



---

## Mitteilung dienstrechtlicher Entscheidungen

Nr. 3/2007/Dr.E/Um

Wien, 3. Dezember 2007

Betreff: Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 9.5.2007, GZ 9 ObA 41/06d

### **Keine Ausschlussfrist für Vollarrechnung unterhältiger Beschäftigungsausmaße**

1. Der Anspruch auf Vollarrechnung von Vordienstzeiten, welche unter der Hälfte des für eine Vollbeschäftigung vorgeschriebenen Beschäftigungsausmaßes lagen, leitet sich direkt aus dem EU-Gemeinschaftsrecht ab.
2. Die Antragsfrist des § 82 Abs 11 Vertragsbedienstetengesetz 1948 (VBG) idF. der Dienstrechtsnovelle 2002 stellt keine Ausschlussfrist dar; entsprechende Anträge können auch noch nach Ablauf des 31. Juli 2003 gestellt werden.

### Aus den Entscheidungsgründen

Die Klägerin war seit dem Schuljahr 1983/84 als Vertragslehrerin für die beklagte Partei, die Republik Österreich tätig. Für die Berechnung des Vorrückungstichtags als Vertragsbedienstete wurden die in unterhältigen Beschäftigungsausmaßen im vorangegangenen Schuljahr verbrachten Zeiten nur zur Hälfte angerechnet. Im Oktober 2003 stellte die Klägerin bei der Beklagten den Antrag auf Vollarrechnung der unterhältigen Beschäftigungszeiten. Bei einer Vollarrechnung und dementsprechend früherem Erreichen einer höheren Einstufung beträgt die Entgeltsdifferenz für den in der Klage geltend gemachten Zeitraum EUR 919,75 brutto.

Die Klägerin brachte im Wesentlichen vor, dass schon seit 1. 1. 1994 die im § 26 Abs 1 Z 2 VBG vorgesehene Anrechnungsregel, wonach Zeiten mit weniger als der Hälfte des vorgeschriebenen Ausmaßes für Vollbeschäftigte nur zur Hälfte für die Ermittlung des Vorrückungstichtages dienen sollten, gemeinschaftsrechtswidrig gewesen sei. Auch der Versuch einer Korrektur durch die Dienstrechtsnovelle 2002, BGBl I Nr 87/2002, widerspreche hinsichtlich der Bestimmung des § 82 Abs 9 bis 11 VBG immer noch dem Gemeinschaftsrecht. Gemäß § 82 Abs 9 VBG könne zwar ein gemeinschaftswidrig ermittelter Vorrückungstichtag nach § 26 VBG „nachgebessert“ werden, doch sehe § 82 Abs 11 VBG eine solche „Nachbesserung“ nur dann für rechtswirksam an, wenn bis 31. Juli 2003 ein entsprechender Antrag gestellt werde.

Diese Bestimmung sei, wenn auch rückwirkend auf den 1. 1. 1994, erst mit 28. 5. 2002 Gesetz geworden. Diese Fristsetzung stelle eine gemeinschaftsrechtswidrige Diskriminierung dar. Die Bestimmung sei weder notwendig noch angemessen, um das Gemeinschaftsrecht innerstaatlich umzusetzen.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Wohl seien die von der Klägerin in einem Ausmaß unterhalb der Hälfte der Vollbeschäftigung zurückgelegten Zeiten auch soweit anrechenbar, als sie vor dem 1. 1. 1994 angefallen seien, doch habe es die Klägerin verabsäumt, einen entsprechenden Antrag bis 31. 7. 2003 zu stellen. Bei den neu eingeführten Bestimmungen der Abs 9, 9a und 11 des § 82 VBG 1948 handle es sich um gemeinschaftsrechtskonforme Regelungen, zumal Übergangsfristen bei der Beseitigung eines EU-rechtswidrigen Zustands anerkannt seien. Nichts anderes sei mit diesen Bestimmungen erreicht worden. Die Klägerin habe es selbst zu verantworten, wenn sie es versäumt habe, innerhalb ausreichender Frist einen Antrag auf gemeinschaftsrechtskonforme Anrechnung ihrer Vordienstzeiten zu stellen.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es vertrat die Rechtsauffassung, dass mit der Dienstrechtsnovelle 2002 eine Anpassung des VBG an die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts erfolgt sei. Damit sei eine effektive Abhilfe auch gegen Diskriminierungen geschaffen worden. Die Setzung einer Frist zur Antragstellung widerspreche dem Gemeinschaftsrecht nicht.

Das Berufungsgericht bestätigte das Urteil des Erstgerichts. Soweit das Gemeinschaftsrecht nicht eine bestimmte Form des Rechtsschutzes vorgebe, die dann allenfalls bei der mitgliedstaatlichen Umsetzung ebenfalls zu berücksichtigen sei, falle die Einrichtung von Rechtsschutzmechanismen in den mittelbaren Vollzug und sei daher die Wahl von Form und Mitteln dem Mitgliedstaat überlassen. Dabei sei der Mitgliedstaat an die allgemeinen Vorgaben des Gemeinschaftsrechts, insbesondere den Effektivitätsgrundsatz, den Äquivalenzgrundsatz und den Grundsatz des Vertrauensschutzes gebunden. In Konkretisierung dieser Grundsätze habe der europäische Gerichtshof ausgesprochen, dass es den Mitgliedstaaten grundsätzlich auch bei der Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Ansprüche freistehe, Ausschlussfristen vorzusehen. Solche Ausschlussfristen dürften nicht weniger günstig sein als bei gleichartigen innerstaatlichen Anträgen und sie dürften nicht so ausgestaltet sein, dass sie die Ausübung der Rechte, die die Gemeinschaftsrechtsordnung einräume, praktisch unmöglich machten. Die konkrete Regelung des § 82 Abs 9, 9a, 11 VBG entspreche diesen Grundsätzen. Wenngleich zu berücksichtigen sei, dass das entsprechende Bundesgesetzblatt erst am 28. 5. 2002 herausgegeben worden sei, habe die Klägerin wie jeder andere Betroffene bis 31. 7. 2003 eine 14 Monate dauernde, somit ausreichende Frist zur Verfügung gehabt, um durch ihren Antrag ihre gemeinschaftsrechtskonforme Behandlung herbeizuführen. Diese Regelung sei angemessen.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die Revision zulässig sei, weil der Beurteilung der fristgebundenen Antragsregelung des § 82 VBG 1948 eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung hinsichtlich der Gemeinschaftsrechtskonformität zukomme.

Die gegen diese Entscheidung gerichtete Revision der Klägerin ist aus den vom Berufungsgericht genannten Gründen zulässig, sie ist auch berechtigt. § 19 Abs 2 VBG 1948 bestimmte in seiner bis 16. 6. 1998 geltenden Fassung, dass bei der Berechnung des zweijährigen Zeitraumes für die Vorrückung die in Teilbeschäftigung ver-

brachten Dienstzeiten bei einer Dienstleistung von mindestens der Hälfte der Dienstleistung eines entsprechenden vollbeschäftigten Vertragsbediensteten voll, sonst zur Hälfte in Anschlag zu bringen sind. § 26 Abs 1 Z 2 VBG 1948 bestimmte in seiner bis zum 16. 6. 1998 gültigen Fassung, dass die im Abs 2 Z 1 lit a und b und Z 4 lit e und f angeführten Zeiten, wenn sie mit weniger als der Hälfte des für Vollbeschäftigte vorgeschriebenen Ausmaßes zurückgelegt worden sind, zur Hälfte anzurechnen sind. Im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht, insbesondere das Urteil des EuGH vom 17. 6. 1998, C-243/95 Hill/Stapleton, erkannte der Verfassungsgerichtshof bereits mit seinem Erkenntnis vom 5. 3. 1999, B-373/96, eine vergleichbare Bestimmung des für Apotheker geltenden Gehaltskassengesetzes für gemeinschaftsrechtswidrig, sodass diese Bestimmung wegen Verstoßes gegen Art 119 EGV unanwendbar sei.

Darauf reagierte der Gesetzgeber mit einer Änderung des § 26 bzw des § 82 VBG 1948 (welcher bis 1. 1. 1999 die Bezeichnung „72b“ führte), durch die Dienstrechts-Novelle 1999, BGBl I 127/1999. Die Neufassung des § 82 Abs 9 VBG lautete demzufolge: „Abs 9: Bei Dienstverhältnissen, die nach dem 16. Juni 1998 begonnen haben, ist der Vorrückungstichtag unter Zugrundelegung des § 26 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl I Nr 127/1999 erneut zu ermitteln, wenn der Vertragsbedienstete Vordienstzeiten gemäß § 26 Abs 2 Z 1 oder Z 4 lit d, e oder f in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl I Nr 127/1999 aufweist, die er in einem Beschäftigungsausmaß von weniger als der Hälfte des für Vollbeschäftigung vorgeschriebenen Beschäftigungsausmaßes zurückgelegt hat. Ist der auf diese Weise ermittelte Vorrückungstichtag für den Vertragsbediensteten günstiger als der bisher für ihn geltende Vorrückungstichtag, tritt der günstigere Vorrückungstichtag rückwirkend mit Beginn dieses Dienstverhältnisses an die Stelle des bisherigen Vorrückungstichtages“. Nach § 100 Abs 24 Z 1 VBG wurde diese Änderung rückwirkend mit 17. Juni 1998 in Kraft gesetzt.

In der Entscheidung 9 ObA 175/01b hatte sich der Oberste Gerichtshof mit dem Fall eines Vertragsbediensteten auseinanderzusetzen, der am 23. 11. 1994 als Vertragslehrer aufgenommen worden war und in der Folge mit einem Ausmaß von weniger als der Hälfte der Vollbeschäftigung beschäftigt wurde. Unter Bezugnahme auf die Grundsätze des Urteils des EuGH vom 17. 6. 1998 (Hill/Stepelton) erkannte der Oberste Gerichtshof auch die mit BGBl I 127/1999 geschaffene Neuregelung des § 82 Abs 9 VBG für gemeinschaftsrechtswidrig. Insbesondere heißt es dort: „Dass die Auslegungsurteile des EuGH in Vorabentscheidungsverfahren grundsätzlich rückwirkende Kraft haben, sofern nicht ausnahmsweise der EuGH selbst bei Vorliegen eines Vertrauenstatbestandes und der Gefahr unerwarteter oder erheblicher finanzieller Auswirkungen im Urteil eine Beschränkung seiner zeitlichen Wirkung anordnet (Lenz EG-Vertrag Kommentar<sup>2</sup> Rz 56, 57 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung des EuGH) wird in der Revision nicht mehr bestritten. Die hier interessierende Entscheidung des EuGH, die eine derartige Beschränkung der zeitlichen Urteilswirkung nicht enthält, bestimmt daher verbindlich den Inhalt des betroffenen Gemeinschaftsrechts mit Wirkung vom Zeitpunkt seines Inkrafttretens ... Damit ist aber davon auszugehen, dass die die Anrechenbarkeit seiner (Anm: = des Klägers) Vordienstzeiten beschränkenden Bestimmungen schon zum Zeitpunkt der Neuermittlung des Vorrückungstichtags des Klägers gemeinschaftsrechtswidrig und daher aufgrund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts ... nicht anzuwenden waren. Damit ist auch die in der Dienstrechts-Novelle 1999 geschaffene Übergangsregelung, die die weitere Anwendung der bisherigen (gemeinschaftsrechtswidrigen) Regelung auf vor dem 17. 6. 1998 eingetretene Vertragsbedienstete bewirken soll,

selbst gemeinschaftsrechtswidrig und unanwendbar, sodass sie dem geltend gemachten Anspruch des Klägers nicht entgegensteht ..." In offenbarer Reaktion auf diese höchstgerichtliche Judikatur (siehe die Materialien RV ErlBem 1066 Blg 21. GP zu § 113 Abs 9, 9a, 11 und 13 bis 15 GehaltsG sowie § 82 Abs 9, 9a, 11 und 13 bis 15 VBG) unternahm es der Gesetzgeber mit der Dienstrechts-Novelle 2002, BGBl I 87/2002, insbesondere durch Änderung des § 82 VBG eine gemeinschaftsrechtskonforme Anrechnungsbestimmung für unterhäftige Beschäftigungszeiten herbeizuführen. An die Stelle des bisherigen § 82 Abs 9 VBG traten daher folgende Bestimmungen: „Abs 9: Weist ein Vertragsbediensteter Vordienstzeiten gemäß § 26 Abs 2 Z 1 oder 4 lit d, e oder f in der Fassung des BGBl I Nr 127/1999 auf, die er in einem Beschäftigungsausmaß von weniger als der Hälfte des für Vollbeschäftigung vorgeschriebenen Beschäftigungsausmaßes zurückgelegt hat und die noch nicht zur Gänze für die Ermittlung des Vorrückungsstichtages berücksichtigt worden sind, ist auf seinen Antrag der Vorrückungsstichtag unter Zugrundelegung des § 26 in der geltenden Fassung entsprechend zu verbessern. Antragsberechtigt sind bei Zutreffen der Voraussetzungen auch ehemalige Vertragsbedienstete; zuständig ist in diesem Fall jene Personalstelle, die zuletzt für sie zuständig war. Antragsberechtigt sind auch Personen, denen als Hinterbliebene ein Pensionsanspruch aus der allgemeinen Sozialversicherung nach einem vom ersten oder zweiten Satz erfassten ehemaligen Vertragsbediensteten zusteht.

§ 82 Abs 9a: Eine Verbesserung des Vorrückungsstichtages nach Abs 9 wird rückwirkend mit Beginn des Dienstverhältnisses, frühestens jedoch mit 1. Jänner 1994 wirksam.

§ 82 Abs 11 VBG lautete in der Neufassung: „Rechtswirksam sind Anträge 1. gemäß Abs 9, wenn sie vor Ablauf des 31. Juli 2003 ...gestellt werden.“

Dem § 100 VBG wurde als Inkrafttretensbestimmung folgender Abs 32 angefügt: „In der Fassung des Bundesgesetzes BGBl I Nr 87/2002 treten in Kraft: 1. § 82 Abs 9, 9a, 11 und 13 bis 15 mit 1. Jänner 1994...“.

Wie sich aus den zu 9 ObA 175/01b dargelegten Erwägungen ergibt, waren die Bestimmungen der § 26 Abs 1 Z 2 bzw § 19 Abs 2 VBG 1948 schon mit 1. 1. 1994 als gemeinschaftsrechtswidrig zu beurteilen und daher unter Zugrundelegung des Art. 141 EG auch nicht mehr anzuwenden. Dies bedeutet aber für den konkreten Fall, dass die Klägerin bereits lange vor Inkrafttreten der Dienstrechtsnovelle 2002, ohne dass es einer Umsetzungsbestimmung bedurft hätte, einen direkt aus dem Gemeinschaftsrecht abzuleitenden Anspruch auf Nichtanwendung der Halbzeitregelung, das heißt damit auf Vollzeitanrechnung für die Ermittlung des Vorrückungsstichtags erworben hatte. Wenngleich sich die durch die Dienstrechtsnovelle 2002 geänderten Bestimmungen (§ 82 Abs 9, 9a, 11) mit der auf den 1. 1. 1994 festgelegten Rückwirkung scheinbar als Übergangsbestimmung zur Herstellung der Konformität mit Gemeinschaftsrecht darstellen, greifen sie in Wirklichkeit in ein bereits entstandenes, im Gemeinschaftsrecht fußendes Individualrecht der Klägerin ein, weil der bereits entstandene Anspruch auf Verbesserung der Anrechnung von Vordienstzeiten nunmehr dadurch erlöschen würde, wenn die Klägerin nicht den nunmehr vorgesehenen Antrag auf Nachbesserung fristgerecht einbringen würde. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts handelt es sich daher auch nicht um erst im Zuge der Umsetzung des Gemeinschaftsrechts – grundsätzlich zulässig - geschaffene Verjährungs- oder Ausschlussfristen, sondern einen dem Grundsatz des Vertrauensschutzes widersprechenden Eingriff. Darüber hinaus ist diese Fristenregelung aber auch unter dem

Aspekt des Diskriminierungsverbots bedenklich: Während nämlich ein Vertragsbediensteter - im Falle der Bestreitung durch den Dienstgeber - jederzeit auch im Klagewege die Feststellung begehren kann, dass ihm ein günstigerer Vorrückungstichtag zusteht als der vom Dienstgeber ermittelte und dafür - abgesehen von der Verjährung einzelner Leistungen iSd § 18a VBG - keine Frist besteht (Ziehensack VBG Praxiskommentar I § 26 Rz 5), wären (vornehmlich weibliche, von einer Halbzeitregelung betroffene) Vertragsbedienstete, welche sich nur auf die Nichtanwendung gemeinschaftswidriger Normen berufen, demgegenüber an eine Frist gebunden.

Zusammenfassend kann sich daher die Beklagte auf die Fristversäumnis der Klägerin nicht berufen, vielmehr ist dieser durch Nichtanwendbarkeit der Halbzeitanrechnungsbestimmungen bereits ein Recht erwachsen. Durch die Klagseinbringung vom 26. 2. 2004 wurde die dreijährige Verjährungsfrist (§ 18a VBG) hinsichtlich der für Juli bis Dezember 2001 beehrten Differenzleistungen, die sich bei gemeinschaftsrechtskonformer Ermittlung des Vorrückungstichtags ergeben, unterbrochen.

F.d.  
GEWERKSCHAFT ÖFFENTLICHER DIENST  
Dr. Andrea EISLER  
Sekretär