

VBG als Inhalt des Arbeitsvertrages gem § 128 UG 2002

Günther Löschnigg

1. Problemstellung

Das Universitätsgesetz 2002 (UG) enthält sowohl für die vor als auch für die nach seinem In-Kraft-Treten begründeten Dienstverhältnisse eine Reihe von Überleitungsbestimmungen. Nach § 128 UG gilt für ab dem 1.1.2004 neu aufgenommene Arbeitnehmer bis zum In-Kraft-Treten eines Universitäten-Kollektivvertrages gem § 108 Abs 3 UG das Vertragsbedienstetengesetz 1948 (VBG) mit Ausnahme der §§ 4, 32 und 34 VBG als Inhalt des Arbeitsvertrages mit der Universität. Damit stellt sich die Frage, wie § 128 UG zu verstehen ist, wenn von der Geltung des VBG „als Inhalt des Arbeitsvertrages“ die Rede ist. Kommt das VBG für ab dem 1.1.2004 neu aufgenommene Arbeitnehmer der Universität lediglich als dispositives Element des Arbeitsvertrages zur Anwendung oder wird es auf Grund der gesetzlichen Anordnung zu einem unabdingbaren Mindestinhalt des Individualvertrages?

2. Vergleich mit anderen Ausgliederungsmodellen

Für übergeleitete Beamten- bzw Vertragsbedienstetenverhältnisse sehen Ausgliederungsgesetze die Weitergeltung des BDG bzw des VBG vor, nicht zuletzt auf Grund der europarechtlichen Vorgaben zum Betriebsübergang¹. Dies geschieht insb unter dem Aspekt, dass eine Ausgliederung auch einen Betriebsübergang darstellt, für den das Europarecht gewisse Mindeststandards zu Gunsten des Arbeitnehmers statuiert². Für neu begründete Arbeitsverhältnisse zum ausgegliederten Rechtsträger sollen hingegen grundsätzlich nur die Bestimmungen des privaten Arbeitsrechts sowie ein in der Folge abzuschließender Kollektivvertrag gelten. Regelmäßig stand man damit vor dem Problem, für neu eintretende Arbeitnehmer bis zum Wirksamwerden eines Kollektivvertrages Mindestarbeitsbedingungen zu schaffen, die ansonsten

Gegenstand des Kollektivvertrages sind. So finden sich in einer Reihe von Ausgliederungsgesetzen Konstruktionen, mit denen die Sicherung gewisser Mindestarbeitsbedingungen für Neueintretende bis zum In-Kraft-Treten eines Kollektivvertrages bezweckt wird. Teilweise lehnt sich das Ausgliederungsgesetz bei der Konstruktion für neu eintretende Mitarbeiter an jenes Modell an, das es für die übergeleiteten Vertragsbediensteten gewählt hat, teilweise nicht.

So findet sich etwa im BFW-Gesetz, BGBl I 83/2004, mit dem das Bundesforschungs- und Ausbildungszentrum für Wald, Naturgefahren und Landschaft als Anstalt öffentlichen Rechts errichtet wurde, für neu eintretende Arbeitnehmer dieselbe Konstruktion wie im UG: Gem § 22 Abs 1 BFW-Gesetz gelten für Vertragsbedienstete, die zuvor dem Bundesamt für Wald und dem Forschungs- und Ausbildungszentrum für Wald, Naturgefahren und Landschaft angehörten, die Bestimmungen des Dienst- und Besoldungsrechts, insb des VBG weiter. Der Abschluss sondervertraglicher Regelungen nach § 36 VBG ist nicht mehr zulässig. Gleichzeitig normiert § 24 Abs 8 BFW-Gesetz die Kollektivvertragsfähigkeit des Forschungszentrums für dessen Dienstnehmer sowie eine Verpflichtung der Geschäftsführung, umgehend Verhandlungen mit dem Ziel aufzunehmen, bis 31.12.2005 einen Kollektivvertrag abzuschließen. Für neu aufgenommene Arbeitnehmer gilt gem § 24 Abs 7 BFW-Gesetz bis zum In-Kraft-Treten eines Kollektivvertrages das VBG mit Ausnahme der §§ 4, 32 und 34 VBG als Inhalt des Arbeitsvertrages.

In ähnlicher Weise ordnet auch § 13 Abs 4 DUK-Gesetz 2004, BGBl I 22/2004, über die Universität für Weiterbildung Krets für Neuaufnahmen an, dass die Dienst- und Besoldungsordnung des Universitätszentrums für Weiterbildung (Donau-Universität-Krets) bis zum In-Kraft-Treten eines Kollektivvertrages als Inhalt des Arbeitsvertrages gilt.

¹ RL 77/187/EWG, zuletzt idF 2001/23/EG; s hiezu insb *Walter Pfeil*, Übergangsprobleme des Personalrechts nach UG 2002, zfhr 2004, 4; *Bernhard Schwarz*, Rechtsprobleme der Ausgliederungen unter besonderer Berücksichtigung des öffentlichen Bereiches, DRdA 2002, 351.

² Allg vgl die Beiträge von *Klaus Mayr* und *Barbara Trost* in Katharina Kropf/Heinz Leitsmüller/Bruno Rossmann (Hrsg), Ausgliederungen aus dem öffentlichen Bereich (2001), 37 bzw 63; *Joachim Preiss*, Ausgewählte arbeits- und dienstrechtliche Probleme des Post- und Telekommunikationsbereiches, in FS Bauer/Maier/Petrag (2004), 65; *Franz Marhold*, Privatisierungsprobleme im Arbeitsrecht und Sozialrecht in Markus Achatz/Hubert Isak/Franz Marhold (Hrsg), Privatisierung im Europarecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht und Sozialrecht (1999), 61; *Wolfgang Holzer*, Arbeitsrechtliche Probleme der „Privatisierung“, DRdA 1994, 377.

In diesem Fall wird kraft gesetzlicher Anordnung nicht das VBG, sondern die sog Dienst- und Besoldungsordnung der Universität zum Inhalt des Arbeitsvertrages.

Die Sicherung von Mindestarbeitsbedingungen kann auch dadurch angestrebt werden, dass Rechte und Pflichten nicht zum Inhalt des Arbeitsvertrages, sondern zum Inhalt eines Kollektivvertrages werden. Diese Variante wurde vor allem in älteren Ausgliederungsgesetzen gewählt. In diesem Sinn ordnet § 13 Abs 6 des BundesforsteG 1996, BGBl 793/1996, für übergeleitete sowie in § 13 Abs 7 für neu aufgenommene Arbeitnehmer die Geltung weiter Teile der bereits außer Kraft getretenen Bundesforste-Dienstordnung 1986 sowie einer Verordnung über die Festsetzung pauschalierter Nebengebühren für Bedienstete der Österreichischen Bundesforste als Kollektivvertrag an. Für Neuaufnahmen ist die Geltung dieses Kollektivvertrages jedoch gem § 13 Abs 7 bis zum In-Kraft-Treten eines neuen für sie geltenden Kollektivvertrages befristet.

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch die Konstruktion, die im AMS-Gesetz, BGBl 313/1994, gewählt wurde. Die Bundesorganisation des Arbeitsmarktservice ist als juristische Person des öffentlichen Rechts gem § 7 ArbVG für die Arbeitnehmer des AMS kollektivvertragsfähig. Tritt jedoch kein Kollektivvertrag in Kraft, hat der Verwaltungsrat auf Vorschlag des Vorstandes gem § 54 Abs 3 AMS-Gesetz Richtlinien für die Gestaltung der Arbeitsverhältnisse zu erlassen, wobei diese Richtlinien für die Arbeitnehmer des AMS keine ungünstigeren Vorschriften enthalten dürfen als das VBG. Den Materialien zum AMS-Gesetz zufolge gelten diese Richtlinien als Vertragsschablone für die Gestaltung der Arbeitsverträge zwischen dem AMS und dessen Arbeitnehmern³. Bis zum Abschluss eines Kollektivvertrages bzw bis zur Erlassung von Richtlinien gelten gem § 63 AMS-Gesetz für bestehende Dienstverhältnisse ebenso wie für neu eintretende Arbeitnehmer des AMS die Bestimmungen des Dienst- und Besoldungsrechts, insb des VBG⁴.

Das BundesmuseenG bestimmt – sowohl in seiner Stammfassung, BGBl I 115/1998, als auch in der Fassung des neu erlassenen BundesmuseenG 2002, BGBl 14/2002 – dass die Bundesmuseen Arbeitgeber ihres Personals sind und dass auf Dienstverträge das privatrechtlich jeweils erforderliche

Gesetz, insbesondere das AngG, anzuwenden ist. Zu einer wesentlichen Änderung kam es im Rahmen der Neufassung 2002 allerdings im Bereich der Überleitungsbestimmungen für die ehemaligen Vertragsbediensteten des Bundes. Die Stammfassung des § 10 Abs 5 BundesmuseenG enthielt diesbezüglich noch eine rein statisch zu verstehende Rechtswahrungsklausel, wonach den Vertragsbediensteten sämtliche Rechte, insb hinsichtlich Vorrückungen, Beförderungen und Einbeziehung in die allgemeinen Bezugserhöhungen, gewahrt blieben. Der OGH hat in Bezug auf derartige Rechtswahrungsklauseln, wie sie sich vielfach in Ausgliederungsgesetzen finden, wiederholt judiziert, dass diese nicht zu einer unmittelbaren Anwendung des VBG führen, sondern die dem Vertragsbediensteten am Stichtag zustehenden Rechte sichern und diesen Rechtsbestand als *lex contractus* zum Bestandteil des Einzelarbeitsvertrages werden lassen⁵. Im Unterschied dazu ordnet § 10 Abs 5 des in Geltung stehenden BundesmuseenG nun die Weitergeltung des Dienst- und Besoldungsrechts, insb des VBG, in der jeweils geltenden Fassung an⁶. Sonderverträge iS des § 36 VBG werden durch § 10 Abs 5 BundesmuseenG ausdrücklich ausgeschlossen.

Gem § 56 Abs 1 BundesstatistikG 2000, BGBl I 163/1999, gelten für die ehemaligen Vertragsbediensteten des Österreichischen Statistischen Zentralamtes die Bestimmungen des Dienst- und Besoldungsrechts, insb des VBG, in der jeweils geltenden Fassung weiter. Der Abschluss sondervertraglicher Regelungen nach § 36 VBG ist nicht mehr zulässig. Bis zum 31. Dezember 2003 sind neu eintretende Bedienstete der Anstalt, ausgenommen die leitenden Angestellten, nach dem VBG zu behandeln. Das VBG wirkt für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis zwischen dem 1.1.2000 und dem 31.12.2000 begründet wurde, auch über das In-Kraft-Treten eines Kollektivvertrages hinaus, wenn diese nicht von ihrer ausdrücklich vorgesehenen Optionsmöglichkeit Gebrauch machen.

Auch in der Regierungsvorlage zum UG⁷ war ursprünglich nicht vorgesehen, das VBG für neu eintretende Arbeitnehmer als Inhalt des Arbeitsvertrages zur Anwendung zu bringen. Vielmehr sollte das VBG sowohl für bestehende Dienstverhältnisse als auch für auch Neuaufnahmen als

³ Vgl 1468 BlgNR, XVIII. GP, 40.

⁴ Vgl OGH 7.3.2002, ASoK 2003, 59 = wbl 2002/255 mit Bespr v *Alexander Hofmann*.

⁵ Zu § 5 Abs 1 Z 2 ScheidemünzenG, BGBl 597/1988, vgl OGH 10.12.1993, DRdA 1994, 416; zu § 16 Abs 1 Z 2 BG über die Organisationsprivatisierung der Wasserstraßendirektion und die Gründung einer „Österreichische Donau-Betriebs-Aktiengesellschaft“, BGBl 11/1992, s OGH 19.9.2001, DRdA 2002, 157; zu § 18 PTSG, BGBl 201/1996, vgl OGH 19.9.2002, infas 2003, A 10 sowie OGH 18.4.2002, DRdA 2003, 269 mit Bespr v *Andre Alvarado-Dupuy*; zu § 10 Abs 5 BundesmuseenG, BGBl I 14/2002, vgl OGH 29.11.2001, Arb 12.175 sowie OGH 24.4.2003, DRdA 2004, 370 mit Bespr v *Alois Obereder*.

⁶ Vgl OGH 24.4.2003, DRdA 2004, 370 mit Bespr v *Obereder*.

⁷ 1134 BlgNR, XXI. GP, 58.

Kollektivvertrag gelten. Wegen Bedenken in Bezug auf die Judikatur zu dynamischen Verweisungen in Kollektivverträgen⁸ wurden die Bestimmungen der §§ 126 und 128 UG schließlich im Wege eines Abänderungsantrages im Ausschuss für Wissenschaft und Forschung dahingehend verändert, dass das VBG nun Inhalt des Arbeitsvertrages wird, für übergeleitete Dienstverhältnisse in der jeweils geltenden Fassung, für Neuaufnahmen in der zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltenden Fassung. Das Grundanliegen des Gesetzgebers, bis zum In-Kraft-Treten des Kollektivvertrages Mindeststandards schaffen zu wollen, hat sich dadurch aber wohl nicht geändert.

Hervorzuheben ist aber bereits in diesem Zusammenhang, dass der Gesetzgeber – anders als bei einer Reihe anderer Ausgliederungsgesetze – für die neu einzustellenden Arbeitnehmer dieselbe Grundkonstruktion gewählt hat wie im Fall der übergeleiteten Vertragsbediensteten. Sowohl nach § 126 UG als auch nach § 128 UG wird das VBG Inhalt des Arbeitsvertrages.

3. Veränderbare *lex contractus*?

3.1 Schutzzweck des Arbeitsrechts

Das Arbeitsrecht ist traditionell als Schutzrecht zu Gunsten des Arbeitnehmers ausgestaltet, sodass sich auf Gesetzesebene in erster Linie einseitig zwingendes Recht findet. Auch die Möglichkeit, durch Kollektivvertrag dispositives Recht zu schaffen, wird von einem Großteil der Lehre⁹ ua mit dem Hinweis verneint, dass dispositive Kollektivvertragsnormen dem Kollektivvertrag gerade jene Funktion nehmen würden, für die er eigentlich geschaffen wurde. Die vom Kollektivvertrag und dem Arbeitsrecht insgesamt bezweckte Mindestabsicherung ist nämlich durch dispositives Recht nicht zu erreichen.

Eben diese Überlegungen müssen auch auf die hier gegenständliche Frage nach den Rechtswirkungen der durch § 128 UG angeordneten arbeitsvertraglichen Geltung des VBG übertragen werden. Folgt man der Auffassung, es handle sich dabei lediglich um beliebig veränderbares Recht, bestünde in Bezug auf zentrale Arbeitsbedingungen, wie insb auf das laufende Entgelt oder auf Sonderzahlungen, die üblicherweise zwingend in einem Kollektivvertrag geregelt sind, keinerlei

Absicherung. Zwar ist auf Arbeitsverhältnisse zur Universität gem § 108 Abs 1 UG das AngG anzuwenden, jedoch haben die zwingenden Bestimmungen des AngG in erster Linie andere Arbeitsbedingungen zum Gegenstand als jene, die üblicherweise durch Kollektivvertrag geregelt werden. Die arbeitsvertragliche Geltung des VBG wurde für den Bereich der neu aufgenommenen Arbeitnehmer bewusst als Ersatz für den noch nicht ausverhandelten Universitäten-Kollektivvertrag angeordnet.

Auch *Schrammel*¹⁰ spricht zu Recht von einem „Bedürfnis, für die Übergangszeit (dh für die Zeit bis zum Abschluss eines Universitäten-Kollektivvertrages) abfedernde Maßnahmen zu treffen“. Allerdings soll nach *Schrammel*¹¹ nur die „Vollziehbarkeit der Arbeitsverhältnisse“ gewährleistet werden. Diese Konstruktion soll nach *Schrammel*¹² sicherstellen, dass der neu aufgenommene Arbeitnehmer nicht „überfahren“ wird. Für den Arbeitgeber soll der Vorteil darin liegen, dass er „gleich gelagerte Arbeitsverhältnisse nach einheitlichen Gesichtspunkten gestalten kann, ohne dafür Vertragsmuster entwerfen zu müssen“. Die derzeitige Praxis an den Universitäten widerspricht jedenfalls letzterem Argument, da derzeit keine Universität ohne Vertragsmuster auskommt. Der Vorteil für einen neu aufgenommenen Mitarbeiter besteht nach *Schrammel*¹³ darin, dass er einen im Vorhinein bestimmten Arbeitsvertrag hat, wenn „er auf inhaltliche Angebote der Arbeitgeberseite nicht reagiert“. Dies entspricht bei der überwiegenden Anzahl der Arbeitsverträge nicht den tatsächlichen Gegebenheiten: Wenn ein Stellenwerber auf ein Angebot der Universität nicht eingeht, kommt nicht das VBG zur Anwendung, sondern es kommt zu keinem Arbeitsvertragsabschluss. Für die „wissenschaftlichen Einsteiger“ an der Universität und für einen Großteil des allgemeinen Universitätspersonals gibt es keinen Verhandlungsspielraum in der Phase des Einstiegs in das Arbeitsleben. Keinesfalls kann von einem Verhandlungsgleichgewicht gesprochen werden, wenn der Vertrag zwischen Universitäten (mit eigenen Personal- bzw Rechtsabteilungen) einerseits und Personen, für die – zumindest beim wissenschaftlichen Personal – es sich regelmäßig um eine Erstanstellung handelt, andererseits abgeschlossen wird. Dies führt zu einer Stärkung der Verhandlungsposition der Universität und zu einer besonderen

⁸ Vgl den Bericht des Ausschusses für Wissenschaft und Forschung, 1224 BlgNR, XXI. GP, 15.

⁹ Vgl insb *Klaus Firlei*, Flucht aus dem Kollektivvertrag – Teil I, DRdA 2001, 118; *ders*, Erl zu OGH 18.4.1978, DRdA 1979, 131; *Rudolf Strasser/Peter Jabornegg*, Arbeitsrecht II⁴ (2004), 127; *Josef Cerny/Sieglinde Gahleitner/Alice Kundtner/Joachim Preiss/Hannes Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht, Bd 2³, § 3 Erl 6; *Konrad Grillberger*, Kollektivvertragsdispositives Recht, DRdA 1973, 41; *Peter Jabornegg*, Erl zu OGH 20.10.1986, DRdA 1991, 448; *ders*, Absolut zwingendes Arbeitsverfassungsrecht, in FS Strasser (1983), 367; *Reinhard Resch*, Erl zu OGH 10.12.1989, ZAS 1991, 63; *Franz Marhold*, Arbeitsrecht II (1999), 82f.

¹⁰ *Walter Schrammel* in Heinz Mayer (Hrsg), UG 2002 (2005), Erl II.2 zu § 128.

¹¹ *Schrammel*, UG 2002, Erl IV zu § 128.

¹² *Schrammel*, UG 2002, Erl III.2 zu § 128.

¹³ *Schrammel*, UG 2002, Erl III.2 zu § 128.

Interessenlage, die letztlich auch bei der Interpretation des UG nicht außer Acht gelassen werden darf.

3.2 Vergleich des § 128 mit § 126 UG

Weitgehende Einigkeit besteht darüber, dass das VBG für übergeleitete Vertragsbedienstete gem § 126 UG weiterhin zwingend zur Anwendung kommt¹⁴. Diesem Ergebnis ist jedenfalls zuzustimmen. Damit ist aber zu hinterfragen, wodurch sich § 126 UG von § 128 UG unterscheidet und ob diese Unterschiede unterschiedliche Rechtsfolgen rechtfertigen.

Die Hauptaussage des § 128 UG, dass nämlich das VBG Inhalt des Arbeitsvertrages wird, entspricht wörtlich jener des § 126 UG. Vorweg ist somit hervorzuheben, dass nach übereinstimmender Auffassung¹⁵ gesetzliche Regelungen, auch wenn sie kraft gesetzlicher Anordnung Teil des Individualvertrages werden, ihre zwingende Wirkung beibehalten können. Diese Regelungstechnik hat lange Tradition (vgl hiezu 3.3). Im Hinblick auf den identen Wortlaut ist vorerst auch von den identen Rechtsfolgen auszugehen.

Im Gegensatz zu § 128 sieht allerdings § 126 Abs 4 UG vor, dass das VBG in der jeweils geltenden Fassung zum Inhalt des Arbeitsvertrages wird. Für neu eintretende Arbeitnehmer gilt daher das VBG nur in der am Tag des Abschlusses des Arbeitsvertrages maßgeblichen Fassung, dh in statischer Form. Dass hierbei der Zeitpunkt des Arbeitsvertragsabschlusses entscheidend ist, ergibt sich aus § 128 UG iVm § 142 Abs 2 UG. Der Grund für diese Differenzierung liegt auf der Hand. Die Gruppe der übergeleiteten Vertragsbediensteten sollte durch den Wechsel des Dienstgebers in ihrer rechtlichen Position keinerlei Einschränkungen hinnehmen müssen. Insbesondere auch an der zukünftigen Lohnentwicklung des VBG sollten die nunmehrigen Angestellten der Universität teilhaben. Für neu eintretende Arbeitnehmer ist das VBG ohnehin nur bis zum In-Kraft-Treten des Kollektivvertrages beachtlich. Die Notwendigkeit einer (Gehalts)Automatik in Anlehnung an das VBG schien dem Gesetzgeber weder notwendig noch erwünscht. Die Differenzierung zwischen § 128 und § 126 UG hinsichtlich der statischen bzw dyna-

mischen Wirkung spricht allerdings eher für die zwingende Geltung des VBG auch im Anwendungsbereich des § 128 UG. Eine so klare Unterscheidung zwischen den beiden Regelungen wäre durchaus entbehrlich, wenn das VBG und damit auch die dynamische Fortwirkung abdingbar wäre.

Der für die vorliegende Fragestellung wohl wesentlichste Unterschied zwischen § 126 und § 128 UG besteht hinsichtlich der Zulässigkeit von Sondervereinbarungen. Für übergeleitete Dienstverhältnisse wurde die Möglichkeit, Sonderverträge gem § 36 VBG zu vereinbaren, ausdrücklich ausgeschlossen, während ein solcher Hinweis in § 128 UG fehlt. In Bezug auf die Bedeutung des Verbots des Abschlusses neuer Sonderverträge für § 126 UG kann auf die Ausführungen von *Schrammel*¹⁶ und *Pfeil*¹⁷ verwiesen werden, die im Ergebnis eine zweiseitig zwingende Wirkung des VBG in dynamischer Form für die übergeleiteten ehemaligen Vertragsbediensteten vertreten. Der Abschluss von Sonderverträgen iS des § 36 VBG ist daher für diese Arbeitnehmergruppe ab 1.1.2004 nicht mehr zulässig.

Die unterschiedliche Formulierung der §§ 126 und 128 UG zwingt zum Gegenschluss¹⁸: Da § 128 UG kein Verbot für Sonderverträge iS des § 36 VBG enthält, können Sonderverträge mit (ab 1.1.2004) neu eintretenden Arbeitnehmern vereinbart werden. Die Zulässigkeit betrifft aber ausschließlich Sonderverträge und führt zu einer partiellen Dispositivität des VBG. Das VBG ist aber eben nur soweit veränderbar, als die Ausgestaltung und der Abschluss von Sonderverträgen dem Grunde nach zulässig sind. Nach herrschender Auffassung kommt der Abschluss von Sonderverträgen nur in Ausnahmefällen zum Tragen¹⁹. Bei Vorliegen besonderer Umstände, dh im Fall eines zwingenden Anpassungsbedarfs, will das VBG ein Abweichen von den sonstigen Bestimmungen ermöglichen. Aus § 36 VBG abzuleiten, dass das VBG generell abdingbares Recht darstellt, wurde bisher nicht einmal ansatzweise vertreten. Wenn § 36 VBG für § 128 UG (e contrario zu § 126 UG) und damit für neu eintretende Arbeitnehmer Bedeutung haben soll, dann kann dieser Bestimmung auch im Zusammenhang mit § 128 UG nur jene Bedeutung zukommen, die sie im Gesamtkontext des VBG

¹⁴ *Pfeil*, Übergangsprobleme, zfhr 2004, 4; *Schrammel*, UG 2002, Erl IV.4 zu § 126; *Andre Alvarado-Dupuy*, Erl zu OGH 18.4.2002, DRdA 2003, 273; aA *Franz Marhold*, Das Universitätslehrerdienstrecht 2001 im Kontext der Universitätsreform, in Sigurd Höllinger/Stefan Titscher (Hrsg), Die österreichische Universitätsreform (2004), 300.

¹⁵ *Pfeil*, Übergangsprobleme, zfhr 2004, 4; *Schrammel*, UG 2002, Erl IV.4 zu § 126; *Alvarado-Dupuy*, Erl zu OGH, DRdA 2003, 273.

¹⁶ *Schrammel*, UG 2002, Erl IV.4 zu § 126.

¹⁷ *Pfeil*, Übergangsprobleme, zfhr 2004, 7.

¹⁸ So auch *Schrammel*, UG 2002, Erl IV.4 zu § 126 und *Pfeil*, Übergangsprobleme, zfhr 2004, 7.

¹⁹ OGH 16.11.1965, Arb 8160; OGH 20.10.1972, Arb 9062; OGH 28.6.1977, ZAS 1978, 18 mit Erl v *Alfred Stifter*; OGH 27.11.1979, DRdA 1981, 228; OGH 29.5.1991, Arb 10.942; OGH 24.6.1999, Arb 11.890; *Schrammel*, UG 2002, Erl IV.4 zu § 126; s auch *Robert Rebbahn*, Vertrauensschutz in gesetzlich determinierten Dienstverhältnissen, DRdA 2002, 203; *Konrad Grillberger*, § 863 ABGB und öffentliches Dienstrecht, in FS Tomandl (1998), 96.

besitzt: Die Universität darf bei Neueinstellungen zumindest in für den Arbeitnehmer verschlechternder Art und Weise nur in begründeten Ausnahmefällen vom VBG abweichen. Nach *Schrammel*²⁰ besteht in dem Umstand, dass nicht alle Bestimmungen des VBG Inhalt des Arbeitsvertrages werden, ein weiteres Argument für den dispositiven Charakter der Anordnung. Gem § 128 UG sollen nämlich die §§ 4, 32 und 34 VBG keinen Eingang in den Arbeitsvertrag finden. Zum einen geht es hierbei insb um die Ausgestaltung/Befristung des Arbeitsvertrages, zum anderen um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Vor allem die Beschränkung, eine Kündigung nur bei Vorliegen eines der im VBG aufgezählten Gründe aussprechen zu können, soll nicht zur Anwendung kommen. *Schrammel* zufolge besteht kein Bedürfnis nach Übernahme dieser Regelungen, da die Arbeitsvertragsparteien Inhalt und Dauer des neu abgeschlossenen Arbeitsverhältnisses autonom zu bestimmen haben und für die Kündigung und Entlassung unmittelbar die Bestimmungen des AngG gelten. Dieses Argument ist durchaus zu unterstreichen, wenn das VBG zwingend zur Anwendung kommt. In diesem Fall wäre eine Kündigungsbeschränkung für sämtliche Arbeitnehmer, wie sie im VBG vorgesehen ist, mit den Ausgliederungszielen nicht kompatibel. Handelt es sich hingegen um abdingbares Recht, dann besteht kein Bedarf an derart spezifischen Ausnahmeregelungen. Dass die Universität in ihrer Eigenschaft als Dienstgeber davor zu schützen ist, dass sie versehentlich die §§ 4, 32 und 34 VBG nicht abdingt, kann wohl nicht ernstlich als Argument herangezogen werden. Auch die Ausnahmebestimmung in Bezug auf die §§ 4, 32 und 34 VBG ist daher nur dann erklärbar und wertungsmäßig in sich schlüssig, wenn man von der Unabdingbarkeit des über den Arbeitsvertrag zur Anwendung gebrachten Vertragsbedienstetenrechts ausgeht.

3.3 Alte Vorbilder

Das Modell, überbetriebliche Regelungen zwingend zum Inhalt des Arbeitsvertrages werden zu lassen, stellt keine neue Konstruktion dar, sondern hat durchaus alte Vorbilder. Sowohl der Kollektivvertrag als auch die Satzung und der Mindestlohntarif wurden nach dem Kollektivvertragsgesetz (KVG), BGBl 76/1947, bzw dem Mindestlohntarifgesetz

(MLTG), BGBl 156/1951, in ihrem jeweiligen Geltungsbereich als Teil des Arbeitsvertrages zur Anwendung gebracht²¹. Die Bestimmungen des Kollektivvertrages galten gem § 9 Abs 1 KVG, sofern sie die Rechtsverhältnisse zwischen Dienstgebern und Dienstnehmern zum Inhalt hatten, als Bestandteil der Dienstverträge. Ebenso wurden die Bestimmungen der Satzung gem § 17 Abs 1 KVG innerhalb ihres Geltungsbereiches zum Inhalt des Individualvertrages. Dieselbe Regelung traf § 3 MLTG, sodass auch der Mindestlohntarif automatisch Bestandteil jedes in seinem Geltungsbereich abgeschlossenen Arbeitsvertrages wurde.

Die als Inhalt des Arbeitsvertrages zur Anwendung gebrachten Bestimmungen der alten Kollektivverträge, Satzungen und Mindestlohntarife konnten weder durch Arbeitsvertrag noch durch Arbeitsordnung aufgehoben oder beschränkt werden (§§ 2 Abs 2 und 17 Abs 3 KVG bzw § 3 Abs 3 MLTG). Sondervereinbarungen waren nur insofern zulässig, als sie für den Arbeitnehmer günstiger oder durch den Kollektivvertrag, die Satzung oder den Mindestlohntarif nicht geregelt waren.

Ob Rechtsquellen, die kraft Gesetzes zum Inhalt des Arbeitsvertrages werden, zwingende oder dispositive Wirkung entfalten sollen, hängt entscheidend von ihrer Funktion ab. Ebenso wie nach dem Modell des KVG bzw des MLT geht es im Fall des UG um die Schaffung und Sicherung von Mindestarbeitsbedingungen bei Abschluss des Arbeitsvertrages, dh um eine Phase, in der der Arbeitnehmer in der Regel eine schwache Position besitzt. Aus diesem Grund darf etwa § 128 UG nicht mit Regelungsstatbeständen wie jenem des § 4 Abs 2 AVRAG verwechselt werden. Letzterer Bestimmung zufolge werden kollektivvertragliche Regelungen über den Bestandschutz des Arbeitsverhältnisses Inhalt des Arbeitsvertrages zwischen Arbeitnehmer und Erwerber eines Betriebs(teiles), wenn das Unternehmen des Veräußerers im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang nicht weiter besteht²². In diesem Fall geht es nicht um die Sicherung von grundlegenden Mindestarbeitsbedingungen bei Vertragsabschluss. Einem möglichen Druck des Arbeitgebers auf Abänderung dieser Arbeitsbedingungen wird gerade durch die arbeitsvertragliche Beschränkung der Kündigung begegnet.

²⁰ *Schrammel*, UG 2002, Erl III.4 zu § 128.

²¹ Vgl *Franz Borkowetz*, Kollektivvertragsgesetz² (1968), 13, 14; *ders*, Betrachtungen zur Kollision von Kollektivverträgen, DRdA 1951, H 1, 7; *Gerhard Weissenberg*, Mindestlohntarifgesetz (1953), Erl zu § 2 bzw § 9; zur Diskussion über die Rechtsnatur des Kollektivvertrages auf Grund der gesetzlichen Formulierung vgl insb *Hans Floretta*, Die Rechtsnatur der Quellen des kollektiven Arbeitsrechts (Kollektivvertrag, Satzung, Betriebsvereinbarung) in *Hans Floretta/Gustav Kafka* (Hrsg), Zur Rechtstheorie des kollektiven Arbeitsrechts (1970); *Strasser*, Kollektivvertrag und Verfassung (1968), 8; *Hermann Leitich*, Wandlungen im Kollektivvertragsrecht, ÖJZ 1952, 58.

²² Allgemein zu § 4 Abs 2 AVRAG und zur Dispositivität des einzelvertraglichen Bestandschutzes nach Betriebsübergang vgl *Martin Binder*, AVRAG (2001), Erl 20-21 zu § 4; *Wolfgang Holzer/Gert-Peter Reissner*, AVRAG (1998), 143; *Walter Schwarz/Günther Löschnigg*, Arbeitsrecht aus trüber Quelle, ÖJZ 1994, 224.

4. Zusammenfassende Ergebnisse

- ▶ Der Versuch junger Akademiker, sich über Erstanstellungen an den Universitäten eine besondere Ausgangsposition für eine nachfolgende berufliche Karriere zu verschaffen, führt zu einer besonderen Position der Universität als Dienstgeber und schafft gerade beim Abschluss von Arbeitsverträgen ein besonderes Ungleichgewicht in der Verhandlungsstärke. Diese besondere Interessenlage hat der Gesetzgeber bei den Bestimmungen für Neueinstellungen durchaus berücksichtigt.
- ▶ Die Grundaussage des § 126 UG ist mit jener des § 128 UG wortident: Das VBG wird zum Inhalt des Arbeitsvertrages.
- ▶ Wenn die herrschende Auffassung aus § 126 UG eine zwingende Wirkung des VBG ableitet, dann muss dies auch für § 128 UG gelten, sofern nicht die Abweichungen im Wortlaut dieser Bestimmungen eine abweichende Interpretation erfordern.
- ▶ Während § 126 UG den Abschluss von Sonderverträgen iS des § 36 VBG ab dem 1.1.2004 für unzulässig erklärt, wird die Vereinbarung von Sonderverträgen durch § 128 UG nicht ausgeschlossen. Im Sinn der Begriffsbildung des VBG handelt es sich bei Sonderverträgen um besondere auf begründete Ausnahmefälle abgestimmte Vertragsgestaltungen. Die Zulässigkeit, für neu eintretende Arbeitnehmer Sonderverträge abschließen zu können, ändert

nichts an der grundsätzlichen Anordnung des § 128 UG, dass das VBG (zwingend) Inhalt des Arbeitsvertrages wird.

- ▶ Diese Anpassung wird dadurch bestärkt, dass gewisse Bestimmungen des VBG gem § 128 UG *expressis verbis* nicht Inhalt des Arbeitsvertrages werden sollen. Diese explizite Ausnahme wäre kaum verständlich, würde das VBG den Arbeitsvertrag bloß dispositiv determinieren.
- ▶ § 128 UG zufolge bleibt das VBG nur bis zum Inkraft-Treten eines Kollektivvertrages Inhalt des Arbeitsvertrages. Die Anwendbarkeit des VBG geht mit dem Zustandekommen des Kollektivvertrages *ex lege* verloren. 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. Diese Zwecksetzung kann mit einer dispositiven Anwendung des VBG nicht erreicht werden, was nicht zuletzt die bereits derzeit erfolgten Verschlechterungen in den Arbeitsverträgen der Universitäten zeigen.

ao.Univ.-Prof. MMag.DDr. Günther Löschnigg
 Institut für Arbeitsrecht
 Karl-Franzens-Universität Graz
 guenther.loeschnigg@uni-graz.at