

Vertragsbedienstetengesetz

1. §1 Abs2 VBG ist (jedenfalls) auf VBG: § 1
gemeinnützige Privatstiftungen, deren OGH 5.6.2008, 9 ObA 149/07p
Verwaltung vom Bund dominiert wird,
anzuwenden.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Beklagte ist eine gemeinnützige Privatstiftung, die am 8. 8. 1994 errichtet wurde. Am 19. 8. 1994 wurde das Bundesgesetz betreffend die Finanzierung des Erwerbs der „Sammlung Leopold“, BGBl 1994/621, kundgemacht. In § 1 dieses Gesetzes wurde der Bundesminister für Wissenschaft und Forschung ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Finanzen zur Finanzierung des Erwerbs der Sammlung Leopold durch eine zu errichtende gemeinnützige Privatstiftung näher bestimmte Leistungen zu erbringen, dies jedoch unter anderem unter der Voraussetzung, dass Entscheidungen, in deren Durchführung Verbindlichkeiten der Privatstiftung entstehen sollen oder mit welchen über Vermögenswerte der Privatstiftung verfügt wird, gegen den Willen der vom Bundesminister für Finanzen entsandten Mitglieder des Stiftungsvorstands ausgeschlossen sind, und dass bei Auflösung der Privatstiftung ihr gesamtes Vermögen in das Eigentum des Bundes übergeht, der jedoch in diesem Fall verpflichtet ist, die Sammlung zu erhalten und in ihren wesentlichen Teilen als „Leopold Museum“ andauernd auszustellen.

Der Kläger war bei der Beklagten seit 19. 10. 2001 als Aufseher beschäftigt. Zum 31. 7. 2005 wurde dieses Dienstverhältnis von den Parteien einvernehmlich aufgelöst.

Mit der vorliegenden Klage begehrt der Kläger nach Ausdehnung des Klagebegehrens den Betrag von 11.754,54 EUR brutto sA. Sein Dienstverhältnis sei dem Vertragsbedienstetengesetz 1948 (VBG) unterlegen (§ 1 Abs 2 VBG; 8 ObA 6/05y). Bei der Beklagten handle es sich um eine gemeinnützige Privatstiftung, durch deren Stiftungsurkunde der maßgebliche Einfluss des Bundes auf die

Verwaltung sichergestellt sei. Aus der Differenz zwischen dem bei richtiger Einstufung nach dem VBG (Entlohnungsschema h, Entlohnungsgruppe h5) gebührenden und dem von der Beklagten tatsächlich gezahlten Entgelt samt Sonderzahlungen ergebe sich der Betrag von 9.805,19 EUR brutto. Zuzüglich offener Sonn- und Feiertagszuschläge von 1.516,67 EUR brutto und 432,68 EUR brutto ergebe sich der aushaftende Klagebetrag von 11.754,54 EUR brutto sA. Der Dienstvertrag des Klägers sei weder als „Sondervertrag“ bezeichnet noch vom Bundeskanzler genehmigt worden. Ein wirksamer Sondervertrag nach § 36 VBG sei daher nicht vorgelegen. Im Übrigen handle es sich bei den Einstufungsvorschriften des VBG um zwingendes Recht, das nicht durch Vereinbarung im Dienstvertrag unterschritten werden könne.

Die Beklagte bestreitet das Klagevorbringen, beantragt, das Klagebegehren abzuweisen, und wendet ein, dass das VBG nicht anwendbar sei. Dem Kläger stehe der Klagebetrag aber selbst dann nicht zu, wenn das VBG anzuwenden wäre. Im Fall der Einstufung nach dem VBG sei nämlich davon auszugehen, dass der Kläger als Aufseher bloße Hilfsdienste verrichtet habe. Das dafür gebührende Entgelt sei durch die tatsächlich gewährte Entlohnung abgegolten worden. Der Kläger müsse sich überdies auf den Klagebetrag auch die Zahlung der Abfertigung und der Urlaubersatzleistung von insgesamt 2.984 EUR brutto, auf die er keinen Anspruch gehabt habe, als Gegenforderung anrechnen lassen. Beim Dienstvertrag des Klägers habe es sich um einen Sondervertrag gemäß § 36 VBG gehandelt, weil die Verhältnisse bei der Beklagten eine Abweichung vom Gehaltsschema des VBG gerechtfertigt haben. Eine Genehmigung des Sondervertrags durch den Bundeskanzler

sei nicht erforderlich gewesen, weil dieser für Verträge mit privaten Rechtsträgern nicht zuständig sei und auch der Schutzzweck des § 36 VBG (Hintanhaltung von Forderungen gegen die öffentliche Hand) keine derartige Genehmigung gebiete. Bei vergleichbaren Museen, die in einem Konkurrenzverhältnis zur Beklagten stehen, werden niedrigere Löhne gezahlt. Eine Bezahlung des Aufsichtspersonals nach dem VBG sei daher der Beklagten aus wirtschaftlichen Gründen nicht zumutbar.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren unter Zugrundelegung der wiedergegebenen Feststellungen statt. In rechtlicher Hinsicht gelangte es unter Zugrundelegung der die Beklagte betreffenden Vorentscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 8 ObA 6/05y zur Anwendung des VBG auf das gegenständliche Dienstverhältnis zwischen den Parteien. Die Beklagte habe an keiner Stelle ihres Vorbringens ausgeführt, weshalb die rechtliche Beurteilung der Vorentscheidung hier nicht anwendbar sei.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten nicht Folge und bestätigte das klagestattgebende Ersturteil mit der Maßgabe, dass es mit dreigliedrigem Urteilsspruch feststellte, dass die Klageforderung in der Höhe von 11.754,54 EUR brutto sA zu Recht (1.), die eingewendete Gegenforderung hingegen nicht zu Recht bestehe (2.), weshalb die Beklagte schuldig sei, dem Kläger den Betrag von 11.754,54 EUR brutto sA zu bezahlen (3.). Das Berufungsgericht trat der rechtlichen Beurteilung des Erstgerichts bei und bejahte seinerseits unter Zugrundelegung der Vorentscheidung des OGH zu 8 ObA 6/05y die Anwendung des VBG auf die Beschäftigung des Klägers durch die Beklagte. Anders als bei den sonstigen

Privatstiftungen sei der Gründung der Beklagten nicht bloß ein rein privatrechtlicher Willensakt, sondern das Bundesgesetz betreffend die Finanzierung des Erwerbs der „Sammlung Leopold“, BGBl 1994/621, vorausgegangen. Aus § 10 Abs 1 Bundesmuseen-Gesetz 2002 könne nicht geschlossen werden, dass der Gesetzgeber alle Arbeitnehmer der Museen im Nahbereich des Bundes aus dem VBG herausnehmen wollte, weil dies sonst auch für die Mitarbeiter der Beklagten angeordnet worden wäre, was jedoch nicht der Fall gewesen sei. Die Beklagte unterscheide sich durch die Abhängigkeit der Außenvertretung und der Geschäftsführung vom Bund wesentlich von privatrechtlichen Kapitalgesellschaften, weshalb von einer Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes keine Rede sein könne. Die Beklagte unterliege aufgrund ihrer Gemeinnützigkeit dem Stiftungsbegriff des VBG. Die ordentliche Revision sei gemäß § 502 Abs 1 ZPO nicht zuzulassen, weil das Berufungsgericht nicht von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Anwendung des VBG abgewichen sei.

Gegen dieses Urteil richtet sich die außerordentliche Revision der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die Berufungsentscheidung iSd Klageabweisung abzuändern. Der Kläger beantragt in der ihm freigestellten Revisionsbeantwortung, der Revision der Beklagten nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die außerordentliche Revision ist trotz Vorliegens einer bereits die Beklagte in der Frage der Anwendbarkeit des VBG auf das Dienstverhältnis zu einem anderen Aufseher betreffenden Vorentscheidung (8 ObA 6/05y) im Interesse der Rechtsentwicklung zulässig; sie ist jedoch nicht berechtigt.

Die Beklagte beschränkt sich in ihrer Revision auf die Frage der Anwendbarkeit des VBG und - bejahendenfalls - auf die Frage des Vorliegens eines Sondervertrags iSd § 36 VBG. Die konkrete Einstufung des

Klägers nach dem VBG, der allfällige Verfall von Ansprüchen und die Anrechnung von (bzw Aufrechnung mit) erbrachten Leistungen der Beklagten (letzteres wiederum auch von Bedeutung für die Frage des ein- oder dreigliedrigen Urteilsspruchs [§ 545 Abs 3 Geo] und die Maßgabebestätigung durch das Berufungsgericht) werden in der Revision nicht mehr releviert. Hierauf ist daher nicht einzugehen. Vorweg ist auch darauf hinzuweisen, dass fehlendes Vorbringen in der Revision nicht durch einen schlichten Verweis auf Aufsätze in der Fachliteratur und Privatgutachten, die „zum Vorbringen der beklagten Partei erhoben“ werden (Punkt C. der Revision), ersetzt werden kann. Solche Verweisungen sind nach ständiger Rechtsprechung wirkungslos und daher unbeachtlich (Zechner in Fasching/Konecny² IV/1 § 503 Rz 25 mwN ua).

Die Einbeziehung der Dienstnehmer von „vom Bunde verwalteten Stiftungen, Fonds und Anstalten“ in den Anwendungsbereich des Vertragsbedienstetengesetzes findet sich bereits in § 1 Abs 1 Vertragsbedienstetengesetz 1934, BGBl 1934/312. Diese Regelung wurde in der Folge auch im Vertragsbedienstetengesetz 1948 (VBG), BGBl 1948/86, beibehalten, allerdings in den Abs 2 des § 1 verlagert, der in der Stamfassung des VBG 1948 wie folgt lautete: „Auf Personen, mit denen die vom Bund verwalteten Stiftungen, Fonds oder Anstalten einen Dienstvertrag abschließen, finden die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes sinngemäß Anwendung.“ Die Erläuternden Bemerkungen zum VBG 1948 führen dazu aus (RV 544 BlgNR 5. GP 15): „Während das Gehaltsüberleitungsgesetz für alle Bundesbeamten, das sind die in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zur Republik Österreich stehenden Bediensteten, gilt, soll das Vertragsbedienstetengesetz 1948 für alle Vertragsbediensteten des Bundes, das heißt für alle Personen gelten, mit denen der Bund einen Dienstvertrag abschließt, sofern sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt. Es soll gleich wie das Gehaltsüberleitungsgesetz sinngemäß auch für die Vertragsbediensteten der vom

Bund verwalteten Stiftungen, Fonds und Anstalten gelten. Es wird ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, daß derart das Vertragsbedienstetengesetz nicht für Dienstverträge gilt, die von anderen Rechtsträgern als dem Bund, insbesondere zum Beispiel von Gesellschaften, wie Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung abgeschlossen werden, durch die verstaatlichte „Unternehmungen“ geführt werden. Bedienstete dieser Rechtsträger sind nämlich keine Bediensteten des Bundes, sondern Bedienstete der betreffenden Rechtspersonen.“

§ 1 VBG idgF regelt im Abschnitt I („Allgemeine Bestimmungen“) - neben weiteren Sonderbestimmungen in den §§ 37, 49a etc - unverändert den Anwendungsbereich dieses Gesetzes. Nach § 1 Abs 1 VBG ist das VBG, soweit nicht die Abs 3 und 5 des § 1 oder die Abschnitte Ia und VII des VBG anderes bestimmen, auf Personen anzuwenden, die in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis zum Bund stehen. Nach dem hier im Mittelpunkt des Interesses stehenden § 1 Abs 2 VBG ist das VBG „auf Personen, die in einem Dienstverhältnis zu Fonds, Stiftungen oder Anstalten stehen, die von Organen des Bundes oder von Personen (Personengemeinschaften) verwaltet werden, die hiezu von Organen des Bundes bestellt sind, ... dem Sinne nach soweit anzuwenden, als nicht anderes bestimmt ist“. Nach § 1 Abs 5 VBG - die Abs 3 und 4 leg cit regeln Fälle der Nichtanwendung des VBG - können schließlich durch Verordnung der Bundesregierung weitere Gruppen von Vertragsbediensteten des Bundes nicht nur von der Anwendung dieses Bundesgesetzes ausgenommen, sondern von der Anwendung ausgenommene Gruppen der Anwendung des VBG unterstellt werden. Die aktuelle Fassung des § 1 Abs 2 VBG beruht - abgesehen von einer zwischenzeitig erfolgten, nicht weiter bedeutenden Änderung durch das Deregulierungsgesetz - Öffentlicher Dienst 2002, BGBl I 2002/119, mit der das Wort „etwas“ in der Wortfolge „nicht etwas anderes bestimmt ist“ gestrichen wurde - auf der 3. Vertragsbedienstetengesetz-Novelle, BGBl 1961/165. Die Erläuternden

Bemerkungen zu dieser Novelle gehen hinsichtlich der Änderungen der Abs 1 bis 3 des § 1 VBG davon aus, dass diese im Wesentlichen formaler Natur sind, weil mit den Bediensteten, deren Dienstverhältnis neu in den Anwendungsbereich fällt, schon bisher Dienstverträge unter sinngemäßer Anwendung des VBG abgeschlossen wurden, während andererseits die nunmehr aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommenen Bediensteten aufgrund von Sonderverträgen nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen behandelt wurden (RV 429 BlgNR 9. GP 15).

Die Rechtsprechung hatte sich mit dem Anwendungsbereich laut § 1 Abs 2 VBG nur selten zu befassen. Eine eingehende Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen dieser Bestimmung findet sich in jüngerer Zeit zunächst in der Entscheidung 9 ObA 67/88, die die Österreichische Akademie der Wissenschaften betraf. Auf diese Einrichtung wurde vom Obersten Gerichtshof § 1 Abs 2 VBG angewendet. Es handle sich bei dieser Einrichtung um eine selbständige Anstalt mit einem Bestand an sachlichen und persönlichen Mitteln, die dauernd bestimmten Zwecken der öffentlichen Verwaltung gewidmet seien. Die zu ihrer Vertretung berufenen Organe seien nach der Satzung durch Wahl zu ermitteln, die zu ihrer Gültigkeit der Bestätigung des Bundespräsidenten bedürfe. Bei dieser Bestätigung handle es sich nicht um eine bloße Beurkundung des ordnungsgemäßen Zustandekommens der Wahl, sondern um eine zur Gültigkeit der Bestellung notwendige Mitwirkung des Bundespräsidenten. Die vertretungsbefugten Organe seien daher Personen, die iSd § 1 Abs 2 VBG von Organen des Bundes zur Verwaltung bestellt werden (zustimmend *Ziehensack*, VBG § 1 Rz 43; kritisch hingegen *Mayer-Maly*, ZAS 1989/12). Die weitere Entscheidung 9 ObA 65/93 betraf ebenfalls die Österreichische Akademie der Wissenschaften. Darin stellte der Oberste Gerichtshof die Anwendbarkeit des § 1 Abs 2 VBG unter Hinweis auf die genannte Vorentscheidung nicht mehr in Frage. Mit der 2. Dienstrechts-Novelle 2003, BGBl I 2003/130, wurde das

Bundesgesetz betreffend die Akademie der Wissenschaften schließlich ab dem 1. 1. 2004 dahin geändert, dass in § 4 die Kollektivvertragsfähigkeit der Akademie iSd § 7 ArbVG und die Anwendung des Angestelltengesetzes für die bisher dem Akademie-Arbeitsrecht unterliegenden Arbeitsverhältnisse festgelegt wurden (RV 283 BlgNR 22. GP 7, 39). Damit wurde die Österreichische Akademie der Wissenschaften implizit vom VBG ausgenommen. Im Schrifttum sprach sich zunächst *Bammer* (in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG Einl Rz 59, 56 ff) allgemein, ohne spezielle Bezugnahme auf das VBG, für eine Begriffsdifferenzierung des Inhalts aus, dass dort, wo etwa in arbeitsrechtlichen Normen von „Stiftungen“ die Rede sei, nicht auch „Privatstiftungen“ erfasst seien. Demgegenüber hat *Kozak* (DRdA 2004, 282) die Anwendbarkeit des VBG auf Dienstverhältnisse zwischen der hier beklagten Leopold Museum-Privatstiftung und ihren Bediensteten ausdrücklich bejaht. Er geht davon aus, dass § 1 Abs 2 VBG auf eine tatsächliche Kontrolle des Stiftungsvorstands durch den Bund abstelle. Dem entspricht offenbar auch der von *Martinek/M.Schwarz/W.Schwarz* (AngG7 123) und in der Folgeaufgabe von *Löschnigg* (in Löschnigg, AngG8 § 4 Rz 16) vertretene Standpunkt, wonach der Gesetzgeber mit § 1 Abs 2 VBG unmissverständlich zum Ausdruck bringe, dass unabhängig von der rechtlichen Konstruktion und von der Art der Unternehmung die Verwaltung durch den Bund die Anwendung des AngG ausschließe.

In 8 ObA 6/05y bejahte auch der Oberste Gerichtshof, gestützt auf *Kozak* (DRdA 2004, 282) - wie schon die beiden Vorinstanzen - die Anwendbarkeit des VBG auf Dienstverhältnisse der gemeinnützigen Beklagten. Dabei ging es wie im vorliegenden Fall um einen Aufseher der Beklagten. Die Begründung der Revisionsentscheidung stieß im Schrifttum nicht nur auf Billigung (Drs in ZellKomm § 2 AngG Rz 7), sondern auch auf Ablehnung (ZfS 2005, 13 [*Csoklich*]; *Öhlinger*, Ist die Leopold Museum-Privatstiftung eine Stiftung im Sinne des Vertragsbedienstetengesetzes?, ZfS 2006, 92). Bevor nun auf die Argumente der Revisionswerberin

einzugehen ist, seien hier nochmals zum besseren Verständnis die wesentlichen Gründe der Vorentscheidung für die Bejahung der Anwendung des VBG auf die Beklagte wiedergegeben:

„Die Revisionswerberin hält der Anwendbarkeit des § 1 Abs 2 VBG primär entgegen, dass das VBG auf Privatstiftungen generell keine Anwendung finde. Der zuletzt 1961 geänderte § 1 Abs 2 VBG habe - soweit darin von „Stiftungen“ die Rede sei - nur vom Bund errichtete Stiftungen im Auge gehabt und könne Privatstiftungen gar nicht gemeint haben, weil diese erst seit dem In-Kraft-Treten des 1993 geschaffenen Privatstiftungsgesetzes (PSG) begründet werden könnten. Da § 1 Abs 2 VBG nicht geändert worden sei, könne ihm keine andere Reichweite als die historische beigemessen werden.

Dem ist nicht zu folgen. Zwar ist richtig, dass der historische Gesetzgeber des § 1 Abs 2 VBG Stiftungen nach dem PSG wohl nicht im Auge hatte; dies schließt aber die nach dem Wortsinn nahe liegende Anwendung der Bestimmung auf Stiftungen, die nach dem später erlassenen PSG gegründet wurden, keineswegs aus. Die historische Interpretation ist schließlich nur eine der in Betracht kommenden Auslegungsmethoden. Sie ändert nichts daran, dass im Fall einer vom Gesetzgeber noch nicht bedachten Änderung der Voraussetzungen im Rahmen des Möglichen dem eingetretenen Wandel durch eine am Zweck der Norm ausgerichtete Auslegung Rechnung getragen werden kann bzw muss (*Kozio/Welser* 112 23). Der Zweck des § 1 Abs 2 VBG liegt aber ganz offenkundig darin, für die dort genannten Rechtsträger unabhängig von der rechtlichen Konstruktion und von der Art der Unternehmung die Anwendung des AngG auszuschließen, wenn die Verwaltung des Rechtsträgers durch den institutionalisierten Einfluss des Bundes auf die Zusammensetzung der vertretungsbefugten Organe vom Bund kontrolliert wird.

Für die Annahme, dass sich § 1 Abs 2 VBG nur auf vom Bund errichtete

Stiftungen bezogen habe, fehlt es an einer rechtfertigenden Grundlage, zumal nicht nur nach dem seit 1975 in Kraft befindlichen Bundesstiftungs- und FondsG sondern auch nach der vorher geltenden Rechtslage (dazu näher *Gassauer-Fleissner/Grave*, Stiftungsrecht, § 2 Anm 1; Beinhauer, Das österreichische Stiftungsrecht, ÖJZ 1972, 380; siehe auch die Erl RV 1098 BeilNR 13. GP 15) Privatpersonen Stiftungen errichten konnten, wenn auch nur zu gemeinnützigen Zwecken. Dafür, dass § 1 Abs 2 VBG dessen ungeachtet nur vom Bund errichtete Stiftungen erfassen wollte, fehlt im Gesetzestext jeglicher Anhaltspunkt.

Wenn überhaupt, könnte der Umstand, dass der historische Gesetzgeber Privatstiftungen nach dem PSG nicht im Auge gehabt haben kann, die Frage aufwerfen, ob ein Differenzierungsanlass darin zu sehen ist, dass erst das PSG die Möglichkeit geschaffen hat, Stiftungen mit eigennütziger Zweckverfolgung zu gründen, während - wie ausgeführt - vorher nur gemeinnützige Zwecke verfolgt werden durften. Diese Frage braucht aber hier nicht näher erörtert zu werden, weil es sich bei der Beklagten ohnedies um eine gemeinnützige Privatstiftung handelt und nach Ansicht des erkennenden Senats gegen die Anwendung des § 1 Abs 2 VBG (jedenfalls) auf gemeinnützige Privatstiftungen, deren Verwaltung vom Bund dominiert wird, keine Bedenken bestehen. Dass der Bund einen maßgebenden Einfluss auf die Verwaltung der Beklagten hat, haben die Vorinstanzen zutreffend bejaht. Die Rechtsauffassung der Revisionswerberin, § 1 Abs 2 VBG könne nur Anwendung finden, wenn sämtliche Organe der Stiftung vom Bund bestellt werden, wird dem schon erörterten Zweck der Regelung, die auf die tatsächliche Kontrolle der Verwaltung durch den Bund abzielt, nicht gerecht. Von einer solchen Kontrolle der Verwaltung muss aber unter den hier gegebenen Umständen ausgegangen werden:

Dass nach der Satzung die erste Bestellung sämtlicher Mitglieder des Stiftungsvorstands durch den Stifter erfolgt, ist eine Folge der entsprechenden

Anordnung des § 15 Abs 4 PSG. Schon bei der ersten Bestellung des Stiftungsvorstands war aber der Einfluss des Bundes auf die Verwaltung sichergestellt, zumal die Bestellung der Hälfte der Mitglieder des Stiftungsvorstands über Vorschlag der beteiligten Bundesminister zu erfolgen hatte. Der Einfluss des Bundes ging aber von Beginn an über diesen Umstand hinaus, zumal von vornherein wesentliche, in der Stiftungsurkunde näher umschriebene Entscheidungen nicht gegen den Willen der vom Bundesminister für Finanzen nominierten (später: bestellten) Mitglieder gefasst werden konnten. Auch in § 10 der Stiftungsurkunde über die Vertretung der Stiftung nach außen war der Einfluss des Bundes vom Beginn ihrer Existenz an zusätzlich abgesichert.

Durch die weitere Entwicklung musste sich (und muss sich auch weiterhin) der Einfluss des Bundes auf die Verwaltung der Stiftung noch verstärken. Da die Funktionsperiode der Mitglieder des Stiftungsvorstands iSd oben zitierten Regelung der Stiftungsurkunde (§ 7 Abs 6 lit a) begrenzt ist, mussten zwangsläufig Neubestellungen erfolgen, die - soweit es sich um die zunächst von den beteiligten Bundesministern nur nominierten Mitglieder handelte - unmittelbar durch die genannten Minister zu erfolgen hatten. Langfristig ist - wie auch die Revisionswerberin erkennt - sichergestellt, dass der Bund sämtliche Mitglieder des Stiftungsvorstands bestellen wird. Der Revisionswerberin ist beizupflichten, dass das für die Dienstverhältnisse zur Stiftung maßgebende Dienstrecht nicht vom jeweiligen Stand des Einflusses des Bundes auf die Verwaltung der Stiftung abhängen kann. Es wäre aber nicht sachgerecht - den Vorstellungen der Revisionswerberin entsprechend - punktuell auf den Zeitpunkt der Gründung der Stiftung abzustellen, wenn sich schon aus der Stiftungsurkunde ergibt, dass der von Anfang an vorhandene maßgebende Einfluss des Bundes mittel- und langfristig steigen und schließlich in eine völlige Beherrschung münden wird. Abermals ist aber zu betonen, dass selbst zum Zeitpunkt der Gründung der Stiftung der Einfluss des Bundes in einem Ausmaß

bestanden hat, das wohl schon für sich allein die Anwendung des § 1 Abs 2 VBG gerechtfertigt hätte. Dass - wie die Revisionswerberin einwendet - nur Bestellungen durch Bescheid als „Bestellung“ iSd § 1 Abs 2 VBG zu werten seien, ist unzutreffend. Es wurde bereits ausgeführt, dass der Zweck der Norm darin besteht, für die in § 1 Abs 2 VBG genannten Rechtsträger unabhängig von der rechtlichen Konstruktion die Anwendung des VBG sicherzustellen, wenn die Verwaltung des Rechtsträgers durch den institutionalisierten Einfluss des Bundes auf die Zusammensetzung der vertretungsbefugten Organe vom Bund kontrolliert wird. Damit kann es aber auf die rechtliche Konstruktion des Bestellungsverganges nicht ankommen.

Zusammenfassend ist daher davon auszugehen, dass es sich bei der Beklagten um eine gemeinnützige Privatstiftung handelt, durch deren Stiftungsurkunde - im Hinblick auf gerade auf die zu gründende beklagte Partei bezogene gesetzliche Vorgaben - der maßgebende Einfluss des Bundes auf die Verwaltung sichergestellt ist. Damit liegen aber die Voraussetzungen für die Anwendung des § 1 Abs 2 VBG vor, sodass sich der Kläger zu Recht auf den durch § 32 VBG vermittelten Kündigungsschutz berufen kann."

Der 9. Senat tritt der rechtlichen Beurteilung in 8 ObA 6/05y bei. Eine abweichende Beurteilung ergibt sich auch nicht zwingend aus dem „verfassungsrechtlichen Stiftungsbegriff“ (aA *Öhlinger*, ZfS 2006, 92 [93 ff]). Richtig ist, dass - neben dem bereits in Art 10 Abs 1 Z 13 B-VG vorhandenen Kompetenztatbestand „Stiftungs- und Fondswesen, soweit es sich um Stiftungen und Fonds handelt, die nach ihren Zwecken über den Interessenbereich eines Landes hinausgehen und nicht schon bisher von den Ländern autonom verwaltet wurden“ - mit der BVG-Novelle BGBl 1993/508 in Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG „zur Klarstellung der Bundeskompetenz“ (AB 1142 BlgNR 18. GP 3; siehe auch RV 1132 BlgNR 18. GP 19) ein eigener Kompetenztatbestand „Privatstiftungswesen“ geschaffen wurde (vgl zur Kritik daran *Bammer* in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG Einl Rz 48

ff). Kompetenzprobleme stellen sich hier jedoch nicht. Wie schon in 8 ObA 6/05y ausgeführt, konnte der historische VBG-Gesetzgeber die erst 1993 eingeführten Privatstiftungen nach dem PSG nicht im Auge haben; dies gilt selbstverständlich auch für den historischen Verfassungsgesetzgeber. Dies schließt aber die nach dem Wortsinn nahe liegende Anwendung des § 1 Abs 2 VBG auf Privatstiftungen nicht aus. Im Fall einer vom Gesetzgeber noch nicht bedachten Änderung der Voraussetzungen ist im Rahmen des Möglichen dem eingetretenen Wandel durch eine sich am Zweck der Norm orientierende Auslegung Rechnung zu tragen (vgl. *Kozio/Welser* I 13 25; 5 Ob 6/80, SZ 53/109; 8 ObA 6/05y ua). Eine dem hier strittigen Teil des § 1 Abs 2 VBG entsprechende, praktisch wortgleiche Formulierung enthält im Übrigen auch Art 126b Abs 1 B-VG, der bestimmt, dass der Rechnungshof nicht nur die gesamte Staatswirtschaft des Bundes, sondern auch die Gebarung von „Stiftungen, Fonds und Anstalten zu überprüfen [hat], die von Organen des Bundes oder von Personen (Personengemeinschaften) verwaltet werden, die hiezu von Organen des Bundes bestellt sind.“ Während im verfassungsrechtlichen Schrifttum eine Kompetenz des Rechnungshofs zur Überprüfung der Gebarung von Privatstiftungen (auch bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des Art 126b Abs 1 B-VG) bestritten wird (vgl. *Baumgartner* in Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Art 126b B-VG Rz 2 ua), weist *Kroneder-Partisch* (in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 126b B-VG Rz 13 FN 39) darauf hin, dass der Rechnungshof die Prüfungszuständigkeit für die hier beklagte Privatstiftung annimmt. *Öhlinger* (ZfS 2006, 92 [93 FN 17]) verweist dazu wiederum darauf, dass die vom Rechnungshof angenommene Prüfungskompetenz unter Umständen auch aus Art 126b Abs 2 B-VG („Unternehmungen“) abgeleitet werden könnte.

Die Revisionswerberin steht jedenfalls weiterhin auf dem Standpunkt, dass das VBG auf Privatstiftungen keine Anwendung finde. Dazu beruft sie sich allerdings nicht näher auf die vorstehende

Diskussion bezüglich der Kompetenzartikel und der Zuständigkeit des Rechnungshofs, sondern unmittelbar auf das VBG. Dieses Gesetz regle das Dienst- und Besoldungsrecht der Vertragsbediensteten des Bundes, beziehe sich also auf eine der beiden Kategorien der Dienstverhältnisse zum Staat (neben jener der Beamten). Zwar gehe es dabei um privatrechtliche Dienstverhältnisse, aber eben um solche zum Staat. Gerade in dieser Beziehung liege das Definitionsmerkmal der Vertragsbediensteten. § 1 Abs 2 VBG erstrecke die Anwendung dieses Gesetzes auf ganz bestimmte „staatsnahe Einrichtungen“, habe also insofern einen gewissen Ausnahmecharakter, der durch Interpretation nicht überdehnt werden dürfe. Gehe man davon aus, dass öffentlich-rechtliche Stiftungen auf der Grundlage spezieller Gesetze (zB ORF-Gesetz) als Rechtspersonen des öffentlichen Rechts unverändert ein seltenes Phänomen seien, so sei die Absicht des Gesetzgebers im Zusammenhang mit § 1 Abs 2 VBG vorrangig auf gemeinnützige Stiftungen gerichtet, die nunmehr im Bundes-Stiftungs- und Fondsgesetz, BGBl 1975/11, abschließend geregelt seien. Der Versuch der Revisionswerberin, den § 1 Abs 2 VBG auf eine Ausnahme zu reduzieren, in der selbst gemeinnützige Privatstiftungen keinen Platz finden, greift zu kurz. Dass der Großteil der Dienstnehmer, auf die das VBG anzuwenden ist, in einem direkten Dienstverhältnis zum Bund steht (§ 1 Abs 1 VBG), ändert nichts daran, dass auch die in den Abs 2 und 5 - letzteres im Fall der ausdrücklichen Unterstellung unter das Regime des VBG durch Verordnung der Bundesregierung - genannten Dienstnehmer in den Anwendungsbereich des VBG fallen können. § 1 Abs 2 VBG ist daher nicht als Ausnahme, sondern als Ausdehnung des Anwendungsbereichs des VBG konzipiert (vgl. *Ziehensack*, VBG § 1 Rz 43). Wie schon erwähnt, ging bereits der Gesetzgeber des VBG 1934 ganz selbstverständlich von der Einbeziehung der Dienstnehmer von „vom Bunde verwalteten Stiftungen, Fonds und Anstalten“ - dort sogar noch in den Abs 1 des § 1 - aus. In der Beurteilung, dass die Absicht des Gesetzgebers im Zusammenhang mit § 1 Abs 2 VBG 1948

vorrangig auf gemeinnützige Stiftungen gerichtet war, stimmt die Revisionswerberin mit 8 ObA 6/05y überein. Ihre Auffassung, dass die gemeinnützigen Stiftungen „nunmehr“ im Bundes-Stiftungs- und Fondsgesetz (BStFG), BGBl 1975/11, geregelt seien, übergeht - was die Gesetzesmaterialien zum Privatstiftungsgesetz (PSG), BGBl 1993/694, aber ausdrücklich festhalten - dass der Stifter, soweit der Zweck einer Privatstiftung nicht über jene Zwecke hinausgeht, die auch eine „herkömmliche Stiftung“ (nach dem BStFG) haben kann (also im Fall der gemeinnützigen Zweckverfolgung), die Möglichkeit hat, die ihm am geeignetsten erscheinende Rechtsform (herkömmliche Stiftung oder Privatstiftung) zu wählen (RV 1132 BlgNR 23. GP 16; siehe dazu auch *Csoklich*, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch zur Privatstiftung 16; *Schwar*, Gemeinnützige Stiftungen und Fonds in Österreich, GeS 2003, 192 [193] ua). Die Annahme der Revisionswerberin, dass die gemeinnützige Stiftung im BStFG nunmehr „abschließend“ geregelt worden sei, trifft daher nicht zu.

Auch die Revisionswerberin räumt - zumindest vorerst - ein, dass kein sachlicher Grund gegen eine sinnvolle Anwendung des VBG spreche, wenn es um gemeinnützige Stiftungen iSd BStFG gehe, die durch Organe des Bundes oder vom Bund bestellte Organe verwaltet werden. Mit der Argumentation, dass sich allerdings Privatstiftungen - „insbesondere die Beklagte“ - ganz wesentlich von jenen Stiftungen unterscheiden, die dem historischen Gesetzgeber des VBG vorgeschwebt seien, wiederholt sie ihren bisherigen, vom Obersten Gerichtshof bereits abgelehnten Standpunkt, ohne diesen allerdings entscheidend zu verbessern. Wie schon in 8 ObA 6/05y ausgeführt, liegt der Zweck des § 1 Abs 2 VBG ganz offenkundig darin, für die dort genannten Rechtsträger - unabhängig von der rechtlichen Konstruktion und von der Art der Unternehmung - die Anwendung des AngG auszuschließen, wenn die Verwaltung des Rechtsträgers durch den institutionalisierten Einfluss des Bundes auf die Zusammensetzung der

vertretungsbefugten Organe vom Bund kontrolliert wird. Weshalb dies nach Auffassung der Revisionswerberin „insbesondere auf die Beklagte“ nicht zutreffen soll, vermag sie nicht zu begründen. Auch für die Annahme, dass sich § 1 Abs 2 VBG nur auf vom Bund errichtete Stiftungen bezogen habe, fehlt es an einer rechtfertigenden Grundlage, zumal nicht nur nach dem seit 1975 in Kraft befindlichen BStFG, sondern auch schon nach der vorher geltenden Rechtslage (vgl. *Beinhauer*, ÖJZ 1972, 378 [379 f]; siehe auch RV 1098 BlgNR 13. GP 14 f) Privatpersonen Stiftungen errichten konnten, wenn auch nur zu gemeinnützigen Zwecken. Dafür, dass § 1 Abs 2 VBG nur vom Bund errichtete Stiftungen erfassen wollte, fehlt im Gesetzestext jeglicher Anhaltspunkt. Richtig ist, dass nach § 1 Abs 2 VBG die Anwendung des VBG auf eine Person, die in einem Dienstverhältnis zu einer Stiftung steht, davon abhängt, dass die Stiftung von Organen des Bundes oder von Personen (Personengemeinschaften) verwaltet wird, die hiezu von Organen des Bundes bestellt sind. Der Zweck der Regelung zielt auf die tatsächliche Kontrolle der Verwaltung durch den Bund ab. In 8 ObA 6/05y ging der Oberste Gerichtshof vom Vorliegen einer solchen Kontrolle der Verwaltung unter den bei der Beklagten gegebenen Umständen aus. Unter anderem wies er darauf hin, dass der Einfluss des Bundes auf die Verwaltung schon bei der ersten Bestellung des Stiftungsvorstands der Beklagten sichergestellt war, zumal die Bestellung der Hälfte der Mitglieder des Stiftungsvorstands über Vorschlag der beteiligten Bundesminister zu erfolgen hatte; dass der Einfluss des Bundes von Beginn an über diesen Umstand hinaus ging, zumal von vornherein wesentliche, in der Stiftungsurkunde näher umschriebene Entscheidungen nicht gegen den Willen der vom Bundesminister für Finanzen nominierten (später: bestellten) Mitglieder gefasst werden konnten; dass auch in der Regelung der Stiftungsurkunde über die Vertretung der Stiftung nach außen der Einfluss des Bundes vom Beginn ihrer Existenz an zusätzlich abgesichert war, und dass auch langfristig sichergestellt ist, dass der Bund sämtliche Mitglieder des Stiftungsvorstands bestellen wird. Zu all dem hat die Beklagte in erster Instanz

nichts ausgeführt. Soweit sie nun dennoch in der Revision den Einfluss des Bundes auf die Verwaltung der Beklagten in Frage stellt, handelt es sich um eine unzulässige Neuerung, auf die hier nicht weiter eingegangen werden kann (§ 504 Abs 2 ZPO). Mit theoretischen Überlegungen der Revisionswerberin zu fehlenden Weisungs- und Durchgriffsrechten des Bundes, die sie auf ein Privatgutachten von Rebhahn stützen will, denen allerdings kein erstinstanzliches Vorbringen der Beklagten zugrundeliegt, hat sich der Oberste Gerichtshof nicht auseinanderzusetzen. Dies gilt auch für die weiteren Überlegungen der Revisionswerberin, welches Vorstandsmitglied der Beklagten in einem Dienstverhältnis zum Bund stehe, und daran anknüpfende Spekulationen, welchen Einfluss dies auf die Durchsetzung seines Willens haben könnte. Richtig ist, dass es § 9 Abs 2 Z 1 PSG dem Stifter gestattet, Regelungen über die Bestellung, Abberufung, Funktionsdauer und Vertretungsbefugnisse des Stiftungsvorstands in die Stiftungserklärung aufzunehmen, und dass § 27 PSG die gerichtliche Bestellung und Abberufung von Stiftungsorganen und deren Mitgliedern regelt. Es trifft auch zu, dass sich der Oberste Gerichtshof in 6 Ob 60/01v ausführlich mit der Abberufung von Vorstandsmitgliedern und der Frage des Vorliegens sachlicher Abberufungsgründe auseinandergesetzt hat. Für den Standpunkt der Beklagten ergibt sich daraus jedoch nichts, weil von ihr zur Frage der Bestellung oder Abberufung von Stiftungsorganen in erster Instanz nichts vorgebracht wurde.

Die Revisionswerberin argumentiert weiter, dass die Privatstiftung eine Organisationsform sei, die privatrechtlichen Kapitalgesellschaften näher stehe als den Stiftungen nach dem BStFG. Es erscheine daher gleichheitswidrig, Privatstiftungen an das VBG zu binden, wenn sie von Organen verwaltet werden, die von Bundesorganen bestellt seien, nicht aber - unter den gleichen Voraussetzungen - auch Kapitalgesellschaften, insbesondere Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Bekanntlich seien bei zahlreichen

Ausgliederungen aus dem öffentlichen Bereich private Rechtsträger in der Form einer GmbH errichtet und auf diese öffentliche Unternehmen oder Bereiche aus der Hoheitsverwaltung übertragen worden. Die Dienstnehmer, die nach der Ausgliederung in diese Gesellschaften neu eintreten, unterlägen in der Regel kraft ausdrücklicher Anordnung im jeweiligen Ausgliederungsgesetz nicht dem VBG, sondern dem allgemeinen Arbeitsrecht. In vielen Fällen stünden diese Gesellschaften im Alleineigentum des Bundes; es bestehe daher auch hier ein institutionalisierter Einfluss des Bundes auf die Zusammensetzung der vertretungsbefugten Organe. Eine unterschiedliche Behandlung von Privatstiftungen nach dem Typ der Beklagten und diesen Gesellschaften im Hinblick auf die Anwendung des VBG sei sachlich nicht gerechtfertigt. Ähnlich sei die Lage nach § 10 Bundesmuseen-Gesetz 2002. Das VBG finde dort nur auf jene Dienstverhältnisse weitere Anwendung, die diesem Gesetz bereits im Zeitpunkt der Ausgliederung unterworfen gewesen seien, also nicht auf neu eintretende Dienstnehmer. Aber auch auf diese Dienstnehmergruppe werde durch das Verbot von Sonderverträgen gemäß § 36 VBG Druck ausgeübt, in das allgemeine Arbeitsrecht zu wechseln. Der Gesetzgeber wolle also die Dienstnehmer der Museen aus dem VBG ausnehmen. In 8 ObA 6/05y sei nicht bedacht worden, dass nach der Errichtung der Beklagten im Jahr 1994 die Bundesmuseen 1998 und 2002 in das private Arbeitsrecht „entlassen“ worden seien. Gerade einer solchen, vom Gesetzgeber weder im Jahr 1948 noch im Jahr 1994 bedachten Änderung der Sach- und Rechtslage sei durch eine verfassungskonforme Interpretation des § 1 Abs 2 VBG Rechnung zu tragen. Die Beklagte sei aufgrund der Konstruktion als Privatstiftung, aber auch aufgrund der gemischten Zusammensetzung des Vorstands deutlich „staatsferner“ als die Bundesmuseen seit deren Ausgliederung. Die Beklagte würde auf Dauer an ein Sondergesetz gebunden, von dem der Bundesgesetzgeber die Bundesmuseen bereits weitgehend freigestellt habe. Ein solches Ergebnis sei vor dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz nicht zu rechtfertigen.

Die verfassungsrechtlichen Bedenken der Revisionswerberin sind - abgesehen davon, dass es auch insoweit an einem diesbezüglichen Vorbringen der Beklagten in erster Instanz fehlt - unbegründet. Der Gleichheitsgrundsatz setzt dem Gesetzgeber insofern verfassungsrechtliche Schranken, als er ihm verbietet, sachlich nicht begründbare Regelungen zu treffen (VfSlg 13743; 10 ObS 205/02y ua). Dem einfachen Gesetzgeber ist es jedoch durch den Gleichheitsgrundsatz nicht verwehrt, seine jeweiligen rechtspolitischen Vorstellungen im Rahmen vertretbarer Zielsetzungen auf die ihm geeignet erscheinende Art zu verwirklichen (VfSlg 13743; 10 ObS 205/02y ua). Der in Art 7 B-VG normierte Gleichheitsgrundsatz verpflichtet den Gesetzgeber, an gleiche Tatbestände gleiche Rechtsfolgen zu knüpfen. Er verbietet also willkürliche Differenzierungen, lässt aber unterschiedliche Regelungen dort zu, wo sie durch entsprechende Unterschiede im Tatsächlichen sachlich gerechtfertigt sind (Mayer, B-VG4 § 2 StGG Anm III.1. mwN; Berka in Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Art 7 B-VG Rz 40 mwN; 4 Ob 5/82, Arb 10.093; 9 ObA 328/00a ua). Die Schwäche der Argumentation der Revisionswerberin liegt darin, dass sie die von ihr gewünschte Auslegung zum feststehenden Maßstab erklärt, an der sich die davon abweichende Auslegung messen lassen muss, und dann die abweichende Auslegung - mangels Übereinstimmung - für gleichheitswidrig erklärt. Dabei übergeht sie, dass jede gesetzliche Regelung eine Differenzierung nach irgendwelchen Kriterien ist und zwangsläufig auf eine „Ungleichbehandlung“ hinausläuft. Es ist daher zu fragen, ob unterschiedliche Regelungen durch Unterschiede im Tatsächlichen gerechtfertigt werden können (Berka in Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Art 7 B-VG Rz 41).

Zum besseren Verständnis ist nochmals auf die einleitenden Ausführungen zurückzugreifen und darauf hinzuweisen, dass der Verfassungsgerichtshof davon ausgeht, dass es grundsätzlich im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum

des Gesetzgebers liegt, unterschiedliche Ordnungssysteme zu schaffen (vgl VfSlg 13558, 13829 ua). Der Gesetzgeber ist in diesem Fall nicht verpflichtet, verschiedene, an sich ähnliche Rechtsinstitute oder Regelungsmaterien gleich zu behandeln (Berka in Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Art 7 B-VG Rz 59 ua). Das Vertragsbedienstetengesetz 1948 enthält - als Ordnungssystem für privatrechtliche Dienstverhältnisse zum Bund und bundesnahe Fonds, Stiftungen oder Anstalten - besondere arbeitsrechtliche Bestimmungen für jene Dienstnehmer, die in seinen Anwendungsbereich fallen. Jeder Anwendungsbereich eines Ordnungssystems bringt es mit sich, dass er sich von den Anwendungsbereichen anderer Ordnungssysteme (hier zB BDG, AngG etc) abgrenzen muss. In den Anwendungsbereich des § 1 Abs 1 und 2 VBG fallen eben Dienstnehmer, die in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis zum Bund oder zu bundesnahen Fonds, Stiftungen oder Anstalten stehen. Auch die Revisionswerberin räumt in Punkt A.2.1. der Revision ein, dass „in diesem Fall“ (gemeint: im Fall gemeinnütziger Stiftungen iSd BStFG, die durch Organe des Bundes oder vom Bund bestellte Organe verwaltet werden) kein sachlicher Grund gegen eine sinngemäße Anwendung des das privatrechtliche Dienstverhältnis zum Staat regelnde VBG spreche. Verfassungsrechtlich bedenklich ist sohin aus der Sicht der Revisionswerberin - zunächst - nicht die Norm (§ 1 Abs 2 VBG), sondern das Ergebnis der Auslegung dieser Norm (Einbeziehung auch der Beklagten in den Anwendungsbereich des VBG).

Richtig ist, dass bei der Auslegung eines Gesetzes interpretative Widersprüche zum Verfassungsrecht wegen seines höheren Rangs zu vermeiden sind („verfassungskonforme Auslegung“; siehe dazu Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² 455 f; ders in Rummel, ABGB³ § 6 Rz 21; Posch in Schwimann, ABGB³ § 6 Rz 27 ua). Wegen des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes als ausdrücklicher Verfassungsnorm (Art 7 B-VG) ist bei der Auslegung danach zu trachten, Wertungswidersprüche, dh eine sachlich nicht begründete und somit willkürliche

Verschiedenbehandlung gleichartiger Sachverhalte, zu vermeiden. Der verfassungsrechtliche Gleichheitsgrundsatz gibt dabei aber sachlich nicht mehr her als der „Grundsatz der (relativen) Gerechtigkeit“ als Bestandteil der Rechtsidee überhaupt: Für sich allein vermag er eine Auslegungsvariante nicht zu bestätigen oder zu widerlegen. Vielmehr nötigt er zu einer genauen Analyse der normbetroffenen Sachverhalte und vor allem zur Ermittlung und Verwertung der „Ordnungsprinzipien“ der im Sachzusammenhang stehenden gesetzlichen Bestimmungen (Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² 456).

Auszugehen ist damit von der auszulegenden Norm und nicht von dem von der Beklagten gewünschten Ergebnis. Der hier anzuwendende § 1 Abs 2 VBG gebietet die Entscheidung, ob die beklagte gemeinnützige Privatstiftung eine „Stiftung“ iSd dieser Bestimmung ist, die von Organen des Bundes oder von Personen (Personengemeinschaften) verwaltet wird, die hiezu von Organen des Bundes bestellt sind. Dies wurde in 8 ObA 6/05y mit ausführlicher Begründung bejaht; dies wird nach wie vor als sachlich gerechtfertigt beurteilt und daher in dieser Entscheidung fortgeschrieben. Dass der Gesetzgeber unterschiedliche Rechtsformen des Tätigwerdens (vgl zB die verschiedenen Gesellschaftsformen) unterschiedlich behandelt, ist grundsätzlich nicht bedenklich. Wie bereits erwähnt, bekannte sich schon der Gesetzgeber des VBG 1934 ausdrücklich zur unterschiedlichen Behandlung von Bediensteten des Bundes und der vom Bund verwalteten Stiftungen, Fonds und Anstalten einerseits und von Bediensteten der im Rahmen der Verstaatlichung agierenden bundesnahen Gesellschaften andererseits (RV 544 BlgNR 5. GP 15). Dass es dabei in Grenzbereichen - wozu wohl auch die arbeitsrechtliche Nahtstelle zwischen einer gemeinnützigen bundesnahen Privatstiftung und einer gemeinnützigen bundesnahen GmbH gehört - zu unterschiedlichen Rechtsfolgen (je nach Rechtsform) kommt, die im Einzelfall von manchen Normadressaten als unbillig empfunden werden, begründet vor dem Hintergrund

der bei der Prüfung des Gleichheitsgrundsatzes anzustellenden Durchschnittsbetrachtung noch keine Gleichheitswidrigkeit (vgl. *Berka* in Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Art 7 B-VG Rz 56 mwN; RIS-Justiz RS0054009 ua).

Soweit die Revisionswerberin in Punkt B. der Revision offenbar hilfsweise (arg „Sollte der OGH demgegenüber der Auffassung sein, dass ...“) schließlich doch noch die Verfassungsmäßigkeit des § 1 Abs 2 VBG anzweifelt, dies allerdings nicht näher begründet, kann ihr nicht gefolgt und daher auch ihrer Anregung, den Verfassungsgerichtshof mit einer Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 1 Abs 2 VBG zu befassen, nicht beigetreten werden. Soweit überblickbar, wurde die Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmung bisher weder in der Rechtsprechung noch im Schrifttum angezweifelt. Der Senat geht davon aus, dass es im Gestaltungsspielraum des Bundesgesetzgebers liegt, nicht nur ein Ordnungssystem zu schaffen, sondern dieses auch mit einem Inhalt zu versehen, und dabei eben, soweit hier relevant, nicht nur privatrechtliche Dienstverhältnisse zum Bund, sondern auch Dienstverhältnisse zu „bundesnahen“ Fonds, Stiftungen oder Anstalten der sinngemäßen Anwendung des VBG zu unterstellen (§ 1 Abs 1 und 2 VBG). Gemäß Art 89 Abs 2 Satz 2 B-VG hat der Oberste Gerichtshof nur dann einen Antrag auf Aufhebung eines Gesetzes beim Verfassungsgerichtshof zu stellen, wenn er gegen die Anwendung dieses Gesetzes Bedenken hat. Dies ist hier nicht der Fall. Allein der Umstand, dass eine Partei noch dazu nicht näher begründete Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes behauptet, berechtigt bzw verpflichtet das Gericht für sich allein noch nicht zur Antragstellung (10 ObS 205/02y; RIS-Justiz RS0053641 ua). Unbegründet ist zuletzt auch der Einwand der Revisionswerberin, das Berufungsgericht sei im Hinblick auf die Zulässigkeit eines Sondervertrags gemäß § 36 VBG von der ständigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung abgewichen. Überlegungen zur unterbliebenen Bezeichnung als „Sondervertrag“ und zur ebenfalls unterbliebenen Genehmigung

des Sondervertrags durch den Bundeskanzler können vor dem Hintergrund einer nach § 1 Abs 2 VBG bloß „dem Sinne nach“ gebotenen Anwendung des VBG dahingestellt bleiben. Richtig ist, dass nach der Rechtsprechung ein Sondervertrag gemäß § 36 VBG unter bestimmten Voraussetzungen auch zum Nachteil des Dienstnehmers vom VBG abweichen darf (9 ObA 606/90 ua). Diese Voraussetzungen liegen allerdings hier nicht vor. Die Betonung des Ausnahmecharakters im Gesetz sowie der zwingende Charakter der Einstufungs- und Entlohnungsvorschriften des VBG verlangen eine strenge Auslegung, weil sonst zum Nachteil des Vertragsbediensteten diese Vorschriften sowie der Grundsatz, dass es für die Einstufung nicht auf die vereinbarten, sondern auf die tatsächlich geleisteten Dienste ankommt, auf dem Umweg über „Sonderverträge“ außer Wirksamkeit gesetzt werden könnten (*Ziehensack*, VBG § 36 Rz 13a; RIS-Justiz RS0008975, RS0081680 ua). Die Einstufungsvorschriften des VBG gelten auch für die Beklagte, weil „nichts anderes bestimmt“ ist (§ 1 Abs 2 VBG). Der unbegründeten Revision der Beklagten muss ein Erfolg versagt bleiben. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf die §§ 41, 50 Abs 1 ZPO.