

Zur Freistellung eines Universitätsdozenten gem § 160 BDG zum Zweck der Bewerbung auf eine unbefristete Vertragsprofessur

1. Das Problem

Mit der Dienstrechts-Novelle 2001 - Universitäten (BGBl I 2001/87) wurde im Universitätslehrer-Dienstrecht ein grundlegender Systemwechsel vom Beamten- zum Vertragsbedienstetenrecht vollzogen. Auch Stellen von Universitätsprofessoren können nunmehr nur noch als Vertragsbedienstetenverhältnisse ausgeschrieben werden. Dieses neue System stellt insbesondere beamtete Universitätsdozenten vor schwierige Laufbahnprobleme: Obwohl solche Personen oft schon lange Zeit in einem definitiven öffentlich-rechtlichen Bundesdienstverhältnis stehen und für eine weitere universitäre Karriere arbeiten, haben sie geringe Motivation zum Wechsel in eine vertragliche Professur, die für sie meist kaum finanzielle Verbesserung, dennoch höhere Verantwortung und überdies den Verlust ihrer unkündbaren Stellung nach sich zieht. Obwohl solche Personen mit der Habilitation bereits die höchste akademische Qualifikation erlangt haben, wird ihnen durch die neue Rechtslage die weitere Karriere an der Universität de facto erheblich erschwert.

Dem Gesetzgeber des Universitätslehrer-Dienstrechts 2001 war diese Problematik wohl bewusst. Er schuf daher eine Bestimmung, die es beamteten Universitätsdozenten ermöglichen sollte, eine Vertragsprofessur zumindest eine Zeit lang während eines Karenzurlaubs ohne dienstrechtliche Nachteile auszuüben (§ 160 Abs 2 letzter Satz BDG). An diese neue Bestimmung knüpft sich jedoch eine Reihe von Fragen, die das in § 160 BDG geregelte Rechtsinstitut der "Freistellung" von den universitären Dienstpflichten und dessen Geltungsbereich betreffen. Insbesondere könnte fraglich sein, ob solche Freistellungen auch für das Eingehen von unbefristeten Vertragsprofessuren gewährt werden können. Dieser Frage soll im Folgenden nachgegangen werden.

2. Das Rechtsinstitut der Freistellung nach § 160 BDG

§ 160 BDG sieht die Freistellung von Universitätslehrern für Forschungs- und Lehrzwecke (Zwecke der Entwicklung und Erschließung der Künste) vor, wenn diese Zwecke in den wissenschaftlichen bzw künstlerischen Aufgaben dieser Universitätslehrer begründet sind. Zuständig für eine solche Freistellung ist - wenn diese länger als einen Monat dauern soll - der für die Angelegenheiten der Universitäten und Universitäten der Künste zuständige Bundesminister, derzeit die Bundesministerin für Bildung, Wissenschaft und Kultur. Die Freistellung ist mit Bescheid zu verfügen.

Das Gesetz gewährt dem Universitätslehrer keinen Rechtsanspruch auf Freistellung bei Vorliegen eines der genannten Zwecke. Vielmehr handelt es sich um eine Ermessensentscheidung (arg. "kann"; *Kucsko-Stadlmayer*, Universitätslehrer-Dienstrecht 2001, 2001, 48). Auch bei solchen Entscheidungen ist die Behörde jedoch nicht völlig ungebunden: Sie hat "im Sinn des Gesetzes" vorzugehen (Art 130 Abs 2 B-VG); insofern hat der Antragsteller auch hier subjektive Rechte, die er mit Beschwerde bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts durchsetzen kann. Für die Behörde bedeutet dies, dass sie sich bei der Gewährung von Freistellungen nur von Erwägungen leiten lassen darf, die nach dem Gesetz relevant sind; überdies muss sie sich auf sachliche Gründe stützen können, die sie in einem allenfalls abweisenden Bescheid gegenüber dem Antragsteller transparent zu machen hat. Dass die Begründung von Ermessensbescheiden für deren höchstgerichtliche Nachprüfung eine entscheidende Rolle spielt, hat der Verfassungsgerichtshof erst unlängst wieder in zwei Erkenntnissen zur Professorenberufung deutlich gemacht (VfSlg 15.365/1998, 15.826/2000).

3. Gesetzliche Kriterien

Folgende gesetzlichen Kriterien sind bei einer Freistellung nach § 160 BDG zu beachten: Primär ist zu prüfen, ob die beantragte Freistellung den genannten Zwecken (Forschungs- bzw Lehrzwecke, Zwecke der Entwicklung und Erschließung der Künste) zu Gute kommt (§ 160 Abs 1). Dies ist etwa bei umfangreicheren Forschungsvorhaben, Auslandsaufenthalten oder außeruniversitärer Praxis der Fall (*Kucsko-Stadlmayer*, 47 f; RV 320 BlgNr, 17. GP, 29).

Auch Funktionen innerhalb der eigenen Universität können aber - je nach dem Fach, in dem der antragstellende Universitätslehrer tätig ist - den genannten Zwecken zu Gute kommen: so etwa Tätigkeiten an anderen Universitätseinrichtungen, innerhalb der Universitätsverwaltung oder im Rahmen der Drittmittelforschung. Insgesamt kann festgehalten werden, dass die während der Freistellung angestrebte Tätigkeit ihrer Art nach geeignet sein muss, der Aufgabenerfüllung des Universitätslehrers bei der Rückkehr an seinen früheren Arbeitsplatz wieder zu Gute zu kommen.

Überdies ist bei der Freistellung zu berücksichtigen, dass durch sie keine dienstlichen Interessen beeinträchtigt werden dürfen: Dies folgt klar aus § 74 Abs 3 und § 75 Abs 1 BDG, auf die § 160 Abs 2 verweist (vgl auch *Kucsko-Stadlmayer*, 48). Auch die EB betonen, dass der Bundesminister "insbesondere darauf zu achten" habe, dass "die ordnungsgemäße Fortführung des Lehr- und Forschungsbetriebes gewährleistet bleibt" (RV 320 BlgNR, 17. GP, 29). Dies wäre etwa dann nicht der Fall, wenn der Freistellungswerber zum Zeitpunkt der Antragstellung gerade in ein aufwendiges Forschungsvorhaben eingebunden oder wegen der Personalstruktur an seiner Universitätseinrichtung vorläufig unentbehrlich ist.

Letztlich ist bei der Gewährung einer Freistellung aber auch der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz zu beachten: So darf nicht zwischen verschiedenen Gruppen von Universitätslehrern unsachlich differenziert werden (vgl *Kucsko-Stadlmayer*, 48). Die Behörde darf sich bei ihrer Entscheidung auch nicht von unsachlichen Beweggründen leiten lassen (vgl zB VfSlg 8783/1980, 9206/1981, 9726/1983, 10.824/1986, 12.102/1989, 14.396/1995).

4. Bewerbung um eine Vertragsprofessur

Dass auch die Ausübung einer Vertragsprofessur als Grund für eine Freistellung in Betracht kommt, steht nach Wortlaut und Sinn des § 160 BDG völlig außer Zweifel. Insbesondere den nach dieser Bestimmung maßgeblichen "Forschungs- bzw Lehrzwecken" wird damit Rechnung getragen: Einem Universitätsdozenten oder -assistenten eröffnet die Tätigkeit als Vertragsprofessur neue dienstliche Aufgaben, höhere Führungsverantwortung und einen "Aufstieg" in der universitären Hierarchie; damit werden neue Qualifikationen erworben, die jeder späteren beruflichen Tätigkeit an der Universität nur zu Gute kommen können. Dass die Freistellung gerade auch für die Bewerbung um solche Stellen vorgesehen ist, hat insbesondere auch die Dienstrechts-Novelle 2001 durch Anfügung des letzten Satzes in § 160 Abs 2 BDG klargestellt: Diese Bestimmung regelt die Anrechnung von Freistellungszeiten bei Vorrückung und Ruhegenuss und zeigt klar, dass der Gesetzgeber von der Zulässigkeit von Freistellungen auch für den Erwerb von Vertragsprofessuren ausgegangen ist.

5. Differenzierung zwischen befristeter und unbefristeter Professur

Fraglich könnte sein, ob Freistellungen auch für den Erwerb unbefristeter Professuren zulässig sind: Die verlängerte Anrechnung von Freistellungszeiten in § 160 Abs 2 letzter Satz BDG bezieht sich nur auf Tätigkeiten als "zeitlich befristeter Vertragsprofessor"; dies könnte zum Gegenschluss verleiten, für zeitlich unbefristete Professuren habe der Gesetzgeber der Dienstrechts-Novelle 2001 die Möglichkeit einer Freistellung gar nicht erst eingeführt wissen

wollen. Auf einer anderen Ebene könnte etwa auch erwogen werden, dass der Erwerb einer unbefristeten Vertragsprofessur dem "vorübergehenden Charakter" der Freistellung gem § 160 widerstreite und nicht geeignet sei, den darin als Bewilligungskriterium vorgesehenen Nutzen für Forschungs- und Lehrzwecke am bisherigen Arbeitsplatz später wieder sicherzustellen.

Zu diesen beiden Argumenten ist allerdings Folgendes auszuführen:

1. Ein Indiz dafür, der Gesetzgeber der Dienstrechts-Novelle 2001 habe die Möglichkeit der Freistellung für unbefristete Professuren ausschließen wollen, lässt sich weder aus dem diesbezüglich eindeutigen Wortlaut von § 160 Abs 2 letzter Satz BDG noch aus den bei der Erlassung dieser Bestimmung in den Materialien dokumentierten Intentionen ableiten. In ihr ist nämlich keinerlei Einschränkung der Freistellungsermächtigung an sich normiert, sondern lediglich eine verlängerte Anrechnungsmöglichkeit von 10 statt 5 Jahren für den Fall der Erlangung einer "mindestens" dreijährig befristeten Vertragsprofessur. Die Erläuterungen führen hierzu aus: *"Derzeit sind höchstens fünf Jahre einer Freistellung unter Entfall der Bezüge für zeitabhängige Rechte voll wirksam. Soll insbesondere für Universitätsdozenten, die in einem definitiven öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehen, ein Anreiz zur Bewerbung um zeitlich befristete Vertragsprofessoren geschaffen werden, muss dieser Zeitraum ausgedehnt werden. Andernfalls entstünden insbesondere bei der Altersversorgung Nachteile"* (RV 636 BlgNR, 21. GP, 67). Aus dieser Formulierung wird eindeutig klar, dass § 160 Abs 2 letzter Satz BDG bezweckt, beamteten Universitätsdozenten die Erlangung einer (befristeten) Vertragsprofessur dienstrechtlich zu erleichtern (vgl oben 1). Im Gegensatz kann man daraus nur ableiten, dass der Anreiz der verlängerten Anrechnung von Freistellungen im Fall der Erlangung einer unbefristeten Professur eben nicht geschaffen werden sollte. Die Gründe hierfür sind nach den Materialien unklar; nahe liegt der Gedanke, dass der Gesetzgeber das höhere existenzielle Risiko des nur befristet bestellten Vertragsprofessors durch maximale Anrechnung der in einer solchen Professur verbrachten Zeiten ausgleichen wollte. Jedenfalls bezieht sich diese - durchaus sachliche - Differenzierung nach Text und Zweck des Gesetzes aber ausschließlich auf die Frage der Anrechnung solcher Zeiten für zeitabhängige Rechte. Sie erleichtert dem beamteten Universitätsdozenten den Umstieg in ein privatrechtliches Dienstverhältnis, schränkt aber in keiner Weise die Ermächtigung zur Freistellung als solche ein oder sucht sicherzustellen, dass der Dozent nach Ablauf seiner Professorentätigkeit wieder auf seine Dozentenstelle zurückkehrt. Aus § 160 Abs 2 letzter Satz kann daher keinesfalls abgeleitet werden, dass eine Freistellung im Fall des Antritts einer unbefristeten Professur unzulässig sein sollte.

2. Zum Argument, der Erwerb einer unbefristeten Vertragsprofessur sei nicht geeignet, den darin als Bewilligungskriterium vorgesehenen Nutzen für Forschungs- und Lehrzwecke sicherzustellen, ist folgendes auszuführen:

Zweck des Instituts der Freistellung ist es, Universitätslehrern einen Anreiz für Qualifikationsverbesserungen iWd auf dem Gebiet der Forschung und Lehre (Entwicklung und Erschließung der Künste) zu geben. Der "Anreizcharakter" dieses Instituts kommt darin zum Ausdruck, dass solche Zeiten im Ausmaß von 5 bzw 10 Jahren für Vorrückung und Ruhegenuss angerechnet werden - anders als beim "gewöhnlichen" Karenzurlaub nach §§ 75 ff BDG, der für zeitabhängige Rechte grundsätzlich nicht oder nur im Ausnahmefall anrechenbar ist (§ 75a BDG). Die Behörde hat deshalb bei Gewährung einer Freistellung - anders als beim Karenzurlaub nach §§ 75 ff - genau die Zwecke zu prüfen, für die eine Freistellung beantragt wird. Nur wenn diese vom Inhalt her geeignet sind, später der Forschung und Lehre auch wieder zu Gute zu kommen, erscheint auch die besoldungsrechtliche Anrechnung der entsprechenden Zeiten sachlich gerechtfertigt.

Damit ist der Regelungs- und Zweckgehalt von § 160 BDG aber auch schon erschöpft: Die Bestimmung schafft kein Instrumentarium um abzusichern, dass der freigestellte Universitätslehrer später wieder an seinen Arbeitsplatz zurückkehrt und seine neuen Erfahrungen tatsächlich zum Vorteil der Universität verwertet: So ist die Behörde insbe-

sondere nicht ermächtigt, bei der Beurteilung des Nutzens einer Tätigkeit für Forschungs- und Lehrzwecke den Umstand mit einzubeziehen, ob der Antragsteller im Zeitpunkt der Freistellung tatsächlich plant oder in der Lage sein wird, nach Ablauf der ihm gewährten Zeit wieder an seinen Arbeitsplatz zurückzukehren. Weder das Kriterium der "Rückkehrabsicht" noch jenes der "Rückkehrwahrscheinlichkeit" spielt im Regelungskontext des § 160 BDG eine Rolle. So ist es etwa im Zeitpunkt der Freistellung nie auszuschließen, dass der beurlaubte Universitätslehrer - etwa auf Grund neuer Stellenangebote im Rahmen einer Auslandstätigkeit - seine Berufsplanung nachträglich ändert, während dieser Zeit ein unbefristetes Dienstverhältnis eingeht, in Mutterschutz, Elternkarenz oder Sterbekarenz geht oder sich aus einem sonstigen für ihn nicht vorhersehbaren Grund entschließt, von seiner Rückkehrmöglichkeit keinen Gebrauch zu machen: Er kann in so einem Fall - wie dies in der Praxis auch durchaus vorkommt - eine Verlängerung seiner Freistellung beantragen, eine andere Form von Karenzurlaub beanspruchen oder sein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis durch Austritt beenden (§ 21 BDG). Für welche dieser Möglichkeiten er sich entscheidet, ist jedenfalls ihm überlassen: Insbesondere ist auch für keinen dieser Fälle eine ex-lege-Auflösung des Dienstverhältnisses vorgesehen - wie sie etwa für die Begründung eines unbefristeten Dienstverhältnisses zu einem Land als UVS-Mitglied normiert ist (§ 20 Abs 1 Z 6 BDG); auch eine Aufhebung oder eine Rückgängigmachung der Freistellung ist nicht vorgesehen. Aus § 160 BDG ist somit eindeutig zu schließen, dass der Antragsteller durch die Freistellung von seinen Dienstpflichten in keiner Weise in seiner beruflichen oder persönlichen Lebensplanung festgelegt werden sollte. Er verpflichtet nicht zum Beweis einer Befristung der geplanten Tätigkeit oder einer "Rückkehrabsicht", und er bedeutet schon gar keinen "Zwang zur Rückkehr". Wer nach der Freistellung seine Karriereplanung ändert, von seiner Möglichkeit zur Rückkehr keinen Gebrauch machen und danach etwa endgültig in ein anderes Dienstverhältnis wechseln will, verliert nur die für seinen Karriereverlauf im Besoldungsschema wertvolle Möglichkeit der Anrechnung dieser Zeiten bei Vorrückung und Ruhegenuss und verfehlt damit einen für ihn attraktiven Schritt in der beamtenrechtlichen Laufbahn; andere Sanktionen sind dem Gesetz aber fremd.

Angesichts dieser Rechtslage würde die Berücksichtigung des Vorliegens einer "Rückkehrabsicht" des Antragstellers im Zeitpunkt der Gewährung der Freistellung aber auch zu gleichheitsrechtlich problematischen Ergebnissen führen: Sie würde nämlich jene Antragsteller, die zu Beginn ihrer Freistellung noch planen, an ihren Arbeitsplatz zurückzukehren und diese Pläne später ändern, gegenüber jenen bevorzugen, die ihren weiteren Karriereverlauf in diesem Zeitpunkt noch nicht genau absehen können oder sich die Rückkehr nach Ablauf der Freistellung einstweilen noch offen halten wollen; dies träfe vor allem Frauen mit Kinderwunsch, aber auch junge Universitätslehrer, die mobil sind und eine internationale Karriere im Auge haben, insofern also gerade besonders qualifizierte Wissenschaftler in besonderer Härte. Eine solche Differenzierung nach dem Kriterium der langfristigen Karriereplanung widerspräche auch dem Systemgedanken des öffentlichen Dienstrechts, das zu keinem Zeitpunkt, auch nicht im Fall von Karenzierungen, zur Offenlegung beruflicher Pläne verpflichtet und einen jederzeitigen Austritt auch aus einem langjährigen Dienstverhältnis ermöglicht. Auch im Kontext der besonderen Bestimmungen über Universitätslehrer (§§ 154 ff BDG) wäre eine Differenzierung von Freistellungswerbern nach dem Kriterium ihrer langfristigen Laufbahnplanung unsachlich und damit im Licht des Gleichheitssatzes problematisch.

Unter Berücksichtigung dieser Erwägungen erschiene es aber auch unsachlich, bei der Gewährung einer Freistellung danach zu differenzieren, ob der Antragsteller während dieser Zeit eine befristete oder eine unbefristete Vertragsprofessur antreten will: In beiden Fällen hat die Freistellung vorerst für einen bestimmten Zeitraum zu erfolgen; ob dieser verlängert wird, ob ihm eine andere Art von Karenz folgt, ob danach ein Austritt aus dem Dienstverhältnis oder eine Rückkehr auf den Arbeitsplatz stattfindet, stellt sich an dessen Ende heraus, die Wahrscheinlichkeit des Eintritts solcher Umstände oder ihr Eintritt selbst sind aber kein Anknüpfungspunkt für gesetzliche Rechtsfolgen. Die Sachlichkeit einer solchen Anknüpfung wäre auch fragwürdig: Selbst im Fall des Antritts einer unbefristeten

Professur ist es keineswegs als Regelfall anzusehen, dass die Karriereplanung des Universitätslehrers nun bereits feststeht. Er kann eine Auslandsstelle anstreben, den späteren Wechsel in einen anderen Beruf erwägen oder doch auch wieder die Rückkehr auf seine Beamtenstelle vorziehen; dem steht das unbefristete Vertragsprofessorenverhältnis nicht entgegen, aus dem er jederzeit unter Einhaltung einer Kündigungsfrist austreten oder das er einvernehmlich lösen kann (§ 33 VBG). Er ist auch beim Eingehen eines unbefristeten Vertragsprofessorenverhältnisses nicht zur Offenlegung seiner beruflichen Pläne und Vorstellungen verpflichtet und muss diese daher im Zeitpunkt seines Dienstantritts noch in keiner Weise einschätzen können. Welche Angebote er erhält, wie aktiv er seine Karriere betreibt und wie hoch seine internationale berufliche Mobilität und Flexibilität ist, wird von seinen persönlichen und beruflichen Verhältnissen (zB Lebensalter, bisherigem Karriereverlauf, Familienverhältnissen, Gesundheitszustand etc) abhängen; keinesfalls kann jedoch im Zeitpunkt des Antritts einer unbefristeten Professur davon ausgegangen werden, dass der Professor diese Tätigkeit zeitlich unbegrenzt ausüben kann und will und eine Rückkehr an seine frühere Stelle nicht mehr erwägen wird. Zu erwähnen ist, dass auch Karenzurlaube nach § 75 BDG gleichermaßen für befristete wie für unbefristete Anstellungen gewährt werden können (zB bei internationalen Organisationen; vgl *Fellner*, Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979, Loseblattausgabe seit 1971, Anm 14 zu § 75 BDG) und das Konzept der "Freistellung" von Universitätslehrern sich ausdrücklich als Sonderform dieses Instituts versteht (§ 160 Abs 2 Z 2 BDG).

In diesem Zusammenhang ist zuletzt auf folgenden wichtigen Umstand hinzuweisen: Die Frage, ob ein Universitätsdozent eine befristete oder unbefristete Vertragsprofessur erlangen kann, ist von seinen Karriereplänen oft völlig unabhängig. Vielmehr hängt es davon ab, ob die Professur auf Grund der Planstellenwidmung des Senats (§ 22 UOG 1993) befristet oder unbefristet ausgeschrieben wurde. Liegt eine Ausschreibung für eine unbefristete Professur vor, so scheidet ein befristeter Abschluss wohl schon aus rechtlichen Gründen aus. Gerade in einem solchen Fall könnte einem Dozenten im Zeitpunkt der Beantragung einer Freistellung der Nachweis gelingen, dass er nach Ablauf der Freistellung wieder auf seine Beamtenstelle zurückkehren will und wird; so etwa wenn der persönliche oder berufliche Schwerpunkt nur für einen bestimmten Zeitraum in ein anderes Bundesland verlegt werden soll. Solche Fälle zu verhindern, kann § 160 BDG nicht bezwecken; sie besonders zu fördern liegt seiner Intention aber wohl ebenfalls nicht zu Grunde. Auch aus der rechtlichen Bindung des Ausschreibungsinhalts für die Befristung der Besetzung folgt somit, dass diese nicht als Kriterium für die Gewährung einer Freistellung gem § 160 BDG in Frage kommt.

6. Ergebnis

Daraus folgt im Ergebnis: Freistellungen gem § 160 BDG für einen bestimmten Zeitraum zum Zweck des Antritts einer Vertragsprofessur gem § 49f VBG sind auch dann zulässig, wenn es sich dabei um eine unbefristete Professur handelt. Durch den letzten Satz des § 160 Abs 2 BDG wird diese Möglichkeit keinesfalls ausgeschlossen. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung ist allerdings in so einem Fall eine Anrechnung solcher Zeiten für Vorrückung und Ruhegenuss nur im Ausmaß von fünf Jahren vorgesehen. Damit werden Personen, die während einer Freistellung nach § 160 BDG eine unbefristete Vertragsprofessur erlangen wollen, im Regelfall - sofern sie auf diese Anrechnung Wert legen - schon nach fünf Jahren zu einer Entscheidung zwischen dem öffentlich-rechtlichen und dem vertraglichen Dienstverhältnis gezwungen. Hingegen können Universitätsdozenten, die eine befristete Vertragsprofessur antreten und für diese Zeit eine Freistellung erlangen, sich diese Zeit im Fall ihrer Rückkehr bis zu ihrem Höchstausmaß (7 Jahre gem § 49f Abs 2 BDG) für Vorrückung und Ruhegenuss anrechnen lassen. Dieses differenzierte Anreizsystem erscheint sachlich und entspricht dem Gesamtkonzept der Dienstrechts-Novelle 2001, die den Umstieg beamteter Universitätsdozenten in Vertragsprofessorenverhältnisse in gewissem Ausmaß fördern wollte.