



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Kuras als Vorsitzenden, die Hofrätinnen Dr. Tarmann-Prentner und Mag. Wessely-Kristöfel als weitere Richter sowie die fachkundigen Laienrichter Helmut Purker (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Mag. Thomas Kallab (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Dr. G*, vertreten durch Dr. Christoph Völk, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei S*, vertreten durch Dr. Helmut Engelbrecht, Rechtsanwalt in Wien, wegen Feststellung, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 17. Dezember 2018, GZ 9 Ra 41/18t-42, mit dem das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 28. November 2016, GZ 6 Cga 52/16h-30, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung nunmehr zu lauten hat:

„Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien ein unbefristetes, über den 30. 4. 2016 hinausgehendes Dienstverhältnis besteht.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 21.591,06 EUR (darin 3.598,51 EUR USt) bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 3.558,18 EUR (darin 593,03 EUR USt) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14

Tagen zu ersetzen.

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

Der Kläger bewarb sich im Jahr 2007 zum Zweck der Ausbildung zum Arzt für Allgemeinmedizin um Aufnahme in ein befristetes Dienstverhältnis zur Beklagten. Er gab damals bekannt, mit einer Ausbildungszeit von zwei Jahren zu rechnen. Die Beklagte ging mit dem Kläger daraufhin ein von 2. 7. 2007 bis 1. 7. 2009 befristetes Ausbildungsdienstverhältnis ein. Ab Aufnahme in den Dienst war der Kläger im *Spital (*S) an der 1. Internen Lungenabteilung zunächst als Turnusarzt und später als Assistenzarzt tätig.

Im Jänner 2009 beantragte der Kläger zum Zweck der Ausbildung zum Facharzt für Lungenkrankheiten die Verlängerung des Dienstverhältnisses um 51 Monate bis 1. 10. 2013. Sein Dienstverhältnis wurde daraufhin mit Schreiben der Beklagten vom 13. 2. 2009 bis 1. 10. 2013 verlängert. Nach Abschluss seiner Ausbildung zum Facharzt für Lungenkrankheiten bereits Ende April 2013 arbeitete der Kläger ab Mai 2013 als Facharzt in der 1. Internen Lungenabteilung des *S.

Nach Erhalt des Facharzt diploms trat der Kläger an den Abteilungsvorstand der 1. Internen Lungenabteilung des *S, Prof. B*, mit der Frage heran, ob er in ein Dauerdienstverhältnis übernommen werden könne, bzw kündigte er an, einen entsprechenden Antrag stellen zu wollen. Der Kläger verfügte bereits zum Zeitpunkt des Erwerbs des Facharzt diploms auch nach Ansicht seines unmittelbaren Vorgesetzten Prof. B* über eine sehr hohe medizinische Qualifikation, die für Prof. B* ein wichtiges,

aber nicht allein ausschlaggebendes Kriterium für die Unterstützung eines Ansuchens um Übernahme in ein Dauerdienstverhältnis war. Prof. B* erklärte dem Kläger, dass er sich zunächst eine weitere Spezialisierung im Fachgebiet durch Absolvierung einer zusätzlichen Ausbildung erwarte. Dem Kläger war auch bekannt, dass Prof. B* für den Fall der Unterstützung seines Antrags nicht nur eine Spezialisierung, sondern auch eine entsprechende wissenschaftliche Tätigkeit und/oder die Entwicklung einer eigenen, in seiner Abteilung einsetzbaren Methodik (verkürzt: schwerpunktmäßige Rechtsherzdiagnostik sowie erweiterte echokardiographische Kenntnisse und erweiterte Kenntnisse infektiologischer Problemstellungen) voraussetzt. Prof. B* erwartete sich wie von allen an seiner Abteilung tätigen Ärztinnen und Ärzten zudem eine Leistungsbereitschaft, die über die normalen Ausbildungsziele hinausreicht und erkennen lässt, dass der betreffende Arzt/die betreffende Ärztin seinen/ihren Fokus auf die Arbeit im Krankenhaus legt. Er riet dem Kläger daher, diesen Antrag jetzt noch nicht zu stellen, und meinte sinngemäß, der Dauervertrag wäre nach Verlauf dieser Zeit aus seiner Sicht dann wohl kein Problem. Er sagte dem Kläger nicht, dass dieser nach erfolgreichem Abschluss der Ausbildung im Additivfach jedenfalls einen Dauervertrag bekommen werde und die nunmehrige erneute Befristung reine Formsache sei.

Der Kläger beantragte daraufhin nicht die Übernahme in ein unbefristetes Dienstverhältnis, weil ihm klar war, dass ein Antrag jetzt von seinem Abteilungsvorstand nicht befürwortet werden und daher erfolglos bleiben würde. Der Kläger stellte vielmehr am 20. 6. 2013 den Antrag auf Verlängerung seines befristeten Dienstverhältnisses um 31 Monate bis 30. 4. 2016, weil er eine weitere Ausbildung

im Additivfach pneumologische Intensivmedizin machen wollte. In diesem von ihm unterfertigten Antrag nahm er zur Kenntnis, dass er durch die Verlängerung des Dienstverhältnisses bis 30. 4. 2016 keinen Anspruch auf eine weitere Dienstzeitverlängerung und Übernahme in ein unbefristetes Dienstverhältnis habe. Mit Schreiben der Beklagten vom 9. 7. 2013 wurde das Dienstverhältnis des Klägers bis 30. 4. 2016 (Fristablauf) erneut verlängert.

Am 17. 11. 2015 ersuchte der Kläger die ärztliche Direktion des *S schriftlich um Übernahme in ein unbefristetes Dienstverhältnis. Dieser Antrag wurde an die Generaldirektion des * K* weitergeleitet und dort weiterbearbeitet.

Die Dauervertragskommission (DVK) entscheidet über jeden Antrag auf Übernahme in ein unbefristetes Dienstverhältnis, nicht allerdings über Anträge auf Verlängerung eines befristeten Dienstverhältnisses wegen beabsichtigter Ausbildung in einem Additivfach wie im Fall des Klägers im Mai 2013. In der Sitzung der DVK am 12. 2. 2016 wurde das Ansuchen des Klägers auf Übernahme in ein unbefristetes Dienstverhältnis einstimmig abgelehnt, und zwar mit folgender Begründung:

„Der K hat im Bezug auf die Auswahl seiner Mitarbeiterinnen die Interessen der S* zu vertreten. Ganz besonders gilt das bei der Übernahme eines Mitarbeiters bzw Mitarbeiterin in ein unbefristetes Dienstverhältnis. In der Mitarbeiterbeurteilung [des Klägers], die am 29. 10. 2015 durchgeführt wurde, und von Prof. B* und der interim. Ärtzl. Direktorin Dr. H* unterzeichnet ist, findet sich in der Beilage 2 zum Beurteilungs- und Förderungsbogen unter den zusätzlichen Kriterien für Managementfähigkeiten sowohl bei der 'Identifikation mit den Gesamtinteressen der*

S' als auch unter 'Identifikation mit den Gesamtinteressen der Dienststelle' eine ausdrücklich negative Beurteilung. Aus diesem Grund besteht von Seiten des K* kein Interesse an einer Übernahme des Mitarbeiters in ein unbefristetes Dienstverhältnis mit der S*."*

Das Ergebnis der Entscheidung der DVK wurde der Personalabteilung und der Ärztlichen Direktion des *S bekannt gegeben und dem Kläger am 15. 2. 2016 zur Kenntnis gebracht.

Der Kläger begehrte mit der am 29. 2. 2016 eingebrachten Klage die Feststellung, dass zwischen der Beklagten und ihm ein über den 30. 4. 2016 hinausgehendes unbefristetes Dienstverhältnis bestehe, in eventu möge die Kündigung vom 15. 2. 2016 für rechtsunwirksam erklärt werden. Er brachte unter anderem vor, der zwischen den Streitteilen abgeschlossene Dienstvertrag vom 18. 7. 2007 sei mehrfach befristet worden. Es liege ein Kettendienstvertrag vor, der gemäß § 2 Abs 5 VBO als unbefristeter Dienstvertrag anzusehen sei. Ein Dienstverhältnis, das auf bestimmte Zeit eingegangen worden sei, könne nur einmal auf bestimmte Zeit, und zwar höchstens um ein Jahr, verlängert werden. Dies gelte nur dann nicht, wenn das Dienstverhältnis auch der gesetzlich vorgeschriebenen Ausbildung zum Erwerb einer Berufsberechtigung diene oder in einem Sondervertrag nach § 54 VBO eine uneingeschränkte befristete Verlängerungsmöglichkeit vereinbart worden sei. Letzteres sei im Fall des Klägers nicht geschehen. Sein Dienstverhältnis habe zwar auch der gesetzlich vorgeschriebenen Ausbildung zum Erwerb der Berufsberechtigung Facharzt für Lungenheilkunde gedient, der Kläger habe diese Berufsberechtigung jedoch bereits mit 30. 4. 2013 erlangt. Bei der nach dem 30. 4. 2013 erfolgten Befristung dieses

Dienstverhältnisses könne sich die Beklagte daher nicht mehr auf § 2 Abs 5 zweiter Satz VBO berufen.

Die Beklagte bestritt und wandte insbesondere ein, dass die Befristungen sachlich gerechtfertigt und zulässig gewesen seien, weil die Streitteile nur Dienstverhältnisse geschlossen hätten, die zum Erwerb einer Berufsberechtigung des Klägers gedient hätten. Auch bei der Ausbildung in einem Additivfach handle es sich um eine Ausbildung zum Erwerb einer Berufsberechtigung im Sinne des § 2 Abs 5 VBO.

Das **Erstgericht** wies das Klagebegehren ab. Bei der Zusatzausbildung des Klägers im Additivfach pneumologische Intensivmedizin handle es sich um eine Ausbildung im Sinne der Ausnahmebestimmung des § 2 Abs 5 VBO. Der Kläger sei daher bis 30. 4. 2016 in einem befristeten Dienstverhältnis gestanden. Dieses Dienstverhältnis sei nicht auf Umwandlung in ein unbefristetes Dienstverhältnis angelegt gewesen. Sein Antrag auf Begründung eines Dienstverhältnisses auf unbestimmte Zeit sei aus sachlichen Gründen abgelehnt worden.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung des Klägers nicht Folge. Bei der weiteren Ausbildung des Klägers im Additivfach Intensivmedizin im Sonderfach Lungenkrankheiten ab Mai 2013 handle es sich um eine gesetzlich vorgeschriebene Ausbildung zum Erwerb einer Berufsberechtigung im Sinne des § 2 Abs 5 VBO. Es liege kein unzulässiges Kettendienstverhältnis vor. Auf eine allfällige Verletzung der Aufgriffsobliegenheit müsse im Hinblick auf die Zulässigkeit der Befristungen nicht weiter eingegangen werden. Die Feststellungen des Erstgerichts erlaubten nicht die Annahme, dass die einzelnen befristeten Dienstverhältnisse des Klägers zum Zwecke seiner Ausbildung auf die Umwandlung in ein unbefristetes

Dienstverhältnis angelegt gewesen wären, sodass es an der Voraussetzung des § 54d Abs 2 VBO fehle. Der Beweis, dass sein befristetes Dienstverhältnis ohne das der Beklagten vorgeworfenen sittenwidrigen Vorgehen jedenfalls verlängert worden wäre, sei dem Kläger nicht gelungen.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei, weil keine Rechtsfragen von der Qualität des § 502 Abs 1 ZPO zu lösen seien.

Dagegen richtet sich die Revision des Klägers aus den Revisionsgründen der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, die Entscheidungen der Vorinstanzen dahin abzuändern, dass dem Klagebegehren stattgegeben werde. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt in der ihr freigestellten Revisionsbeantwortung, die Revision des Klägers zurückzuweisen, hilfsweise, ihr nicht Folge zu geben.

Entgegen dem – den Obersten Gerichtshof nicht bindenden (§ 508a Abs 1 ZPO) – Ausspruch des Berufungsgerichts ist die Revision zulässig, weil sich die Rechtsansicht der Vorinstanzen als korrekturbedürftig erweist. Sie ist demnach auch berechtigt.

1. Der Kettenvertrag im allgemeinen Arbeitsrecht und Europarecht

1.1 Die Aneinanderreihung befristeter Arbeitsverhältnisse ist mit einer für den Arbeitnehmer nachteiligen Unsicherheit für seine weitere berufliche Zukunft verbunden und birgt in hohem Maß die Gefahr der Umgehung zwingender Rechtsnormen (RIS-Justiz RS0021824 [T7]).

Im Allgemeinen gilt, dass die erste Befristung

eines Arbeitsverhältnisses grundsätzlich zulässig ist, ohne dass es außerhalb sondergesetzlicher Regelungen, wie etwa des § 11 Abs 2 Z 4 AÜG oder des § 10a MSchG, einer sachlichen Rechtfertigung bedarf (RS0105948 [T1, T2]). Aber bereits die erste Verlängerung auf bestimmte Zeit ist darauf zu prüfen, ob damit nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers die Bestimmungen des Kündigungsschutzes oder (auch) die gesetzlichen Vorschriften über Kündigungsfristen und Kündigungsstermine umgangen werden (RS0105948). Je öfter die Aneinanderreihung erfolgt, desto strenger sind die inhaltlichen Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe (RS0028327 [T3, T17]); dies im Hinblick auf die durch die mehrfache Verlängerung verstärkte Erwartung des Arbeitnehmers, es werde zu weiteren Verlängerungen kommen, sowie im Hinblick auf die gegenüber dem Verlust des Kündigungsschutzes immer mehr zurücktretenden Vorteile für den Arbeitnehmer aus der Befristung (RS0021818).

1.2 Mit der Richtlinie 1999/70/EG des Rates über befristete Dienstverträge vom 28. 6. 1999 wurde die EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse vom 18. 3. 1999 übernommen. Das erklärte Ziel dieser Richtlinie gemäß § 1 der Rahmenvereinbarung ist es, durch Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung die Qualität der befristeten Arbeitsverhältnisse zu verbessern und einen Rahmen zu schaffen, der den Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse verhindert (vgl 9 ObA 222/02s). Die Rahmenvereinbarung geht von der Prämisse aus, dass unbefristete Arbeitsverträge die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses sind. Gleichzeitig wird aber anerkannt, dass befristete Arbeitsverträge für die

Beschäftigung in bestimmten Branchen oder für bestimmte Berufe und Tätigkeiten charakteristisch sind. Sie verpflichtet die Mitgliedstaaten, eine oder mehrere der in Paragraph 5 Nr 1 lit a bis c der Rahmenvereinbarung genannten Maßnahmen zu erlassen, um die missbräuchliche Verwendung von aufeinanderfolgenden befristeten Arbeitsverträgen wirksam zu verhindern (C-212/04, *Adeneler* ua, Rn 61, 65, 79 ECLI:EU:C:2006:443). Die Rahmenvereinbarung sieht drei mögliche Maßnahmen vor: Die Mitgliedstaaten können die Zulässigkeit einer mehrfachen Befristung vom Vorliegen sachlicher Gründe abhängig machen, sie können eine maximal zulässige Dauer aufeinanderfolgender Arbeitsverhältnisse oder die zulässige Zahl der Verlängerungen festlegen. Die Festlegung, wann befristete Arbeitsverhältnisse als aufeinanderfolgend zu betrachten sind oder als ein unbefristetes Arbeitsverhältnis gelten, wird den Mitgliedstaaten überlassen (*Karl* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 19 Rz 37). Bei der Beurteilung der Frage, ob die Verlängerung befristeter Arbeitsverträge oder -verhältnisse durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist, müssen die Behörden der Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten alle Umstände des Falls einschließlich der Zahl und der Gesamtdauer der in der Vergangenheit mit demselben Arbeitgeber geschlossenen befristeten Arbeitsverträge oder -verhältnisse berücksichtigen (C-586/10, *Kücük*, Rn 56 ECLI:EU:C:2012:39).

2. Die Sonderbestimmung des § 2 Abs 5 VBO 1995

2.1 Das zwischen den Parteien ab 2. 7. 2007 auf zwei Jahre befristete und ab 1. 7. 2009 um weitere 51 Monate bis 1. 10. 2013 verlängerte und daraufhin erneut um

31 Monate bis 30. 4. 2016 verlängerte Dienstverhältnis unterliegt unstrittig der Wiener Vertragsbedienstetenordnung 1995 (VBO 1995).

§ 2 Abs 5 VBO 1995 lautet:

„Ein Dienstverhältnis, das auf bestimmte Zeit eingegangen worden ist, kann nur einmal auf bestimmte Zeit, und zwar höchstens um ein Jahr, verlängert werden; dies gilt nicht, wenn das Dienstverhältnis auch der gesetzlich vorgeschriebenen Ausbildung zum Erwerb einer Berufsberechtigung dient oder in einem Sondervertrag nach § 54 eine uneingeschränkte befristete Verlängerungsmöglichkeit vereinbart wurde. Wird das Dienstverhältnis über den Verlängerungszeitraum hinaus fortgesetzt, so gilt es von da ab als von Anfang an auf unbestimmte Zeit eingegangen.“

In der Entscheidung 9 ObA 102/12h hat der Oberste Gerichtshof darauf hingewiesen, dass bezüglich der ersten Verlängerung eines befristeten Dienstverhältnisses um bestimmte Zeit die strenge Position der VBO 1995 auffalle. Während nämlich im allgemeinen Arbeitsrecht sowohl die Verlängerung um mehr als ein Jahr als auch mehrmalige Verlängerungen nicht völlig ausgeschlossen seien, sondern durch besondere wirtschaftliche oder soziale Gründe gerechtfertigt sein könnten (RS0021824, RS0028327 ua), enthalte § 2 Abs 5 VBO 1995 die Einschränkung auf eine einmalige Verlängerung um maximal ein Jahr. Dies werde im Satz 2 leg cit noch durch die Anordnung verstärkt, dass das Dienstverhältnis als von Anfang an auf unbestimmte Zeit eingegangen gilt, wenn es über den Verlängerungszeitraum hinaus fortgesetzt wird. Des Weiteren hat der Oberste Gerichtshof in dieser Entscheidung zu § 2 Abs 5 Satz 1, 2. Halbsatz VBO 1995 insofern Stellung genommen, als „dies

gilt nicht“ nur meine, dass die engen Schranken des § 2 Abs 5 VBO 1995 hinsichtlich der ersten Verlängerung bei (den dort streitgegenständlichen) Sonderverträgen nicht gelten.

Ebenso ist eine über die engen Schranken des § 2 Abs 5 VBO 1995 hinausgehende (allenfalls auch mehrfache) Verlängerung eines befristeten Dienstverhältnisses zulässig, wenn das Dienstverhältnis *„auch der gesetzlich vorgeschriebenen Ausbildung zum Erwerb einer Berufsberechtigung dient“*. Auf diese Ausnahmebestimmung stützt sich die Beklagte hier.

2.2 Zur Vorschrift des § 4 Abs 4 VBG 1948, die die Zulässigkeit von mehrfach befristeten Dienstverhältnissen für Vertragsbedienstete des Bundes regelt, hat der Oberste Gerichtshof bereits klargestellt, dass die außerhalb des Geltungsbereichs dieser Gesetzesstelle vorzunehmende Prüfung der Rechtfertigung durch besondere wirtschaftliche oder soziale Gründe dort insoweit nicht stattzufinden hat (8 ObA 214/95). § 4 Abs 4 VBG 1948 zeige, dass der Gesetzgeber grundsätzlich vom Abschluss unbefristeter Dienstverhältnisse ausgehe; befristete Dienstverträge sollten die Ausnahme bilden und nur in den im Gesetz umschriebenen Fällen zulässig sein. Dabei sei bei der Auslegung der Ausnahmebestimmungen ein strenger Maßstab anzulegen; das sich aus § 4 Abs 4 VBG 1948 ergebende Verbot von Kettenarbeitsverträgen stehe einer extensiven Interpretation dieser Ausnahmebestimmungen entgegen (9 ObA 7/98i).

Diese Erwägungen sind, um Wertungswidersprüche zu vermeiden, sinngemäß auf die ähnliche Bestimmung des § 2 Abs 5 VBO 1995 zu übertragen.

3. Berufsrechtliche Vorschriften

3.1 Der auf den vorliegenden Sachverhalt zuzufolge § 235 Abs 3 ÄrzteG 1998 zur Anwendung gelangende § 8

Abs 1 ÄrzteG 1998 idF BGBl I 2010/61 eröffnete über die Facharztausbildung hinaus die Möglichkeit, *„eine ergänzende spezielle Ausbildung auf einem Teilgebiet eines Sonderfaches in der Dauer von mindestens drei Jahren, die in den für das jeweilige Teilgebiet des betreffenden Sonderfaches anerkannten Ausbildungsstätten und im bezeichnungsrelevanten Teilgebiet des betreffenden Sonderfaches auf einer genehmigten Ausbildungsstelle zu erfolgen hat“*, zu absolvieren. Gemäß dem mit der 5. Ärztegesetz-Novelle, BGBl I 2003/140, eingefügten – damals – letzten Satz des § 8 Abs 1 leg cit handelt es sich bei einer ergänzenden speziellen Ausbildung auf dem Teilgebiet eines Sonderfachs um eine spezielle Ausbildung im Rahmen eines Sonderfachs („Additivfach“).

Die Materialien führen dazu aus (RV 306 BlgNR 22. GP 30):

„Für den Begriff der 'ergänzenden speziellen Ausbildung auf dem Teilgebiet eines Sonderfaches' hat sich in der ärztlichen Ausbildungspraxis der Begriff 'Additivfach' etabliert, ungeachtet dessen, dass es sich dabei um eine Schwerpunktausbildung in einem Sonderfach handelt, die zu keiner Erweiterung der Berufsberechtigung führt. Vielmehr sind Fachärzte, die eine solche ergänzende spezielle Ausbildung auf dem Teilgebiet eines Sonderfaches absolviert haben, gemäß § 43 Abs 4 Z 2 Ärztegesetz 1998 berechtigt, diese im Rahmen ihrer Berufsberechtigung auszuweisen. In diesem Sinne wird in § 8 Abs 1 letzter Satz der Begriff 'Additivfach' insofern als Synonym gesetzlich festgeschrieben, als normiert wird, dass es sich bei einer ergänzenden speziellen Ausbildung auf dem Teilgebiet eines Sonderfaches um eine spezielle Ausbildung im Rahmen eines Sonderfaches handelt und der Begriff 'Additivfach' in Klammer gesetzt

wird. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass bereits in § 43 Abs 4 Z 2 Ärztegesetz 1998 die Begriffswendung 'spezielle Ausbildung im Rahmen eines Sonderfaches' verwendet wird.“

Mit der Ärztegesetz-Novelle 2014, BGBl I 2014/82, wurde die ärztliche Ausbildung reformiert und die Möglichkeit des Erwerbs eines Additivfachs beseitigt. Stattdessen wurden in die Facharztausbildung integrierte Module und gemäß § 11a ÄrzteG 1998 die Möglichkeit einer Spezialisierung nach abgeschlossener Ausbildung vorgesehen (*Radner/Haslinger/Radner*, Krankenanstaltenrecht [146. Lfg 2017], § 8 Ärztegesetz 1998 7039).

3.2 Weder eine Spezialisierung noch eine Additivfachausbildung führen allerdings zu einer besonderen Berufsberechtigung.

Nach *Wallner* (in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Rz 116; sowie *ders*, Handbuch Ärztliches Berufsrecht² [2018] 56) sind auch Fachärzte, die keine Spezialisierung bzw kein Additivfach erworben haben, berechtigt, im gesamten Spektrum des Sonderfachs tätig zu werden. Der Erwerb der Spezialisierung oder eines Additivfachs weise aber den jeweiligen Arzt als besonderen Spezialisten aus.

Holzgruber (in *Emberger/Wallner*, Ärztegesetz mit Kommentar [2008] § 8 Anm 12) führt ebenfalls aus, dass durch die Einrichtung eines Additivfachs Sonderfachgrenzen nicht überschritten werden könnten, da es sich um die spezielle Ausbildung in einem Teilgebiet eines Sonderfachs handle. Vielmehr sei berufsrechtlich die Berufsberechtigung für die Durchführung der im entsprechenden Teilgebiet enthaltenen ärztlichen Tätigkeiten im jeweiligen Sonderfach (auch Mutterfach genannt) bereits enthalten. Dies bedeute,

dass berufsrechtlich auch Ärzte des jeweiligen Sonderfachs, die nicht ein diesbezügliches Additivfach abgeschlossen hätten, die im jeweiligen Teilgebiet umfassten Tätigkeiten ausüben dürften. Die Absolvierung einer ergänzenden speziellen Ausbildung bringe daher keine zusätzliche Berufsberechtigung, sondern weise den jeweiligen Arzt nur als besonderen Spezialisten gegenüber Dritten aus.

In diesem Sinne wird auch in *Radner/Haslinger/Radner*, (Krankenanstaltenrecht [146. Lfg 2017], § 7 Ärztegesetz 1998 7037), die Rechtslage dahin zusammengefasst, dass es sich bei der Ausbildung in einem Additivfach um eine Schwerpunktausbildung in einem Sonderfach handle, die zu keiner Erweiterung der Berufsberechtigung führe.

3.3 Damit in Einklang steht die bereits von den Vorinstanzen – aufgrund des Ausbildungsbeginns des Klägers vor dem 31. 5. 2015 zu Recht (§ 27 Abs 1 Z 1 ÄAO 2015; vgl *Holzgruber in Neumayr/Resch/Wallner*, Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht [2016] § 27 ÄAO 2015 Rz 1) – herangezogene Ärztinnen-/Ärzte-Ausbildungsverordnung 2006 (ÄAO 2006), deren § 3 Z 1 idF BGBl II 2011/259 lautete:

„'Ausbildung in einem Additivfach' bezeichnet die ergänzende spezielle Ausbildung auf dem Teilgebiet der Allgemeinmedizin oder dem Teilgebiet eines Sonderfaches in der Dauer von zumindest drei Jahren im Sinne einer Schwerpunktausbildung zum Erwerb umfassend vertiefter Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten für eine besonders vertiefte allgemeinmedizinische oder fachärztliche Berufsausübung. Die Absolvierung der Additivfachausbildung führt zu keiner Erweiterung der fachärztlichen Berufsausübung auf andere Sonderfächer.“

Nach § 16 ÄAO 2006 war Ziel der

Additivfachausbildung der geregelte schwerpunktbezogene Erwerb von umfassend vertieften Kenntnissen, Erfahrungen und Fertigkeiten für eine besonders vertiefte fachärztliche Berufsausübung auf einem bestimmten Teilgebiet eines Sonderfachs.

3.4 § 31 Abs 3 ÄrzteG 1998 ordnet an, dass Fachärzte ihre fachärztliche Berufstätigkeit auf ihr Sonderfach zu beschränken haben.

Die vom Erstgericht zitierte Bestimmung des § 31 Abs 3 Z 4 ÄrzteG 1998 idF BGBl I 2009/62 nimmt hiervon nur Fachärzte in Ausbildung in einem Additivfach aus, sofern diese Ausbildung an einer für ein anderes Sonderfach anerkannten Ausbildungsstätte erfolgt, diese Ausbildungsstätte aber auch als Ausbildungsstätte für das angestrebte Additivfach anerkannt ist. Mit Einführung der Z 4 leg cit sollte nur eine Erleichterung in der Ausbildung eröffnet und die Möglichkeit der Vermittlung der Ausbildungsinhalte in einem Additivfach durch den Wegfall der bisher hemmenden Sonderfachbeschränkung, die hinsichtlich dieser Tätigkeit aber sachlich nicht gerechtfertigt scheint, erweitert werden (Bericht des Gesundheitsausschusses, AB 181 BlgNR 24. GP 3). Eine mit der abgeschlossenen Additivfachausbildung verbundene eigene Berufsberechtigung ergibt sich aus dieser Bestimmung nicht.

4. Zur Unzulässigkeit der Mehrfachbefristung im vorliegenden Fall

4.1 Das bedeutet, dass die Ansicht der Vorinstanzen und der Beklagten, die vom Kläger nach Abschluss seiner Facharztausbildung im April 2013 begonnene Ausbildung im Additivfach Intensivmedizin im Rahmen des Sonderfachs Lungenkrankheiten habe auch „zum

Erwerb einer Berufsberechtigung“ gedient, nicht richtig ist.

4.2 Der Oberste Gerichtshof hat in der Entscheidung 9 ObA 80/02h ausgesprochen, dass die Träger von Krankenanstalten, die anerkannte Ausbildungsstätten für Fachärzte sind, dafür Sorge zu tragen haben, dass für Ärzte, die eine Ausbildung zum Facharzt anstreben, Ausbildungsstellen zur Verfügung stehen, was letztlich nur dadurch möglich ist, dass die in § 8 Abs 1 ÄrzteG vorgesehenen Arbeitsverhältnisse mit auszubildenden Fachärzten befristet für die voraussichtliche Dauer der Ausbildung abgeschlossen werden, weil andernfalls die nur beschränkt vorhandenen Ausbildungsstellen mit bereits ausgebildeten Fachärzten blockiert wären.

In Verbindung mit § 2 Abs 5 VBO 1995 folgt daraus, dass hier das zunächst der Ausbildung zum Arzt für Allgemeinmedizin dienende befristete Dienstverhältnis des Klägers zulässigerweise um 51 Monate verlängert wurde, um dem Kläger die Ausbildung zum Facharzt für Lungenkrankheiten zu ermöglichen.

Die zweite Verlängerung des befristeten Dienstverhältnisses ab 1. 10. 2013, nachdem der Kläger seine Facharztausbildung bereits im April 2013 abgeschlossen und sechs Monate als Facharzt in der 1. Internen Lungenabteilung des *S gearbeitet hatte, ist demgegenüber nicht mehr durch die Ausnahmebestimmung des § 2 Abs 5 Satz 1, 2. Halbsatz VBO 1995 gedeckt.

4.3 Eine vom Wortlaut nicht gedeckte Ausdehnung des § 2 Abs 5 VBO 1995 auf vom Erwerb einer Berufsberechtigung losgelöste Ausbildungsverhältnisse kommt nicht in Betracht. Ebenso wenig können Mehrfachbefristungen im Anwendungsbereich der VBO 1995 mit anderen als den in der Sonderbestimmung genannten

Gründen sachlich gerechtfertigt werden (siehe Punkt 2.2).

Ob eine zweite Verlängerung auf höchstens ein Jahr im Anschluss an die erste – auch zum Zwecke der Facharztausbildung erfolgte – Verlängerung zulässig gewesen wäre, braucht hier nicht geklärt zu werden, weil das befristete Dienstverhältnis zuletzt um 31 Monate verlängert wurde.

4.4 Diesem Ergebnis stehen die Entscheidungen 9 ObA 142/12s und 8 ObA 55/14t nicht entgegen, in denen es wegen der Verletzung der Aufgriffsobliegenheit des Dienstnehmers auf eine allfällige Unzulässigkeit der Mehrfachbefristungen nicht mehr ankam und eine Auseinandersetzung mit der Bestimmung des § 2 Abs 5 VBO 1995 nicht erfolgte.

5. Keine Verletzung der Aufgriffsobliegenheit

5.1 Nach der Rechtsprechung bedingt das Klarstellungsinteresse des Dienstgebers am Bestand oder Nichtbestand des Dienstverhältnisses eine Aufgriffsobliegenheit des Dienstnehmers, sein Interesse an der Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses ohne Aufschub gegenüber dem Dienstgeber geltend zu machen. Zur Beurteilung der Unverzüglichkeit ist ein angemessener, zur Erkundung und Meinungsbildung objektiv ausreichender Zeitraum heranzuziehen (RS0028233 [T6]). Es kommt nicht nur auf die Dauer der Untätigkeit, sondern auch darauf an, ob der Kläger triftige Gründe für sein Zögern ins Treffen führen kann (RS0034648). Das Ausmaß kann – unter Abwägung des Klarstellungsinteresses des Dienstgebers und der Schwierigkeiten für den Dienstnehmer, seinen Anspruch geltend zu machen – aber nur nach den Umständen des Einzelfalls bemessen werden (zuletzt etwa 9 ObA 55/18f mwN).

Diese Grundsätze gelten auch für

Vertragsbedienstete (9 ObA 270/97i). Da eine Frist zur Geltendmachung des Fortsetzungsanspruchs in der VBO 1995 nicht normiert wird, ist die zeitliche Grenze unter Bedachtnahme auf § 863 ABGB danach zu bestimmen, ob das Verhalten des Dienstnehmers als stillschweigender Verzicht auf die Geltendmachung der behaupteten Unzulässigkeit der Beendigung zu werten ist (RS0028233 [T5]).

5.2 Da der Kläger die Klage auf Feststellung des aufrechten Dienstverhältnisses zur Beklagten noch vor Ablauf der letzten Befristung mit 30. 4. 2016 eingebracht hat, unmittelbar nachdem ihm die Entscheidung der DVK bekannt gegeben worden war, kann ihm keine Verletzung der Aufgriffsobliegenheit angelastet werden. Bis zu diesem Zeitpunkt konnte der Kläger noch damit rechnen, wenigstens nach dem 30. 4. 2016 einen unbefristeten Vertrag zu erhalten.

6. Abgesehen davon, dass § 2 Abs 5 VBO eine befristete Verlängerung wegen persönlicher Verhältnisse des Dienstnehmers ausschließt, wenn sie nicht den Anforderungen dieser Sonderbestimmung genügt, liegt eine solche auch nicht vor. Wird ein auf bestimmte Zeit abgeschlossenes Dienstverhältnis lediglich auf Bitten des Dienstnehmers wegen seiner persönlichen Verhältnisse verlängert, so kann darin nicht ein unzulässiger Kettenvertrag erblickt werden (RS0028322). Die bloße „Beantragung“ der Verlängerung durch den Dienstnehmer – wie hier – ist dem aber nicht gleichzusetzen (RS0028322 [T1]).

7. Ergebnis

Mit der Fortsetzung des Dienstverhältnisses über den 1. 10. 2013 hinaus trat die in § 2 Abs 5 letzter Satz VBO 1995 normierte Rechtsfolge ein. Der Revision des Klägers war daher durch Abänderung der Entscheidungen der Vorinstanzen im Sinn einer Klagstattgebung Folge zu geben.

8. Kosten

Wegen der Abänderung der Entscheidung des Erstgerichts war auch dessen Kostenentscheidung gemäß § 2 ASGG, § 41 ZPO neu zu fassen. Von der Beklagten wurden keine Einwendungen gegen die in erster Instanz von dem Kläger verzeichneten Kosten erhoben (§ 54 Abs 1a ZPO; vgl allerdings Anm 5 zu TP 3; § 16 Abs 1 Z 1 lit a GGG).

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens gründet sich auf § 2 ASGG, §§ 41 und 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 24. Mai 2019

Dr. K u r a s

Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: