

UNILEX

IN PROGRESS

Informationen zu universitätsrechtlicher Theorie und Praxis 2020

» Anneliese Legat, Editorial2

PERSONALRECHT:

- » Günther Löschnigg, Zulässige Urlaubsanordnung an den Universitäten im Lichte der Corona-Krise?3
- » Monika Drs, Urlaub während der Corona-Krise9
- » Lothar Matzenauer, Nachträgliche Anrechnung von Ruhegenussvordienstzeiten für UniversitätsprofessorInnen11
- » Karin Burger-Ehrnhofer, Vordienstzeiten im Geltungsbereich des Universitäten-Kollektivvertrags – die Rechtssache Krah und ihre Folgen14

ORGANISATIONSRECHT:

- » Manfred Novak, Unvereinbarkeiten bei Funktionsausübungen in Universitätsorganen17
- » Lothar Matzenauer, Überstellung in die Verwendungsgruppe der Universitätsdozenten/innen (§ 170 BDG) nach Habilitation an einer anderen inländischen oder ausländischen Universität?23

Editorial zu UNILEX in Progress

Der Zentralausschuss für die UniversitätslehrerInnen beim BMBWF (ZA I) als Herausgeber und die Schriftleitung haben sich angesichts der außergewöhnlichen Umstände durch die Corona-Pandemie entschlossen, neue Wege zu beschreiten. Die Ausgabe von UNILEX, dem Publikationsorgan des ZA I, wird 2020 als Online-Version, die laufend erweitert wird, geführt. Dadurch sollen aktuelle Beiträge zeitnah zur Verfügung gestellt werden.

Zu den Fragestellungen des universitären Personalrechts sowie zu Aspekten aus dem Organisations- und Studienrecht, die wegen der durchwegs interpretationsoffenen Regelungen des Universitätsgesetzes 2002 immer neue Fragestellungen aufwerfen, ergibt sich für den universitären Bereich aktuell neuer Bedarf durch die Corona-Gesetzgebung. UNILEX bleibt weiterhin bei seiner Strategie und widmet sich ausgewählten Themen des Universitätsrechtes, insbesondere aus Sicht der Rechtspraxis, und wendet auch dem Gebiet von Gleichstellung und Frauenförderung entsprechende Aufmerksamkeit zu. Hochschulpolitische Aspekte ergänzen das Themenspektrum. Die Auseinandersetzung mit den interessierenden Gegenständen erfolgt unter der Aufgaben-

stellung der Personalvertretung zur Förderung und Wahrung der beruflichen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und gesundheitlichen Interessen der Bediensteten.

UNILEX verfolgt das Ziel einer anwendungsorientierten, benutzerfreundlichen Handreichung. Die gesetzlichen Grundlagen werden praxisbezogen aufbereitet, um die Rezeption zu erleichtern. Dabei werden Übersetzungsleistungen von juristischer und allfälliger anderer Fachterminologie in eine für die Anwender/innen verständlichen sprachlichen Form angestrebt. Der Zentralausschuss kommt damit seinem Auftrag zu Information, Koordination und Beratung nach.

Die Verantwortung für die inhaltliche Gestaltung liegt – unterstützt durch den wissenschaftlichen Beirat – beim Zentralausschuss und der Schriftleitung.

Frühjahr/Sommer 2020

AssProf. Mag. DDr. Anneliese Legat
Vorsitzende des Zentralausschusses
für die UniversitätslehrerInnen

Alle Funktionsbezeichnungen sind geschlechtsneutral zu verstehen.

Wissenschaftlicher Beirat:

Em.o.Univ.-Prof. Mag. Dr. Bernd-Christian Funk, Universität Wien

Univ.-Prof. MMag. DDr. Günther Löschnigg iR., Universität Graz und Linz

ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Wolfgang Weigel iR., Universität Wien

Impressum:

Medieninhaber, Herausgeber und Herstellung:

Zentralausschuss für die UniversitätslehrerInnen der Ämter der Universitäten, Strozzigasse 2/3, Stock, 1080 Wien

Schriftleitung: AssProf. Mag.DDr. Anneliese Legat, Vorsitzende des Zentralausschusses für die UniversitätslehrerInnen, Universität Graz

Offenlegung gem. § 25 Mediengesetz:

Informationen zu universitätsrechtlicher Theorie und Praxis für das wissenschaftliche und künstlerische Personal der österreichischen Universitäten

Alle Rechte, insbesondere das Recht auf Vervielfältigung, Verbreitung, Verwendung, vorbehalten. Alle Teile des Werkes dürfen nur mit schriftlicher Genehmigung des Herausgebers reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Zulässige Urlaubsanordnung an den Universitäten im Lichte der Corona-Krise?

Günther Löschnigg

Stand Mai 2020

1. Oberstes Prinzip: Die Urlaubsvereinbarung

In Österreich¹ sind Urlaubsbestimmungen für **private Arbeitsverhältnisse** – unabhängig ob für sie das Urlaubsgesetz oder Sonderbestimmungen² maßgeblich sind – vom Grundsatz einer **im Einvernehmen zustande gekommenen Urlaubsvereinbarung** getragen. So sah etwa schon § 4 Abs 1 des Arbeiter-Urlaubsgesetzes 1919 vor, dass der „Antritt desurlaubes ... unter Berücksichtigung der Betriebsverhältnisse im Einvernehmen zu bestimmen“ ist³. Sehr deutlich sind auch die Materialien zum Handlungsgesetz, dem Vorläufer des Angestelltengesetzes: „Es muss vielmehr in erster Linie dem Einvernehmen beider Teile überlassen bleiben, eine dem Interesse der Parteien entsprechende Zeit zu vereinbaren, die weder dem Geschäftsbetrieb allzu sehr Eintrag tut, noch den Urlaub auf eine dem Zwecke der Erholung ungünstige Zeit verlegt“.⁴

Das Konzept im **Beamten dienstrecht** ist vom rechtlichen Ansatz her nicht vergleichbar, de facto aber gleich gelagert. § 42 der Dienstpragmatik aus 1914 sah etwa vor, dass die Urlaubszeit „nach den dienstlichen Verhältnissen festzusetzen“ ist⁵. Insofern wird Einseitigkeit suggeriert. Auch das aktuelle BDG scheut sich explizit von einer Vereinbarung zu sprechen und geht von der Festlegung des Urlaubes durch den Leiter der Dienststelle aus⁶. Nach § 68 BDG ist die kalendermäßige Festlegung des Erholungsurlaubes allerdings unter Berücksichtigung der dienstlichen Interessen vorzunehmen, wobei auf die persönlichen Ver-

hältnisse des Beamten angemessen Rücksicht zu nehmen ist.

Das **Vertragsbedienstetenrecht** lässt hingegen keinerlei Zweifel aufkommen, dass es uneingeschränkt von einem Einvernehmen beim Urlaubskonsum ausgeht. § 27e VBG zufolge ist über den Verbrauch des Erholungsurlaubes „rechtzeitig vor jedem Urlaubsantritt ... eine **Vereinbarung** zu treffen“.

Am deutlichsten kommt die Voraussetzung eines Einvernehmens in § 4 Abs 1 UrlG zum Ausdruck: Der **Zeitpunkt des Urlaubsantritts** ist zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer unter Rücksichtnahme auf die Erfordernisse des Betriebes und die Erholungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers zu **vereinbaren**⁷. Daraus folgt, dass der Arbeitnehmer nicht verpflichtet ist, den Urlaub zu einer Zeit zu verbrauchen, in der der eigentliche Zweck des Urlaubes, nämlich Entspannung, Erholung und Rekreation, nicht erreicht werden kann⁸.

2. Einseitiger Urlaubsantritt

Wenngleich die Urlaubsvereinbarung die Regel ist, kennt das Urlaubsrecht im privaten Arbeitsrecht Fälle eines einseitigen Urlaubsantritts durch den Arbeitnehmer. Zum einen sieht § 4 Abs 4 UrlG einen einseitigen Urlaubsantritt für den Arbeitnehmer vor, wenn in Betrieben mit Betriebsrat ein Urlaub von mindestens 12 Werktagen mindestens 3 Monate zuvor dem Arbeitgeber bekanntgegeben wird⁹. Zum an-

¹ Anders etwa in der Schweiz, wo zwar auf Wünsche des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen ist, wo aber der Arbeitgeber den Zeitpunkt der „Ferien“ bestimmt (s Art 329c Abs 2 OR); hiezu allgemein *Geiser/Müller/Pärlä*, Arbeitsrecht in der Schweiz⁴ (2019) 228 und speziell in diesem Zusammenhang *dies*, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, in Jusletter 23. März 2020.

² Vgl § 9 HGHAngG, § 7 BUAG, § 15 GAngG, § 3 JournG.

³ StGBI 395/1919.

⁴ 192 Beilagen StenProt des Abgeordnetenhauses, XVIII. Session 1907, 19.

⁵ RGBl 15/1914.

⁶ Durchaus deutlich in diesem Sinn VwGH 4.10.1973, ÖJZ 1974, 277; VwGH 29.7.1992, SlgNF 13.688A; VwGH 19.12.2001, 2000/12/0251.

⁷ S zB *Strasser*, Der Verbrauch des Urlaubes, ÖJZ 1958, 405; *Kuderna*, Urlaubsrecht² (1995) 91; OGH 30.10.1996, 9 ObA 2133/96h, ASoK 1997, 126.

⁸ OGH 23.3.1976, 4 Ob 11/76, Arb 9462.

⁹ Vgl zB *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ (2017) 511; *Kuderna*, Das Verfahren bei Nichtzustandekommen einer Einigung über den Urlaubsantritt, ZAS 1977, 83; *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ (2019) 303.

deren kann der Urlaub einseitig angetreten werden, wenn kein Anspruch auf **Krankenpflege- oder Betreuungsfreistellung** mehr besteht, der Arbeitnehmer aber eine solche noch benötigen würde (zB zur Betreuung eines erkrankten Kindes; s § 16 Abs 3 UrlG).

3. Einseitige Urlaubsfestlegung durch den Arbeitgeber

Die **einseitige Festlegung des Erholungsurlaubes** durch die Maßnahmen der Bundesregierung im Rahmen der Corona-19-Krise bildet ein **Novum im privaten Arbeitsrecht**. Entsprechend der unterschiedlichen Kategorien von Arbeitnehmern an der Universität – insb unter Einbeziehung der beamteten UniversitätslehrerInnen – muss jedoch unterschieden werden.

3.1. Arbeitnehmer iS des Universitäten-Kollektivvertrages

3.1.1. Der sozialpolitische Kompromiss

Hervorzuheben ist, dass die durch die Corona-Krise bedingten Neuerungen im Urlaubsrecht nicht im Urlaubsgesetz, sondern in das ABGB eingebaut wurden.

Die Bestimmung des § 1155 ABGB lautet:

(1) Auch für Dienstleistungen, die nicht zustande gekommen sind, gebührt dem Dienstnehmer das Entgelt, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände, die auf Seite des Dienstgebers liegen, daran verhindert worden ist; er muß sich jedoch anrechnen, was er infolge Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat.

(2) Wurde er infolge solcher Umstände durch Zeitverlust bei der Dienstleistung verkürzt, so gebührt ihm angemessene Entschädigung.

(3) Maßnahmen auf Grundlage des COVID-19-Maßnahmengesetzes ..., die zum Verbot oder zu Einschränkungen des Betretens von Betrieben führen, gelten als Umstände iSd Abs 1. Arbeitnehmer, deren Dienstleistungen aufgrund solcher Maßnahmen nicht zustande kommen, sind verpflichtet, auf Verlangen des Arbeitgebers in dieser Zeit Urlaubs- und Zeitguthaben zu verbrauchen.

(4) Für den Verbrauch gem Abs 3 gilt:

1. Urlaubsansprüche aus dem laufenden Urlaubsjahr müssen nur im Ausmaß von bis zu 2 Wochen verbraucht werden.

2. Von der Verbrauchspflicht sind weiters ausgenommen solche Zeitguthaben, die auf der durch kollektive Rechtsquellen geregelten Umwandlung von Geldansprüchen beruhen.

3. Insgesamt müssen nicht mehr als 8 Wochen an Urlaubs- und Zeitguthaben verbraucht werden.

Es mag auf den ersten Blick erstaunen, dass die Möglichkeit, Urlaub anzuordnen, nicht in das Urlaubsgesetz aufgenommen wurde. Der rechtssystematische Grund liegt darin, dass die Pflicht zum Verbrauch des Erholungsurlaubes untrennbar mit der Pflicht zur Fortzahlung des Entgelts verbunden ist.

Um den inneren Zusammenhang zu verstehen, ist es erforderlich, die allgemeinen Überlegungen zur **Risiko-Verteilung bei Leistungsstörungen** einzubeziehen. Im **Arbeitsrecht** wird zumeist die sog **Sphärentheorie** als Ausgangspunkt gewählt¹⁰. Differenziert wird hierbei nach der **Arbeitnehmersphäre** (zB Krankheit, sonstige Dienstverhinderungen) mit der Konsequenz einer zeitlich befristeten Entgeltfortzahlung für den Arbeitnehmer, nach der **Arbeitgebersphäre** (zB Betriebsstörungen), die gleichfalls eine Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber ohne zeitliche Begrenzung gem § 1155 ABGB nach sich zieht¹¹, und nach der **neutralen Sphäre**, bei deren Vorliegen die Ansicht vertreten wird, dass dem Arbeitnehmer keine Entgeltfortzahlung zusteht¹². Im Fall der Corona-Krise hat sich von Anfang an die Frage gestellt, ob Maßnahmen wie Betriebseinschränkungen oder Betriebsstilllegungen vom Unternehmen zu vertreten sind, das heißt, ob ein Phänomen der Arbeitgebersphäre oder eines der neutralen Sphäre vorliegt. Der Gesetzgeber hat mit den Einfügungen in § 1155 ABGB durch das zweite Covid-19-Gesetz, BGBl 16/2020, eine klare Position bezogen: Unter den Voraussetzungen des Abs 3 des § 1155 ABGB liegt jedenfalls ein Umstand vor, der zu einer Entgeltfortzahlung nach § 1155 Abs 1 ABGB führt. Diese normative Zuordnung – man kann es in diesem Zusammenhang dahingestellt lassen, ob es sich um eine deklarative oder konstitutive Entscheidung han-

¹⁰ Allgemein hiezu zB *Löschnigg*, *Arbeitsrecht*¹³ (2017) 465; *Naderhirm*, Gedanken zur Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei höherer Gewalt, DRdA 2005, 17; *Melzer-Azodanloo* in *Löschnigg* (Hrsg), *Angestelltengesetz* Bd 1¹⁰ (2016) 336.

¹¹ S etwa *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht*² (2011) Rz 15 zu § 1155; *Pfeil* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), *ABGB-Praxiskommentar* V⁴ (2014) Rz 12 zu § 1155 ABGB.

¹² Vgl etwa *Reissner* in *Kozak* (Hrsg), *ABGB und Arbeitsrecht* (2019) 759; *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), *ABGB* 13 (2000) § 1155 Rz 12; *Binder*, Die Beendigung arbeitsvertraglicher Bedingungen bei dauernder Leistungsmöglichkeit, in *FS Strasser* (1983) 286; *Strasser/Reischauer*, Der Arbeitskampf (1972) 60; *Gerhartl*, Entgeltfortzahlung: Probleme der neutralen Sphäre, DRdA 2007, 19; *Lutz*, Was hat Vulkanasche mit einer „neutralen Sphäre“ zu tun?, DRdA 2011, 574.

delt¹³ – führt zu einer **zeitlich unbegrenzten Entgeltfortzahlung** und damit zu einem beachtlichen Kostenrisiko für den Dienstgeber. Die Bestimmung des § 1155 ABGB ist zwar abdingbar, üblicherweise werden aber Einschränkungen arbeitsvertraglicher oder kollektivvertraglicher Natur nicht vorgenommen. Eine Einschränkung der Entgeltfortzahlungspflicht, zB eine zeitliche Begrenzung der Weiterzahlung des Entgelts, wäre allerdings auch in aufrechten Arbeitsverhältnissen durch entsprechende Vertragsänderungen möglich.

Die Übertragung des Entgeltfortzahlungsrisikos auf den Arbeitgeber ist aus Arbeitnehmersicht grundsätzlich positiv zu bewerten. Sie kann aber auch dazu führen, dass der Arbeitgeber zu kündigen gezwungen ist, falls keine Alternativen, wie zB Kurzarbeit, für ihn in Frage kommen. Dem Gesetzgeber scheint dies durchaus bewusst gewesen zu sein, wenn er die Entgeltfortzahlung nicht isoliert, sondern im unmittelbaren textlichen und systematischen Zusammenhang mit der Urlaubs- und Zeitausgleichsordnung normiert.

3.1.2. Die Voraussetzungen

Sowohl für die **Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers** als auch für sein **Anordnungsrecht bezüglich Urlaub und Zeitausgleich** ist entscheidend, dass es sich um **Maßnahmen aufgrund des COVID-19-Maßnahmengesetzes** handelt, **die zum Verbot oder zu Einschränkungen des Betretens des Betriebes führen**.

Das COVID-19-Maßnahmengesetz¹⁴ überlässt vor allem mittels zweier Verordnungsermächtigungen dem Verordnungsgeber die Ausgestaltung adäquater Maßnahmen. Nach § 1 des Gesetzes kann der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz durch Verordnung das Betreten von Betriebsstätten oder nur bestimmten Betriebsstätten zum Zweck der Erwerbs von Waren und Dienstleistungen oder Arbeitsorte im Sinne des § 2 Abs 3 ASchG untersagen, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von Covid-19 erforderlich ist. Nach § 2 des Gesetzes kann durch Verordnung das Betreten von bestimmten Orten generell untersagt werden, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von Covid-19 erforderlich ist. Die Bestimmung des § 2 ist an sich derart weit gefasst, dass sie die Fälle des § 1 ohnedies schon inkludieren

würde. Für die arbeitsrechtliche Entgeltfortzahlungspflicht und für die Pflicht zur Konsumation von Urlaub und Zeitausgleich sind sowohl die zu § 1 ergangene Verordnung, BGBl II 96/2020, als auch die Verordnung zu § 2, BGBl II 98/2020, von Relevanz.

Gestützt auf § 1 des COVID-19-Maßnahmengesetzes hat der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz die Verordnung BGBl II 96/2020 erlassen¹⁵. Diese Verordnung bezieht sich auf Betriebsstätten des Handels und auf Betriebsstätten von Dienstleistungsunternehmen und von Freizeit- und Sportbetrieben. Universitäten, Fachhochschulen etc sind darunter nicht zu subsumieren. § 1 des COVID-19-Maßnahmengesetzes wurde in der Zwischenzeit um „Arbeitsorte im Sinn des § 2 Abs 3 ArbeitnehmerInnenschutzgesetz“ ergänzt wurde. Arbeitsorte iSd § 2 Abs 3 ASchG wären auch die Universitäten und Fachhochschulen. Die Verordnung hat jedoch bisher ihren Anwendungsbereich nicht auf die Universitäten und Fachhochschulen ausgedehnt.

Die Verordnung BGBl II 98/2020 wurde aufgrund von § 2 Z 1 des COVID-19-Maßnahmengesetzes verordnet. Sie verbietet generell „das Betreten öffentlicher Orte“. Eine in diesem Zusammenhang nicht unwesentliche Frage ist damit, ob **Universitäten** per se öffentliche Orte sind. Der Begriff des öffentlichen Ortes hat bereits des Öfteren in die österreichische Rechtsordnung Eingang gefunden (vgl zB § 54 Abs 1 Z 5 UrhG, § 278d Abs 1 Z 7 SPG, § 1 UniformschutzVO, BGBl II 205/2016). Eine Legaldefinition findet sich etwa in § 1 Z 11 TNRS¹⁶, wonach ein öffentlicher Ort dann gegeben ist, wenn ein Ort von einem nicht von vornherein beschränkten Personenkreis ständig oder zu bestimmten Zeiten betreten werden kann, einschließlich der nicht ortsfesten Einrichtungen des öffentlichen und privaten Bus-, Schienen-, Flug- und Schiffsverkehrs (ähnlich § 27 SPG¹⁷). Für die **Universitäten und Fachhochschulen** bedeutet dies jedenfalls, dass der **universitäre Campus als öffentlicher Ort** gilt, wenn er wie zumeist frei zugänglich ist. Gebäude werden teilweise explizit in die Definition des öffentlichen Ortes einbezogen. So versteht beispielsweise Art I Z 5 des Übereinkommens zur Bekämpfung terroristischer Bombenanschläge, BGBl III 168/2001, den öffentlichen Ort als Teile eines Gebäudes, eines Geländes, einer Straße, einer Wasserstraße oder einer sonstigen Örtlichkeit, die der Öffent-

¹³ Vgl hierzu zuletzt insb *Felten/Pfeil*, Covid-19-Gesetze und Entgeltfortzahlung, manz-online 2020.

¹⁴ BGBl I 12/2020.

¹⁵ Derzeit in der Fassung BGBl II 112/2020 und BGBl II 130/2020.

¹⁶ Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtrauchererschutzgesetz, BGBl 431/1995.

¹⁷ Sicherheitspolizeigesetz, BGBl 566/1991.

lichkeit ständig, zu bestimmten Zeiten oder gelegentlich zugänglich sind oder offenstehen. § 1 Anti-Gesichtshüllengesetz trennt Ort und Gebäude: Öffentliche Orte oder öffentliche Gebäude sind Orte, die von einem nicht von vornherein beschränkten Personenkreis ständig oder zu bestimmten Zeiten betreten werden können [...]. Die Materialien zur Novelle BGBl I 167/2004 des TNRS, mit der der Begriff des öffentlichen Ortes in das Gesetz aufgenommen wurde, gehen von einem weiten Verständnis des Begriffs aus: Der Begriff „öffentlicher Ort“ fasst ... nicht nur die bis dato in § 13 aufgelisteten allgemein zugänglichen Räume (in Amtsgebäuden; in schulischen oder anderen Einrichtungen, in denen Kinder und Jugendliche beaufsichtigt, aufgenommen oder beherbergt werden; in Hochschulen oder Einrichtungen der beruflichen Bildung ...) zusammen, sondern umfasst darüber hinaus ... auch Einrichtungen wie beispielsweise Geschäftslokale, Büroräume oder ähnliche Räume mit Kundenverkehr zu den festgelegten Dienstzeiten bzw. zu Zeiten in denen üblicherweise Parteienverkehr stattfindet ...¹⁸. Geht man von der Zielsetzung des COVID-19-Maßnahmegesetzes aus, dann kann mit einem **Größenschluss** argumentiert werden. Die Ansteckungsgefahr wird im Freien/auf Freiflächen geringer sein als in Räumen, wenn gleichzeitig angenommen wird, dass im Freien leichter größere Abstände zwischen Personen eingehalten werden können als in Räumen. Sind mit dem öffentlichen Ort vor allem Freiflächen (Straßen, Parks oder eben der Uni-Campus) angesprochen, dann umso mehr auch jene Räume, die allgemein zugänglich sind. Das Kriterium der freien Zugänglichkeit muss aber vorliegen. Räumlichkeiten, die der Öffentlichkeit von vornherein nicht offen stehen (zB universitäre Labors oder administrative Bereiche wie jener der IT einer Universität), können nicht dem öffentlichen Bereich zugerechnet werden, nur weil die Universität über ihre Aufgaben einen starken Öffentlichkeitsbezug besitzt. Mit der Einstellung des Studienbetriebs, des Parteienverkehrs und der Nutzung universitärer Ressourcen durch die Öffentlichkeit könnte man im Fall des wissenschaftlichen/künstlerischen Betriebes und im Fall der Dienstleistungseinrichtungen der Universität nicht mehr von einem öffentlichen Ort sprechen.

Die Verordnung BGBl II 98/2020 enthält aber ohnedies **kein unbeschränktes Verbot des Betretens öffentlicher Orte**. Selbst wenn die Universität in toto ein öffentlicher Ort wäre, kann sie betreten werden, falls dies für berufliche Zwecke erforderlich und sichergestellt ist, dass am Ort der beruflichen Tätigkeit zwischen den Personen ein Abstand von mindestens einem Meter eingehalten werden kann,

sofern nicht durch entsprechende Schutzmaßnahmen das Infektionsrisiko minimiert werden kann. Dabei ist der Verordnung zufolge darauf „zu achten, dass eine berufliche Tätigkeit vorzugsweise außerhalb der Arbeitsstätte erfolgen soll, sofern dies möglich ist und Arbeitgeber und Arbeitnehmer darüber ein Einvernehmen finden“. Eine gesetzliche Verpflichtung, Homeoffice anzuordnen, wenn eine Arbeit zu Hause möglich ist und wenn die Anordnung arbeitsvertraglich gedeckt ist, wird man darin nicht erblicken können.

Auch wenn die Verordnung BGBl II 98/2020 **keinen öffentlich-rechtlichen Zwang zum Homeoffice bewirkt** und der Arbeitgeber nur einen wirtschaftlichen Spielraum zur Verlegung des Arbeitsplatzes erhält, wird man eine Vorgangsweise des Arbeitgebers, die sich an der dringlichen Handlungsempfehlung des Ordnungsgebers orientiert und deren Anlass die Corona-Krise bildet, **als Maßnahme iSd 1155 Abs 3 ABGB verstehen müssen**.

Geht man von diesem eher weiten Verständnis einer Covid-19-Maßnahme aus, dann ist die primäre Voraussetzung des § 1155 Abs 3 ABGB erfüllt. Die zweite Prämisse, dass ein generelles oder eingeschränktes Betretungsverbot der Universität ausgesprochen wird, kann mittlerweile auch als gegeben angenommen werden. **Kommen Dienstleistungen aus diesen Gründen nicht zustande – insb weil eine Arbeit zu Hause nicht möglich ist –, dann hat dies der Arbeitgeber zu vertreten und das Entgelt trotz Vorliegen einer Dienstverhinderung weiter zu zahlen. Gleichzeitig kann der Arbeitgeber einseitig den Verbrauch von Urlauben und Zeitguthaben anordnen.**

Der Verbrauch von Urlaubs- und Zeitguthaben kann aber nur für die Zeiten der Dienstverhinderung (einseitig) angeordnet werden. Wenn Tätigkeiten in Form von Homeoffice erbracht wurden, ist die Anordnung von Urlauben unzulässig und der Verbrauch (einvernehmlich) zu vereinbaren.

Die Anordnung der Universität, zu Hause zu arbeiten, ist ohnedies keine unproblematische Vorgangsweise. Wie erörtert betrifft das durch Verordnung erlassene Betretungsverbot nicht die nicht-öffentlichen Arbeitsbereiche der Universität. Als Rechtsgrund für die Zulässigkeit des generellen Betretungsverbots – ihre Sinnhaftigkeit wird hier nicht bestritten – kann die **Fürsorgepflicht des Arbeitgebers** herangezogen werden. Die Arbeitspflicht zu Hause bedarf aber einer Rechtsgrundlage. Da weder der Universitäten-Kollektivvertrag noch – soweit ersichtlich – die Individualverträge mit den MitarbeiterInnen Verpflichtungen zum Homeoffice enthalten, käme allenfalls die **Treupflicht des**

¹⁸ 700 Beilagen StenProt NR XXII. GP, 3.

Arbeitnehmers als Rechtsgrund in Frage. Mangels Widerspruchs seitens der Arbeitnehmer wird aber so gut wie in allen Fällen von einer schlüssigen Zustimmung der Mitarbeiter zum veränderten Arbeitsort ausgegangen werden können. Im Übrigen muss auch festgehalten werden, dass die Freiheit zur Wahl des Arbeitsortes (zB bei Universitätsprofessoren, Assistenzprofessoren etc gem § 31 Universitäten-KV) nicht als Verpflichtung zum Arbeiten zu Hause verstanden werden kann. Die Umdeutung eines Rechts in eine Pflicht ist vom Kollektivvertrag nicht gedeckt.

Ist es zu einer **konkludenten Vereinbarung über die Arbeit zu Hause** gekommen, dann kann dieser Vereinbarung unterstellt werden, dass sie nur **bis zum Ende der Ansteckungsgefahr** bzw **zum Ende der Risikosituation für die Angehörigen der Universität** (iSd § 94 UG) gilt. Nicht unterstellt werden kann dieser Vereinbarung, dass der Arbeitgeber die Arbeit zu Hause **beliebig beenden** kann – gewissermaßen die Dienstverhinderung nach § 1155 ABGB dekretiert – und darauf aufbauend **den Verbrauch von Urlaubsguthaben anordnet**. Dies gilt in besonderem Maße für Urlaubsguthaben in Hinblick darauf, dass das Urlaubsgesetz von einem Verbrauch des Urlaubs in einem größeren zusammenhängenden Zeitraum ausgeht. Kommt es allerdings an einzelnen Tagen zu einem geringeren Arbeitsanfall aufgrund des Homeoffice, dann wird eine Anordnung zum **Abbau von Zeitguthaben** – aber eben nicht von Urlaubsguthaben – **zulässig sein**. Die Anordnung zum Abbau von Zeitguthaben schließt aber nicht den Aufbau von Zeitschulden ein. Hat ein Arbeitnehmer keine Zeitguthaben (mehr) und entspricht der Arbeitsanfall zu Hause nicht seiner üblichen/fiktiven Normalarbeitszeit, dann ist die Differenz als Dienstverhinderung iSd § 1155 ABGB und somit als Arbeitszeit zu werten.

§ 1155 ABGB sieht grundsätzlich einen beträchtlichen Zeitraum, nämlich acht Wochen, für die Anordnung des Verbrauchs von Urlaubs- und Zeitguthaben vor. Auch daraus ist erkennbar, dass diese Befugnis nur vertretbar ist, wenn sie eine **Alternative zur Entgeltfortzahlung ohne Arbeitsleistung** darstellt. Eine Angemessenheit des Eingriffs wird dadurch erreicht, dass maximal zwei Wochen aus dem Anspruch des aktuellen Urlaubsjahres konsumiert werden müssen.

Dass der Arbeitgeber nur einmal von seinem Anordnungsrecht Gebrauch machen kann, lässt sich aus dem Gesetz nicht ableiten. Es würde auch dem Ziel einer flexiblen Handhabung dieses Instruments, nämlich einerseits keine für den Arbeitnehmer vorschnelle und übermäßige Beschränkung seiner Beteiligung bei der Terminfestsetzung

vornehmen zu müssen und andererseits ökonomische Maßnahmen dem Ausmaß der Krise und der ungewissen Dauer angepasst gestalten zu können, nicht entsprechen. Aber selbst bei mehrmaliger Anordnung darf der Zeitraum der acht Wochen nicht überschritten werden. Insgesamt, das heißt während der gesamten Dauer dieser Sonderbestimmung, dürfen auch nur zwei Wochen „aus dem laufenden Urlaubsjahr“ angeordnet werden. Beginnt zB das Urlaubsjahr eines Arbeitnehmers stets am 15. April, dann kann der Arbeitgeber den Erholungsurlaub (aus dem laufenden Urlaubsjahr) zwar am 27. März für den Zeitraum vom 30. März bis 10. April anordnen, keinen Urlaub (für das neue Urlaubsjahr) aber mehr ab dem 15. April 2020.

3.2. Beamtete Universitätsbedienstete

Im Vergleich zu den Änderungen im ABGB ist die Novellierung des BDG in § 68 grundsätzlich anders konzipiert. Insbesondere wird nicht ausschließlich auf Maßnahmen nach dem COVID-19-Maßnahmengesetz sondern allgemein auf „öffentliche Interessen“ verwiesen. Im öffentlichen Interesse ist zweifellos auch die Aufrechterhaltung des Forschungs- und Lehrbetriebs sowie die Erschließung der Künste an den Universitäten und – besonders evident – die Zusammenarbeit mit den öffentlichen Krankenanstalten der medizinischen Universitäten bzw Fakultäten.

Eher missglückt ist der scheinbar geforderte Kausalzusammenhang zwischen den öffentlichen Interessen und dem Erholungsurlaub. Die Formulierung „kann zur Verfolgung öffentlicher Interessen ... der Verbrauch ... angeordnet werden“ würde den Schluss zulassen, dass die Anordnung des Erholungsurlaubs den öffentlichen Interessen dienen muss. Der **Verbrauch des Erholungsurlaubs** führt aber zu keiner Reduktion der Verbreitung des Corona-Virus – zumindest unter der Annahme, dass zu Hause gearbeitet wird oder dass die besonderen Schutzmaßnahmen eingehalten werden – sondern zu einer **Kostenreduktion für den Arbeitgeber** im Fall einer **Diensteinschränkung**. Ein Entfall der Bezüge ist nämlich für derartige Fälle nach den Entgeltausfalls- bzw Entgeltfortzahlungsregelungen der §§ 12c ff GehaltsG nicht vorgesehen. Aus den Materialien¹⁹ ergibt sich nur ein einziger anderer Aspekt: Die dienstgeberseitige Anordnung des Erholungsurlaubs „verfolgt den Zweck, dass nach der Krise wieder möglichst hohe Arbeitskapazitäten zur Verfügung stehen“. Dieses Ziel wäre aber wesentlich **einfacher über eine Urlaubssperre nach der Krise** als über einen **Urlaubszwang während der Krise** erreichbar. Trotz des unglücklichen Wortlauts des § 68 Abs 1a BDG wird aus der Zwecksetzung der Norm gefolgert werden

¹⁹ 112 der Beilagen StenProt XXVII. GP 15.

können, dass die **derzeitige Krisensituation öffentliche Interessen derart berührt, dass der Verbrauch des Urlaubs angeordnet werden kann**, wenn gleichzeitig die zweite wesentliche Voraussetzung vorliegt. Als zweite Prämisse verlangt das BDG, dass der **Dienstbetrieb für einen mindestens sechs Werktage andauernden Zeitraum erheblich eingeschränkt ist**. Im Gegensatz zu § 1155 Abs 3 ABGB prüft das BDG nicht, ob der einzelne Arbeitnehmer nicht beschäftigt werden kann, sondern stellt nur auf die Einschränkung der gesamten Dienststelle ab. Aus Arbeitnehmersicht ist diesbezüglich § 68 Abs 1a BDG ungünstiger, da selbst bei einem Arbeitnehmer, der uneingeschränkt zu Hause tätig werden kann, die **Universität den Urlaub verfügen könnte**.

Hinsichtlich des Urlaubsmaßes ist die Anordnungsmöglichkeit des Arbeitgebers wesentlich geringer. Der Universität stehen ausschließlich **zwei Wochen an Urlaubszeiten aus vorangegangenen Urlaubsjahren** zur Verfügung.

Von der **Anordnungsbefugnis nicht erfasst sind Alt-Urlaube**, die in einem Kalenderjahr aufgrund von angeordneten Urlaubssperren oder aus anderen gerechtfertigten Gründen nicht verbraucht wurden.

Die Geltungsdauer des § 68 Abs 1a BDG erstreckt sich formell gem § 284 Abs 105 BDG bis zum 31.12.2020. Inhaltlich kommt es aber zu einer zeitlichen Begrenzung durch die Bezugnahme auf das öffentliche Interesse. Ist also die Pandemie hinsichtlich ihrer wesentlichen Auswirkungen und Risiken eingedämmt, kann der Urlaub auch vor dem 31.12.2020 nicht mehr angeordnet werden.

3.3. Ehemalige Vertragsbedienstete

Für die ehemaligen Vertragsbediensteten der Universität, für die in Hinblick auf § 126 Abs 4 UG das VBG als Inhalt des Arbeitsvertrages gilt²⁰, kommt das ABGB subsidiär zur Anwendung²¹. Mangels Sonderregelung im VBG ist daher für diese MitarbeiterInnengruppe auch § 1155 ABGB maßgeblich. Durch das Covid-19-Gesetz wurde § 1155 ABGB im Kernbereich, das heißt um eine **entgeltfortzahlungsrelevante Regelung, ergänzt (s 3.1.1.), gleichzeitig** aber um eine **urlaubsrechtliche Bestimmung „bereichert“**. Gleichzeitig wurde in § 27e VBG, das heißt in eine nur

urlaubsrechtlich relevante Norm, ein Absatz 1a eingefügt, der wortgleich mit § 68 Abs 1a BDG (s 3.2.) ein Recht auf **Anordnung des Dienstgebers von zwei Wochen Alt-Urlaub** vorsieht.

Dass die Sondernorm des VBG dem ABGB vorgeht, ist klar. Nicht klar ist hingegen, inwieweit dem § 1155 ABGB die Regelungskraft entzogen wird. Verlieren Abs 3 und Abs 4 des § 1155 ABGB insgesamt ihren Anwendungsbereich oder ist § 1155 Abs 3 erster Satz weiterhin für Vertragsbedienstete – und damit auch für die hier interessierende Gruppe von Universitätsbediensteten – relevant?

Sämtliche Bestimmungen zum Urlaubsanordnungsrecht können als **Anlassgesetzgebung** verstanden werden. Dies zeigt sich teils im expliziten Hinweis auf das COVID-19-Maßnahmengesetz, teils in der auf die Corona-Krise zugeschnittene Geltungsdauer. Insofern korrelieren die in § 1155 Abs 3 ABGB getroffenen Maßnahmen bzw bedingen einander. Das bedeutet aber nicht, dass nicht auch ein Teil des Abs 3 leg cit einer Sonderregelung zugeführt werden kann, wenn gleichzeitig ein materiell-rechtlicher Zusammenhang zwischen Entgeltfortzahlungspflicht und Urlaubsanordnung gewahrt bleibt. Und dieser inhaltliche Konnex bleibt erhalten, wenn sich die **Entgeltfortzahlungspflicht** für die **Vertragsbediensteten nach § 1155 Abs 3 erster Satz** richtet, **das Urlaubsanordnungsrecht aber nach § 27e Abs 1a VBG**. Würde man § 1155 Abs 3 und 4 ABGB zur Gänze durch § 27e Abs 1a VBG derogiert sehen, dann könnte auch die Auffassung vertreten werden, dass die Nichtbeschäftigung der Vertragsbediensteten anlässlich der Corona-Krise als Umstand in der neutralen Sphäre zu interpretieren wäre (vgl auch 3.1.1.), eine Entgeltfortzahlung damit unterbleiben könnte und zusätzlich noch eine Urlaubsanordnung zulässig wäre. Gerade im Fall einer derartigen Kombination wäre aber das Urlaubsanordnungsrecht aus seinem inneren Zusammenhang herausgerissen.

Univ.-Prof. DDr. Günther Löschnigg
Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht
Universität Graz
guenther.loeschnigg@uni-graz.at

Urlaub während der Corona-Krise¹

Monika Drs

Stand August 2020

Anlässlich der Corona-Krise stellt sich vor allem die Frage, was passiert, wenn ein Arbeitnehmer während des Urlaubs an Covid-19 erkrankt oder nicht rechtzeitig an seinen Arbeitsplatz zurückkehren kann bzw ob ihm der Arbeitgeber Reisen in bestimmte Länder verbieten kann und ob er an einen vor der Krise vereinbarten Urlaub gebunden ist:

Erkrankt ein Arbeitnehmer während des Urlaubs, kommt es gemäß § 5 URLG zu einer **Urlaubsunterbrechung**, dh die auf Werktage² fallenden Tage der Erkrankung sind nicht als Urlaubstage zu werten, wenn die Krankheit zu einer länger als drei Kalendertage andauernden Arbeitsunfähigkeit führt, die weder vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt noch durch eine dem Erholungszweck widersprechende Erwerbstätigkeit ausgelöst wurde und der Arbeitnehmer die Melde- und Nachweispflichten eingehalten hat (unverzügliche Meldung spätestens nach drei Kalendertagen, Vorlage einer ärztlichen Bestätigung bei Dienstantritt und bei einer Erkrankung im Ausland eine Bestätigung, dass es sich um einen zugelassenen Arzt handelt, soweit es sich um keine Bestätigung eines Spitals handelt).

Eine Reise in ein **Land mit Reisewarnung** (Sicherheitsstufe 5 oder 6) wird in aller Regel als **grob fahrlässig** einzustufen sein. Erkrankt ein Arbeitnehmer an COVID-19, kommt es daher zu keiner Urlaubsunterbrechung, vorausgesetzt der Aufenthalt in dem Land war **kausal** für die Erkrankung. Außerdem ist zu beachten, dass der Arbeitnehmer bei seiner Rückkehr nach Österreich eine selbstüberwachte Heimquarantäne³ einhalten muss, wenn er kein negatives COVID-19-Attest⁴ (das maximal vier Tage bzw seit Ende Juli maximal 72 Stunden alt sein darf) vorlegen kann (§ 2 iVm Anlage A und B der Einreiseverordnung).

Eine Reise in ein **Land ohne Reisewarnung** (Sicherheitsstufe 1 bis 4) ist hingegen aus heutiger Sicht als **unprob-**

lematisch einzustufen, solange der Arbeitnehmer am Weg dorthin und vor Ort alle Sicherheitsvorschriften (zB Mindestabstand, Tragen des Mund-Nasen-Schutzes, Hygienevorschriften) einhält.

Kann ein Arbeitnehmer seinen **Dienst** nach dem Ende seines Urlaubs zB **aufgrund** einer **überraschenden Einstellung des Flugverkehrs**, von Grenzschließungen oder zusätzlichen durch Verordnung verhängten Heimquarantänemaßnahmen **nicht rechtzeitig antreten**, besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung (§ 8 Abs 3 AngG: aus anderen wichtigen, die Person des Arbeitnehmers betreffenden Dienstverhinderungsgründen). Da dabei aber bereits **leichte Fahrlässigkeit** schadet, hat der Arbeitnehmer alles zu unternehmen, um rechtzeitig nach Hause zurückzukehren. Tut er das nicht, **verliert** er seinen **Entgeltfortzahlungsanspruch** gegenüber dem Arbeitgeber. Das ist vor allem auch in jenen Fällen zu beachten, in denen während des Urlaubs eine neue Reisewarnung ausgesprochen wird. Die Arbeitnehmer dürfen angesichts der noch immer vorhandenen Pandemie nicht darauf vertrauen, dass keine neuen Einreisebeschränkungen eintreten werden. Der Arbeitnehmer muss sich daher nicht nur vor, sondern auch während der Reise über allfällige Reisebeschränkungen informieren.

Ergänzend ist anzumerken, dass **Urlaub** für Zeiten mit Entgeltfortzahlungsanspruch (zB Krankenstand, andere wichtige, die Person des Arbeitnehmers betreffende Dienstverhinderungsgründe) **nicht vereinbart** werden darf (§ 4 Abs 2 URLG), vorausgesetzt dieser Umstand ist dem Arbeitgeber bereits bei Abschluss der Urlaubsvereinbarung bekannt.

Der **Entgeltanspruch eines erkrankten Arbeitnehmers während des Urlaubs** richtet sich primär nach den arbeitsrechtlichen Bestimmungen, subsidiär⁵ gegen den Bund,

¹ Ausführlicher dazu *Drs*, urlaubsrechtliche Fragen anlässlich der Covid-19-Pandemie, ASoK 2020, Heft 8.

² Gemäß § 19 Uni-KollV hat eine Berechnung des Urlaubsanspruchs in Arbeitstagen zu erfolgen, weshalb auch in diesem Zusammenhang Werktage durch Arbeitstage zu ersetzen sind.

³ Diese betrug zunächst 14 Tage und wurde Ende Juli 2020 (durch BGBl II 2020/336) auf 10 Tage herabgesetzt. Bei einer Einreise österreichischer Staatsbürger etc aus einem in Anlage B genannten Staat ist seit 1. August 2020 keine zeitliche Beschränkung mehr vorgesehen. Die Quarantäne endet, wenn der Test negativ ist (siehe BGBl II 2020/354).

⁴ Für Drittstaatsangehörige, die aus dem Schengenraum oder der EU einreisen, ist seit Ende Juli 2020 kein „Freikaufen“ durch einen negativen COVID-19-Test mehr möglich.

⁵ Achtung: Zum Teil wird die Ansicht vertreten, dass sich der Arbeitgeber das fortgezahlte Entgelt immer nach § 32 f Epidemiegesetz zurückholen kann, wenn es sich um eine behördlich verfügte Quarantäne nach dem Epidemiegesetz handelt, obwohl § 32 Abs 5

falls eine behördliche Quarantäne nach dem Epidemiegesetz verhängt wurde⁶ (§§ 32 f; nicht aber bei der Heimquarantäne nach der Einreiseverordnung):

- **Krankenentgelt** (zu zahlen vom Arbeitgeber), falls es zu einer Urlaubsunterbrechung kommt (§ 8 Abs 1 f AngG),
- **Urlaubsentgelt** (zu zahlen vom Arbeitgeber), falls es zB wegen grober Fahrlässigkeit zu keiner Urlaubsunterbrechung kommt (§ 6 UrlG).

Dauert die **Dienstverhinderung** über den Urlaub hinaus an oder tritt sie erst **nach dem Urlaub** ein, gebührt dem Arbeitnehmer:

- **Krankenentgelt**, falls keine grobe Fahrlässigkeit für die Dienstverhinderung kausal war (§ 8 Abs 1 f AngG),
- Entgeltfortzahlung aufgrund **anderer wichtiger Dienstverhinderungsgründe** (zB Rückkehr wegen Flugeinstellung bzw neuerlicher Reisewarnung nicht pünktlich möglich), vorausgesetzt die Dienstverhinderung wurde nicht leicht fahrlässig verursacht (§ 8 Abs 3 AngG),
- **Vergütungsanspruch nach dem Epidemiegesetz** (§ 32), falls eine behördliche Quarantäne nach dem Epidemiegesetz verhängt wurde und kein Entgeltfortzahlungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber besteht (beim Krankenentgeltanspruch: wegen grober Fahrlässigkeit, bei anderen wichtigen, die Person des Arbeitnehmers betreffenden Dienstverhinderungsgründen: wegen leichter Fahrlässigkeit). Aber auch für diesen Vergütungsanspruch hat zunächst der Arbeitgeber aufzukommen, der sich den Betrag dann vom Bund zurückholen kann (§ 32 Abs 3 iVm §§ 33 und 49).
- **kein Vergütungsanspruch**, falls der Arbeitnehmer bei seiner Rückkehr nach Österreich eine Heimquarantäne nach der Einreiseverordnung einzuhalten hat und der Entgeltfortzahlungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber zB wegen Fahrlässigkeit nicht gegeben ist.

Ergänzend ist anzumerken, dass der **Arbeitgeber** seinen **Arbeitnehmern nicht vorschreiben** kann, **was** sie in ihrem **Urlaub machen** dürfen bzw wo sie ihn verbringen. Der Arbeitnehmer ist auch nicht verpflichtet, dem Arbeitgeber seine Urlaubsadresse mitzuteilen. Auf Nachfrage des Arbeitgebers muss er aber bekanntgeben, ob er in einem Land mit einer pandemiebedingten Reisewarnung war. Abschließend ist noch zu erwähnen, dass eine **Urlaubsvereinbarung** grundsätzlich beide Vertragspartner (Arbeitnehmer und Arbeitgeber) bindet. Eine Aufhebung oder Abänderung der Urlaubsvereinbarung ist grundsätzlich nur einvernehmlich möglich. Ein **Rücktritt** von der Urlaubsvereinbarung ist aber bei Vorliegen besonders schwerwiegender Gründe (sowohl für den Arbeitnehmer als auch den Arbeitgeber) möglich, die ein Festhalten an der ursprünglichen Urlaubsvereinbarung insb im Hinblick auf den Erholungszweck unmöglich bzw unzumutbar machen. Dieser Umstand darf aber nicht bereits bei Abschluss der Urlaubsvereinbarung voraussehbar gewesen sein. Es ist also im Einzelfall im Rahmen einer Interessenabwägung zu prüfen, ob dem Arbeitnehmer bzw Arbeitgeber der Urlaubsverbrauch trotz der geänderten Verhältnisse noch zumutbar ist. Dabei spielt ua die Jahreszeit, für den der Urlaub vereinbart wurde, aber auch die Frage, ob der Arbeitnehmer woanders auf Urlaub hinfahren kann (zB in Österreich), eine wesentliche Rolle.

ao. Univ-Prof. Mag. Dr. Monika Drs
Institut für Österreichisches und
Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht
WU Wien
monika.drs@wu.ac.at

eine Subsidiaritätsregelung vorsieht (ausführlicher dazu Drs, Urlaubsrechtliche Fragen anlässlich der Covid-19-Pandemie, ASoK 2020, Heft 8; Drs, Das Corona-Handbuch Kap 5 Rz 87).

⁶ Eine Absonderung bzw Quarantäne ist im Epidemiegesetz für **krank** (= Personen, bei denen die Krankheit bereits festgestellt ist), **krankheitsverdächtige** (= Personen, die Erscheinungen zeigen, die das Vorhandensein der Krankheit vermuten lassen) und **ansteckungsverdächtige Personen** (= Personen, die zwar keine Krankheitserscheinungen aufweisen, bei denen jedoch bakteriologisch nachgewiesen ist, dass sie als Träger des Krankheitskeimes anzusehen sind, oder bei denen sonst feststeht oder erfahrungsgemäß anzunehmen ist, dass sie der Ansteckung ausgesetzt waren und die Weiterverbreitung vermitteln können) vorgesehen, sofern nach der Art der Krankheit eine ernstliche und erhebliche Gefahr für die Gesundheit anderer Personen besteht, die nicht durch gelindere Maßnahmen beseitigt werden kann.

Nachträgliche Anrechnung von Ruhegenussvordienstzeiten für UniversitätsprofessorInnen

Lothar Matzenauer

Stand Mai 2020

A.

Während sich die Anrechnung von Ruhegenussvordienstzeiten für aus dem Inland berufene Universitäts(Hochschul)professorinnen und -professoren, die also schon vor der Ernennung in Österreich im öffentlichen Dienst oder in einem Arbeitsverhältnis zu einem privaten Arbeitgeber standen oder die hier selbständig erwerbstätig waren, grundsätzlich nach den für alle Beamtenernennungen geltenden Bestimmungen der §§ 53 ff des Pensionsgesetzes 1965 (PensG) in Verbindung mit § 308 ASVG richtete, gab es für **aus dem Ausland** berufene Ordentliche Universitäts(Hochschul)professorinnen und -professoren **bis 31. Dezember 1997** die Sondernorm des § 10 PensG, wonach anlässlich der Ernennung eine **beitragsfreie Anrechnung** der Ruhegenussvordienstzeiten bewilligt werden konnte, „wenn aus wissenschaftlichen oder künstlerischen Gründen ein besonderes Interesse an der Berufung besteht“.

In der jahrzehntelangen Praxis bedeutete dies, dass nahezu jedem/jeder aus dem Ausland berufenen – und in Einzelfällen auch einem/einer schon im Inland tätig gewesenem – Ordinarius/Ordinaria alle Vortätigkeiten (einschließlich des Besuchs einer Höheren Schule bzw. einer Universität/Hochschule) „beitragsfrei“, also unentgeltlich, als Ruhegenussvordienstzeiten angerechnet wurden. Soweit der Bund aus diesen früheren Tätigkeiten keinen „Überweisungsbeitrag“ (siehe § 308 ASVG), also keinen finanziellen Transfer für bei einem österreichischen Sozialversicherungsträger erworbene Pensionsversicherungszeiten, erhielt – was bei Berufungen aus dem Ausland naturgemäß regelmäßig schlagend wurde –, musste der Bund daher erhebliche budgetäre Mittel aufwenden, um diesen/diese aus dem Ausland berufene(n) Univ.Prof. bzw. Hochschulprof. in Österreich pensionsrechtlich „nachzuversichern“. Im **Ausland erworbene Versicherungszeiten** wurden bei einem Wechsel nach Österreich **nicht** durch eine Transferleistung **abgedeckt**. Dabei war es belanglos, ob und wie die von der/dem betreffenden Univ.Prof. bzw. Hochschulprof. im Ausland erworbenen Altersversicherungszeiten dort als Ansprüche erhalten blieben oder finanziell abgelöst wurden oder verfallen sind. Dies konnte dazu führen, dass einzelne nach Österreich berufene Univ.Prof. bzw. Hochschulprof.

neben ihrer späteren Altersversorgung als österreichische Beamte auch einen Rentenanspruch im Ausland hatten/haben, also letztlich zwei Pensionen bzw. Renten bezogen bzw. beziehen (werden).

Nicht zuletzt im Hinblick auf die mit dem EU-Beitritt Österreichs relevant gewordene **EU-Verordnung** Nr. 1408/71 und deren Auswirkungen auf die Altersversorgung von „**Wanderarbeitnehmern**“ wurde die bisherige Praxis der beitragsfreien Anrechnung von Ruhegenussvordienstzeiten immer mehr in Frage gestellt, bis schließlich das im Ernennungsverfahren zu befassende Bundesministerium für Finanzen nach dem 31. Dezember 1994 (EU-Beitritt Österreichs mit 1.1.1995) die Zustimmung zur beitragsfreien Anrechnung im bisherigen Stil verweigerte.

Damit waren aus dem Ausland berufene Univ.Prof. bzw. Hochschulprof. gezwungen, entweder für die angerechneten Auslands-Vortätigkeiten einen **Besonderen Pensionsbeitrag** (§ 56 PensG) zu leisten oder auf die Anrechnung der Vordienstzeiten und damit auf die Berücksichtigung dieser Zeiten bei der Altersversorgung als Beamte in Österreich zu verzichten.

Bei Ernennungen von Ord.Univ.Prof. bzw. Ord.Hochschulprof. bis 28. Februar 1998 war die Frage der Anrechnung von Ruhegenussvordienstzeiten allerdings nur für die Hinterbliebenenversorgung (Witwen- bzw. Waisenpension) und für den Fall einer vorzeitigen völligen Dienstunfähigkeit maßgebend. Auf die Höhe des Emeritierungsbezuges als dem Regelfall der Altersversorgung zu Lebzeiten hatte diese Frage keinen Einfluss, da sich der Emeritierungsbezug nur am Aktivbezug des letzten Monats bzw. später der letzten Dienstjahre (Durchrechnungszeitraum) orientierte. Mit dem **Entfall des Emeritierungsrechtes** und damit der Anwartschaft auf einen Emeritierungsbezug für alle ab 1. März 1998 noch neu ins Beamtenverhältnis ernannten Univ.Prof. wurde die Frage der Ruhegenussvordienstzeiten aber auch für die (künftige) reguläre Altersversorgung der Univ.Prof. akut.

Es war daher für jeden Einzelfall einer Berufung aus dem Ausland unterschiedlich, ob die ab dem Dienstantritt in Österreich erworbene ruhegenussfähige Bundesdienstzeit bis zum Zeitpunkt des voraussichtlichen Übertrittes in

den Ruhestand allein oder zusammen mit allfällig im Ausland weiter bestehenden Ansprüchen zu einer insgesamt ausreichenden Altersversorgung führen wird oder ob ein Nachkauf von Versicherungszeiten für das Beamten-Dienstverhältnis als Univ.Prof. durch einen **Besonderen Pensionsbeitrag** notwendig bzw. vorteilhaft ist. Dabei war bzw. ist aber auch der finanzielle Aufwand für den Nachkauf in Relation zum Ertrag zu bedenken.

Eine gegenüber dem ehemaligen § 10 PensG (in der Fassung bis 31.12.1997) sehr **eingeschränkte Nachfolgeregelung** fand sich für die Zeit vom 20. August 1997 bis 31. Dezember 2003 in § 56 Abs 9 und 10 PensG. Von der in Abs 9 erster Satz großzügig formulierten Bewilligungsmöglichkeit (die dem alten § 10 entsprach) wurde in der Praxis nicht Gebrauch gemacht, nur Abs 9 zweiter Satz oder Abs 10 kam in jedem Berufungsfall zur Anwendung.

Damit sollte für die ab 1995 ernannten Univ.Prof. bzw. Hochschulprof. aber bloß für den **Fall einer Dienstunfähigkeit** in den ersten fünf Dienstjahren an einer österreichischen Universität vorgesorgt werden. Dazu erfolgte bedingt und befristet eine beitragsfreie Anrechnung von fünf Jahren. Zusammen mit der zwingenden Begünstigungsregelung des § 8 PensG konnte in einem solchen Ausnahmefall eine 15-jährige **ruhegenussfähige Gesamtdienstzeit fingiert** und damit überhaupt ein – wenngleich relativ geringer – Ruhegenussanspruch erreicht werden. Waren aber die ersten fünf Dienstjahre einmal abgeleistet, war diese Fünf-Jahres-Vorsorge entbehrlich und entfiel daher automatisch.

Mit 1. Jänner 2004 wurden § 56 Abs 9 und 10 PensG aufgehoben (siehe BGBl. I 2003/130), d.h. aber, die Regelung des Abs 9 war auf Neuberufungen ab diesem Zeitpunkt nicht mehr anwendbar, weil die Gesetzgebung davon ausgegangen sein dürfte, dass es ab dem Zeitpunkt des vollen Wirksamwerdens des UG mit 1. Jänner 2004 keine Ernennungen ins Beamten-Dienstverhältnis mehr geben könne; tatsächlich gab es aber vereinzelt noch solche, wenn sich das Berufungsverfahren für eine schon vor dem 1. September 2001 ausgeschriebene Professur sehr lange hingezogen hatte (siehe § 162 Abs 3 BDG).

Für eventuelle Anlassfälle (Tod oder Dienstunfähigkeit) von zwischen Februar 1999 und Dezember 2003 berufenen Univ.Prof. musste der Schutz des § 56 Abs 9 zweiter Satz aber bis zum Ablauf des individuellen Fünf-Jahres-Zeitraumes noch bestehen geblieben sein (für Ernennungen zum 1.2.1999 nur noch bis 31.1.2004, für Ernennungen zum 1.12.2003 noch bis 30.11.2008). Die Fälle des Abs 10 (sie betraf nur Ernennungen zwischen 31.12.1994 und 1.3.1998) waren am 1.1.2004 kein Thema mehr, weil der Fünf-Jahres-Zeitraum in diesen Fällen spätestens mit

28.2.2003 abgelaufen war. Heute sind alle diese damaligen als Mindestschutz gedachten Übergangsregelungen natürlich belanglos.

B.

Im Zuge der **Ernenungsverfahren** für (Ord.) Universitäts(Hochschul)Professorinnen und -professoren in den **Jahren 1995 bis 2003** wurde jeweils ein Verfahren zur Anrechnung von Ruhegenussvordienstzeiten (§ 53 PensionsG) durchgeführt und dabei dem/der aus dem Ausland zu Berufenden anheimgestellt, für die für eine Anrechnung in Betracht kommenden Auslandszeiten einen **Besonderen Pensionsbeitrag** zu leisten oder die Anrechnung aller oder einiger dieser Zeiten anzuschließen (siehe § 54 PensionsG). Für aus dem Inland Berufene kam diese Ausschluss- und Verzichtsregelung nur für Zeiten in Betracht, für die kein Überweisungsbetrag gemäß § 308 ASVG an den Bund geleistet wurde (für Österreicherinnen und Österreicher, die vorübergehend im Ausland tätig waren, bestanden in der Regel noch die alten inländischen Versicherungszeiten, die anlässlich der Rückberufung zu einem Überweisungsbetrag gemäß § 308 ASVG und damit für diese/diesen Univ.Prof. zu Ruhegenussvordienstzeiten **ohne Besonderen Pensionsbeitrag** führen konnten).

Stellt(e) sich später heraus, dass ein Ausschluss der – vorwiegend im Ausland zurückgelegten – Zeiten nachteilig war bzw. ist, konnte und kann weiterhin gemäß § 53 Abs 2a PensG ein **Antrag auf nachträgliche Anrechnung von früher ausgeschlossenen Zeiten** gestellt werden. Allerdings sind die von der Beamtin bzw. vom Beamten zu tragenden Kosten einer solchen nachträglichen Anrechnung hoch (siehe § 56 Abs 3a und 3b PensG).

In die Überlegungen hinsichtlich einer Kosten-Nutzen-Rechnung für eine solche nachträgliche Anrechnung wäre für alle zwischen 1955 und 1975 geborenen Univ.Prof. auch noch die Frage der Verhältnismäßigkeit bezüglich der Aufteilung der künftigen Alterspension gemäß der „Parallelrechnung“ in einen „Alt“- und einen „Neu“-Ast (Aufteilung der Berechnung der Altersversorgung in einen Teil nach altem Pensionsrecht/PensG und einen Teil nach Allg. Pensionsgesetz/ASVG-Prinzipien) einzubeziehen, denn die **Anrechnung** von Ruhegenussvordienstzeiten hat nur auf den „Alt“-Ast unmittelbar Auswirkungen, der **Nachkauf** von Zeiten ist aber auch für den Anteil der Altersversorgung nach dem Allg. Pensionsgesetz, also den „Neu“-Ast, positiv.

Gemäß § 56 Abs 3 PensG und § 22 Abs 2 Gehaltsgesetz ist der Monatsbezug (Gehalt zuzüglich der Forschungszulage) im ersten vollen Monat der Dienstleistung als Beamtin bzw. Beamter, also als österr. Univ.Prof., der Ausgangspunkt für die Bemessung des **Besonderen Pensionsbeitrages**.

Für eine nachträgliche Anrechnung erhöht sich dieser so errechnete **Besondere Pensionsbeitrag** gemäß § 56 Abs 3a PensG im Ausmaß der in der Regel jährlichen allgemeinen Bezugserhöhungen im Bundesdienst zwischen dem erstmaligen Dienstantritt und dem Tag der Antragstellung (Maßstab: Gehaltsstufe 2 der Dienstklasse V bzw. Referenzbetrag gemäß § 3 Abs 4 Gehaltsgesetz).

Für den **Nachkauf** von Schulzeiten und Hochschul-Studienzeiten gibt es in § 56 Abs 3b PensG eine abweichende und an der aktuellen ASVG-Höchstbeitragsgrundlage orientierte, also eventuell teurere **Bemessungsbestimmung**. Festzuhalten ist auch noch, dass gemäß § 1 Abs 14 PensG nicht nur in den wenigen Fällen von Ernennungen ins Beamten-Dienstverhältnis nach dem 31. Dezember 2004 überhaupt keine Anrechnung von Ruhegenussvordiensten nach dem PensG mehr stattfinden konnte, sich die Altersversorgung für diese Univ.Prof. vielmehr nur mehr nach dem Allg. Pensionsgesetz und damit nach den ASVG-Prinzipien richtet, sondern dies analog auch für alle

– aber wohl sehr wenigen – ab 1976 geborenen Univ.Prof. unabhängig vom Datum des Dienstantrittes als beamtete(r) Univ.Prof. gilt.

Fazit ist also: Eine nachträgliche Anrechnung von anlässlich der Berufung als Univ.Prof. ausgeschlossenen Vortätigkeiten als Ruhegenussvordiensten ist möglich, aber teuer. Jede bzw. jeder Univ.Prof. muss für sich selbst anhand seines Alters, seiner bisherigen und seiner noch verbleibenden Dienstzeit und unter Berücksichtigung allfälliger im Ausland noch bestehender Rentenanwartschaften abwägen, ob und inwieweit ein Antrag auf nachträgliche Anrechnung von Ruhegenussvordiensten für sie/ihn sinnvoll und ertragreich sein kann. Eine generelle Aussage ist daher nicht möglich, sondern jeder Einzelfall ist anhand des Personalaktes gesondert zu prüfen und zu beurteilen.

Dr. Lothar Matzenauer
matzenauer@ktvglm.net

Vordienstzeiten im Geltungsbereich des Universitäten-Kollektivvertrags – die Rechtssache Krah und ihre Folgen¹

Karin Burger-Ehrnhofer

Stand Mai 2020

Durch das in der Rechtssache Krah ergangene Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH)² wurde klargestellt, wie in grenzüberschreitenden Sachverhalten mit gleichwertigen Vordienstzeiten umzugehen ist. Mit den konkreten Auswirkungen und Folgen dieser Entscheidung befasst sich der folgende Beitrag.

1. Vordienstzeiten allgemein

Die Anrechnung von Vordienstzeiten ist gesetzlich nur in Ausnahmefällen geregelt. So findet sich eine entsprechende Norm in § 3 Urlaubsgesetz (UrlG), wonach Vordienstzeiten in bestimmten Grenzen für das Erreichen eines höheren Urlaubsanspruchs nach 25 Dienstjahren zu berücksichtigen sind. Für den öffentlichen Dienst kennen § 12 Gehaltsgesetz (GehG) sowie § 26 Vertragsbedienstetengesetz (VBG) hinsichtlich der Bemessung des Entgelts entsprechende Regelungen (Besoldungsreform 2019).

Ansonsten wird für dienstzeitabhängige Ansprüche grundsätzlich auf das aktuelle Dienstverhältnis abgestellt (zB bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder bei der Ermittlung der Kündigungsfristen).

Wo keine entsprechende gesetzliche Verpflichtung besteht, wie zB im Bereich der Entgeltbemessung, kann durch Kollektivvertrag oder Einzelvereinbarung eine Pflicht zur Vordienstzeitenanrechnung getroffen werden bzw eine bestehende Norm für die Arbeitnehmer/innen günstiger geregelt werden.

Wie funktioniert die Einstufung laut Kollektivvertrag allgemein?

Arbeitnehmer/innen sind entsprechend der im anzuwendenden Kollektivvertrag angegebenen Tätigkeitsmerkmale in eine bestimmte Verwendungs- bzw Beschäftigungsgruppe einzureihen. Maßgeblich ist dabei, welche Tätigkeit tatsächlich überwiegend geleistet wird.

a) Vordienstzeiten: Die Höhe des Entgeltanspruchs hängt in vielen Kollektivverträgen auch davon ab, ob Arbeitnehmer/innen Vordienstzeiten in anderen Unter-

nehmen absolviert haben (auch bestimmte Schulzeiten, erfolgreich abgelegte Lehrabschlussprüfungen etc. können eine Rolle spielen). Zu unterscheiden ist zwischen Verwendungsgruppenjahren und Berufsjahren.

aa) Verwendungsgruppenjahre: Stellt ein Kollektivvertrag auf Verwendungsgruppenjahre ab, sind nur jene Jahre als Vordienstzeiten anzurechnen, in denen eine zumindest gleichwertige Tätigkeit der Verwendungsgruppe ausgeübt wurde. Für den Bereich der Universitäten sieht der Universitäten-Kollektivvertrag nur in der Verwendungsgruppe B1 eine Anrechnung von tätigkeitsbezogenen Vordienstzeiten im Ausmaß von maximal drei Jahren vor (vgl § 49 Abs 3 lit a). Daher werden Tätigkeiten an anderen Universitäten ebenso wie gleichwertige Vordienstzeiten im außeruniversitären Bereich nur in diesem beschränkten Umfang berücksichtigt.

ab) Berufsjahre: Sieht ein Kollektivvertrag die Berücksichtigung von Berufsjahren vor, sind zB für einen Angestellten-Kollektivvertrag alle Dienstzeiten, die dem Angestelltengesetz (AngG) unterliegen, anzurechnen (egal in welcher Branche diese Zeiten erworben wurden). So etwas sieht der Universitäten-Kollektivvertrag im wissenschaftlichen Bereich nicht vor; das heißt es müssen laut Kollektivvertrag an den Universitäten (mit Ausnahme bei B1 – höchstens drei Jahre gem § 49 Abs 3 lit a) nicht einmal Vordienstzeiten, die an anderen Universitäten zurückgelegt wurden, angerechnet werden.

ac) Betriebszugehörigkeit: Kommt es für die Einstufung dagegen auf die (ununterbrochene) Betriebszugehörigkeit an, zählt nur die im konkreten Betrieb bisher zurückgelegte Dienstzeit. Darauf basieren grundsätzlich die Einstufungen laut § 49 Universitäten-Kollektivvertrag.

b) Ausland: Vordienstzeiten aus einem Dienstverhältnis in einem EU/EWR-Staat sind im selben Ausmaß wie ver-

¹ Verschriftlichung des Vortrags bei der Sitzung des erweiterten Zentralausschusses für die UniversitätslehrerInnen am 28. Februar 2020 in Wien.

² EuGH 10.10.2019, Rs C-703/17.

gleichbare österreichische Dienstzeiten anzurechnen. Enthält ein Kollektivvertrag die Regelung, dass Vordienstzeiten generell zu berücksichtigen sind, müssen auch vergleichbare, im EU-/EWR-Ausland zurückgelegte Dienstzeiten herangezogen werden (das galt also auch schon bisher für § 49 Abs 3 lit a Universitäten-Kollektivvertrag).

- c) **Holschuld:** Die Arbeitgeber/innen müssen für die korrekte Einstufung in das Kollektivvertragsschema die Arbeitnehmer/innen nachweisbar nach bisherigen Beschäftigungen bzw Vordienstzeiten fragen und auch entsprechende Nachweise (zB Dienstzeugnisse) einfordern.

2. Ausgangslage Rechtssache Krah

In der Rechtssache Krah verlangte eine deutsche Staatsbürgerin, die bereits Vordienstzeiten als Lehrbeauftragte an der Universität München und der Universität Wien vorzuweisen hatte, dass im Zuge ihrer Beschäftigung als Senior Lecturer/Postdoc an der Universität Wien ab 1.10.2010 bei der Ermittlung ihrer EntgeltEinstufung ihre gesamten Vordienstzeiten Berücksichtigung finden. Ergänzend muss hier erwähnt werden, dass es an der Universität Wien eine Sonderregelung bezüglich der Anrechnung von Vordienstzeiten gibt, wonach über die Anrechnungsregelungen des Universitäten-Kollektivvertrags hinaus auch für Postdoc-Mitarbeiter/innen einschlägige Vordienstzeiten im Ausmaß von vier Jahren angerechnet werden. Dies erfolgte auch bei Frau Krah.

Gegen die nicht vollständige Anrechnung aller Vordienstzeiten erhob Frau Krah Klage; es kam zur Vorlage an den EuGH. In Zuge dieses Vorabentscheidungsverfahrens wurden dem EuGH zwei Fragen vorgelegt:

- Widerspricht eine Regelung, die facheinschlägige Vordienstzeiten nur bis zu einem Höchstausmaß von vier Jahren anrechnet, dem Unionsrecht?
- Widerspricht ein Entlohnungssystem, das keine volle Anrechnung von facheinschlägigen Vordienstzeiten vorsieht, allerdings festlegt, dass Zeiten beim selben Arbeitgeber zu einem höheren Entgelt führen, dem Unionsrecht?

Der EuGH beantwortete eigentlich nur die erste Frage. So stellt nach seiner Ansicht die nicht vollständige Anrechnung von im Herkunftsland (bei Frau Krah war das Deutschland) zurückgelegten gleichwertigen Vordienstzeiten eine **unzulässige Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit** dar. Der EuGH sieht darin ein starkes Mobilitätshemmnis, da Arbeitnehmer/innen aus anderen EU-Mitgliedstaaten dadurch abgehalten werden können, sich zB an einer ös-

terreichischen Universität zu bewerben.

Der EuGH erkennt auch keine Rechtfertigung für diese Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit. So ist er dem vorgebrachten Argument, Vordienstzeiten über vier Jahre hinaus hätten keinen weiteren positiven Effekt auf die Qualität der universitären Lehre, nicht gefolgt.

Nur für den Fall, dass es sich bei den Vordienstzeiten um rein für die Tätigkeit nützliche Vorerfahrungen handelt, liegt laut EuGH keine unzulässige Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit vor.

Im Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass **mit der Tätigkeit an der Universität gleichwertige Vordienstzeiten zur Gänze angerechnet werden müssen**.

Was allerdings unter gleichwertigen Tätigkeiten zu verstehen ist, und ob sie im gegenständlichen Sachverhalt gegeben waren, hat der EuGH nicht entschieden, sondern diese Beurteilung an die österreichischen Gerichte verwiesen.

Der EuGH ist auch nur in Bezug auf die Anrechnungsregelung der Universität Wien konkret geworden. Die ebenfalls gestellte zweite Frage, ob auch eine kollektivvertragliche Gehaltsregelung, bei der überhaupt keine Vordienstzeiten angerechnet werden, die Arbeitnehmerfreizügigkeit unzulässig beschränkt, wurde nicht ausdrücklich beantwortet. Der EuGH stellte diesbezüglich bloß fest, dass sich die Beantwortung dieser zweiten Frage erübrigt, wenn das innerstaatliche Gericht feststellt, dass schon eine eingeschränkte Anrechnung von gleichwertigen Vordienstzeiten gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit verstößt.

Aus seiner Antwort auf die erste Frage lässt sich daher schließen, dass eine gänzliche Nichtanrechnung von gleichwertigen Vordienstzeiten eine noch größere Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit darstellt, als eine bloß teilweise Anrechnung und daher ebenfalls unionsrechtswidrig ist.

3. Konkrete Folgen der EuGH-Entscheidung

Aus der Entscheidung des EuGH ergibt sich einerseits, dass bei Arbeitnehmer/innen, die ihr Recht auf Freizügigkeit ausüben (also aus dem EU-Ausland nach Österreich kommen, um hier an einer Universität zu arbeiten) gleichwertige Vordienstzeiten zur Gänze berücksichtigt werden müssen. In diesem Bereich erscheint § 49 Universitäten-Kollektivvertrag daher jedenfalls korrekturbedürftig. Allerdings sind die Universitäten bereits ab Kundmachung des EuGH-Urteils verpflichtet, die unionsrechtswidrigen Vorgaben dieser Norm unangewendet zu lassen und in grenzüberschreitenden Sachverhalten gleichwertige Vordienstzeiten anzurechnen³.

³ Dies aufgrund der unmittelbaren Wirkung des Art 45 AEUV; vgl EuGH 3.6.1986, Rs C-139/85; siehe dazu auch *Fuchs/Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht⁵ 69.

Andererseits muss festgehalten werden, dass Arbeitnehmer/innen, die ausschließlich in Österreich zurückgelegte gleichwertige Vordienstzeiten vorweisen, von diesem EuGH-Urteil nicht erfasst sind. Daraus folgt eine so genannte **Inländerdiskriminierung**, die **unionsrechtlich unbedenklich** ist⁴. Allerdings **muss sie am inländischen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz gemessen** werden. Dies hat der Verfassungsgerichtshof in Bezug auf andere gesetzliche Regelungen bereits mehrfach getan und diese aufgrund eines Verstoßes gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz aufgehoben⁵. Nur eine vorübergehende Inländerdiskriminierung, deren zeitlich begrenzte Aufrechterhaltung im öffentlichen Interesse steht (zB Gewährleistung einer geordneten Krankenanstaltenplanung oder Aufrechterhaltung einer geordneten Zuwanderung) kann gerechtfertigt sein⁶. Ein solches öffentliches Interesse wird im Fall der Berücksichtigung von gleichwertigen Vordienstzeiten aber nicht anzunehmen sein.

Auch die **Kollektivvertragsparteien** sind in ihrer Rolle als Normsetzer **an die Grundrechte gebunden**⁷. Unsachliche, eine unzulässige Inländerdiskriminierung bewirkende Kollektivvertragsklauseln stellen daher ebenfalls einen Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz dar und dürfen nicht angewendet werden, wenn es keine sachliche Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung gibt. Als denkbare sachliche Differenzierungsmerkmale bei der unterschiedlichen Berücksichtigung von Vordienstzeiten können unter Umständen damit verbundene Sprachkenntnisse bzw Kenntnisse eines fremden Universitätssystems sein, weshalb ausländische Zeiten „mehr wert“ sind. Oder es wird nach dem Ausmaß der Arbeitszeit differenziert, sofern dadurch auch ein unterschiedliches Maß an Vorqualifikation gegeben ist⁸. Dies ist aber gerade im universitären Bereich nur schwer anzunehmen, weshalb dann statt einer sachlich gerechtfertigten Ungleichbehandlung eher eine ebenfalls unionsrechtlich unzulässige Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten vorliegen würde⁹.

4. Geltendmachung von Vordienstzeiten - Verfallsfrist

Der Universitäten-Kollektivvertrag sieht vor, dass Ansprüche aus dem Kollektivvertrag bei sonstigem Verfall **binnen sechs Monaten** schriftlich beim Arbeitgeber geltend gemacht werden müssen (§ 64 Abs 2 und 3). Mit der schriftlichen Geltendmachung wird die Verfallsfrist gehemmt. Entscheidet die Universität negativ, muss binnen drei Monaten nach der negativen Entscheidung Klage erhoben werden. Entscheidet die Universität gar nicht, muss binnen sechs Monaten nach der ursprünglichen Geltendmachung des strittigen Anspruchs Klage erhoben werden – andernfalls gilt der Anspruch als verfallen.

Grundsätzlich besteht punkto Anrechnung von Vordienstzeiten eine **wechselseitige Informations- bzw Bekanntgabepflicht**. Arbeitnehmer/innen sind daher verpflichtet relevante Vordienstzeiten anzugeben, Arbeitgeber/innen müssen aber zur entsprechenden Vorlage eines Nachweises auffordern.

Ist eine solche Aufforderung unterblieben (zB weil die Universität davon ausgegangen ist, dass die im Bewerbungsschreiben/Lebenslauf angegebenen Vorerfahrungen aufgrund des Universitäten-Kollektivvertrags grundsätzlich nicht anzurechnen sind), wird die **Verfallsfrist gehemmt** und eine nachträgliche Geltendmachung der Vordienstzeiten ist möglich¹⁰.

Senior Scientist Mag. Karin Burger-Ehrnhofer
Institut für Österreichisches und Europäisches
Arbeitsrecht und Sozialrecht
Wirtschaftsuniversität Wien
karin.burger-ehrnhofer@wu.ac.at

⁴ EuGH 5.6.1997, verb Rs C-64/96 und C-65/96.

⁵ Vgl etwa VfGH 15.12.2004, G 79/04 ua VfSlg 17.422/2004.

⁶ VfGH 6.10.2010, G 41/10 ZfVB 2012/957; VfGH 23.09.2010, G 284/09 VfSlg 19.160/2009; vgl auch OGH 17.12.2019, 9 ObA 64/19f.

⁷ Vgl *Burger-Ehrnhofer*, Neue Regeln für die Anrechnung von Vordienstzeiten in Kollektivverträgen?, ASoK 2019, 442 (447) mwN.

⁸ EuGH 3.10.2019, Rs C-274/18, Rn 39.

⁹ Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15.12.1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, ABl L 14 vom 20.1.1998, S 9.

¹⁰ OGH 16.6.2008, 8 ObA 19/08i infas 2008, A 91; vgl auch OLG Wien 24.8.2007, 9 Ra 178/06x ARD 5837/8/2008; OLG Wien 28.1.2014, 9 Ra 109/13k ARD 6397/8/2014.

Unvereinbarkeiten bei Funktionsausübungen in Universitätsorganen

Manfred Novak

Stand Juli 2020

1. Einleitung
2. Rechtliche Beurteilung
 - 2.1. Die Unvereinbarkeitsregelung nach UG
 - 2.1.1. Institutionelle Reichweite
 - 2.1.2. Entwicklung und Regelungssystematik
 - 2.1.3. Regelungssintention
 - 2.2. Die Rechtsstellung von Berufungskommissionen
 - 2.3. Spezifisches öffentliches Interesse
 - 2.4. Rechtsstaatlichkeit, Befangenheit, Nichtigkeit
 - 2.5. Universitätsautonome Regelbarkeit von Unvereinbarkeiten
3. Schlussfolgerungen

1. Einleitung

Das UG sieht in § 20 Abs 2 eine **Unvereinbarkeitsregelung** betreffend die **Mitgliedschaft in Universitätsorganen** vor. Demnach ist konkret „die Mitgliedschaft in mehr als einem der obersten Organe der Universität ... unzulässig“. Diese Bestimmung repliziert damit auf die in Abs 1 leg cit erschöpfend genannten Leitungsorgane; namentlich angesprochen sind damit der Universitätsrat, das Rektorat, Rektorin/Rektor und Senat.

Ausgehend vom Wortlaut des § 20 Abs 2 UG kann zunächst der Kreis angesprochener Institutionen zweifelhaft sein. Zentral stellt sich aber die Frage, ob die in Betracht stehende Unvereinbarkeitsregelung ausschließlich für die ausdrücklich genannten Leitungsorgane gilt, oder ob davon auch **bestimmte Suborgane** erfasst sind. Dies ist insbesondere hinsichtlich **Mitgliedschaften in Habilitations- und Berufungskommissionen** von Bedeutung und soll nachstehend unter verschiedenen Aspekten ausgelotet werden. Es ist mithin zu klären, ob die gleichzeitige **Mitgliedschaft in solchen Kommissionen** und in **einem Leitungsorgan unzulässig** ist. Dabei werden stellvertretend, als höchste Qualifikationsstufe, die **Berufungskommissionen** in den Blick genommen – die betreffenden Ausführungen gelten **sinngemäß auch für Habilitationskommissionen**. Damit im Zusammenhang werden auch Anknüpfungen in Sa-

chen **Befangenheit** beleuchtet. Schließlich wird noch die etwaige Möglichkeit universitätsautonomer Satzungsregelungen zur Präzisierung bzw Ergänzung der gesetzlichen Unvereinbarkeitsbestimmung erörtert.

2. Rechtliche Beurteilung

2.1. Die Unvereinbarkeitsregelung nach UG

2.1.1. Institutionelle Reichweite

Mit Hinblick auf die in Betracht stehenden Unvereinbarkeiten stellt sich zunächst die Frage, ob demnach generell die **Mehrfachmitgliedschaft** in obersten Universitätsorganen und damit etwa auch in solchen an **Privatuniversitäten** ausgeschlossen ist, da die Privatuniversitäten unter bestimmten Voraussetzungen berechtigt sind Bezeichnungen und Titel gemäß UG zu verwenden¹. Das ist auszuschließen, da der Anwendungsbereich des UG sich nach Gesetzestitel und Regelungsgehalt grundsätzlich auf die öffentlichen Universitäten iSv Art 81c B-VG beschränkt. Dies folgt auch aus dem Umstand, dass der hochschulrechtliche Bundesgesetzgeber nach Maßgabe des Art 10 Abs 1 Z 12a B-VG für jeden Hochschultypus eine eigene gesetzliche Grundlage erlässt² und diesbezügliche organisationsrechtliche Verweise und Bezugnahmen – etwa des PUG – nicht bestehen.

Weiters kann fraglich sein, ob § 20 Abs 2 UG **universitätsübergreifende Mehrfachmitgliedschaften** ausschließt. Ob mithin die Mitgliedschaft im Senat der Universität A die Mitgliedschaft im Rektorat oder dem Universitätsrat der Universität B ausschließt. Dies wird schon nach dem Wortlaut der Ausschlussregelung des § 20 Abs 2 UG nicht anzunehmen sein, da diese Regelung diesbezüglich ausdrücklich den Singular „der Universität“ und nicht den Plural „der Universitäten“ verwendet. Dass die beispielhaft angeführte Konstellation von **je einer Leitungsorganmitgliedschaft** in verschiedenen öffentlichen Universitäten grundsätzlich zulässig ist kann auch e contrario daraus geschlossen werden, dass das UG nur für den **Universitätsrat** ausdrücklich die Mitgliedschaft in mehr als einem Universitätsrat für **unzulässig** erklärt³.

¹ Vgl § 4 Abs 3 PUG.

² Vgl neben dem UG, das PUG, das HG, das FHStG und das ISTAG.

³ Vgl § 21 Abs 5 UG.

2.1.2. Entwicklung und Regelungssystematik

Zentral klärungsbedürftig ist im gegebenen Zusammenhang, ob die Unvereinbarkeitsregelung des § 20 Abs 2 UG in dem Sinne als restriktiv und abschließend zu werten ist, dass **Mehrfachmitgliedschaftsverbote** ausschließlich für die in dieser Regelung bezogenen obersten Organe gelten sollen, mithin das vorrangige Anknüpfen an formalen Kriterien primärer Regelungszweck ist.

Während eine singuläre Betrachtung der Textfassung des § 20 Abs 2 UG zunächst in diese Richtung deutet, legen Entwicklung und Regelungssystem des UG durchaus eine andere Beurteilung nahe.

So gibt das UG, im Unterschied zu den Vorgängerregelungen nach UOG 1993 und KUOG, die Organisationsstruktur und die Organe der Universität nicht mehr durchgehend bindend vor, sondern beschränkt sich auf die Festlegung der obersten Organe, während unterhalb dieser Leitungsebene den Universitäten nunmehr völlige Gestaltungsfreiheit betreffend Organisationseinheiten und Organe eingeräumt ist, um den jeweiligen spezifischen Anforderungen besser gerecht werden zu können.⁴ Wobei nach UG – gegenüber UG 1993 und KUOG – auch neu ist, dass grundsätzlich nur den **Leitungsorganen Entscheidungskompetenz** eingeräumt ist, während den Organen auf den Ebenen darunter prinzipiell **nur beratende Funktion** zukommt – mit Ausnahme der vom Senat eingerichteten entscheidungsbefugten Kollegialorgane.⁵

Die Fassung der Bestimmung des § 20 Abs 2 UG ist also dem Umstand entsprungen, dass nach UG unterhalb der Leitungsebene keine Organe mehr definiert sind und insbesondere solche generell mit keinen Entscheidungsbeugnissen ausgestattet sind. Diese Sichtweise lässt sich dadurch untermauern, dass nach UOG 1993 und KUOG auch für die Dekane und Studiendekane – als entscheidungsbefugte Organe unterhalb der Leitungsebene – vergleichbare organbezogene Unvereinbarkeitsregelungen bestanden.^{6,7} Insoweit liegt ein extensives Verständnis der Unvereinbarkeitsregelung des UG insoweit nahe, als entscheidungsbefugte Organe als grundsätzlich von der Unvereinbarkeitsintention des UG erfasst gelten sollen.

2.1.3. Regelungsintention

Für eine extensive Wertung des Regelungsgehaltes des § 20 Abs 2 UG kann auch die Regelungsintention des UG-Gesetzgebers ins Treffen geführt werden.

So ist nach den bezüglichen Gesetzesmaterialien die **Mitgliedschaft** in **mehr als einem Leitungsorgan** mit Rücksicht auf die **Aufgabenstellung** und die **notwendige Kontrolle** zwischen den Leitungsorganen **ausgeschlossen**.⁸

Daraus kann die gesetzgeberische Intention erschlossen werden, dass das primäre Anknüpfungsmoment für die Annahme von **Unvereinbarkeiten in den Aufgabenstellungen** der betroffenen Organe liegt. Der vorrangige Regelungszweck der gegenständlichen Unvereinbarkeitsbestimmungen kann daher darin gesehen werden, **Interessenskollisionen** und **Unsachlichkeiten** bei **Willensbildungen** und **Entscheidungen** zu vermeiden.

In diesem Sinne knüpft auch die **Ausschlussregelung** für die Mitgliedschaft im **Universitätsrat**, die Universitätsangehörigen und bestimmten Funktionsträger/innen die Mitgliedschaft untersagt, an dessen Aufgabenstellung, nämlich der Mittlerrolle zwischen Staat, Gesellschaft und Universität an.⁹

In der Essenz kann daraus abgeleitet werden, dass die Unvereinbarkeitsregelungen zentral auf die **Hintanhaltung** von **Inobjektivitäten** und **Unsachlichkeiten** und weniger auf bestimmte Formalia abzielen. Insofern scheint die Regelungsintention der Unvereinbarkeitsbestimmungen des UG auch aus diesem Blickwinkel verallgemeinerungsfähig und damit substantiell auf vergleichbar gelagerte Konstellationen übertragbar.

2.2. Die Rechtsstellung von Berufungskommissionen

Die Einbeziehung von **Berufungskommissionen** – und gleichgelagert **Habilitationskommission** –¹⁰ in den Anwendungsbereich der auf oberste Universitätsorgane abstellenden Unvereinbarkeitsregelung des § 20 Abs 2 UG kann insbesondere auch mit der Rechtsstellung der Berufungskommissionen argumentiert werden.

⁴ Vgl die EB 1134 BlgNR 21. GP 77 f.

⁵ Vgl die EB 1134 BlgNR 21. GP 78.

⁶ Vgl § 49 Abs 6, § 53 Abs 8 UOG 1993; § 42 Abs 7, § 58 Abs 7 KUOG (jeweils außer Kraft).

⁷ Darauf nehmen auch die Materialien zu § 2 Abs 2 UG Bezug – vgl die EB 1134 BlgNR 21. GP 78.

⁸ Vgl die EB 1134 BlgNR 21. GP 78.

⁹ Vgl die EB 1134 BlgNR 21. GP 79.

¹⁰ Für die Habilitationskommissionen vgl § 103 Abs 7 iVm § 25 Abs 8 UG.

Nach § 98 Abs 4 iVm § 25 Abs 8 UG sind die Berufungskommissionen vom Senat verpflichtend als entscheidungsbefugte Kollegialorgane einzusetzen.¹¹ Aus dieser Einsetzungsbefugnis folgt, dass die **Berufungskommission** als **Organ** des **Senats** zu werten ist, das **keine eigenen**, sondern **vom Senat abgeleitete Kompetenzen** wahrzunehmen hat.¹² Aus dieser besonderen Organeigenschaft folgt weiters, dass die Berufungskommission Aufgaben wahrnimmt, die dem **Wirkungsbereich des Senats** zuzurechnen sind.¹³

Aus dieser vom Senat abgeleiteten und diesem zugeordneten Position und Aufgabenstellung der Berufungskommission ist aus systematischen und teleologischen Erwägungen zu folgern, dass **auf den Senat bezogene Unvereinbarkeitsregelungen** substanzgleich **auf die von ihm eingesetzten Kollegialorgane** mit Entscheidungsbefugnis – wie die in Betracht stehende Berufungskommission – **anzuwenden** sind.

2.3. Spezifisches öffentliches Interesse

Für die Anwendbarkeit der Ausschlussregelung des § 20 Abs 2 UG auf Berufungskommissionen spricht schließlich auch noch, dass die Einsetzung der **Berufungskommission** durch den Senat als **im spezifischen öffentlichen Interesse** gelegen gilt.¹⁴

Diese Wertung fußt maßgeblich in der Aufgabenstellung der Berufungskommission. Nach § 98 UG hat die Berufungskommission die Qualifikationsnachweise für die Berufungskandidat/innen zu sammeln, die **Bewertung der Bewerbungen** und die **Auswahl** der für eine Berufung **Bestgeeigneten** sowie die Erstattung des **Berufungsvorschlages** für den/die **Rektor/in** vorzunehmen.¹⁵ Der Berufungskommission kommen damit maßgebliche Aufgaben im zentralen Verfahren der inneruniversitären Qualifikationsprüfung zu **Selbstrekrutierung** hochqualifizierten wissenschaftlichen Personals zu.

In diesem Sinne haben die Höchstgerichte mehrfach judiziert, dass an einer hochqualifizierten universitären Forschungstätigkeit ein **überwiegendes Allgemeininteresse** besteht und daher die **korrekte Durchführung des Berufungsverfahrens** als **im spezifischen öffentlichen Interesse** gelegen gilt.¹⁶

Allgemein bedingt ein überwiegendes Allgemeininteresse **verdichtete rechtsstaatliche Anforderungen** an die **Verfahrensrichtigkeit**, wodurch wesentlich auch **Interessenkonflikte** sowie **Verfahrensbeeinflussungen** und **Befangenheiten** möglichst **hintanzuhalten** sind.^{17,18}

Auch unter diesem Blickwinkel ist für die **Mitgliedschaft** in einer **Berufungskommission** – insbesondere betreffend eine etwaige **Vorsitzführung**, die maßgebliche Leitungs- und Lenkungsfunktionen beinhaltet – von einer **Unvereinbarkeit** mit Mitgliedschaften/Funktionen in bestimmten, **verfahrensinvolvierten Leitungsorganen** der Universität auszugehen.

2.4. Rechtsstaatlichkeit, Befangenheit, Nichtigkeit

Für eine extensive Sichtweise der in Rede stehenden Unvereinbarkeiten sprechen im Ergebnis auch die Grundsätze eines **geordneten rechtsstaatlichen Verfahrens**, **Befangenheitsregelungen** und **Nichtigkeitsgrundsätze**.

So fordern zunächst die dem rechtsstaatlichen Prinzip entspringenden Grundsätze eines geordneten rechtsstaatlichen Verfahrens, dass auch außerhalb formeller Verfahrensvorschriften Organhandlungen etwa dem **Willkürverbot**, der **rechtskonformen Ermessensübung**, der **Nachvollziehbarkeit** oder dem **Ausschluss von Befangenheit** entsprechen.¹⁹ Auch wenn damit das Berufungsverfahren nach UG nicht mehr, nach Durchführung eines formellen Verwaltungsverfahrens, in einen Bescheid mündet, sondern mit dem Abschluss eines Arbeitsvertrages endet,²⁰ ist demnach etwa dennoch auf den **Ausschluss jeglicher**

¹¹ Vgl auch die EB 1134 BlgNR 21. GP 96.

¹² Vgl dazu auch schon *Thienel*, Das Berufungsverfahren nach dem UOG 1993, Bd 18 der Reihe Beiträge zum Universitätsrecht (BUR), hrsg v *Strasser* (1998) 164 f, für die substanzgleiche Rechtslage nach UOG und UOG 1993.

¹³ Vgl sinngemäß auch *Thienel*, Berufungsverfahren, BUR 18, 166.

¹⁴ Vgl auch *Perthold-Stoitzner*, UG⁵ (2018) Anm 6a zu § 98 UG.

¹⁵ Vgl dazu auch *Novak*, Das Berufungsverfahren nach UnivG 2002. Funktionsweise, Probleme, Reformperspektiven (2007) 25 ff, 34.

¹⁶ Vgl insb OGH 21. 2. 2013, 9 ObA 121/12b; 25. 6. 2007, 9 ObA 139/06s. Vgl in diesem Zusammenhang auch VfGH 13. 6. 2017, K I 1/2017-14; 29. 6. 2013, G 35-40/2013, V 32-36/2013.

¹⁷ Vgl dazu auch *Novak*, Berufungswillkür im Lichte von Befangenheit, Parteistellung und Nichtigkeit, UNILEX 2017/18, 20.

¹⁸ Auch diese Erwägungen können sinngemäß auf Habilitationskommissionen übertragen werden.

¹⁹ Vgl etwa VfGH 28. 2. 2008, 2006/06/0234; 26. 2. 2005, 2001/10/0223; 14. 1. 2000, 1998/19/0121. Vgl etwa auch *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁷ (2019) Rz 193.

²⁰ Vgl § 98 Abs 11 UG.

Befangenheit sowohl **seitens des entsendenden Organs** (in die Berufungskommission) als auch **seitens der** (für eine Mitgliedschaft in eine Berufungskommission) **nominierten Personen** zu achten.

Befangenheit meint dabei im weiteren Sinne die **Beeinträchtigung der Unparteilichkeit** von Organentscheidungen durch **sachfremde Motive**.²¹ Nach der Judikatur²² ist eine relevante Parteilichkeit bereits durch den **äußeren Anschein der Voreingenommenheit** verwirklicht. Es reicht daher für die Annahme von Befangenheit hin, dass Umstände vorliegen, welche die **volle Unbefangenheit zweifelhaft erscheinen lassen** und eine **gewisse Wahrscheinlichkeit der Befangenheit** begründen können. Aufgreifbare Befangenheit ist jedenfalls dann gegeben, wenn sie entscheidungs- und ergebnisrelevant für Beschlüsse und Verfahren ist.²³

Dass bei den in Betracht stehenden Konstellationen eine potenziell ergebnisrelevante Verflechtung von Funktionen gegeben sein kann, scheint evident. Demzufolge können ggf **verfahrensrelevante Beschlüsse** des betreffenden obersten Organs bzw etwa des Vorsitzenden der Berufungskommission **als ungültig gewertet** werden. Unter bestimmten Umständen kann Befangenheit überdies auch **strafgerichtliche Tatbestände** (etwa Amtsmissbrauch) verwirklichen.²⁴

Schließlich ist im gegebenen Zusammenhang noch auf etwaige **Nichtigkeitsgründe** Bedacht zu nehmen.²⁵ So wurde erkannt, dass **Befangenheiten** bei der Durchführung von Qualifikationsprüfungsverfahren an Universitäten – wie **Habilitations- und Berufungsverfahren** – geeignet sind, **Nichtigkeit** von Organhandlungen zu begründen.²⁶ Auch die **Nichteinhaltung der Grundsätze eines geordneten rechtsstaatlichen Verfahrens** kann absolute **Nichtigkeit** bewirken.

2.5. Universitätsautonome Regelbarkeit von Unvereinbarkeiten

Unabhängig vom Verständnis des Wirkungskreises der Unvereinbarkeitsbestimmung des § 20 Abs 2 UG scheint von Interesse, ob die Universitäten ermächtigt sind ggf im Rahmen ihrer Organisationsautonomie selbständig Unvereinbarkeiten festzulegen, die den von § 20 Abs 2 UG definierten Adressatenkreis präzisieren bzw ergänzen.

Eine Erwägung, die zunächst die grundsätzliche Frage nach den Möglichkeiten und Grenzen der universitären Regelungsautonomie im Verordnungswege aufwirft. Dabei scheint einer universitätsseitigen Regelungsmöglichkeit zunächst entgegenzustehen, dass der Gesetzgebung – insb in Belangen von spezifischem öffentlichen Interesse – eine prioritäre Regelungsbefugnis zugesprochen wird.²⁷ Allerdings wird betreffend das Maß autonomer Regelungskompetenzen auf die jeweilige Regelungsmaterie abgestellt, so dass die Rückbindungsintensität der handelnden Universitätsorgane an gesetzliche Vorgaben je nach Materie differenziert gewertet wird.²⁸ Eingedenk des den Universitäten grundsätzlich eingeräumten rechtskonformen Handelns *praeter legem*,²⁹ sind Möglichkeiten und Grenzen binnenorganisatorischer universitätsseitiger Regelungsmöglichkeiten jeweils im Beziehungsgefüge von Regelungsgegenstand und Regelungszweck auszuloten.

Bei diesen Gewichtigungen ist zunächst ins Kalkül zu ziehen, dass den Universitäten gerade im Kernbereich der wissenschaftlichen Tätigkeit (Forschung und Lehre) eine vergleichsweise extensive Autonomie zugesprochen wird.³⁰ Dass die zentralen Verfahren zur Beurteilung des Vorliegens hervorragender wissenschaftlicher Qualifikation zur Herausfilterung der Träger universitärer Forschung und Lehre – angesprochen sind die Berufungs- und die Habilitationsverfahren – und die Sicherung sachlicher und objektiver

²¹ Vgl etwa VwGH 27. 1. 2011, 2010/10/0061; 2. 7. 2010, 2010/09/0046.

²² Vgl etwa VwGH 19. 6. 2018, Ra 2018/03/0023; OGH 17. 12. 2012, 9 Nc 39/12b.

²³ Vgl etwa VwGH 28. 5. 2013, 2010/10/0043.

²⁴ Vgl dazu *Birkbauer*, Amtsmissbrauch durch Gutachten im Rahmen von Dissertations- und Habilitationsverfahren, UNILEX 2010/1-2, 27 ff.

²⁵ Zu Nichtigkeitsaspekten betreffend Universitätsorganhandeln außerhalb rechtsförmiger Akte vgl allg *Novak*, Zur Nichtigkeit universitärer Organakte, n@hz 2016/4, 140 ff.

²⁶ Vgl VwGH 23. 10. 2007, 2004/12/0163.

²⁷ Vgl etwa *Mayer*, Universitäre Satzungsautonomie und Studiengebühren, zfhr 2011/6, 188; *Novak*, Universitätsautonomie und Regelungshoheit, zfhr 2016/6, 171.

²⁸ Vgl VfGH 29. 7. 2014, V 5/2014; 30. 6. 2011, G 10/11, V 6/11-10. Vgl auch *Eberhard*, Autonomie „im Rahmen der Gesetze“, in *Funk/Löschnigg* (Hg), 10 Jahre UG – Sach- und Rechtsfragen einer Reform, Bd 5 der Schriften zum österreichischen und internationalen Universitäts- und Hochschulrecht (2012) 78 f.

²⁹ Vgl dazu *Novak/Funk*, Verfassungsrechtliche Dimensionen des Hochschulrechts, in *Grimberger/Hausser/Novak et al*, Handbuch des österreichischen Hochschulrechts³, Bd 8 der Schriften zum Wissenschaftsrecht (2018) 50 ff.

³⁰ Vgl VfGH 7. 3. 2017, V 68/2016; 29. 6. 2013, G 35–40/2013, V 32–36/2013.

Beurteilungsverfahren diesem Kernbereich der Wissenschaftsverwaltung zuzurechnen sind, ist evident.

Insofern ließe sich unter diesem Aspekt argumentieren, dass universitätsseitig Unvereinbarkeiten mit weiteren – über die von § 20 Abs 2 UG ausdrücklich genannten hinausgehenden – Organfunktionen festgelegt werden können. In Richtung einer grundsätzlichen Zulässigkeit einer solchen binnenorganisatorischen Regelungsmöglichkeit weist die Unvereinbarkeitsregelung des KUOG betreffend Vizerektoren, die es der jeweiligen Kunstuniversität ausdrücklich zuschreibt, Unvereinbarkeiten mit bestimmten Organfunktionen per Satzung zu normieren.³¹ Dabei ist wesentlich, dass das KUOG³² die Universitätsautonomie inhaltsgleich zur als Vorbild genommenen Autonomieregelungen des UOG 1993³³ normierte, woraus gefolgert werden kann, dass die Gesetzgebung die Regelung von Unvereinbarkeiten per Satzung grundsätzlich als rechts- und verfassungskonform erachtet. Für die Satzung als geeignetes Regelungsinstrument zur Festschreibung von Unvereinbarkeiten – wie der in Betracht stehenden – kann überdies sprechen, dass die Satzung auch in anderen Belangen betreffend Berufungskommissionsmitglieder als Regelungsinstrument für nähere Bestimmungen hinsichtlich dieser gewertet wird.³⁴ Insbesondere klarstellende und präzisierende Satzungsregelungen betreffend die in Rede stehenden Senatsorgane scheinen daher im Grunde unbedenklich.

Im Sinne der auf Grund der Relevanz der gegenständlichen Qualifikationsprüfungsverfahren in besonderem Maß gebotenen Rechtssicherheit, wäre aber de lege ferenda jedenfalls eine gesetzgeberische Klarstellung in Form einer ausdrücklichen Einbindung abgeleiteter, entscheidungsbefugter Kollegialorgane in die Unvereinbarkeitsbestimmung des § 20 Abs 2 UG wünschenswert.

3. Schlussfolgerungen

Resümierend kann betreffend Intention, Gehalt und Reichweite der Unvereinbarkeitsbestimmung des § 20 Abs 2 UG Folgendes festgehalten werden:

- Der Anwendungsbereich der Unvereinbarkeitsregelung des § 20 Abs 2 UG ist auf die jeweils betreffende öffentliche Universität nach UG beschränkt.
- Zunächst streitet die Regelungssystematik des UG im Entstehungs- und Entwicklungszusammenhang für ein extensives Verständnis der Unvereinbarkeitsregelung

des § 20 Abs 2 UG in dem Sinne, dass grundsätzlich alle entscheidungsbefugten Organe der öffentlichen Universitäten von dieser erfasst sein sollen.

- Für diese extensive Sichtweise von Unvereinbarkeiten spricht auch die den Materialien entnehmbare Regelungszwecksetzung des Gesetzgebers zu § 20 Abs 2 UG, wonach an der jeweiligen Aufgabenstellung der betroffenen Organe anzuknüpfen ist. So dass in einem materiellen Sinne demnach primär auf die **Vermeidung** potentieller und tatsächlicher **Interessenkollisionen** und **Unsachlichkeiten** bei **Willensbildungen** und Entscheidungen im Rahmen der Unvereinbarkeitsbewertung abzustellen sein wird.
- Wesentlich kann die Anwendbarkeit von § 20 Abs 2 UG auf Mitgliedschaften in Berufungskommissionen auch aus Funktion und Rechtsstellung dieser Kommissionen erschlossen werden. In ihrer Eigenschaft als **vom Senat eingesetzte Organe**, mit von diesem abgeleiteten und **dem Senat zuzurechnenden Kompetenzen**, ist zu folgern, dass auf **den Senat bezogene Unvereinbarkeitsregelungen substanzgleich** für die **Berufungskommissionen** gelten.
- Für die Einbeziehung von Berufungskommissionsmitgliedschaften in den Anwendungsbereich der Unvereinbarkeitsregelung des UG kann auch das spezifische Allgemeininteresse an der **fehlerfreien Durchführung** von Berufungsverfahren, als **maßgebliche Qualifikationsprüfungsverfahren**, ins Treffen geführt werden, welches **verdichtete rechtsstaatliche Anforderungen** an die **Verfahrensrichtigkeit** bei der Auswahl der Bestgeeigneten bedingt.
- Die gegenständliche **Mehrfachmitgliedschaft** kann schließlich vor dem Hintergrund der Erfordernisse eines geordneten rechtsstaatlichen Verfahrens und hinreichender Unbefangenheit als **unzulässig** und **nichtigkeitsbegründend** für Organakte gewertet werden.
- Da die **Berufungsverfahren**, als die **zentralen universitären Qualifikationsprüfungsverfahren**, dem Kernbereich universitärer wissenschaftlicher Forschung zuzurechnen sind, welcher grundsätzlich als prototypischer Bereich universitärer Autonomie gewertet wird, kann eine Satzungsregelungskompetenz betreffend die Anwendung von Unvereinbarkeiten gem § 20 Abs 2 UG auf entscheidungsbefugte Senatsorgane erwogen werden. Dies auch vor dem Hintergrund vergleichbarer Regelungskompetenzen nach alter Rechtslage.

³¹ Vgl § 53 Abs 4 KUOG, außer Kraft.

³² Vgl § 2 Abs 2 iVm § 8 Abs 1 KUOG, außer Kraft.

³³ Vgl § 2 Abs 2 iVm § 7 Abs 1 UOG 1993, außer Kraft.

³⁴ Vgl *Novak*, Berufungsverfahren 26.

Bei Bedachtnahme auf alle gegenständlich relevanten Aspekte sprechen somit letztlich sowohl historische als auch systematische und teleologische Aspekte für die **Unvereinbarkeit** einer **gleichzeitigen Mitgliedschaft** in einem **Leitungsorgan** und in einer **entscheidungsbefugten Kommission** des **Senats** einer öffentlichen Universität. Die hier für die Mitgliedschaft in einer Berufungskommission vertretenen Auffassungen sind dabei sinngemäß

auf eine solche in einer **Habilitationskommission** übertragbar.

Ass.-Prof. Mag. Dr. Manfred Novak
Institut für Universitätsrecht
Johannes-Kepler-Universität Linz,
manfred.novak@jku.at

Überstellung in die Verwendungsgruppe der Universitätsdozenten/innen (§ 170 BDG) nach Habilitation an einer anderen inländischen oder ausländischen Universität?

Lothar Matzenauer

Stand Juli 2020

§ 170 Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (BDG) und parallel § 55 Vertragsbedienstetengesetz 1948 (VBG) sehen seit 1.10.1997 (BGBl I Nr. 109/1997) einen **Rechtsanspruch** für Universitätsassistent(inn)en (Univ.Ass.) im „alten“ Bundesdienstrecht vor, mit dem auf die Habilitation folgenden Semester in die Verwendungsgruppe der Universitätsdozenten (Univ.Do.) bzw. Entlohnungsgruppe der Vertragsdozenten überstellt zu werden, „wenn die Lehrbefugnis für eine Verwendung als Universitätsassistent in Betracht kommt“.

Diese Bedingung ist so zu verstehen, dass es zwischen den bisherigen Aufgaben als Universitätsassistent(in) und dem Fach der mit der Habilitation verliehenen Lehrbefugnis einen **sinnvollen fachlichen Zusammenhang** geben muss, der dann eine dienstrechtliche und funktionelle Höherreihung rechtfertigt. Dass das BDG/VBG hier nicht das Wort „facheinschlägig“ verwendet, hat nur den Zweck, eine allzu restriktive Auslegung dieses Zusammenhanges zwischen dem Fach der Lehrbefugnis und dem Bereich der dienstlichen Verwendung als Voraussetzung für eine Überstellung durch die Dienstbehörde(n) zu vermeiden.

A) Habilitation an einer anderen als der dienstrechtlich zuständigen Universität?

§ 170 BDG und § 55 VBG verlangen nach ihrem Wortlaut nicht, dass die Lehrbefugnis als Universitätsdozent(in) und das Dienstverhältnis als Universitäts- bzw. Vertragsassistent(in) von derselben Universität stammen müssen, wengleich einzuräumen ist, dass dieser „Normalfall“ den Hintergrund für die Schaffung dieser Aufstiegsmöglichkeit bildete, wie die Materialien aus 1997 (s. Erl. zur RV 691 dB XX. GP) zeigen.

Zu Zeiten der Einführung des § 170 BDG, also der Zeit der Geltung des Universitäts-Organisationsgesetzes 1993 (UOG 1993) und dann auch des Bundesgesetzes über die Organisation der Universitäten der Künste (KUOG), spielte es aber auch rechtlich keine Rolle, ob die fachlich in Betracht kommende Lehrbefugnis an derselben Universität erworben wurde, an welcher der/die Universitätsassistent(in) sein/ihr Dienstverhältnis hatte, denn die Lehrbefugnis als

Universitätsdozent(in) konnte auch außerhalb der verleihenden Universität, also an jeder anderen österreichischen Universität, an der das Habilitationsfach vertreten war, und damit auch an der ev. anderen dienstrechtlichen „Heimatuniversität“ ausgeübt werden (s. § 27 Abs. 1 letzter Satz UOG 1993).

Daher bestand auch bei einer fachlich passenden Habilitation an einer „fremden“ österreichischen Universität kein Zweifel an einem Rechtsanspruch auf eine Überstellung in die höhere Verwendungs- bzw. Entlohnungsgruppe, auch wenn dies von mancher dienstrechtlichen „Heimatuniversität“ oft kritisch gesehen wurde, weil sie bisweilen meinte, andere qualitative Anforderungen an die Habilitation als die verleihende Universität zu haben.

Die **österreichweit ausübbarer Lehrbefugnis** als Universitätsdozent(in) wurde mit dem vollen Wirksamwerden des Universitätsgesetzes 2002 (UG) durch die ausdrücklich auf die verleihende Universität bezogene Lehrbefugnis als **Privatdozent(in)** abgelöst (s. § 103 Abs. 1 UG). Die Worte „Mit der Erteilung der Lehrbefugnis ist das Recht verbunden, die wissenschaftliche oder künstlerische Lehre an dieser Universität mittels deren Einrichtungen frei auszuüben ...“ werden nach hL dahingehend verstanden, dass diese Lehrbefugnis nur an der verleihenden Universität ausgeübt werden kann. Für eine Lehrtätigkeit an jeder anderen einschlägigen Universität bedarf es dagegen einer ausdrücklichen Beauftragung, also eines Lehrauftrages. Auch in der Judikatur wurde nichts Gegenteiliges ausgesagt.

Das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) hat in seinem Erkenntnis vom 6.8.2018, W 129 2179866-1, die Zulässigkeit einer späteren **zweiten Habilitation für dasselbe Fach** an einer **anderen (inländischen) Universität verneint** und dies vor allem damit begründet, durch die bereits erfolgte (erste) Habilitation habe der Beschwerdeführer „seine Fähigkeit zur Forschung und Lehre im Fach ...“ (*Habilitationsfach*) „bereits nachgewiesen“, diese **Habilitation** sei weltweit von Bedeutung und anerkannt. Das gelte auch für die Universität, auf die sich der zweite Habilitationsantrag bezieht. Das heißt also, die Habilitation an einer Universität muss qualitativ auch an anderen einschlägigen Universitäten Beachtung finden. Das BVwG hat aber nicht

in Frage gestellt, dass die durch die Habilitation erworbene Lehrbefugnis als Recht lediglich an der verleihenden Universität frei ausgeübt werden kann.

Wirklich befriedigend ist die Auslegung durch das BVwG nicht, denn das „**Qualitätssiegel**“ hilft bestenfalls bei künftigen Bewerbungen um Professuren, bringt aber in der aktuellen Position nichts. Ob der aus seiner früheren Tätigkeit universitätsrechtlich durchaus erfahrene BVwG-Richter mit seiner Argumentation eine Diskussion anstoßen wollte, lässt sich nicht beurteilen. Er hat immerhin die ordentliche Revision an den VwGH zugelassen, jedoch ist der Versuch einer Klärung dieser doch überraschenden Auslegung des § 103 Abs. 1 UG im Wege des VwGH wegen eines Fehlers in der Formulierung der ordentlichen Revision formal gescheitert.

§ 103 Abs. 11 UG bestimmt zwar, dass durch die Verleihung der Lehrbefugnis als Privatdozent(in) ein bestehendes Arbeitsverhältnis zur Universität nicht verändert wird – also jedenfalls nicht automatisch, aber wohl auch nicht in Form eines Rechtsanspruches auf eine Veränderung, soweit nicht eine gesetzliche Sonderbestimmung einen solchen Anspruch einräumt.

§ 170 BDG und § 55 VBG blieben aber abgesehen von geringfügigen Anpassungen zum 1.1.2004 (BGBl. I Nr. 130/2003) und zum 1.1.2016 (BGBl. I Nr. 164/2015) im Wesentlichen bestehen. Durch diese beiden Novellierungen wurde vom Gesetzgeber offenbar anerkannt, dass auch eine Habilitation nach § 103 UG als **Privatdozent(in)** bei entsprechendem fachlichem Zusammenhang zum Dienstverhältnis nach „altem Recht“ (BDG, VBG) als **Überstellungsvoraussetzung** ausreicht. Dass § 170 BDG und § 55 VBG weiterhin von einer Verleihung der Lehrbefugnis „als Universitätsdozent“ sprechen, ist wohl nur ein sprachlicher Irrtum des Dienstrechts-Gesetzgebers, denn ab 1.1.2004 konnte nur mehr eine Lehrbefugnis als „Privatdozent(in)“ verliehen werden, alle in Betracht kommenden Fälle einer Verleihung einer Lehrbefugnis als Universitätsdozent(in), also von Habilitationen nach UOG 1993 bzw. KUOG, waren spätestens mit 1.3.2004 (Beginn des auf die Habilitation folgenden Semesters, s. § 170 Abs. 1 BDG bzw. § 55 Abs. 1 VBG) abgearbeitet.

Auch ein(e) Universitätsassistent(in) nach „altem Dienstrecht“ konnte ab dem 1.1.2004 nur mehr eine Lehrbefugnis als Privatdozent(in) nach UG erwerben. Da man dem Gesetzgeber nicht unterstellen darf, eine nicht vollziehbare Bestimmung schaffen zu wollen, bedeutete spätestens die insoweit unveränderte Beibehaltung des Wortlautes in der zum 1.1.2016 wirksam gewordenen Novellierung des § 170 BDG bzw. des § 55 VBG die Akzeptanz dieser neuen Habilitation als Erfüllung der Überstellungsvoraussetzung. Andernfalls hätte in § 170 BDG bzw. in § 55 VBG ab

dem vollen Wirksamwerden des UG der Neuzugang zur höheren Verwendungs- bzw. Entlohnungsgruppe für die Zukunft verhindert werden müssen.

Wurde nun eine nur mehr an der verleihenden Universität ausübbares Lehrbefugnis als Privatdozent(in) zur entscheidenden formellen und fachlichen Voraussetzung für eine Überstellung einer/eines Univ.-Ass. nach „altem“ Dienstrecht, stellt sich aber die Frage, ob auch eine Habilitation an einer anderen Universität als der dienstrechtlichen „Heimatuniversität“ die Überstellungsvoraussetzung erfüllt, ob also auch eine Habilitation an einer dienstrechtlich „fremden“ (österreichischen) Universität ausreicht und bejahendenfalls, wie sich die an der dienstrechtlichen „**Heimatuniversität**“ nicht ausübbares „fremde“ Lehrbefugnis mit den Aufgaben aus dem Dienstverhältnis vereinbaren lässt. Es ist dabei gar nicht so sehr an den Versuch, sich nur an einer anderen Universität als der dienstrechtlichen „Heimatuniversität“ zu habilitieren, sondern vor allem auch an Fälle des arbeitsrechtlichen Wechsels von einer Universität(ssstadt) an bzw. in eine andere zu denken. Die Habilitation kann nicht einfach an die neue dienstrechtliche „Heimatuniversität“ mitgenommen werden, weil das UG zum Unterschied von § 13 Abs. 8 des zwischen 1955 und 1975 in Geltung gestandenen Hochschul-Organisationsgesetzes (H-OG) keine Möglichkeit einer vereinfachten „**Umhabilitation**“ kennt.

Wie schon erwähnt, steht angesichts des Wortlautes des § 103 Abs. 1 UG außer Frage, dass die von einer Universität verliehene Lehrbefugnis nur an dieser Universität ausgeübt werden darf. Inwieweit kann aber der nach der erwähnten Judikatur mit der Habilitation verbundene und laut BVwG über die verleihende Universität hinausreichende Qualitätsnachweis helfen?

Dazu ist vorerst zu fragen, worin sich die Aufgaben der beiden dienstrechtlichen Kategorien, also die Dienstpflichten als Universitätsassistent(in) einerseits und als Universitätsdozent(in) andererseits, voneinander unterscheiden. Das UG enthält dazu naturgemäß nichts, ausschlaggebend sind allein die §§ 172 und 172a BDG (für Univ.Do.) vs. §§ 180a und 180b BDG (für Univ.Ass.).

Die „Vertretung und Förderung des Faches“ (§ 172 Abs. 1 Z 1 BDG) vermittelt umfangreiche Aufgaben und Befugnisse, sie finden ihre Rechtfertigung in der durch die Habilitation bestätigten fachlichen Qualität; die Betreuung von Studierenden, insbesondere Diplomanden und Dissertanten (§ 172 Abs. 1 Z 3 BDG), richtet sich nach der Satzung (s. §§ 81 Abs. 1, 82 Abs. 2 und 83 Abs. 1 UG), aus dem UG selbst sind auch für Habilitierte diesbezüglich keine unmittelbaren Rechte abzuleiten.

Vorrangig geht es um die Frage, wie ein(e) an einer „fremden“ Universität habilitierte(r) Universitätsassistent(in)

bzw. Universitätsdozent(in) an ihrer/seiner dienstrechtlichen „Heimatuniversität“ in der Lehre tätig wird.

Als Universitätsassistent(in) kann sie/er gemäß § 180b BDG nur in Form einer „Betrachtung“, also einem Auftrag im Rahmen der Lehrverpflichtung, tätig werden. Analoges gilt für Staff Scientists (§§ 49s ff VBG).

§ 172 Abs. 1 Z 2 BDG spricht unter dem Titel „Besondere Aufgaben und Dienstzeit“ davon, dass ein(e) Universitätsdozent(in) „Lehrveranstaltungen, insbesondere Pflichtlehrveranstaltungen, nach Maßgabe des sich aus dem Studienrecht ergebenden Bedarfs (§ 155 Abs. 8 BDG) durchzuführen und Prüfungen abzuhalten“ hat. Es handelt sich also um eine Dienstpflichtenregelung. Welcher Bedarf sich aus dem Studienrecht ergibt, bestimmen nicht die Universitätslehrer(innen) selbst, sondern die für die Organisation des Studienbetriebs verantwortlichen Funktionsträger der Universität.

§ 172a BDG („Lehrverpflichtung“) bestimmt die Lehrverpflichtung derart, dass das Rektorat auf Vorschlag oder nach Anhörung des Leiters der Organisationseinheit und nach Anhörung des Universitätsdozenten diesen nach Maßgabe des sich aus den Studienvorschriften ergebenden Bedarfs und der finanziellen Bedeckbarkeit mit der selbständigen Abhaltung von Lehrveranstaltungen zu betrauen hat. In den Abs. 2 und 3 werden die diesbezüglichen Stundenrahmen festgelegt.

Die Lehrtätigkeit im Rahmen des Dienstverhältnisses (Lehrverpflichtung) ist also auch für Universitätsdozent(innen) von einer Betrachtung und somit von einem Auftrag abhängig. Von Lehrveranstaltungen nach freier Wahl der/des Univ.Do. hinsichtlich des Themas und des Typs der Lehrveranstaltung ist im Rahmen der dienstlichen Aufgaben keine Rede.

Gegenüber der Lehrverpflichtung einer/eines Univ.Ass. besteht nicht nur hinsichtlich des Stundenrahmens ein Unterschied, sondern die/der Universitätsdozent(in) hat vor der Entscheidung über die Beauftragung ein Anhörungsrecht, ein(e) Univ.Ass. dagegen zumindest formell nicht.

Somit wirkt sich weder eine „**hauseigene**“ noch eine „**hausfremde**“ Habilitation auf die Lehrverpflichtung des/der Betreffenden an der dienstrechtlichen „Heimatuniversität“ aus. Welche Lehrveranstaltungen er/sie abzuhalten hat, bestimmen letztlich die für die Organisation des Lehrbetriebes zuständigen Organe.

Lediglich in der Regelung der §§ 51 (9) und 51a (9) des Gehaltsgesetzes 1956 (GehG) über die Kollegiengeldabgeltung findet sich ein Hinweis auf von der/dem Univ.Do. frei ausgewählte Lehrveranstaltungen, welche in die Abgeltung einbezogen werden können. Diese Einbeziehung ist aber sehr beschränkt, nämlich bei Lehrveranstaltungen an der dienstrechtlichen „Heimatuniversität“ mit 2 Semes-

terstunden Lehrveranstaltungen. An einer „fremden“ Universität abgehaltene Lehrveranstaltungen sind nur im Fall einer bedarfsorientierten Bestätigung, also einer Form der Beauftragung, zu berücksichtigen. Frei gewählte „**Dozenten**“-Lehrveranstaltungen an der dienstrechtlich „fremden“ Universität zählen somit besoldungsrechtlich gar nicht mit.

Aus all dem folgt aber, dass bei der Festlegung des Aufgabenbereiches von Universitätsdozent(inn)en gemäß § 170 BDG/§ 55 VBG, also bei der Ausformung der Dienstpflichten, die Lehrbefugnis (venia docendi) „nur“ bezüglich der mit der Habilitation nachgewiesenen fachlichen Qualitätsstufe, nicht jedoch hinsichtlich der Befugnis zu ihrer freien Ausübung zu berücksichtigen ist. Insoweit ist es aber – siehe die oben erwähnte Judikatur des BVwG – nicht entscheidend, ob diese fachlich passende Lehrbefugnis an der dienstrechtlichen „Heimatuniversität“ oder an einer anderen österreichischen Universität erworben wurde. Die Ausübung der Lehrbefugnis in Form einer frei gewählten Lehrveranstaltung ist dagegen nur an der Universität, welche die venia docendi verliehen hat, zulässig und kann sich auf die dienstrechtliche „Heimatuniversität“ hinsichtlich der Kollegiengeldabgeltung nur bei einer Habilitation an dieser Universität und außerdem nur mit zwei Wochenstunden auswirken.

Somit besteht wohl auch im Falle einer an einer anderen österreichischen Universität erworbenen **Habilitation als Privatdozent(in)** ein **Rechtsanspruch auf Überstellung** in die **Verwendungsgruppe der Universitätsdozenten** bzw. **Entlohnungsgruppe der Vertragsdozenten**, wenn die erworbene Lehrbefugnis als Privatdozent(in) für die Verwendung als wiss. bzw. künstl. Bedienstete(r) an der dienstrechtlichen Heimatuniversität „in Betracht kommt“, also fachlich zu den wissenschaftlichen bzw. künstlerischen Aufgaben im Dienstverhältnis „passt“.

Eine automatische Übertragung der Lehrbefugnis oder eine Ausweitung der aus der Lehrbefugnis zukommenden Rechte von der verleihenden Universität an die dienstrechtliche „Heimatuniversität“ ist damit aber nicht verbunden.

B) Habilitation an einer Universität im Ausland?

Zu klären ist weiters, ob auch eine an einer Universität im Ausland erworbene gleichwertige Lehrbefugnis (insbes. D, CH) als Überstellungsvoraussetzung ausreichen kann. Das UG bzw. das Universitätslehrer-Dienstrecht beziehen in anderen Zusammenhängen auch eine im Ausland erworbene gleichwertige bzw. gleichzuhaltende Qualifikation in die Voraussetzungen für die Erlangung bestimmter Universitäts-Funktionen mit ein. In § 170 BDG ist aber trotz mehre-

rer Novellen der Gesetzestext nicht im Sinne der Prinzipien des EU-Rechts geändert worden.

Der Gesetzeswortlaut scheint auf eine Habilitation nach innerstaatlichem Recht abzustellen, § 170 Abs. 2 BDG enthält aber nach dem Begriff „Lehrbefugnis als Universitätsdozent“ keinen zB durch einen Klammersausdruck auf das innerstaatliche Organisationsrecht (s. § 27 f UOG 1993, heute § 103 UG) einschränkenden Verweis.

§ 170 BDG wurde mit 1.10.1997 eingeführt, damals war Österreich bereits EU-Mitglied. Im Zuge der Einführung dieser neuen Bediensteten-Kategorie wurde die EU-Konformität dieser Überleitungsvoraussetzungen nicht weiter thematisiert. Aus den s. z. Materialien (s. Erl. zur RV 691 d. B. XX. GP) ergibt sich zwar deutlich der Eindruck, dass diese rein dienstrechtliche Höherreihungsmöglichkeit für die langjährig als Univ.Ass. an österreichischen Universitäten tätigen und auch hier habilitierten Wissenschaftler(innen) bzw. Künstler(innen) gedacht war.

Ein anderes Signal setzte und setzt aber die mit § 170 BDG zwingend verbundene **Ernennungsvoraussetzung** der **Anlage 1 Z 20** zum BDG. Sie wurde zwar im Laufe der Jahre zweimal abgeändert (mit 1.10.1999 aus Anlass des KUOG und mit 1.1.2004 aus Anlass des UG), diese Änderungen betrafen aber nur Anpassungen an die Terminologie (1997 Universitäten/Hochschulen, 1999 Universitäten/Universitäten der Künste, ab 2004 nur mehr Universitäten), die inhaltliche Ernennungsvoraussetzung für die Überleitung in die Verwendungsgruppe der Universitätsdozenten lautet aber seit 1997 unverändert „eine an **einer österreichischen Universität ... erworbene oder gleichwertige ausländische Lehrbefugnis** (venia docendi)“.

Damit ist klar, dass auch eine Habilitation an einer Universität oder Hochschule im Ausland zählt. Man kann bestenfalls darüber diskutieren, ob eine an einer bestimmten Universität im Ausland erworbene Lehrbefugnis (meist als *venia legendi* bezeichnet) einer österreichischen Lehrbefugnis als Universitätsdozent (*venia docendi*) „gleichwertig“ ist. Für diese Beurteilung muss es klare, sachliche und rechtliche Grundlagen geben, ein **Ermessensspielraum besteht dafür nicht**.

Eine an einer ausländischen Universität erworbene Lehrbefugnis wird in Österreich in der Regel als formeller Nachweis der grundsätzlichen Eignung für eine Berufung auf eine Professur gewertet. Daher kann wohl kein Zweifel bestehen, dass eine solche an einer anerkannten ausländischen Universität durch ein Habilitationsverfahren erwor-

bene Lehrbefugnis auch als Erfüllung der Voraussetzung nach **Anlage 1 Z 20 zum BDG** und damit nach § 170 BDG geeignet ist.

Dabei wird auch mit zu bedenken sein, ob österreichische Universitäten EU-konform eine im Ausland erworbene Habilitation in einem ähnlichen Zusammenhang als Erfüllung einer qualitativen Voraussetzung anerkennen, diese also für die Erlangung einer höherrangigen organisationsrechtlichen Funktion bzw. arbeitsrechtlichen Position ausreicht. Wenn also z.B. in einer **Betriebsvereinbarung** einer Universität über die Vorgangsweise bezüglich der Inhalte und Modalitäten des Abschlusses von Qualifizierungsvereinbarungen gem. § 27 Abs. 8 Universitäten-KV festgelegt ist, dass als zentrales Qualifizierungsziel für die Erreichung des Beschäftigungstyps „Assoziierte/r Professor/in“ die Erreichung der *venia docendi* oder die Erreichung einer vergleichbaren wissenschaftlichen Qualifikation zu vereinbaren ist und im Sinne der Internationalisierung Habilitationen im EU- und EWR-Raum inländischen Habilitationen als Kriterium zur Zielerreichung gleichzuhalten sind, dann dürfen Universitäten bei der Auslegung des § 170 BDG bzw. § 55 VBG über **die EU-konforme Formulierung** der Anlage 1 Z 20 zum BDG nicht hinwegsehen.

D.h., zumindest eine in einem anderen EU-/EWR-Staat an einer anerkannten Universität erworbene Habilitation ist unter der Voraussetzung der Gleichwertigkeit einer österreichischen *venia docendi* gleichzuhalten, und zwar als qualitativer Nachweis sowohl für die Erlangung einer Position nach dem Univ.-Kollektivvertrag (Verwendungsgruppe A2, Laufbahnstelle) und in weiterer Folge ev. für einen organisationsrechtlichen Aufstieg in die Gruppe der Univ. Prof. als auch für die Überleitung nach § 170 BDG bzw. § 55 VBG. Eine organisationsrechtliche Höherreihung war und ist damit nicht verbunden; eine Karriere-Fortsetzung im Sinne eines Aufstiegs in die Gruppe der („echten“) Univ. Prof. brachte erst § 99 Abs. 3 UG.

Es ist daher im **Sinne der EU-Konformität** sachlich geboten, eine im Ausland erworbene, fachlich in Betracht kommende und vom wissenschaftlichen bzw. künstlerischen Niveau her als gleichwertig anzusehende Habilitation als Erfüllung der Überstellungsvoraussetzung in die Verwendungsgruppe der Universitätsdozenten bzw. Entlohnungsgruppe der Vertragsdozenten zu werten.

Dr. Lothar Matzenauer
matzenauer@ktvgm.net

2020

www.za1.at

Crossdesign 
WERBEAGENTUR GMBH

www.crossdesign.at

UNILEX
IN PROGRESS

Informationen zu universitätsrechtlicher
Theorie und Praxis 2020