

Der Oberste Gerichtshof hat in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Langer als Vorsitzende, den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Kuras und die Hofrätin des Obersten Gerichtshofes Dr. Lovrek sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Eva Pernt und Mag. Johann Schneller als weitere Richter in der Rechtssache der Antragstellerin Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, Prinz Eugen-Straße 20-22, 1040 Wien, vertreten durch Mag. Wolfgang Kozak, Prinz Eugen-Straße 20-22, 1040 Wien, wider den Antragsgegner Dachverband der Universitäten, Liechtensteinstraße 22, 1090 Wien, vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Feststellung nach § 54 Abs 2 ASGG, den

B e s c h l u s s

gefasst:

Der Antrag, es werde festgestellt, dass das VBG mit Ausnahme der §§ 4, 32 und 34 bis zum Inkrafttreten eines Kollektivvertrages als zwingender Mindestinhalt des Arbeitsvertrages iSd § 128 UG 2002 auch für jene ab dem 1. 1. 2004 eingestellten Arbeitnehmer gilt,

a) deren Tätigkeiten im Wesentlichen den Berufsbildern des UniAbgG entsprechen (insbesondere Studienassistenten, Assistenten mit abgeschlossener Universitätsausbildung ohne Doktorat, Lehrbeauftragte in einem Arbeitsverhältnis),

b) die im Rahmen von Drittmittelprojekten iSd § 109 Abs 2 UG 2002 beschäftigt werden,

c) mit denen weniger als ein Drittel der für Vollbeschäftigte vorgesehenen wöchentlichen Normalarbeitszeit vereinbart ist,

und der weitere Antrag, dem unter a) bis c) umschriebenen Personenkreis gebühre eine Kinderzulage bzw ein Fahrtkostenzuschuss, wenn die sonstigen im VBG enthaltenen Anspruchsvoraussetzungen gegeben sind,

wird abgewiesen.

B e g r ü n d u n g :

Die Antragstellerin ist gemäß § 1 AKG berufen, die sozialen, wirtschaftlichen, beruflichen und kulturellen Interessen der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen zu vertreten und zu fördern. Ihr obliegt gemäß § 9 Abs 1 AKG die Besorgung aller in den Aufgabenbereich der Arbeiterkammern fallenden Angelegenheiten, soweit sie das gesamte Bundesgebiet oder mehrere Bundesländer gemeinsam betreffen.

Dem Antragsgegner wurde gemäß § 108 Abs 3 UG 2002 die Kollektivvertragsfähigkeit im Sinne des Arbeitsverfassungsgesetzes zuerkannt.

Beide Parteien sind gemäß § 54 Abs 2 ASGG als Parteien legitimiert (zur Kollektivvertragsfähigkeit der

Antragstellerin *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 4 Rz 8; zur Legitimation des Antragsgegners siehe auch 9 ObA 129/04t).

Die **Antragstellerin** begehrt die Feststellung, dass das VBG mit Ausnahme der §§ 4, 32 und 34 bis zum Inkrafttreten eines Kollektivvertrages als zwingender Mindestinhalt des Arbeitsvertrages iSd § 128 UG 2002 auch für jene ab dem 1. 1. 2004 eingestellten Arbeitnehmer gelte,

a) deren Tätigkeiten im Wesentlichen den Berufsbildern des UniAbgG entsprechen (Studienassistenten, Assistenten mit abgeschlossener Universitätsausbildung ohne Doktorat, Lehrbeauftragte in einem Arbeitsverhältnis,

b) die im Rahmen von Drittmittelprojekten iSd § 109 Abs 2 UG 2002 beschäftigt werden,

c) jene Arbeitnehmer, mit denen weniger als ein Drittel der für Vollbeschäftigte vorgesehenen wöchentlichen Normalarbeitszeit vereinbart ist.

Die Antragstellerin begehrt ferner die Feststellung, dass diesem umschriebenen Personenkreis eine Kinderzulage bzw ein Fahrtkostenzuschuss gebühre, wenn die sonstigen im VBG enthaltenen Anspruchsvoraussetzungen gegeben sind.

Die Antragstellerin bringt dazu vor, dass gemäß § 128 UG 2002 bis zum Inkrafttreten eines Kollektivvertrages mit den dort geregelten Ausnahmen das VBG für neu aufgenommene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gelte. Das Gesetz differenziere nicht nach unterschiedlichen Arbeitnehmerkategorien. Der Wortlaut sei unmissverständlich. Dem Gesetzgeber könne nicht unterstellt werden, dass ihm ein Formulierungsfehler unterlaufen wäre. An anderen Stellen enthalte das UG 2002 eine Reihe von

Differenzierungen gerade hinsichtlich der hier betroffenen Personen. Auch die Zielsetzung des § 128 UG 2002 spreche für eine umfassende Anwendung des VBG. Der OGH habe in der Entscheidung 9 ObA 129/04t betont, dass § 128 UG 2002 einen Mindeststandard festlegen wolle. Dieses Mindeststandards bedürften sämtliche ab 1. 1. 2004 angestellten Arbeitnehmer. Andernfalls würden gerade jene Arbeitnehmergruppen, deren wirtschaftliche und soziale Position am schwächsten sei (Studienassistenten, wissenschaftliche Mitarbeiter ohne Doktorat, Drittmittelangestellte mit befristeten Verträgen) von diesem zwingenden Schutzstandard ausgeschlossen.

Die Absicht des Gesetzgebers ergebe sich überdies aus § 143 Abs 6 UG 2002: Danach sei das UniAbgG mit 31. 12. 2003 außer Kraft getreten. Nur für die auslaufenden Vertragsverhältnisse werde dieser Stichtag überdauert. Damit werde klargestellt, dass das UniAbgG für Neueinstellungen keinesfalls mehr Anwendung finde. Zum anderen sei daraus abzuleiten, dass für jene Arbeitnehmer, die Tätigkeiten iSd UniAbgG erbrächten, eine Gleichstellung mit allen anderen „neuen“ Arbeitnehmern an den Universitäten erfolge. Das UG 2002 habe die Berufsbilder des UniAbgG nicht übernommen. Es enthalte keine „fixen“ Berufsbilder mehr. Kategorisierungen könne nur ein zukünftiger Kollektivvertrag treffen. Bis dahin bleibe es beim allgemeinen Regelwerk des VBG. Nicht zur Anwendung komme das VBG lediglich, wenn keine Arbeitsverhältnisse vorlägen.

Der Abschluss von Sonderverträgen gemäß § 36 VBG sei zwar grundsätzlich auch zu Lasten des Arbeitnehmers zulässig, jedoch nur, wie der Oberste

Gerichtshof ebenfalls in 9 ObA 129/04t ausgesprochen habe, wenn ein echter Ausnahmefall vorliege, wenn also die Bestimmungen des VBG den besonderen Umständen des Falls nicht entsprechen könnten. Sowohl für Arbeitnehmer, deren Tätigkeiten im Wesentlichen den Berufsbildern des UniAbgG entsprächen, als auch für die sogenannten Drittmittelangestellten sei eine generelle Ausnahmesituation, die das VBG nach § 36 abdingbar mache, nicht gegeben.

Das VBG werde von Universitäten auf Teilzeitbeschäftigte, deren wöchentliche Arbeitszeit weniger als ein Drittel der wöchentlichen Normalarbeitszeit von Vollbeschäftigten betrage, mit Hinweis auf § 1 Abs 3 Z 2 VBG nicht angewendet. Dieser Vorgangsweise stehe bereits der Wortlaut des § 128 UG 2002 entgegen, der das VBG zum Inhalt des Arbeitsvertrages aller ab 1. 1. 2004 neu aufgenommener Arbeitnehmer mache. Daraus folge, dass naturgemäß die Geltungsbereichsbestimmungen des VBG außer Betracht zu bleiben hätten. Überdies könne § 1 Abs 3 Z 2 VBG nicht mit den EU-rechtlichen Vorgaben in Einklang gebracht werden. Sowohl Art 141 EGV als auch die Teilzeitrichtlinie des Rates vom 15. 12. 1997 enthalte klare Diskriminierungsverbote für Teilzeitarbeitnehmer, die durch § 1 Abs 3 Z 2 VBG unterlaufen würden.

Die begehrte Feststellung, dass die vom Antrag betroffenen Arbeitnehmer Anspruch auf Kinderzulage bzw auf Fahrtkostenzuschuss hätten, stütze sich auf die entsprechenden Bestimmungen des VBG. Das Vorliegen eines Ausnahmefalles im Sinne des § 36 VBG, der eine Nichtzahlung der Kinderzulage oder des Fahrtkostenzuschusses rechtfertige, sei kaum vorstellbar.

Der Antragsteller bringt ferner vor, dass die dem Antrag zugrunde liegenden und unter I beschriebenen Sachverhalte des Antrages sämtliche Universitäten in Österreich und jedenfalls mehr als drei Arbeitnehmer betreffen.

Der Antragsgegner wendet ein, sowohl aus der Systematik des UG 2002 als auch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes sei deutlich ableitbar, dass der weite Wortlaut des § 128 UG 2002 teleologisch dahin zu reduzieren sei, dass das VBG nur für jene neu eintretenden Arbeitnehmer als Vertragsschablone gelten könne, für die im VBG ein entsprechendes Berufsbild bestehe. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des VBG auf das gesamte nach dem 1. 1. 2004 neu aufgenommene Universitätspersonal sei nicht Ziel der Übergangsbestimmungen des UG 2002. Die Schaffung von Mindeststandards für Arbeitnehmergruppen außerhalb der Berufsbilder des VBG sei nach der klaren Intention des Gesetzgebers Aufgabe der Kollektivvertragsparteien und nicht des VBG. Jede andere Sichtweise würde zu sachlich nicht zu rechtfertigenden und damit verfassungsrechtlich problematischen Ergebnissen führen. Auch die Systematik des Gesetzes spreche für die Auffassung des Antragsgegners. Absicht des Gesetzgebers sei es gewesen, dass sich für das Universitätspersonal durch die Ausgliederung der Universitäten bis zum Inkrafttreten eines anwendbaren Kollektivvertrages keine arbeitsrechtliche Schutzlücke auftrue. Eine solche Schutzlücke sei jedoch zu verneinen, wenn auch nach der Rechtslage vor Inkrafttreten des UG 2002 Arbeitnehmer der Universitäten nicht in den Anwendungsbereich des VBG gefallen wären.

Drittmittelangestellte seien vor Inkrafttreten des UG 2002 in der Regel Arbeitnehmer von teilrechtsfähigen Universitätseinrichtungen, also im Wesentlichen von Universitätsinstituten bzw Universitätskliniken gewesen. Sie seien zumeist für befristete Forschungsprojekte eingesetzt worden, die von dritter Seite finanziert worden seien. Ihr Dienstverhältnis sei dem normalen Arbeitsrecht unterlegen, also insbesondere dem AngG. An dieser bewährten und für die Praxis wichtigen Forschungsförderung habe sich nach der klaren Regelung im UG 2002 nichts ändern sollen. Anpassungsbedarf habe nur insoweit bestanden, als die Institute ihre Teilrechtsfähigkeit verloren hätten. Auf die Drittmittelangestellten sei gemäß § 108 Abs 1 UG 2002 weiterhin das AngG anwendbar.

Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass unter dem Begriff „neu aufgenommene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer“ in § 128 UG auch Drittmittelangestellte sowie Arbeitnehmer, deren Berufsbilder dem UniAbgG entsprächen, zu subsumieren seien, sei für die Antragstellerin nichts gewonnen. In diesem Fall könne jedenfalls eine verallgemeinernde Einordnung dieser Beschäftigten unter das VBG nicht vorgenommen werden, weswegen insoweit jedenfalls der Abschluss von Sonderverträgen zulässig wäre. Da die vom Antrag betroffenen Arbeitnehmer ohnedies nicht dem VBG unterlägen, gelte das umso mehr, soweit diese Arbeitnehmer zu weniger als einem Drittel der wöchentlichen Normalarbeitszeit beschäftigt seien. Im Übrigen sei es unzutreffend, dass § 1 Abs 3 Z 2 VBG einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot oder einen Verstoß gegen die Teilzeitrichtlinie bewirke. Vielmehr sei die Aufnahme dieser Bestimmung objektiv gerechtfertigt.

Der **Feststellungsantrag** ist **zulässig**, jedoch **nicht berechtigt**.

Vorauszuschicken ist, dass sich der Antrag bezüglich jener Arbeitnehmer, die zu weniger als ein Drittel der für Vollbeschäftigte vorgesehenen wöchentlichen Normalarbeitszeit tätig sind, erkennbar nur auf jene Arbeitnehmer betrifft, deren Tätigkeiten im Wesentlichen in den Berufsbildern des UniAbgG entsprechen bzw die im Rahmen von Drittmittelprojekten beschäftigt werden: Das ergibt sich daraus, dass sich die Antragstellerin in Punkt III 2 ihres Antrages darauf bezieht, dass die dem Antrag zugrunde liegenden und unter I des Antrages beschriebenen Sachverhalte und Rechtsfragen sämtliche Universitäten in Österreich und jedenfalls mehr als drei Arbeitnehmer betreffen. Unter I des Antrages beschreibt die Antragstellerin ausschließlich die Tätigkeit jener Arbeitnehmer, deren Tätigkeiten im Wesentlichen jenen Berufsbildern entsprechen, die im UniAbgG geregelt waren und jene Arbeitnehmer, die überwiegend durch Drittmittel finanziert werden. Auch aus dem weiteren Antragsvorbringen selbst ergibt sich nicht, dass die Antragstellerin ihren Antrag bezüglich der zu weniger als einem Drittel der wöchentlichen Normalarbeitszeit beschäftigten Arbeitnehmer dahin erweitern will, dass er sich auch auf Arbeitnehmer erstrecken soll, deren Tätigkeit einem Berufsbild entspricht, das im VBG geregelt ist.

§ 108 Abs 1 UG 2002 bestimmt, dass auf Arbeitsverhältnisse zur Universität, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, das Angestelltengesetz anzuwenden ist. § 126 Abs 1 UG 2002 regelt die Rechtstellung der Vertragsbediensteten des Bundes und bestimmt, dass die bisher zu Lasten einer Planstelle einer Universität oder

Universität der Künste beim Bund bediensteten Arbeitnehmer nunmehr Arbeitnehmer der Universität selbst werden. § 126 Abs 4 UG 2002 legt fest, dass das Vertragsbedienstetengesetz 1948 in der jeweils geltenden Fassung hinsichtlich der ihm zum Stichtag unterliegenden Arbeitnehmer als Inhalt des Arbeitsvertrages mit der Universität gilt. Daraus wird in der Lehre abgeleitet, dass das VBG für die übergeleiteten Vertragsbediensteten zwingend zur Anwendung kommt (*Schrammel* in Mayer Kommentar UG 2002, § 126 Erl IV.4; *Pfeil*, Übergangsprobleme des Personalrechts nach UG 2002, zfhr 2004/3, 4, 8; *Löschnigg*, VBG als Inhalt des Arbeitsvertrages gemäß § 128 UG 2002, Unilex 2005, 11).

Während § 126 UG 2002 die Rechtstellung der übergeleiteten Vertragsbediensteten regelt, bezieht sich § 128 UG 2002 auf seit 1. 1. 2004 neu aufgenommene Arbeitnehmer: Danach gilt für ab dem Zeitpunkt des vollen Wirksamwerdens dieses Bundesgesetzes (1. 1. 2004) an der Universität neu aufgenommene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bis zum Inkrafttreten eines Kollektivvertrages gemäß § 108 Abs 3 das Vertragsbedienstetengesetz 1948 mit Ausnahme der §§ 4, 32 und 34 als Inhalt des Arbeitsvertrages mit der Universität.

In der ebenfalls einen Feststellungsantrag gemäß § 54 Abs 2 ASGG betreffenden Entscheidung 9 ObA 129/04t wurde festgestellt, dass ab dem Zeitpunkt des vollen Wirksamwerdens des UG 2002 an den Universitäten auf Arbeitsverhältnisse neu aufgenommener Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bis zum Inkrafttreten eines Kollektivvertrages gemäß § 108 Abs 3 UG 2002 das VBG 1948 mit Ausnahme der §§ 4, 32 und 34 als Inhalt des

Arbeitsvertrages mit der Universität anzuwenden und eine Abweichung vom Vertragsinhalt zu Ungunsten der vorgenannten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nur insoweit zulässig ist, als ein Ausnahmefall im Sinne des § 36 VBG vorliegt, der infolge der besonderen Lage im Einzelfall in die Normen des VBG nicht ohne weiteres eingeordnet werden kann und daher einer abweichenden Sonderregelung bedarf. Damit entschied der Oberste Gerichtshof die in der Lehre kontroversiell behandelte Frage, ob § 128 UG 2002 nur eine Dispositivnorm ist, die einer einvernehmlichen Abänderung zugänglich ist, dahin, dass § 128 UG 2002 zumindest im Regelfall einen zwingenden Mindeststandard zugunsten neu eintretender Mitarbeiter festlegt (vgl dazu auch *Stärker, Universitäten: OGH klärt Mindeststandard für Neueintretende, ASoK 2006, 162*).

Nicht eingehen musste der Oberste Gerichtshof in der genannten Entscheidung auf die hier entscheidungswesentliche Frage, ob § 128 UG 2002 für alle ab 1. 1. 2004 an der Universität neu aufgenommene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gilt, somit auch für jene vom Antrag betroffenen Arbeitnehmer, deren (insbesondere besoldungsrechtliche) Stellung sich bis 1. 1. 2004 nicht nach dem VBG, sondern nach dem UniAbgG (Studienassistenten, Assistenten mit abgeschlossener Universitätsausbildung ohne Doktorat, Lehrbeauftragte in einem Arbeitsverhältnis) bzw dem AngG (im Rahmen von Drittmittelprojekten Beschäftigte) bezieht. Diese Rechtsfrage wurde in dem zu 9 ObA 129/04t an den Obersten Gerichtshof herangetragen Sachvorbringen nicht releviert.

Zunächst bedarf es zur Beantwortung dieser Frage einer Auseinandersetzung mit der Rechtsstellung jener

vom Antrag betroffenen Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse vor 1. 1. 2004 begründet wurden: Im Bundesgesetz über die Abgeltung von wissenschaftlichen und künstlerischen Tätigkeiten an Universitäten und Universitäten der Künste, UniAbgG, BGBl Nr 463/1974 wurde das Entgelt emeritierter Universitätsprofessoren, Honorarprofessoren, nicht in einem Bundesdienstverhältnis stehender Dozenten, Tutoren, Studienassistenten, Lehrbeauftragten, Gastprofessoren und wissenschaftlicher (künstlerischer) Mitarbeiter (in Ausbildung) geregelt. Korrespondierend dazu wurde in dem durch BGBl I Nr 120/2002 aufgehobenen UOG 1993, BGBl Nr 805/1993 hinsichtlich der vom Antrag betroffenen Arbeitnehmer, deren Entgelt im UniAbgG geregelt ist, darauf verwiesen, dass sich die Abgeltung der Genannten nach „besonderen gesetzlichen Bestimmungen“ (eben das UniAbgG) richtet (vgl § 30 Abs 6 UOG/Lehrbeauftragte; § 34 Abs 2 UOG 1993/Studienassistenten). Auf im Rahmen der Teilrechtsfähigkeit in Arbeitsverhältnissen Beschäftigte, also vor allem sogenanntes Drittmittelpersonal, war gemäß § 37 Abs 1 UOG 1993 das AngG anzuwenden.

Unstrittig geht auch die Antragstellerin davon aus, dass für diese vom Antrag betroffenen Arbeitnehmer, soweit ihr Arbeitsverhältnis vor 1. 1. 2004 begründet wurde, das VBG nicht anwendbar war. Auch in Abschnitt IIa des VBG 1948, das Sonderbestimmungen für das wissenschaftliche und künstlerische Personal an Universitäten enthält, werden die vom Antrag umfassten Berufsbilder weder beschrieben noch finden sich für diese Arbeitnehmer Entgeltregelungen.

Hinsichtlich jener Arbeitnehmer, deren Rechtsstellung bisher durch das UniAbgG geregelt waren, bestimmt § 133 UG 2002 unter dem Titel „Personen in einem besonderen Rechtsverhältnis zum Bund“ wörtlich:

1) Hinsichtlich des Rechtsverhältnisses von Personen, die am Tag vor dem vollen Wirksamwerden dieses Bundesgesetzes an der Universität in einem besonderen Rechtsverhältnis zum Bund (Tutoren gemäß § 1a, Studienassistenten und Demonstratoren gemäß § 1b, Lehrbeauftragte gemäß § 1 Abs 2 und § 2 sowie Gastprofessorinnen und Gastprofessoren gemäß § 3 des Bundesgesetzes über die Abgeltung von wissenschaftlichen und künstlerischen Tätigkeiten an Universitäten und Universitäten der Künste) stehen, tritt nach dem Stichtag keine Änderung ein. Sie gelten ab dem Stichtag als der Universität oder der medizinischen Universität zugeordnet, welche die Nachfolgeeinrichtung der Universität oder medizinischen Fakultät ist, deren Aufgaben sie überwiegend besorgt haben. Das Rechtsverhältnis endet mit Zeitablauf.

2) Der Abschluss oder die Verlängerung eines solchen besonderen Rechtsverhältnisses zum Bund durch die Universität ist mit Wirksamkeit ab dem Stichtag unzulässig.

3) Die §§ 1, 1a, 1b, 2, 2a, 3 und 7 des Bundesgesetzes über die Abgeltung von wissenschaftlichen und künstlerischen Tätigkeiten an Universitäten und Universitäten der Künste sind auf die im Abs 1 genannten Personen bis zum Ablauf ihres besonderen Rechtsverhältnisses weiter anzuwenden.

Jene vom Antrag umfassten Arbeitnehmer, deren Rechtsverhältnisse zum Bund zum Stichtag (Inkrafttreten des UG 2002) bestanden, erfahren durch das volle Wirksamwerden des UG 2002 somit keine Änderungen ihrer bisherigen Rechtsstellung. Das gilt insbesondere auch für die im UniAbgG geregelten Entgelte: Das UniAbgG ist für die genannten Personen bis zum Ablauf des besonderen Rechtsverhältnisses ungeachtet dessen weiter anzuwenden, dass es gemäß § 142 Abs 6 UG 2002 mit Ablauf des 31. Dezember 2003 außer Kraft tritt: § 142 Abs 6 UG 2002

nimmt ausdrücklich auf die im § 132 Abs 2 und 133 Abs 3 festgelegten Ausnahmen Bezug.

Die RV 1134 BlgNR XXI. GP hält dazu wörtlich fest (109):

Künftig steht das gesamte wissenschaftliche und künstlerische Personal in einem Arbeitsverhältnis zur vollrechtsfähigen Universität nach Angestelltengesetz. Die Lehrbeauftragten, die derzeit in keinem Dienstverhältnis, sondern in einem befristeten öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis eigener Art zum Bund stehen, werden künftig Angestellte der vollrechtsfähigen Universität in einem befristeten, teilbeschäftigten Arbeitsverhältnis. Die in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis zum Bund stehenden Mitarbeiter im Lehrbetrieb (Tutoren, Studienassistenten und Demonstratoren) und Lehrbeauftragte werden semesterweise bestellt. Da der Zeitpunkt des vollen Wirksamwerdens dieses Bundesgesetzes während des Wintersemesters 2003/2004 bzw 2004/2005 liegen wird, reicht die befristete Bestellung des Großteils der oben genannten Universitätsangehörigen für eine nur relativ kurze Zeitspanne über das volle Wirksamwerden dieses Bundesgesetzes hinaus. Es ist daher zweckmäßig, das bestehende Rechtsverhältnis zum Bund unverändert bestehen und auslaufen zu lassen. Nach Bestellungsablauf wäre bei weiterem Bedarf nach diesen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern nur mehr die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zur Universität nach Angestelltengesetz möglich.

Für die ebenfalls vom Antrag umfassten sogenannten Drittmittelbeschäftigten, die unstrittig nach der bisherigen Rechtslage nicht dem VBG, sondern dem AngG unterlagen, wird im UG 2002 einerseits in § 107 Abs 4, andererseits in § 109 Abs 2 Bezug genommen: Nach der letztgenannten Bestimmung ist eine mehrmalige unmittelbar aufeinanderfolgende Befristung nur bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die im Rahmen von Drittmittelprojekten.....beschäftigt werden, zulässig (zur Auslegung des § 109 Abs 2 UG 2002 siehe 9 ObA 139/06s).

Beizupflichten ist der Antragstellerin zunächst darin, dass der Wortlaut des § 128 UG 2002 für ihre Auslegung spricht: § 128 UG 2002 nimmt nur auf ab 1. 1. 2004 neu aufgenommene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Bezug, ohne Unterscheidung nach dem Berufsbild. Aus den Gesetzesmaterialien zu § 128 UG 2002 lässt sich für die Beantwortung der hier verfahrenentscheidenden Frage nichts gewinnen: Die bereits erwähnte RV sah zunächst noch vor, dass für die ab 1. 1. 2004 aufgenommenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer das VBG als Kollektivvertrag gelten soll. Erst im Bericht des Ausschusses für Wissenschaft und Forschung (1224 der BlgNR XXI. GP) erhielten die Bestimmungen der §§ 126 Abs 4 und 128 UG den jetzigen Inhalt, wonach sowohl bei den ehemaligen Vertragsbediensteten als auch bei neu aufgenommenen Arbeitnehmern das VBG nicht zum Inhalt eines Kollektivvertrages, sondern zum Inhalt der Einzelarbeitsverträge mit der Universität werden sollte. Als Begründung dafür wurde angeführt (1224 der BlgNR XXI. GP, 15), dass mit Rücksicht auf die Judikatur zum Kollektivvertragsrecht betreffend „dynamische“ Verweisungen in Kollektivverträgen diese Änderungen erforderlich waren. Weitere Erwägungen, insbesondere dazu, ob § 128 UG auf sämtliche ab 1. 1. 2004 neu aufgenommene Arbeitnehmer anzuwenden ist, finden sich weder im Ausschussbericht noch in den ErläutRV.

Während also der Wortlaut für die Auslegung der Antragstellerin spricht, sprechen eine Reihe von Erwägungen gegen diese Auslegung: Zum einen ist zu berücksichtigen, dass die Anwendbarkeit des VBG mit dem Zustandekommen des Kollektivvertrages ex lege verloren geht. Damit kommt

zum einen der Charakter einer Übergangsregelung zum Ausdruck, zum anderen aber auch, dass mit dieser Konstruktion die Sicherung von Mindestarbeitsbedingungen (Entgelt, Sonderzahlungen) bis zu einem Universitäten-Kollektivvertrag bezweckt wird (*Löschnigg*, *Unilex* 2005, 13). Mit der von *Löschnigg* hervorgehobenen Notwendigkeit der Sicherung von Mindestentgeltbedingungen (Bestandsschutzregelungen sind im Hinblick darauf, dass die §§ 32 bis 34 VBG wegen der ausdrücklichen Anordnung im § 128 UG 2002 jedenfalls nicht gelten, zu vernachlässigen), aus der *Löschnigg* den vom OGH in 9 ObA 129/04t geteilten Schluss zieht, dass § 128 UG einen zwingenden Mindeststandard zugunsten neu eintretender Mitarbeiter festlegen will, kann für die vom Antrag umfassten Arbeitnehmer nicht argumentiert werden: Für die dem Antrag unterliegenden Berufsbilder finden sich im VBG keine Entgeltregelungen. Auch eine Bejahung der Anwendbarkeit des VBG als Vertragsschablone in der jeweiligen Fassung zum Zeitpunkt des Abschlusses des (neuen) Arbeitsvertrages führt somit nicht zu einer Festlegung eines Mindestentgelts. Es bedürfte daher ohnedies einer Entgeltvereinbarung (die im Sinne des § 36 VBG jedenfalls zulässig wäre, weil die vom Antrag umfassten Berufsbilder den Entgeltregelungen des VBG nicht unterstellt werden können - siehe 9 ObA 129/04t). Es müsste auf das AngG (§ 108 Abs 2 UG 2002) zurückgegriffen werden, wonach im Zweifel ein angemessenes Entgelt geschuldet würde. Der aus dem § 128 UG 2002 hervorleuchtende Zweck, neu aufgenommenen Arbeitnehmern bis zum Inkrafttreten des Kollektivvertrages ein Mindestentgelt zu sichern, wäre daher auch bei Bejahung der Anwendbarkeit des § 128 UG 2002 auf die vom Antrag

umfassten Personen mangels entsprechender Entgeltbestimmungen im VBG nicht erfüllt. *Pfeil* (zfhr 2004, 3, 4, 14) verweist in diesem Zusammenhang ebenfalls darauf, dass § 128 UG 2002 vor allem auf die im Arbeitsrecht sonst nicht gesetzlich geregelte Entgelthöhe verweist. Gerade in diesem Punkt „passen“ die VBG-Regelungen aber nicht für Beschäftigte nach Art der bisherigen Lehrbeauftragten oder wissenschaftlichen Mitarbeiter in Ausbildung, die bewusst anders als zB Vertragsassistenten organisiert und auch bezahlt wurden. Bei Gastprofessoren könnte nach Auffassung *Pfeils* vielleicht noch eine Orientierung an (allenfalls teilbeschäftigten) Vertragsprofessoren erfolgen (vgl insb § 49j VBG), bei neuen Studienassistenten etc fehle jedoch wieder jegliche geeignete Anknüpfungsmöglichkeit.

Pfeil verweist in diesem Zusammenhang überdies darauf, dass es kaum vorstellbar erscheine, dass der Gesetzgeber die vollrechtsfähigen Universitäten, denen er gerade im Personalbereich mehr Flexibilität zugedacht habe, mit Verpflichtungen belasten wollte, die bisher nicht bestanden hätten (sodass auch keine Verschlechterungen für Dritte drohen könnten). Jede andere Sichtweise würde zu sachlich nicht zu rechtfertigenden und damit verfassungsrechtlich problematischen Ergebnissen führen. Viel sachgerechter und rechtlich sogar näherliegend sei die Bezugnahme auf jene gesetzlichen Entgeltregelungen, die für die bei Inkrafttreten des UG 2002 bestehenden besonderen Rechtsverhältnisse maßgebend gewesen seien. Da das UniAbgG jedoch bereits außer Kraft getreten sei, scheine eine analoge Anwendung der dortigen Abgeltungssätze problematisch. In Ermangelung einer Entgeltregelung würde damit aber wieder der subsidiäre Anspruch auf ein

angemessenes Entgelt nach § 6 Abs 1 AngG zum Tragen kommen, bei dessen Ermittlung eigentlich nur auf die entsprechenden Bestimmungen des UniAbgG zurückgegriffen werden könne.

Auch *Schrammel* (in Mayer, Kommentar UG 2002, § 128 Erl III.5) geht davon aus, dass die Anordnung des § 128 UG 2002 dort scheitern müsse, wo das Arbeitsverhältnis des neu aufgenommenen Arbeitnehmers keine Entsprechung im VBG finde. Das VBG treffe Regelungen für Vertragsprofessoren und Vertragsassistenten, aber auch für das nicht wissenschaftliche Personal. Diese Personen würden „gattungsmäßig“ auch nach dem Stichtag an Universitäten beschäftigt werden. Für sie mache die vorübergehende Anwendung des VBG durchaus Sinn. Nach dem Stichtag seien aber auch Gastprofessoren, Studienassistenten oder Lehrbeauftragte im Rahmen von Arbeitsverhältnissen zu beschäftigen. Für diese Personengruppen fänden sich im VBG keine vergleichbaren Regelungen. Eine Anwendung des VBG auf derartige Rechtsverhältnisse komme mangels Vergleichbarkeit nicht in Frage; das VBG kenne für diese Arbeitnehmerkategorien keine entsprechenden Regelungen, die bis zum Inkrafttreten eines Kollektivvertrags anwendbar sein könnten. Hier sei es Aufgabe der Vertragsparteien, die der Beschäftigung adäquaten Regelungen zu treffen (ebenso: *Grimm/Sacherer/Wolf*, Anwendbarkeit des VBG auf neu eintretende Arbeitnehmer der Universitäten RdW 2007/320, 293).

Windisch-Graetz (in Reissner/Tinhofer, Das neue Universitätsarbeitsrecht, Die Beschäftigtengruppen nach dem UG 2002 - Probleme der Personalüberleitung, 16) hält es für

zweifelhaft, dass der Gesetzgeber bei Schaffung des § 128 UG 2002 nicht an die gesamte Palette möglicher Beschäftigungsverhältnisse gedacht habe. Sie bejaht aber die Möglichkeit des Abschlusses „flexibler“ Arbeitsverträge, auf die, soweit sinnvoll, das VBG anzuwenden sei; im Übrigen könnten aber für diese Sonderfälle Sonderverträge gemäß § 36 VBG geschlossen werden.

Der Senat folgt in dieser Frage *Pfeil* und *Schrammel*:

Neben den bereits dargelegten Argumenten ist überdies das vom Antragsgegner hervorgehobene Argument, dass eine Bejahung der (vorübergehenden) Anwendung des VBG auf neu aufgenommene Arbeitnehmer bis zum Inkrafttreten des Kollektivvertrages zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung führt, zu beachten: Während nämlich jene vom Antrag umfassten Arbeitnehmer, die zum Stichtag des Inkrafttretens des UG 2002 bereits in ein besonderes Rechtsverhältnis zum Bund getreten waren, weiter den bisherigen Regelungen (UniAbgG; AngG für die Drittmittelbeschäftigten) unterliegen, würden auf diese Arbeitnehmer, soweit ihre Beschäftigungsverhältnisse erst nach Inkrafttreten des UG 2002 begründet wurden, zumindest in Teilbereichen (die mangelnde Anwendbarkeit der Entgeltbestimmungen wurde bereits erörtert) das VBG Anwendung zu finden haben. Dass der Gesetzgeber mit einer im Wesentlichen den Charakter einer Übergangsregelung darstellenden Vorschrift eine solche Ungleichbehandlung beabsichtigte, ist nicht zu unterstellen.

Schließlich ist noch hervorzuheben, dass die vom Antrag gewünschte „Teilanwendung“ des VBG auf die vom Antrag betroffenen Arbeitnehmer auch deshalb nicht

sachgerecht erscheint, weil sie - was sich insbesondere an dem Antrag bezogen auf die Feststellung des Bestehens eines Anspruchs auf Kinderzulage und Fahrtkostenzuschuss zeigt - zu inhomogenen Ergebnissen führte: Das VBG stellt ein Gesamtkonzept dar, das die Beziehungen des Arbeitsverhältnisses umfassend regelt. Abgesehen von den jedenfalls nicht anwendbaren Bestandschutzregelungen und gerade für bestimmte Arbeitnehmer, die vom Antrag betroffen sind, geschaffene gesonderte Befristungsregelungen (siehe etwa § 109 Abs 2 UG 2002) sind insbesondere die Entgeltregelungen des VBG und alle damit zusammenhängenden Fragen zentraler Bestandteil des Gesetzes. Gerade diese Entgeltregelungen sind aber, wie bereits ausgeführt, auf die vom Antrag umfassten Personengruppen nicht anwendbar. Damit verblieben nur einige Einzelregelungen des VBG (wie etwa der vom Antrag herausgegriffene Fahrtkostenzuschuss und die Kinderzulage) für die vom Antrag umfassten Arbeitnehmer anwendbar. Auch diese Bestimmungen fügen sich jedoch in das Gesamtentgeltkonzept des VBG ein. Das willkürliche Herausgreifen einzelner weniger Bestimmungen würde nicht nur zu einer nicht wünschenswerten „Zersplitterung“ der anwendbaren Rechtsvorschriften auf die betroffenen Arbeitsverhältnisse führen, sondern auch dazu, dass ein sachgerechtes Ergebnis gefährdet sein könnte. Zusätzlich zum Entgelt selbst legt der Gesetzgeber im VBG weitere finanzielle Verpflichtungen des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer fest. Es ist zu unterstellen, dass alle diese Leistungen in einer gewissen Wechselwirkung zueinander stehen, sodass insgesamt ein finanziell „gerechtes“ Ergebnis erzielt wird. Dieses wäre in Frage gestellt, müsste man die

Bestimmung der Entgelthöhe selbst ohne Bezugnahme auf das VBG vornehmen, weitere finanzielle Leistungen des Arbeitgebers, seien sie nun dem arbeitsrechtlichen Entgeltbegriff zu unterstellen oder nicht, aber nach den Kriterien des VBG zugestehen.

Der Senat folgt daher der von *Schrammel* und *Pfeil* vertretenen Auffassung, dass § 128 UG 2002 teleologisch zu reduzieren und nur auf jene Arbeitnehmer anzuwenden ist, deren Rechtsverhältnisse auch vor dem 1. 1. 2004 dem VBG zu unterstellen gewesen wären (aA *Löschnigg/Slywa*, Anwendung des VBG auf alle neu eingestellten Mitarbeiter/Innen der Universität, Unilex 1-2/2006 3 ff - im Wesentlichen mit dem Antragsvorbringen ident).

Mangels Anwendbarkeit des § 128 UG 2002 auf die vom Antrag betroffenen Arbeitnehmer war daher der Feststellungsantrag abzuweisen. Da sich, wie bereits ausgeführt, der Antrag auch hinsichtlich der Teilzeitbeschäftigten im Sinne des § 1 Abs 3 Z 2 VBG nur auf jene Arbeitnehmer bezieht, die im Übrigen vom Antrag umfasst sind, bedurfte es keines Eingehens auf die im Antrag angestellten europarechtlichen Überlegungen: Unterliegen die vom Antrag umfassten Arbeitnehmer selbst unter der Annahme einer Vollzeitbeschäftigung nicht dem VBG, hat das umso mehr für jene vom Antrag betroffenen Arbeitnehmer zu gelten, die im Sinne des § 1 Abs 3 Z 2 VBG teilzeitbeschäftigt sind. Darauf, ob für jene Arbeitnehmer, die dem § 128 UG 2002 unterliegen, die als Geltungsbereichsvorschrift anzusehende Regelung des § 1

Abs 3 Z 2 VBG überhaupt anwendbar ist, braucht daher nicht eingegangen zu werden.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 30. August 2007.

Dr. L a n g e r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung:

