel gebracht, die den Weisungszusammenhang vom Subjekt der Beleihung zu obersten Organen des Bundes fordert.

Das FHStG normiert weitgehende Einfluss- und Kontrollrechte auf den FHR. Der FHR ist grundsätzlich weisungsfrei gestellt, der Bundesminister hat jedoch die Möglichkeit, ein Mitglied des FHR vor Ablauf seiner Funktionsperiode auf Antrag oder nach Anhörung des FHR abuberufen, wenn dieser seine Amtspflichten gröblich verletzt oder vernachlässigt hat oder wenn es nicht mehr in der Lage ist, seine Amtspflichten zu erfüllen⁹⁵¹. Darüber hinaus ist der Bundesminister berechtigt, den Präsidenten oder die Präsidentin bzw den Vizepräsidenten oder die Vizepräsidentin des FHR vor Ablauf der Funktionsperiode abuberufen, wenn dieser seine Amtspflichten gröblich verletzt oder vernachlässigt hat oder nicht mehr in der Lage ist, seine Amtspflichten zu erfüllen⁹⁵².

⁹⁴⁹ So *Novak*, Fachhochschulen und ihre Organe – Einrichtung, Rechtsstellung, Kompetenzen (2000) 62ff, 83ff; *Schweighofer/Butschek*, Fachhochschule im Spannungsverhältnis zwischen Erhalterrechten und Kollegiumsautonomie, zfhr 2007, 140; kritisch allerdings *Berka*, Autonomie im Bildungswesen (2002) 106.

⁹⁵⁰ Vgl die Judikaturbeispiele in *Lachmayer*, Ausgliederungen und Beleihungen im Spannungsfeld der Verfassung. Reflexionen zur verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in der Ausgliederungsdebatte, JBl 2007, 750; *Brünner/Hauser*, (Verfassungs-)Rechtliche Aspekte des Bundesstraßen-Mautgesetzes, ZVR 2006/100.

⁹⁵¹ § 7 Abs 6 FHStG.

⁹⁵² § 8 Abs 3 FHStG.

Diese Instrumentarien stellen mE den Weisungszusammenhang zu obersten Organen des Bundes, in concreto zum Minister in einem ausreichenden Ausmaß her, sodass das demokratiepolitische Erfordernis im Rahmen einer Beleihung, nämlich die Ministerverantwortlichkeit im Rahmen der Kontrolle des beleihenden Rechtsträgers, durchaus gegeben ist. Ein ausdrücklicher gesetzlicher Zusammenhang muss nicht bestehen. Ein solcher ist auch aus der Judikatur mE nicht abzuleiten⁹⁵³.

ME kann daher mit guten Argumenten die Beleihungskonstruktion bejaht werden und die Kompetenzen des § 16 Abs 4 Z 1 – 3 FHStG als hoheitliche Kompetenzen definiert werden.

Die Kompetenzen des § 16 Abs 4 Z 3 - 6 FHStG hingegen haben durchwegs privatrechtlichen Charakter, wenngleich auch hier eine Vielzahl ungelöster Probleme durch den Gesetzgeber geschaffen worden ist, die nicht in dem Detailgrad behandelt werden können, den die Unklarheit des Gesetzgebers aufnötigt.

Die Bestimmung über die Erteilung von Anweisungen an Mitglieder des Lehr- und Forschungspersonals zu Art und Umfang der Ausübung ihrer Lehrverpflichtung⁹⁵⁴ ist ein Relikt des UOG 1993, das eine textgleiche Bestimmung beinhaltet hat⁹⁵⁵, die mE aber nicht als arbeitsrechtliche persönliche bzw das Arbeitsverhalten betreffende Weisung betrachtet werden muss, sondern als Verordnung sui generis im Rahmen der Hochschulverwaltung. In der textähnlichen bzw gleichlautenden Bestimmung des UOG 1993 ging es darum, die notwendige Pflichtlehre auf die Lehrenden der Universität so zu verteilen, dass eine gleichmäßige Auslastung erfolge. Es handelt sich somit um einen Dienstplan, der mE dem Bereich der Verordnung zuzurechnen ist⁹⁵⁶.

Die Erteilung von Lehraufträgen durch den Kollegiumsleiter⁹⁵⁷ ist mE eine Form einer zivilrechtlichen Bevollmächtigung, die als Gattungsvollmacht bezeichnet werden kann, da sie eine typisierte Vollmacht beinhaltet, die die Gattung „Erteilung von Lehraufträgen“

⁹⁵³ Vgl auch VfGH 15.10.2004, G 36/04 bzw V 20/04.

⁹⁵⁴ § 16 Abs 4 Z 4 FHStG.

⁹⁵⁵ § 43 Abs 2 Z 2 UOG 1993.

⁹⁵⁶ Weitere Nachweise in *Schweighofer*, Sozialversicherungsrechtliche Stellung eines FH-Lektors, zfhr 2007, 155ff.

⁹⁵⁷ § 16 Abs 4 Z 5 FHStG.

beinhaltet. Nach herrschender Auffassung sind damit Lehraufträge an nebenberufliche Lehrbeauftragte, sogenannte Lektoren, gemeint.

Schlussendlich obliegt dem Leiter des Kollegiums die Vertretung des FH-Kollegiums nach außen⁹⁵⁸. An dieser Stelle ist besondere Vorsicht geboten, da die Bestimmung irrtümlich so ausgelegt werden könnte, dass dem Kollegiumsleiter eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht zukomme. Diese hat der Kollegiumsleiter nicht. Im Rahmen einer systematischen Auslegung kann die Bestimmung im Einklang mit unternehmensrechtlichen Bestimmungen, insbesondere den Bestimmungen des GmbHG⁹⁵⁹, nur so ausgelegt werden, dass es sich dabei um eine Repräsentationsaufgabe – aber keinesfalls um eine rechtsgeschäftliche Vertretung - des Kollegiumsleiters gegenüber dem Erhalter im Rahmen seiner Kompetenzen des § 16 Abs 3 – 4 FHStG handeln kann.

3. Arbeitsrechtliche Konsequenzen

a) Der leitende Angestellte im österreichischen Recht

Fasst man diese sechs dem FHStG und zumindest zwei der AkkreditierungsRL zu entnehmenden Kompetenzen des Kollegiumsleiters zusammen und ergänzt man diese um individualdienstvertraglich eingeräumte zusätzliche idealtypische Kompetenzen bzw Aufgaben, die die tägliche Arbeit eines Kollegiumsleiters mit sich bringt, stellt sich die Frage, ob der Kollegiumsleiter ein leitender Angestellter ist. Die Unterscheidung des normalen Angestellten zum leitenden Angestellten ist insofern von Bedeutung, als sich der leitende Angestellte auf eine Vielzahl von Schutzrechten nicht berufen kann.

Die Definition des leitenden Angestellten erfolgt aus einer Vielzahl von arbeitsvertraglichen Bestimmungen, die jedoch nicht gleicher Definition bzw gleicher Auslegung sind.

Die nach herrschender Auffassung strengste Definition des leitenden Angestellten findet sich im § 36 Abs 2 Z 3 ArbVG, der nur solche leitende Angestellte vom

⁹⁵⁸ § 16 Abs 4 Z 6 FHStG.

⁹⁵⁹ Vgl § 18 GmbHG.

Geltungsbereich des ArbVG ausnimmt, denen maßgeblicher Einfluss auf die Führung des Betriebes zusteht.

Dem gegenüber verlangt die Definition des AZG bzw des ARG lediglich die selbstverantwortliche Übertragung von maßgeblichen Führungsaufgaben.

Der leitende Angestellte des ArbVG, welches die restriktivste Definition des leitenden Angestellten beinhaltet, fordert betriebstechnische, kaufmännische oder administrative Verfügungsberechtigung, die für die Führung des Betriebes von so maßgeblichem Einfluss ist, sodass ihm im Verhältnis zum Unternehmer in bestimmten Teilgebieten in der Regel eine gleichwertige Stellung wie dem Unternehmer selbst zukommt.

Ein leitender Angestellter aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht muss die Kompetenz haben, unmittelbar in die Interessenssphäre der Dienstnehmer einzugreifen. Es ist notwendig, dass sich aus der Position ein natürlicher Gegensatz zur übrigen Belegschaft ergibt, dass aufgrund dieser Position ein natürlicher Interessenkonflikt zur Gruppe der „normalen“ Dienstnehmer entsteht. Das liegt beispielsweise bei einem mit Einzelprokura ausgestatteten Personalisten vor, der über Einstellung, Kündigung bzw entgeltliche Belange selbständig entscheiden kann, vor. Die Judikatur⁹⁶⁰ ist naturgemäß mannigfaltig und zeigt,

⁹⁶⁰ Einige Beispiele aus der Judikatur:

Der Filialleiter einer Bank ist nicht leitender Angestellter im Sinne der Betriebsverfassung, wenn sich sein Einfluss auf das Betriebsgeschehen auf Vorschlags- und Vetorechte beschränkt (OGH 21.10.1998, 9 Ob A 109/98i).

Der Geschäftsleiter einer Bankfiliale ist aber dann leitender Angestellter, wenn er Entscheidungsbefugnis auf personellem Sektor hat, auch wenn diese durch Weisungen eines Vorstandes beschränkt ist und er damit einer Entscheidung eines zweiten Geschäftsleiters bedarf (OGH 11.2.1998, 9 Ob A 413/97v).

Der ärztliche Leiter eines Krankenhauses ist leitender Angestellter. Ein technischer Leiter eines Krankenhauses ist hingegen kein leitender Angestellter im Sinn des § 36 Abs 2 Z 3 ArbVG (OGH 8.2.1996, 8 Ob A 209/96).

Auch wenn der Einfluss des Objektleiters einer Reinigungsfirma auf seine Betriebsabteilung eingeschränkt ist, kann er in die Interessenssphären anderer AN eingreifen und ist dann leitender Angestellter (OGH 6.4.1994, 9 Ob A 93/94).

Auch die Berechtigung eines AN, selbständig Kündigungen auszusprechen, kann für die leitende Angestellteneigenschaft des AN nach dem ArbVG sprechen. Diese Eigenschaft alleine muss jedoch noch nicht für die leitende Angestellteneigenschaft ausreichen. Die Befugnis zum Ausspruch der Kündigung besagt für sich alleine noch nicht einmal, dass der Angestellte auch berechtigt ist, selbständig die Kündigungsentscheidung zu treffen. Wesentlich ist auch, ob der AN aus eigener Berechtigung zur Rekrutierung und zur rechtlichen Bindung von Mitarbeitern ermächtigt ist (OGH 17.5.2000, 9 Ob A 73/00 a).

Dem Restaurantleiter einer Restaurantkette, dessen Aufgabe es vor allem ist, die Vorgaben der Kette zu erfüllen, kommt keine leitende Angestellteneigenschaft zu. Befugnisse eines Restaurantleiters im Bereich der Personaldisposition bzgl der Urlaubseinteilung, der Überstundenanordnung und des Zeitausgleichs der AN sind Funktionen, die mit jeder Vorgesetzten Eigenschaft verbunden sein können. Die Bedeutung der Kompetenz zur Auswahl der Arbeiter sowie zur Aussprache von Kündigungen kürzer dauernder Arbeitsverhältnisse ist daher insoweit zu relativieren, als im Küchen- und Servicebereich eines Gastronomiebetriebes bekanntermaßen eine hohe Fluktuation herrscht und diesen Befugnissen im Bezug auf die Qualifikation als leitender Angestellter daher nicht eine so starke Bedeutung zukommt, wie etwa beim Filialleiter einer Bank (OGH 21.10.1998, 9 Ob A 109/98i).

ohne einen Gemeinplatz verwenden zu wollen, kein durchwegs einheitliches Bild, was aber aufgrund der einzelfallbezogenen Beurteilung jeder Rechtssache nur schwer möglich ist. Im Rahmen der Auslegung der vertraglichen und tatsächlichen Kompetenzen eines Dienstnehmers ist daher immer im Einzelfall zu beurteilen, ob er unter den Tatbestand des leitenden Angestellten aus der Sicht des ArbVG zu subsumieren ist, oder nicht.

Wendet man nun diese Grundsätze auf das Beispiel des Kollegiumsleiters an, kann man im Einzelfall nach sorgfältiger Prüfung aller individualdienstvertraglich vereinbarten zusätzlichen Aufgaben und Kompetenzen zum Ergebnis der Eigenschaft eines leitenden Angestellten gelangen.

Dieser Befund ergibt sich aus der Perspektive einer idealtypischen Tätigkeit eines Kollegiumsleiters aus der Sicht des FHStG, der Akkreditierungsrichtlinie, seiner zusätzlichen dienstvertraglich eingeräumten Kompetenzen und Pflichten, sowie aufgrund einer wahrscheinlich gelebten Vertragswirklichkeit, auf die der OGH bei der Interpretation von Verträgen abstellt. In diesem Zusammenhang ist wiederholt an *Mazals* Forderung zu erinnern, keine Schimmelverträge auszustellen, sondern den Mut zu individuellen Lösungen zu haben.

Allerdings, und das ist besonders wichtig, kann mE die Eigenschaft eines leitenden Angestellten nicht alleine aus den im FHStG eingeräumten Pflichten bzw Kompetenzen abgeleitet werden. Die Aufgaben bzw Kompetenzen des § 16 Abs 4 Z 1 – 6 FHStG haben zwar durchaus Indizcharakter, für sich alleine reichen sie jedoch nicht hin. Dieses Argument stützt sich einerseits darauf, dass viele der Aufgaben bzw Kompetenzen nicht gegenüber der Belegschaft die interessen gegensätzliche Stellung begründen, sondern vielmehr gegenüber der Studentenschaft.

Andererseits kann auch das Argument ins Treffen gebracht werden, dass die bloße Erteilung von Lehraufträgen oder ein gewisses Repräsentationsvotum für sich alleine noch keine leitende Angestelltenschaft im Sinne des ArbVG begründet. Es sind bei der Beurteilung der Frage der Eigenschaft eines Kollegiumsleiters als leitender Angestellter immer die besonderen Umstände des Einzelfalles mit zu berücksichtigen, die sich einerseits aus den vertraglich eingeräumten Aufgaben und Kompetenzen, andererseits aus der gelebten Vertragswirklichkeit herauskristallisieren.

Die Einordnung eines idealtypischen Kollegiumsleiters als leitender Angestellter bringt nun nachhaltige Konsequenzen mit sich. So sind leitende Angestellte einmal grundsätzlich von der Betriebsverfassung ausgenommen. Sie nehmen daher weder an einer Betriebsratswahl teil noch werden sie vom Betriebsrat vertreten. Es kommen beispielsweise die Bestimmungen des Versetzungsschutzes, des allgemeinen Kündigungs- und Entlassungsschutzes auf leitende Angestellte nicht zur Anwendung.

Ist der Kollegiumsleiter darüber hinaus auch noch Geschäftsführer einer Erhalter-GmbH, verstärkt sich die Problematik lediglich dahingehend, dass dem Kollegiumsleiter auch nicht das Privileg des DNHG zukommt, sondern ihn die volle Haftung des GmbHG trifft.

b) Kettendienstverhältnisse und leitende Angestellte

Problematisch ist nun die Frage, ob die Kettendienstvertragsjudikatur auch auf leitende Angestellte anzuwenden ist oder nicht. Man könnte argumentieren, dass die Behandlung dieser Frage insofern nicht notwendig ist, als schon beim normalen, also nicht leitenden hauptberuflich Lehrenden, nach der hier vertretenen Auffassung wiederholte Befristungen zulässig sind und sich daher die Prüfung der Frage der Zulässigkeit von Kettendienstverträgen beim Kollegiumsleiter von vornherein erübrigt.

Dem ist aber entgegen zu halten, dass im Rahmen des Sittenwidrigkeitskorrekatives jeder Vertrag einer letzten – sofern speziellere Normen nicht vorher greifen - Inhaltskontrolle unterliegt, die ein Kettendienstverhältnis unter Umständen auch dann teilschlichtig machen kann, wenn die mehrfache Aneinanderreihung befristeter Dienstverhältnisse, also in der Regel die zweite und dritte Befristung, gerade noch zulässig war.

Obgleich der Kollegiumsleiter als leitender Angestellter keinen allgemeinen Kündigungsschutz genießt und sich in der Regel auch auf keinen besonderen Kündigungsschutz berufen können wird, bedeutet das keinesfalls, dass es für diese Art leitender Angestellter überhaupt keine Schranken im Rahmen der Gestaltungsmöglichkeiten von Befristungen gibt. Wie schon ausgeführt, ist das Sittenwidrigkeitskorrektiv des ABGB die letzte Möglichkeit einer Inhaltskontrolle, die auch auf befristete Dienstverträge von leitenden Angestellten Anwendung finden muss. Wenngleich auch der Gestaltungsspielraum größer und freizügiger sein wird als beim nichtleitenden Angestellten, sind dennoch gewisse

Kriterien und Parameter zu definieren, die schrankenlosen Gestaltungen zumindest den Gehalt gebieten, der auch aus der Intention der ArbeitsvertragsbefristungsRL ableitbar ist.

Auch für den Kollegiumsleiter ist die analoge Anwendung des § 109 UG 2002 aus den dargelegten Gründen zu verneinen. Das Aufgabengebiet des Kollegiumsleiters entspricht nicht den typischen Aufgaben eines hauptberuflich Lehrenden im FH-Sektor. Dafür spricht, dass der umfassende Aufgabenkatalog des FHStG und der AkkreditierungsRL keine idealtypische Tätigkeit eines hauptberuflich Lehrenden, wie sie hier beschrieben worden ist, beinhaltet. Daher muss die analoge Anwendung des § 109 UG 2002, wenn sie schon beim hauptberuflichen Lehrkörpermitglied verneint worden ist, erst recht beim Kollegiumsleiter verneint werden.

Dazu ist die Bedeckung des Kollegiumsleiters mit teils hoheitlichen, teils privatrechtlich zu gestaltenden Agenden, sowie seiner zusätzlichen Aufgaben und Kompetenzen derart mannigfaltig, dass er weniger Lehrender und Forscher, sondern vielmehr Manager der Institution Fachhochschule ist. Dieses Ergebnis kann auch am Beispiel der FH OÖ Studienbetriebs GmbH untermauert werden, deren Kollegiumsleitung mit einer umfassenden Aufgabenkompetenz im Bereich des Managements, der Budgetverantwortlichkeit, des Controllings und der Vereinbarung von Zielvereinbarungen bedeckt ist, sodass im Rahmen individualvertraglicher Vereinbarungen die notwendigen Lehreinheiten auf ein sehr geringes Ausmaß reduziert werden mussten, um nicht im Rahmen der täglichen oder wöchentlichen Arbeitszeit in einen Konflikt mit einschlägigen arbeitsrechtlichen Bestimmungen bzw dem Sittenwidrigkeitskorrektiv zu kommen.

Das bedeutet für den Kollegiumsleiter, dass er in seiner Eigenschaft als Manager nicht den Anforderungen unterliegt, seine wissenschaftlich-berufsfeldorientierte Ausrichtung in regelmäßigen Abständen durch Engagements in der Industrie oder speziellen Projekten zu vertiefen.

Dem Kollegiumsleiter kann mE daher durchaus das Hinterfragen der sachlichen Rechtfertigung einer mehrfach wiederholten Befristung zugestanden werden. Der Erhalter als Dienstgeber wird mE in einen Argumentationsnotstand kommen, da sich in diesem Fall konkrete Rechtfertigungsgründe weder aus der Kettenvertragsjudikatur noch einer gesetzlichen Bestimmung mittelbar oder unmittelbar ableiten lassen.

Im Schrifttum zu Dienstverträgen für Führungskräfte bzw. Managerdienstverträgen wird das Thema des Kettenvertrages tendenziell ausgeklammert. Trotzdem kann man eine Tendenz in der Praxis erkennen, mit Managern – nur - befristete Verträge abzuschließen. Dennoch sollte mE der Kollegiumsleiter, sofern es seine regelmäßige Wiederwahl ermöglicht, zumindest nach Ablauf der zweiten oder spätestens dritten Periode eines Drei- oder Fünfjahresvertrages in ein unbefristetes Dienstverhältnis übernommen werden, um den im Rahmen dieser Arbeit gezeigten Grundsätzen zum befristeten Dienstvertrag Genüge zu tun.

Judikatur zu dieser konkreten Frage liegt noch keine vor, weshalb eine Prognose besonders schwierig ist.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass der Kollegiumsleiter in seiner idealtypischen Ausgestaltung bzw. aus lebensnaher Sicht mehr „Manager“ denn Lehrender ist, weshalb ihm einerseits die dem FHStG mittelbar ableitbare Pflicht, sein berufsfeldorientiertes Wissen regelmäßig auf den neuesten Stand zu bringen, nicht aufzubürden ist, andererseits aber mögliche sachliche Rechtfertigungen aus den allgemeinen Judikaturgrundsätzen zumindest im Rahmen der ersten und zweiten Befristung denkmöglich sind.

VIII. Zusammenfassung und Ausblick

Das FH-Wesen in Österreich ist relativ jung. Es besteht seit 1993 und wird von Vielen als Erfolgsstory bezeichnet, dennoch liegen aber auch kritische Stimmen vor. Die Vertreter der Erfolgsstory berufen sich in erster Linie auf das exorbitant rasche Wachstum des FH-Sektors in Österreich, die Kritiker wiederum bemängeln das Fehlen einheitlicher didaktischer Konzepte, zu wenig Kohärenz und zu viele Angebote in Nischenprodukten, die zwar absolute Spezialisten hervorbringen, denen jedoch die Kompetenz im Rahmen einer breiten, grundsätzlichen Ausbildung fehlt, was die Behauptung am Arbeitsmarkt dann erschweren wird, wenn das zu sehr am konkreten Bedarf angepasste Studienangebot eines Tages nicht mehr nachgefragt werden sollte.

Im Rahmen der konkret gestellten Fragen der Gestaltungsmöglichkeiten zu befristeten Dienstverträgen des Lehrkörpers an Fachhochschulen aus der Perspektive befristeter Verträge, Kündigungsmöglichkeiten im Rahmen von befristeten Verträgen sowie die mehrfache Aneinanderreihung befristeter Verträge, kann als Ergebnis folgendes zusammengefasst festgehalten werden:

Das FHStG ermöglicht prinzipiell den Abschluss befristeter Dienstverhältnisse, ohne jedoch solche zu gebieten.

Diese rechtliche Gestaltungsmöglichkeit ist dem FHStG nicht ausdrücklich zu entnehmen, da es, wie gezeigt, kein eigenes Personalrecht enthält, lässt sich aber mittelbar aus seinen qualitativen Grundprinzipien im Hinblick auf die Qualität der Lehre und der Fokussierung auf eine exzellente wissenschaftlich-berufsfeldorientierte Ausbildung ableiten.

Aus der Perspektive der Akkreditierungsrichtlinie ist eine Befristung auf maximal sieben Jahre möglich, weitere Befristungen sollten mE jedoch auch unter dem Aspekt der Grundsätze der Arbeitsvertragsbefristungsrichtlinie gesehen werden, die das unbefristete Dienstverhältnis als den Normalzustand postuliert.

Aus der Perspektive der fachhochschulischen Evaluierung muss die Befristungsfrage anders gestellt werden, da sie in diesem Zusammenhang in den Bereich des resolutiv bedingten Dienstverhältnisses eindringt. Die Frage, ob eine negative Evaluierung, also das Feststellen einer „Nichtzielerreichung“ mit der automatischen Auflösung des Dienstverhältnisses verknüpft werden darf, muss mE für den hochschulischen Bereich verneint werden. Der Grund liegt darin, dass typische fachhochschulische bzw hochschulische Evaluationsthemen generell keiner linear-kausalen Betrachtungsweise unterworfen werden können, wie dies beispielsweise in ertragsorientierten Wirtschaftsbetrieben mit quantitativ leichter erfassbarer Leistungsmessung der Fall ist. Da Wissen weder mess- noch produzierbar ist, würde einer Evaluierung, die mit der Rechtsfolge der Auflösung des Dienstverhältnisses kombiniert ist, einer möglichen Willkür Vorschub geleistet werden. Deshalb kann ein negatives Evaluierungsergebnis nur Gegenstand einer – gerichtlich überprüfbaren Kündigung – sein, nicht jedoch die automatische Auflösung des Dienstverhältnisses zur Folge haben.

Ein Vergleich mit anderen Normenbeständen, die den wissenschaftlich-hochschulischen Bereich betreffen, wie insbesondere der KV der Österreichischen Akademie der Wissenschaften (ÖAW-KV) zeigt, dass der hier vertretene grundsätzliche Gedanke der österreichischen Rechtsordnung nicht fremd ist.

Analoge Anwendung von Bestimmungen des Universitätsrechts kommen aus den dargelegten Gründen nicht in Frage, da der Zweck des UG die Regelung von Dienstverhältnissen des wissenschaftlichen Personals betrifft bzw die Eignung eines jungen Wissenschafters für eine wissenschaftlich orientierte Universitätskarriere ermöglichen soll.

Die ArbeitsvertragsbefristungsRL 1999/70/EG wurde durch den österreichischen Gesetzgeber nicht konsequent umgesetzt. Die Behauptung der Materialien, § 879 ABGB und die Kettenvertragsjudikatur seien eine hinreichende Umsetzung, wurde widerlegt und ist falsch. Bestehende Umsetzungen, wie beispielsweise im Rahmen des AVRAG und des UG 2002, reichen nicht hin, um die umfassenden Forderungen der ArbeitsvertragsbefristungsRL zu erfüllen. Der Gesetzgeber wird nicht umhinkommen, entweder ein allgemeines Arbeitsvertragsbefristungsrecht zu schaffen, wie dies in Deutschland durch dTzBfG geschehen ist, oder das Befristungsrecht branchenspezifisch bzw einzelgesetzlich zu regeln.

In diesem Zusammenhang ist mE auch dafür zu plädieren, das FHStG einer grundlegenden Reform zu unterziehen. Der Gesetzgeber sollte den Mut haben, auch für Mitglieder des Lehrkörpers von FH ein eigenes Befristungsrecht einzuführen. Natürlich wäre ein solches Befristungsrecht wiederum lediglich ein Kompromiss, was aber kein Argument gegen ein Befristungsrecht sein kann, da letztendlich die gesamte Rechtsordnung ein Kompromiss im Rahmen eines Kräfte- bzw Interessenausgleiches ist. Dieser scheint mE in Österreich nach wie vor in ausreichendem Ausmaß zu funktionieren und vorhanden zu sein.

Ein solches Befristungsrecht, gleich welcher Ausgestaltung es immer dann ist, würde zumindest einen Zugewinn an Klarheit schaffen, der in der augenblicklichen Situation nicht gegeben ist. Das Befristungsrecht von Lehrenden an Fachhochschulen kann im Rahmen des konkreten Normen- und Judikaturmaterials eben nur an diesem gemessen werden, nämlich am FHStG, allgemeinen Grundsätzen zum Befristungsrecht und der Judikatur zum Kettendienstverhältnis.

Dem Gesetzgeber ist es im Rahmen der letzten Novelle zum FHStG durch die Einführung des § 5a FHStG nicht gelungen, dienstrechtlich Klarheit zu schaffen. Obgleich § 5a FHStG ein Versuch sein sollte, sozial- bzw arbeitsrechtliche Sachverhalte zu regeln, erfüllt die Bestimmung keinesfalls die an sie gesetzten Erwartungen, sondern versucht lediglich, ein ungewünschtes Erkenntnis des VwGH auf legislatischer Ebene zu korrigieren. Dass ein solcher Versuch von Vorneherein zum Scheitern verurteilt sein muss, wenn im Rahmen des Gesetzwerdungsprozesses kein ausreichender Raum zu einer ausführlichen Auseinandersetzung im Rahmen breiter Expertenkreise möglich ist, verwundert nicht.

Anzumerken ist auch, dass kritische Stimmen, die vor den „Auswirkungen“ der in der Zwischenzeit Gesetz gewordenen Novelle gewarnt haben, wohlweislich überhört wurden.

De lege ferenda wird daher vorgeschlagen, das FHStG behutsam und wohlüberlegt mit einem eigenen Dienstrecht für Lehrende an Fachhochschulen auszustatten, das einerseits auf die besonderen Bedürfnisse des Sektors und seiner Einzigartigkeit abstellt, andererseits den notwendigen sozialen Schutz in einem adäquaten Ausmaß gewährleistet.

Aufgrund der aktuell geführten Diskussion wird mE aber auch ein neues Organisationsrecht in das FHStG Eingang finden müssen, um den Aufgaben der Zukunft

gerecht zu werden und die Einflussnahme der Politik auf ein aus wissenschaftlicher Sicht tolerierbares Ausmaß einzuschränken.

IX. Literaturverzeichnis

A. Österreichisches Recht:

Adamovich/Funk, Österreichisches Verfassungsrecht, 3. Auflage (1985)

Aigner/Kierein/Kopetzki, Ärztegesetz, 3. Auflage (2007)

Bast, UG 2002 (2003)

Borkowetz, KollVG, 3. Auflage (1971)

Beck, Die Erfindung des Politischen. Zu einer Theorie reflexiver Modernisierung (1993)

Berka, Autonomie im Bildungswesen – Zur Topographie eines bildungspolitischen Schlüsselbegriffs (2002)

Blasina, Dienstnehmer – freier Dienstnehmer – Selbständiger (2007)

Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller, Arbeitsverfassungsrecht, 3. Auflage (2004)

Dittrich/Tades, Angestelltengesetz, 23. Auflage (2006)

Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht

Band I Individualarbeitsrecht, 3. Auflage (1988)

Band II Kollektives Arbeitsrecht, 4. Auflage (2001)

Floßmann, Österreichische Privatrechtsgeschichte, 4. Auflage (2001)

Funk/Hauser/Kostal/Novak/Schwar/Winkler/Dragaric, Handbuch des österreichischen Hochschulrechts (2006)

Hauser, Fachhochschul-Studiengesetz, 4. Auflage (2006)

Hauser, Pädagogisches Hochschulgesetz – Kurzkomentar (2006)

Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Auflage II/1

Jabornegg/Resch/Strasser, Arbeitsrecht (Individualarbeitsrecht, kollektives Arbeitsrecht), 2. Auflage (2005)

Jabornegg/Resch/Stoffels, Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht – Rechtswirksame und nichtige Vereinbarungen (2007)

Jud/Radner/Hauser, Arbeitsrecht, 2. Auflage (2000)

Kerschner, Dienstnehmerhaftpflichtgesetz, 2. Auflage (2004)

Knell/Freudhofmeier/Weber/Wenter, Dienstverträge für Führungskräfte (2003)

Kostal, UG 2002 – Kurzkomentar, 2. Auflage (2005)

Kostal, Hochschulgesetz 2005 – Kurzkomentar (2006)

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts

Band I, 12. Auflage (2002)

Band II, 13. Auflage (2007)

Prisching, Lenz, Hauser, Die Autonomie im Fachhochschul-Bereich, Autonomie und Bildung (2000) 74 ff.

Löschnigg, Arbeitsrecht, 10. neu bearbeitete Auflage (2003)

Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht (2006)

Martinek/Schwarz, Angestelltengesetz, 7. Auflage (1991), Ergänzungsband (1994)

Martinek/Schwarz, Abfertigung – Auflösung des Arbeitsverhältnisses

Mayer, UG 2002 – Kommentar (2005)

Mayer/Maly, Österreichisches Arbeitsrecht

Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht – System- und Praxiskommentar, Loseblatt

Mazal, Zur Rechtsstellung von Personal an Fachhochschulen, in: Prisching/Lenz/Hauser, 10 Jahre FHStG – Fachhochschulrecht zwischen Bewährung und Reform (2004)

Mazal-Muranaka, Sozialer Schutz für atypisch Beschäftigte – Überlegungen zur Neuordnung in Japan und Europa (2005).

Merkel, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927)

Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2007)

Novak, Fachhochschulen und ihre Organe – Einrichtung, Rechtsstellung, Kompetenzen (2000)

Prisching/Lenz/Hauser, 10 Jahre FHStG. Fachhochschulrecht zwischen Bewährung und Reform (2004) 183.

Prisching/Lenz/Hauser (Hrsg), Die (Rechts-) Stellung von StudentInnen in Österreich (2007) 21, 40f

Rebhahn, Gleichbehandlungsgesetz – Kommentar, 1. Auflage (2005)

Resch, Sozialrecht, 2. Auflage (2001)

Rummel, ABGB, 3. Auflage (2000) Band 1, Kommentierung der §§ 1151 – 1164 durch *Krejci*

Runggaldier/Schima, Manager-Dienstverträge, 3. Auflage (2006)

Schrammel/Winkler, Arbeits- und Sozialrecht der Europäischen Gemeinschaft (2002)
67

Schrank/Mazal, Arbeitsrecht – Ein systematischer Grundriss, 3. überarbeitete Auflage (2006)

Schrank, Grabner, Werkverträge und freie Dienstverträge, 2. aktualisierte und erweiterte Auflage (1998)

Schwiemann, Praxiskommentar zum ABGB, 2. Auflage, Band 6 (1997), Kommentierung der §§ 1151 – 1164 durch *Feil*

Strasser, Kommentar zum Arbeitsverfassungsg (2002)

Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages (1971)

Wank/Börgmann, Der Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über befristete Arbeitsverträge, RdA 1999, 383

Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht, 9. Auflage (2000)

B. Europarecht:

Arndt, Europarecht, 8. Auflage (2005)

Egger, Das Arbeits- und Sozialrecht der EU und die österreichische Rechtsordnung, 2. neu überarbeitete Auflage (2005)

Eilmansberger/Herzig, 10 Jahre Anwendung des Gemeinschaftsrechts in Österreich (2006)

Fischer/Köck/Karollus, Europarecht, 4. Auflage (2002)

Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 2. vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage (2006)

Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte (2006)

Hummer/Vedder, Europarecht in Fällen, 4. Auflage (2005)

Lenz, EUV/EGV-Kommentar, 4. Auflage (2006)

Runggaldier, Grundzüge des europäischen Arbeitsrechts und des europäischen Sozialrechts (2004)

Schwarze, EU-Kommentar, 1. Auflage (2000)

Schwarzenegger, Staatshaftung – gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und ihre Auswirkungen auf nationales Recht (2001)

Streinz, Europarecht, 7. völlig neu bearbeitete Auflage (2005)

Stummer, Die Richtlinie 1999/70 EG des Rates zu der EGB-UNICE-CEEP Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (2001)

Thun-Hohenstein/Cede/Hafner, Europarecht, 5. Auflage (2005)

Zahradnik, Privatrechtsverhältnisse und EU-Recht (1995)

C. Deutsches Recht:

Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, 14. Auflage (2007)

Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Auflage, II/1

Lieb/Jacobs, Arbeitsrecht, 9. neu bearbeitete Auflage (2006)

Nikisch, Arbeitsrecht II, 2. Auflage

Preis, Arbeitsrecht - Individualarbeitsrecht, 2. Auflage (2003)

Preis, Arbeitsrecht – Kollektivarbeitsrecht, 1. Auflage (2003)

D. Methodenlehre:

Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. ergänzte Auflage (1991)

Engisch, Einführung in das juristische Denken, 8. Auflage (1983)

Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Auflage (1960), Nachdruck 1992

Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage (1995)

Mayer-Maly, Rechtswissenschaft, 3. Auflage (1985)

Wilburg, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht (1950)

E. Aufsätze:

Aubauer/Neumann, Regierungsprogramm: Gesundheit, Pensionen, Pflege und Armutsbekämpfung, taxlex 2007, 77

Band, Befristeter Arbeitsvertrag und Kündigungsmöglichkeit. Gibt es Grenzen bei der Kombination von Befristung und Kündigungsmöglichkeit? Zugleich eine Besprechung von OGH 27.8.2003, 9 Ob A 43/03v und OGH 24.6.2004, 8 Ob A 42/04s, ZAS 2004, 47

Bauer/Lutz, Ein Stück aus dem Tollhaus: Altersbefristung und der EuGH, NZA 2005/14, 800

Berka, Die rechtswissenschaftliche Dimension der Fachhochschul-Autonomie, in: *Prisching/Lenz/Hauser (Hrsg)*, Die Autonomie im Fachhochschul-Bereich (2000) 41

Berka, Die Quadratur des Kreises: Universitätsautonomie und Wissenschaftsfreiheit, zfhR 2008, 37ff

Brünner/Hauser, (Verfassungs-)Rechtliche Aspekte des Bundesstrassen-Mautgesetzes, ZVR 2006/100

RdA 1995/11 mit Anm *Burgstaller*

Brauneder/Lachmayer, Österreichische Verfassungsgeschichte, 3. Auflage (1983)

Eichinger, EU-Rechtsangleichungen im Mutterschutzrecht, RdW 1995, 303

Egger, Die Beendigung von befristeten Arbeitsverhältnissen im Lichte der Rechtsprechung, WBl 1993, 33

Faulhammer, Der Bolognaprozess - Weg zu einem europäischen Hochschulraum, zfhR 2005, 57 – 64

Faulhammer, Die Stammfassung des FHStG und die bisher dazu ergangenen Novellen, in: *Prisching/Lenz/Hauser*, 10 Jahre FHStG - Fachhochschulrecht zwischen Bewährung und Reform (2004) 213ff.

Funk, Entwicklungen im Hochschulrecht. Trends und Perspektiven, zfhR 2001, 7

Geist, Kündigungsklauseln bei befristeten Arbeitsverhältnissen, ÖJZ 2002

Hauser/Reinighaus/Schweighofer, Die FHStG-Novelle BGBl I 2007/89 –
Fachhochschulrecht aus trüber Quelle?, zfhr 2008, 70 ff

Hauser/Möstl/Reinighaus, Der Lehrauftrag im rechtlichen Umbruch, SWK 2001, 375

Hauser/Klug/Reininghaus, Lehraufträge an Fachhochschulen, RdW 1999, 437

Eilmansberger, Zur Direktwirkung von Richtlinien gegenüber Privaten (Teil I u Teil
II). Ist nach CIA, Unilever, Ingmar, Draehmpaehl, Ferreira und Heininger jetzt alles anders?
JBl 2004, 283 bzw 364

Gagawczuk, EuGH Rechtsprechung aus dem Jahr 2005, RdA 2006,166

Jabornegg, Grenzen kollektivvertraglicher Rechtsetzung und richterliche Kontrolle,
JBl 1990, 205

Jabornegg, Die Rechtsstellung der selbständigen Versicherungsvertreter im
österreichischen Recht, RdA 1985/85

Jöst/Risak, Aktuelle Neuerungen im Arbeitsrecht, ZAS 2002

Kiesel-Szontagh, Kettenarbeitsverträge im Bereich des wissenschaftlichen Personals
zulässig?, ecolex 2007, 365

Klein, Zur „Aussetzung“ des Arbeitsvertrages, RdA 1983, 247

Klocker, Kettendienstverträge - unzureichende Umsetzung im österreichischen Recht,
ecolex 2007, 49

Knallig, Das neue Universitätsarbeitsrecht – Tagungsbericht, RdA 2006, 67

Kramer, Hauptprobleme des befristeten und resolutiv bedingten Arbeitsverhältnisses, DRdA 1973, 165

OGH 6.7.1998, 8 Ob A 15/98h = RdA 1999/44 mit Anm *Krapf*

Kreil, Ausnahme vom Befristungsverbot für ältere Arbeitnehmer in Deutschland EU-widrig, RdW 2005, 550

Kucsko-Stadlmayer, Zielvereinbarungen im Kontext des Dienst- und Arbeitsrechts, zfhR 2006, 2ff

Kuderna, Die Anfechtung von Entlassungen nach dem ArbVG, ZAS, 1974, 168

Laback, Die Umsetzung der RL 1999/70/EG über befristete Arbeitsverhältnisse in Österreich, *juridicum* 2003, 86

Lachmayer, Ausgliederungen und Beleihungen im Spannungsfeld der Verfassung. Reflexionen zur verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in der Ausgliederungsdebatte, JBl 2007

Lang, Performance Management...oder wodurch Leistungsergebnisse im Unternehmen gesteigert werden können, ASoK 2007, 82.

Löschnigg/Slywa, Anwendung des VBG auf alle neu eingestellten MitarbeiterInnen der Universität, Unilex 1 – 2/2006, 3ff mwN

Löschnigg, Bestandschutz und befristetes Dienstverhältnis, RdA 1980, 17

Mair/Rainer, Zielvereinbarungen im Arbeitsverhältnis. Eine rechtliche Einordnung, ÖJZ 2007/69

Mayr, Das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters ist auch im Verhältnis zwischen Privatpersonen unmittelbar anwendbar! RdW 2006, 98

Miklau, Probleme des Kettendienstvertrages, ZAS 1974, 43

Mosler, arbeitsrechtliche Aspekte der Beendigung des Angestelltenverhältnisses des Geschäftsführers einer GmbH, wbl 2002, 49

Pacic, Die Gestaltung von Karenzierungs- und Unterbrechungsvereinbarungen, ASoK 2007, 227

Peschek, Der Saisonbetrieb in Theatern als Rechtfertigung für Kettenarbeitsverträge, RdW 1994, 400

Perthold-Stoitzner, Rechte und Pflichten Studierender, in: *Prisching/Lenz/Hauser* (Hrsg), Die (Rechts-) Stellung von StudentInnen in Österreich (2007) 21, 40f

Perthold- Stoitzner, Zielvereinbarungen nach UG 2002, zfhr 2006, 12ff

Praxmarer, Der Aussetzungsvertrag aus arbeitsrechtlicher Sicht, RdA 1986, 21

Preis, Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht – Der Fall „Mangold“ und die Folgen, NZA 2006, 401

Prisching, New Public Management of Science. Codes und Indikatoren im akademischen Reformprozess, zfhr 2002, 144ff

Rath, Umsetzung der Lenker-Richtlinie und der neuen Lenkzeiten-Verordnung, ASoK 2006, 229

Rauch, Bedingte einvernehmliche Lösung bei Verfehlung eines Mindestziels. Nichtigkeit unzulässiger Resolutivbedingungen, ASoK, 2008, 56

Rebhahn, Entsendung von Arbeitnehmern in der EU – arbeitsrechtliche Fragen zum Gemeinschaftsrecht, RdA 1999, 173

Reininghaus/Unger, Die arbeitsrechtliche Stellung von Lehrbeauftragten im Lichte der Entscheidung VwGH 25.4.2007, 2005/08/0137, zfhr 2007, 171

Reininghaus, Die arbeits-, sozial-, und einkommensteuerliche Stellung von Lehrbeauftragten an Fachhochschulen, in: *Koubek ua (Hrsg)*, Bene Meritus. Festschrift für Peter Schachner-Blazizek zum 65. Geburtstag (2007) 161

Reis, Kollektivverträge im ausseruniversitären Forschungsbereich – Ein Jahr Erfahrung am Beispiel der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, zfhr 2005, 104

Reissner, „Performance Management“ - Konzepte und betriebliche Mitbestimmung, RdA 2003, 503

ZAS 2000/16 mit Anm *Reissner*

Risak, Regierungsziel: Arbeitsrechtskodifikation, ZAS 2007/8

Resch, Grenzen privatautonomer Dispositionen über das Auflösungsrecht des Arbeitnehmers, ZAS 1991, 4

Resch, Das Vertragsverhältnis der Lektoren an Universitäten und Fachhochschulen, zfhr 2005, 83 mwN

Runggaldier, Neues zur Altersdiskriminierung, RdW 2006, 512

Runggaldier, Grenzen und Möglichkeiten der Aussetzung des Arbeitsvertrages, RdA 1986, 274;

Runggaldier/Schima, Aussetzungsvereinbarungen in Saisonbetrieben (1994) 77ff

Rüffler, Analogie: Zulässige Rechtsanwendung oder unzulässige Rechtsfortbildung. Überlegungen zur Begründung und den Grenzen des Analogieschlusses im Zivilrecht, JRP 2002, 60

Schima, Beendigung von Vorstandsrechtsverhältnissen, *ecolex* 2006, 456

Schima/Wallisch, Die Vorstandsabberufung als bedingungsfeindliches Rechtsgeschäft, *wbl* 2003, 510

Schindler, Zur Umsetzung des EU-Rechts in Österreich (Teil II). Überblick über Richtlinien, deren Umsetzung bevorsteht, insb die Antidiskriminierungs-Richtlinien, *RdA* 2003, 523

Schrammel, Resolutivbedingung im Arbeitsverhältnis, *ZAS* 1984, 221ff

Schweighofer, Keine pauschale Rechtfertigung bei der Verlängerung befristeter Arbeitsverträge, *ELR* 1/2007, 33ff

Schweighofer, (FH-)Lektoren als freie Dienstnehmer aus arbeits-, sozialversicherungs- und fachhochschulstudienrechtlicher Sicht, *zfhr* 2006, 187

Schweighofer, Sozialversicherungsrechtliche Stellung eines FH-Lektors, *zfhr* 2007, 155ff

Schweighofer, (FH-)Lektoren als freie Dienstnehmer aus arbeits-, sozialversicherungs- und fachhochschulstudienrechtlicher Sicht, *zfhr* 2006, 187

Schweighofer, Keine Ungleichbehandlung befristet beschäftigter Dienstnehmer in Entgeltfragen, *ELR* 11/2007, 407ff.

Schweighofer/Butschek, Fachhochschule im Spannungsverhältnis zwischen Erhalterrechten und Kollegiumsautonomie, *zfhr* 2007, 140

Schrammel, Kettenverträge mit Rundfunkarbeitern, *RdW* 1986, 347

Stadlmaier, Die „Implied Powers“ der europäischen Gemeinschaften, *ZÖR* 1997, 353

Stalder, Spannungsfelder und Perspektiven der Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien, JPR 2002, 227

Steinlechner, Krankengeld der Arbeiter in: Kompetenzcenter Arbeit und Soziales, taxlex 2005, 123

Tomandl, Zur Problematik des kollektivvertragsfreien Raumes, ZAS 1995, 152

Tomandl, Höchstbefristung: Eine andere Sichtweise, ZAS 2004, 48

Trattner, Kündigung bei befristeten Arbeitsverhältnissen? Vereinbarung über die Kündigungsmöglichkeit zu einem früheren Termin möglich, ASoK 2000, 101

Trattner, Kündigungsmöglichkeit bei befristeten Dienstverhältnissen, SWK 1996, B 96

Trost, Die rechts- oder sittenwidrige Kündigung, DRdA 1987, 1

OGH 28.8.1991, 9 Ob A 115/91 = ZAS 1993/1 mit Besprechung von *Strasser*

OGH 17.3.1999, 9 Ob A 357/98k = ZAS 1999/23 mit Besprechung von *Tomandl*

Wachter, Kommentar zu OHG 20.10.1981, 4 Ob 108/81, RdA 1983/180

Waldemar Hummer, Der tertiäre Sektor im "Europäischen Hochschul- und Forschungsraum" (Teil I) - Doktoratsstudien - Sinn, Motivation und Rahmenbedingungen, zfhf 2004, 41ff

Wedl, Genehmigen Sie das Recht zu kämpfen, Sire! Gewerkschaftliche Arbeitskampfmassnahmen vor dem EuGH, juridicum 2006, 12

Winkler, Die neuen Gleichbehandlungsregelungen, ZAS 2004, 10

Wöss, Arbeits- und Sozialrecht im Regierungsprogramm 2007, RdA 2007, 158

ZAS 1995/19 mit Anm Ziehensack

Zechlin, Universität und Fachhochschule – gemeinsam oder getrennt?, in: *Prisching/Lenz/Hauser (Hrsg)*, Das Verhältnis zwischen Universität und Fachhochschule (2001) 125.

F. Lexika:

Longman, Dictionary of Contemporary English, 3. Auflage (1995)

G. MbO-Systeme:

Chr. Stary, Ch. Hager, A. Totter: Management-by-Objectives als Führungskonzept in der betrieblichen Praxis bei Telearbeit in "Zeitschrift für Arbeitswissenschaft"

F.X. Bea/J. Haas, Strategisches Management, 4. Auflage (2005)

K.P. Liessmann, Theorie der Unbildung (2006) 88ff