

UNIVERSITÄT SALZBURG
 INSTITUT FÜR VERFASSUNGS- UND VERWALTUNGSRECHT
 A-5020 SALZBURG, WEISERSTRASSE 22
 UNIV.-PROF. DR. HEINZ SCHÄFFER

Salzburg, 8.7.1992
 HS/eb

An das
 Bundesministerium
 für Wissenschaft und Forschung
 Minoritenplatz 5
 1014 Wien

Betrifft GESETZENTWURF	
Zl. 28	-GE/19 12
Datum: 13. JULI 1992	
Verteilt 17. Juli 1992 Ba	

Betrifft: Novellen zum UOG, KAOG und AOG; Aussendung zur Begutachtung (do GZ 68.153/91-1/B/5B/92 vom 15.6.1992); Stellungnahme

Vorbemerkung

Die oben angeführte Aussendung zur Begutachtung ist mit 15.6.1992 datiert, ist an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Salzburg erst am 25.6.1992 eingelangt, vom Institutsvorstand am 30.6. in Umlauf gesetzt worden und erst am heutigen Tage in meine Hände gelangt. Auch wenn in der Aussendungsnote im Hinblick auf die notwendige EWR-Anpassung um Verständnis für die kurze Begutachtungsfrist gebeten wird, muß doch gesagt werden, daß diese unvertretbar kurz erscheint und eine rechtzeitige Stellungnahme kaum erlaubte.

Ich werde mich daher im folgenden auf eine kurze Stellungnahme zu einem rechtspolitisch zentral wichtigen Punkt beschränken. Diese Stellungnahme bezieht sich auf Ziffer 4 des Entwurfes für ein Bundesgesetz, mit dem das UOG geändert wird. Nach der zitierten Entwurfsbestimmung soll § 31 Abs 2, dritter Satz UOG ersatzlos entfallen. Dies wird damit begründet, daß eine österreichische Dozentur als Ernennungsvoraussetzung für außerordentliche Universitätsprofessoren nicht den Bestimmungen des EWR-Vertrages entspreche und rechtssystematisch richtigerweise

b.w.

- 2 -

ohnedies im BDG geregelt werden sollte; die Erläuterungen führen hiezu weiters aus, daß hiefür ein Hinweis auf die Ernennungsvoraussetzungen gemäß BDG 1979 ausreiche.

Dieser Auffassung ist aus rechtspolitischen und rechtsdogmatischen Gründen entgegenzutreten. Rechtspolitisch kann es nicht angehen, die Voraussetzung der Dozentur für ein Extraordinariat im Sinne des § 31 UOG ersatzlos aufzugeben! Denkbar oder wünschenswert wäre vielmehr die Umschreibung der gebotenen Voraussetzung in der Weise, daß eine an einer österreichischen Universität erworbene oder gleichwertige ausländische Lehrbefugnis (venia docendi) Voraussetzung für die Ausübung dieser Funktion sein soll. In rechtssystematischer und rechtsdogmatischer Hinsicht ist noch zu bemerken, daß in den Erläuterungen angesichts der Verwendung des Terminus "Ernennung" der übliche Fehler unterläuft, daß nicht zwischen den organisationsrechtlichen Voraussetzungen für die Ausübung einer bestimmten Funktion und den dienstrechtlichen Ernennungsvoraussetzungen für die Bekleidung einer bestimmten Planstelle unterschieden wird. Nur hinsichtlich der letzteren ist der rechtssystematisch richtige Standort das BDG 1979 und ist sohin eine andere Zentralstelle mit der Gesetzesvorbereitung führend betraut. Eine Anpassung der in Rede stehenden dienstrechtlichen Voraussetzungen an das kommende Europarecht ist gewiß sinnvoll und soll an der gegebenen Stelle erfolgen. Im Universitätsorganisationsrecht sollte es hingegen bei der Voraussetzung der Dozentur (- allenfalls anders als bisher umschrieben -) für die einem Extraordinarius im Rahmen der Universitätsorganisation spezifisch zugewiesene Funktion in Forschung und/oder Lehre und/oder Verwaltung bleiben.

Zur näheren Information erlaube ich mir ferner einen Auszug aus einer umfassenden Studie beizufügen, den ich vor Jahren über die Rechtsposition des Außerordentlichen Universitätsprofessors verfaßt habe. (Heinz Schäffer, Die Stellung des Außerordentlichen Universitätsprofessors, in: Rudolf Strasser (Hrsg), Grundfragen der Universitätsorganisation I (Wien 1985), 11 ff, hier insbesondere

b.w.

- 3 -

28 bis 31; dort wird die Bedeutung der Unterscheidung des doppel funktionellen Aktes der "Ernennung" als Funktionseinweisung und als Begründung des Dienstverhältnisses mit ihren jeweiligen Voraussetzungen und Konsequenzen näher erläutert).

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'G. Schäffl', written in a cursive style.

Beilage (wie erwähnt)

PS: 25 Ausfertigungen dieser Stellungnahme wurden
wunschgemäß unter einem dem Präsidium des Nationalrats
zur Verfügung gestellt.

BEITRÄGE ZUM UNIVERSITÄTSRECHT

Schriftenreihe des Forschungsinstitutes für Universitätsrecht
der Johannes-Kepler-Universität Linz

herausgegeben durch

o. Univ.-Prof. Dr. Rudolf Strasser

4. Band

Wien 1985

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Grundfragen der Universitätsorganisation I

Herausgegeben von

Dr. Rudolf Strasser

o. Universitätsprofessor

mit Beiträgen von

Heinz Schäffer

Heinz Mayer

Bernd-Christian Funk

Wien 1985

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

lation wird mit Recht die Meinung vertreten, daß bei Freiwerden einer derartigen Planstelle die Zuweisung zur jeweiligen Universität(seinrichtung) endet und die Summe der nicht besetzten Planstellen zurückfällt, über welche der BMWF verfügt.⁴⁵⁾

b) Bewerbungs- und Vorschlagsverfahren

Der **Ausschreibungsmodus** richtet sich nach dem Zuteilungsmodus. Zentrale Zuteilung bedingt zentrale Ausschreibung (durch das BMWF), dezentrale Zuteilung dezentrale Ausschreibung gem den Regeln des § 23 Abs 5 UOG. Im zweitgenannten Fall ist nach Art der Zuteilung der Dekan bzw Rektor zur unverzüglichen öffentlichen Ausschreibung berufen (§ 31 Abs 2 UOG). Auf die Ernennungsvoraussetzungen ist hinzuweisen.

Die Bewerbung ist immer – auch bei zentraler Ausschreibung – an das zuständige Kollegialorgan und nicht an den BMWF zu richten. **Zuständig** ist das Fakultätskollegium (§ 64 Abs 3 lit g UOG) bzw das Universitätskollegium, gegebenenfalls die fachzuständige Fachgruppenkommission (§ 62 Abs 4 UOG).^{45a)}

Nach Ablauf der Bewerbungsfrist hat der Dekan (Rektor) die eingelangten Bewerbungen dem FK (UK) zur **Entscheidung** vorzulegen. Der Entscheidungsvorgang im zuständigen Kollegialorgan muß gemäß § 31 Abs 2 UOG (zumindest) zweistufig sein:

(1) Zunächst ist Beschluß darüber zu fassen, ob bzw bei welchen Ernennungswerbern die **gesetzlichen Ernennungsvoraussetzungen** erfüllt sind, nämlich Dozentur und wenigstens dreijährige Tätigkeit, die den Ernennungswerber zur Ausübung einer Funktion iS § 31 Abs 3–6 UOG geeignet erscheinen läßt. Das zweitgenannte Erfordernis setzt eine sorgfältige materielle Überprüfung bisher tatsächlich ausgeübter Tätigkeiten im Vergleich zu einer vorgeschlagenen oder projektierten Funktion voraus und enthält implizit auch ein Prognoseelement, das sich eben auf die Beurteilung der fachwissenschaftlichen und der Führungsqualitäten stützen muß.

(2) Erst auf dieser Grundlage hat das zuständige Kollegialorgan darüber zu beschließen, **ob und bezüglich welcher Bewerber ein Ernennungsvorschlag** gestellt wird. Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich somit eindeutig, daß das zuständige Kollegium Ernennungsanträge auch bei Vorliegen der gesetzlichen Ernennungsvoraussetzungen keinesfalls ohne diese Prüfung dem BMWF vorlegen darf, mit anderen Worten: es hat nicht nur Postfunktion zu erfüllen. Nur bei diesem in Rede stehenden Beschluß ist übrigens die besondere Willensbildungsregel des § 64 Abs 4 UOG – „doppelte Mehrheit“ – zu beachten. In der Sachentscheidung ist das Kollegium **frei**, was freilich nicht Ermächtigung zur Willkür, sondern Einräumung pflichtgemäßen Ermessens bedeutet. Dies ergibt sich insb aus der

⁴⁵⁾ So auch 2. DERLzUOG, 4.3.6 (am Ende) und 3. DERLzUOG 2.1.1.3., II.

^{45a)} Im DERLzUOG-Nov wird hiezu ausgeführt, die Ausschreibung durch die Fakultät (Universität) habe notwendigerweise zur Folge, daß nur solche Bewerbungen in Betracht kommen, die von Personen stammen, die, was ihre fachliche Qualifikation anlangt, dem Wirkungsbereich der betreffenden Fakultät (Universität) zuzurechnen sind. Wenngleich dies grundsätzlich zutrifft, darf dies keineswegs dahingehend mißverstanden werden, allfällige Bewerbungen externer Dozenten seien hiemit ausgeschlossen.

jedenfalls gegebenen Berichtspflicht und der im Rahmen des Berichtes an den BMWF bestehenden Begründungspflicht. Während nach den Vorläuferbestimmungen des heutigen § 31 Abs 2 UOG jeder Beschluß des Kollegiums (ob positiv oder negativ) über eine derartige Bewerbung dem BMWF vorzulegen war, sind seit der UOG-Nov 1978 nur mehr Ernennungsvorschläge vorzulegen. Der Unterschied zur früheren Rechtslage ist nicht grundlegender Natur, denn der dem BMWF über das Bewerbungsverfahren vorzulegende Bericht hat sowohl eine Begründung des Ernennungsvorschlags als auch die Gründe für die Nichtberücksichtigung der nicht in den Ernennungsvorschlag aufgenommenen Bewerber zu enthalten. (Der Fall, daß ein Kollegium überhaupt keinen Ernennungsvorschlag macht und sohin auch keiner Berichts- und Begründungspflicht unterliegt, ist zwar theoretisch denkbar, kann aber zumindest derzeit als unrealistischer Grenzfall vernachlässigt werden).⁴⁶⁾

Daß die Begründung dem BMWF gegenüber und nicht dem Ernennungswerber zu geben ist, macht deutlich, daß der Bewerber keinen Bescheidanspruch hat, weil der organisationsrechtliche Aspekt des Verfahrens dominiert.⁴⁷⁾ Der allfällige Ernennungsvorschlag ist sowohl auf die Zuweisung einer (oder mehrerer) Planstelle(n) als auch auf die Ernennung bestimmter Personen auf diese Planstellen gerichtet, wobei aber letzteres das erstere zur rechtlichen Voraussetzung hat.

Dennoch indiziert die Formulierung des Gesetzes heute, daß nicht an die isolierte Prüfung einzelner Bewerbungen, sondern an eine Gesamtbeurteilung aller zu einer Art „Verfahrensgemeinschaft“ verbundenen Bewerbungen gedacht ist. Die in diese Richtung weisende, ausdrücklich geforderte Begründung der Nichtberücksichtigung wird im einzelnen schwierig sein. Am leichtesten ist sie zu geben, sofern ein Bewerber die gesetzlichen Voraussetzungen nicht (oder nicht voll) erfüllt. Hinsichtlich jener Bewerber, die alle Ernennungsvoraussetzungen erfüllen, müssen in der Regel weitergehende Überlegungen über das Ob des Ernennungsvorschlags und die Auswahl der Bewerber angestellt werden. Werden sie nicht angestellt, oder werden sie im Kollegialorgan nicht offengelegt, oder kann über die Gründe im Kollegialorgan keine (zumindestens mehrheitliche) Willensbildung erfolgen, so ist eine Begründung eigentlich nur in Form eines Berichtes über die Abstimmungsergebnisse – und zwar getrennt hinsichtlich jedes einzelnen Bewerbers – denkbar. Das Gesetz indiziert freilich mit seinem Auftrag zur Begründung, daß gesamtfakultäre Bedarfsüberlegungen angestellt werden sollen. Die Auswahl einer begrenzten Anzahl von Bewerbern setzt darüberhinaus wieder ein Vergleichsverfahren voraus, für welches das Gesetz aber keinerlei Maßstäbe angibt. Über den Versuch einzelner Kollegien, dieses Problem durch selbstadressierte Richtlinien zu bewältigen, die Entscheidungsvorgänge zu rationalisieren und verfahrensmäßig zu steuern, wird noch im einzelnen zu sprechen sein.⁴⁸⁾

⁴⁶⁾ Über die allgemeine Pflicht zur Protokollvorlage (§ 15 Abs 6 UOG) wäre das BMWF dennoch über eine derartige Willensbildung im Kollegium informiert.

⁴⁷⁾ Selbst wenn man das Bewerbungsverfahren primär unter dienstrechtlichem Aspekt sehen wollte, wäre kein Bescheid zu erlassen. Zum einen besteht nirgends im öffentlichen Dienst ein Rechtsanspruch auf Begründung eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses, zum anderen ist das DVG nur auf schon bestehende Dienstverhältnisse anwendbar.

⁴⁸⁾ Siehe unten III. A. 3. c).

(3) Wenn es zu einem Ernennungsvorschlag kommt, gebietet § 31 Abs 3 UOG noch ein Weiteres. Da im Falle der Ernennung eines Ao Univ-Prof der BMWF dessen „**Aufgabenbereich**“ auf Antrag des zuständigen Kollegialorgans erstmalig festzusetzen hat, bedarf es einer entsprechenden Beschlußfassung des Kollegiums. Im Gegensatz zu einer allenfalls je nach Bedarf später möglichen und analog zu behandelnden Änderung des Aufgabenbereiches ist eine Anhörung des Betroffenen nicht eigens vorgesehen; dies hat aber offenbar seinen Grund nur darin, daß die Anhörung bei Begründung dieser Rechtsstellung schon in der eingehenden Prüfung der Bewerbung – die wohl einen entsprechenden Vorschlag zu enthalten hätte – eingeschlossen. Ob über den vorgeschlagenen Aufgabenbereich ein gesonderter Beschluß zu fassen ist oder der Beschluß über den Ernennungsvorschlag den Beschluß über den Aufgabenbereich einschließen kann, darüber gibt das Gesetz keinen klaren Aufschluß. Die ursprünglich im § 31 Abs 1 UOG enthaltene Erwähnung eines „Verfahrens gemäß Abs 3“ besteht heute nicht mehr, obwohl sich an der Sache nichts geändert hat. Es scheinen daher – sieht man von der nur beim Ernennungsvorschlag als solchem zu beachtenden Willensbildungsregel des § 64 Abs 4 UOG ab – beide Wege vertretbar.

Was die Dauer des gesamten Bewerbungs- und Vorschlagsverfahrens anbelangt, enthält das Gesetz – heute wieder⁴⁹⁾ – keine ausdrückliche Anordnung. (Der früher enthaltene Hinweis auf § 9 UOG sollte offenbar einer inhaltlichen Behandlung von Ernennungsanträgen entgegenwirken). Nichtsdestoweniger indiziert auch die heutige Fassung des § 31 Abs 2 UOG eine Entscheidungspflicht des zuständigen Kollegiums, und zwar – weil außerhalb des Anwendungsbereichs des AVG – gem § 9 UOG „innerhalb einer angemessenen Frist“. Dies hätte in letzter Konsequenz, nämlich bei Säumigkeit aller Organe des autonomen Wirkungsbereiches – die gewiß systemwidrige Konsequenz der Devolution an den BMWF. Man wird aber annehmen können, daß diese Konsequenz auch in schwierigen Fällen bei pflichtgemäßer Aufgabenerfüllung der Kollegialorgane nicht eintreten wird.

c) Ernennungsverfahren (im engeren Sinn)

Die eigentliche Durchführung der Ernennung ist eine Angelegenheit des staatlichen Wirkungsbereichs und erfolgt durch die zuständigen obersten Organe der Vollziehung. Das bedeutet im einzelnen: Gemäß Art 65 Abs 2 lit a B-VG erfolgt die Ernennung des Ao Univ-Prof durch den Bundespräsidenten⁵⁰⁾ formell auf Vorschlag der Bundesregierung bzw des von ihr ermächtigten Bundesministers. An der Vorbereitung des Ernennungsvorschlages hat der Ressortchef (BMWF) als oberste Dienstbehörde (§ 96 GG) mit dem BKA (§ 3 Abs 3 BDG) zusammenzuwirken.⁵¹⁾ Die Entschließung des Bundespräsidenten bedarf der Ge-

⁴⁹⁾ § 10 a HOG enthielt keine derartige Bestimmung, § 31 Abs 2 letzter Satz UOG in seiner ursprünglichen Fassung erklärte ausdrücklich den § 9 UOG für anwendbar, in der Novelle 1978 ist dieser Hinweis ohne nähere Begründung wieder entfallen.

⁵⁰⁾ Die Universitäts- und Hochschulprofessoren fallen auch unter keine der gem Art 66 Abs 2 B-VG zur Ernennung delegierten Beamtengruppen.

⁵¹⁾ Eine Mitwirkung des BMF – von der auch der 3. DERZUOG 2.1.1.3., I. ausgeht – ist derzeit nicht vorgesehen, wird aber dem Vernehmen nach im Rahmen des sog „jour fixe“ zwischen BMWF, BKA und BMF gehandhabt. Diese Verwaltungspraxis ist offenbar eine Reminiszenz an die seinerzeit gegebene Mitwirkungsbefugnis bei den Einstufungsverhand-

genzeichnung durch den Bundeskanzler oder die zuständigen Bundesminister (Art 67 B-VG). Das Ernennungsdekret wird in der Staatspraxis stets als Intimationsbescheid⁵²⁾ des zuständigen Bundesministers (BMWF) ausgefertigt.

Die materiell bedeutsamste Willensbildung liegt also beim BMWF dahingehend, ob und welche Ernennungsvorschläge zuständiger Kollegialorgane er zu seinen Vorschlägen an den Bundespräsidenten macht. Auch hierin ist er frei, oder genauer: die Entscheidung liegt in seinem pflichtgemäßen Ermessen. Unzulässig wäre jedoch die Ernennung auf Grund einer Direktbewerbung beim BMWF (unter Übergehung des zuständigen Kollegialorgans) sowie die Ernennung eines Bewerbers, der sich zwar beim zuständigen Kollegium beworben, von diesem aber nicht in seinen Ernennungsvorschlag aufgenommen worden ist. Denn es ist zwar richtig, daß das UOG – im Hinblick auf die Ministerverantwortlichkeit durchaus verfassungskonformerweise – keine Bindung an die Ernennungsvorschläge der Kollegien statuiert hat. Dies kann jedoch nur für das positive Votum eines Kollegiums gelten. Die Ernennung eines nicht auf einem Ernennungsvorschlag aufscheinenden Bewerbers würde nicht nur den Begriff des „Ernennungsvorschlags“ und dem immanen Sinn des im § 31 Abs 1 und 2 vorgezeichneten Besetzungsverfahrens⁵³⁾ widersprechen, sondern gerade im Hinblick auf das im § 4 Abs 4 UOG allgemein zum Ausdruck kommende Autonomieprinzip einer pflichtgemäßen Ermessensübung widersprechen.

2. Die zugewiesenen Funktionen

Gemäß § 31 Abs 3 UOG hat der BMWF den **Aufgabenbereich** des Ao Univ-Prof, insb dessen Lehrverpflichtung nach dem durch die Studienvorschriften gegebenen Bedarf, die Forschungsaufgaben und die Funktion in der Verwaltung einer Lehr- und Forschungseinrichtung auf Antrag des zuständigen Kollegialorgans erstmalig festzusetzen. Nach Bedarf hat er den Aufgabenbereich auf Antrag des zuständigen Kollegialorgans und nach Anhörung des Ao Univ-Prof zu ändern.⁵⁴⁾

Die „Festsetzung“ (Zuweisung) des Aufgabenbereiches ist ein **Organisationsakt** des BM. Wenngleich sich aus dieser Festsetzung Schlußfolgerungen für die konkreten Dienstpflichten ergeben, so ist sie nicht identisch mit dem dienstrechtlichen Ernennungsakt des Bundespräsidenten (der Begründung des Dienstverhältnisses als Ao Univ-Prof). Der Organisationsakt hat gegenüber dem dienstrechtlichen Ernennungsakt geringere Bestandskraft, denn er ist mit den erwähnten

lungen mit einem ao Hochschulprofessor (nach § 10 HOG). Da eine solche derzeit besoldungsrechtlich nicht vorgesehen ist, besteht an sich kein zwingender Grund für die Mitbefassung des BMF. Ein praktischer Grund kann allerdings in der Verknüpfung der Ernennung eines Ao Univ-Prof mit der Einziehung einer Assistentenplanstelle gesehen werden.

⁵²⁾ Zum Intimationsbescheid *Rill*, Der Intimationsbescheid, JBl 1960, 60; *Walter – Mayer*, Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts³ (Wien 1984) 66, 68.

⁵³⁾ Das Fakultätskollegium ist eben nicht nur Begutachtungs-, sondern **Vorschlagsorgan**. Ohne Antrag des FK wäre nicht einmal der jedenfalls festzusetzende Aufgabenkreis des Ao Univ-Prof in gesetzmäßiger Weise bestimmbar!

⁵⁴⁾ Es kann freilich umgekehrt nicht ausgeschlossen werden, daß ein Kollegium dem Angebot des BMWF, für einen bestimmten Bewerber eine Planstelle zur Verfügung zu stellen, nicht widerstehen kann.