

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

K I 1/2017-14

13. Juni 2017

## IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des  
Präsidenten

Dr. Gerhart HOLZINGER,

in Anwesenheit der Vizepräsidentin

Dr. Brigitte BIERLEIN

und der Mitglieder

Dr. Markus ACHATZ,

Mag. Dr. Eleonore BERCHTOLD-OSTERMANN,

Dr. Sieglinde GAHLEITNER,

DDr. Christoph GRABENWARTER,

Dr. Christoph HERBST,

Dr. Michael HOLOUBEK,

Dr. Helmut HÖRTENHUBER,

Dr. Claudia KAHR,

Dr. Georg LIENBACHER,

Dr. Rudolf MÜLLER,

Dr. Johannes SCHNIZER und

Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

als Stimmführer, im Beisein der verfassungsrechtlichen Mitarbeiterin

Mag. Ute GRABENSBERGER

als Schriftführerin,

über den Antrag des \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* , \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* , \*\*\*\*\* \*\*  
\*\*\*, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Josef-M. Danler, Wilhelm-Greil-Straße 9,  
6020 Innsbruck, auf Entscheidung eines verneinenden Kompetenzkonfliktes  
zwischen dem Obersten Gerichtshof (Beschluss vom 21.2.2013, 9 ObA 121/12b)  
und dem Bundesverwaltungsgericht (Beschluss vom 21.7.2014,  
Z W 129 2000667-1/2E) in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung gemäß  
Art. 138 Abs. 1 B-VG iVm § 46 Abs. 1 VfGG zu Recht erkannt:

- I. Zur Entscheidung über das Begehren des Antragstellers, festzustellen, dass  
das Berufungsverfahren für eine im Jahr 2008 ausgeschriebene Universi-  
tätsprofessorenstelle mit rechtserheblichen Mängeln behaftet war, sind die  
ordentlichen Gerichte zuständig.
- II. Die entgegenstehenden Beschlüsse des Landesgerichtes Innsbruck vom  
25. Juni 2012, 43 Cga 51/12x, des Oberlandesgerichtes Innsbruck vom  
16. August 2012, 15 Ra 66/12m, und des Obersten Gerichtshofes vom  
21. Februar 2013, 9 ObA 121/12b, werden aufgehoben.
- III. Der Bund (Bundesminister für Justiz) ist schuldig, dem Antragsteller zuhan-  
den seines Rechtsvertreters die mit € 2.856,- bestimmten Prozesskosten  
binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Entscheidungsgründe

### I. Sachverhalt, Antrag und Vorverfahren

1. Mit dem vorliegenden, auf Art. 138 Abs. 1 B-VG und § 46 VfGG gestützten 1  
Antrag begehrt der Antragsteller die Entscheidung eines verneinenden Kompe-  
tenzkonfliktes zwischen dem Obersten Gerichtshof und dem Bundesverwal-  
tungsgericht.

Dem Begehren liegt folgender Sachverhalt zugrunde: 2

1.1. Im Jahr 2008 wurde an der Universität Innsbruck eine Professorenstelle für 3  
"Europarecht, Völkerrecht und internationale Beziehungen" ausgeschrieben, um

die sich der Antragsteller bewarb. Im Besetzungsvorschlag der vom Senat eingereichten Berufungskommission wurde er an dritter Stelle gereiht.

1.2. In der Folge beehrte der Antragsteller vor dem Landesgericht Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht die gerichtliche Feststellung, "dass das Berufungsverfahren betreffend die im Jahr 2008 von der beklagten Partei [Universität Innsbruck] ausgeschriebene Professur 'Europarecht, Völkerrecht und internationale Beziehungen' mit rechtserheblichen Mängeln behaftet ist, weil die Berufungskommission befangen war". Er bringt dazu im Wesentlichen vor, drei Mitglieder der Berufungskommission seien befangen gewesen. Zwar hätten ihn drei der vier Gutachter an erster Stelle gereiht, im Besetzungsvorschlag der Berufungskommission sei er entgegen den Ergebnissen der Begutachtung jedoch nur auf Platz drei gereiht worden. Das Berufungsverfahren münde letztendlich in die Aufnahme eines vertraglichen Arbeitsverhältnisses, weshalb die beklagte Partei im Zuge des Bewerbungsverfahrens mit dem Kläger ein vorvertragliches Schuldverhältnis begründet habe, in dessen Rahmen er ein Recht darauf habe, von neutralen und objektiven Gremien beurteilt zu werden. Die Berufungsverhandlungen mit dem auf dem Besetzungsvorschlag Erstgereihten seien noch nicht abgeschlossen, daher bestehe ein Feststellungsinteresse. Die Klage wurde vom Erstgericht am 25. Juni 2012 mangels Zulässigkeit des Rechtsweges "a limine" zurückgewiesen (§ 42 JN). Dem dagegen erhobenen Rekurs an das Oberlandesgericht Innsbruck (16.8.2012, 15 Ra 66/12m) und dem außerordentlichen Revisionsrekurs an den Obersten Gerichtshof wurde jeweils keine Folge gegeben.

4

1.3. Der Oberste Gerichtshof führte in seiner Entscheidung vom 21. Februar 2013, 9 ObA 121/12b, begründend insbesondere aus, dass der Umstand alleine, dass das Dienstverhältnis mit einem Bescheid oder einem privatrechtlichen Arbeitsvertrag begründet werde, nicht dazu ausreiche, um Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Berufungsverfahrens ziehen zu können. An der Bedeutung der in VfSlg. 15.365/1998 zur Rechtslage nach dem Universitäts-Organisationsgesetz (im Folgenden: UOG 1975) dargelegten Beurteilung der Parteistellung der in einen verbindlichen Besetzungsvorschlag aufgenommenen, auf Grund ihrer rechtlichen Betroffenheit eine Verwaltungsverfahrensgemeinschaft bildenden Personen, die nach der Lehre auch auf die Rechtslage nach dem Universitäts-Organisationsgesetz 1993 (UOG 1993) übertragen werden könne, habe sich nichts geändert. Fraglich sei, ob das Berufungsverfahren durch das Universitätsgesetz 2002 (UG) dadurch, dass die Rechtsverhältnisse mit Universitätsprofessoren nur noch mittels Dienstvertrag zu begründen sind, einen Funktionswandel in

5

Richtung eines vorvertraglichen Schutzverhältnisses zugunsten der Bewerber erfahren habe.

Der Oberste Gerichtshof weist insbesondere auf den in § 1 UG festgeschriebenen öffentlich-rechtlichen Auftrag der Universitäten, die hoheitlichen Handlungsbereiche und behördlichen Kompetenzen der Universitätsorgane hin. Der maßgebliche Zweck der Regelung des Berufungsverfahrens sei weiterhin darin zu sehen, im Sinne des gesellschaftlichen Bildungs- und Forschungsauftrages die Sicherstellung einer hochqualifizierten Lehre und Forschung zu gewährleisten. Die Einsetzung einer Berufungskommission durch den Senat sei nur Teil dieses Verfahrens. Dass selbst die Auswahlentscheidung des Rektors noch öffentlich-rechtlich motiviert sei, gehe daraus hervor, dass der Rektor vor Aufnahme der Berufungsverhandlungen seine Auswahlentscheidung dem Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen bekannt zu geben habe, über dessen Beschwerde die Schiedskommission mit Bescheid entscheide (§ 98 Abs. 9 UG), wogegen vom Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen und vom Rektor (zum Entscheidungszeitpunkt) Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof geführt werden könne (§ 43 Abs. 7 UG). Gegenüber diesem im öffentlichen Interesse liegenden Berufungsverfahren stelle der Abschluss des Arbeitsvertrages nur den personalrechtlichen Umsetzungsakt des Auswahlverfahrens dar. Zusammenfassend sei für den vorliegenden Fall daher festzuhalten, dass die im öffentlichen Interesse gelegene Einsetzung der Berufungskommission durch den Senat iSd § 98 Abs. 4 UG nicht als privatrechtliche Entscheidung der Universität angesehen werden könne und sie daher einer Überprüfung durch die ordentlichen Gerichte entzogen sei. Mit dem Berufungsverfahren würden weiterhin öffentliche Aufgaben verfolgt. Die von der eigentlichen Bestellung (Abschluss des Dienstvertrages) verschiedene Funktion des Berufungsverfahrens rechtfertige es auch, diesem einen eigenständigen – hoheitlichen – Charakter beizumessen.

6

1.4. Der Antragsteller beantragte in Reaktion auf diese Entscheidung mit Schreiben vom 4. Juni 2013 beim Rektor der Universität Innsbruck, "bescheidmäßig über die Besetzung der Planstelle der im Jahr 2008 an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Innsbruck ausgeschriebenen Professur für 'Europarecht, Völkerrecht und Internationale Beziehungen' abzusprechen und diesen Bescheid dem Antragsteller zuzustellen". Mit – formlosem – Schreiben vom 28. August 2013 teilte der Rektor der Universität Innsbruck dem Antragsteller

7

mit, dass das Berufungsverfahren nicht mit Bescheid zu erledigen sei; die Umsetzung der Auswahlentscheidung erfolge durch den Abschluss eines Arbeitsvertrages (§ 98 Abs. 11 UG). Mit Schriftsatz vom 23. Dezember 2013 erhob der Antragsteller Säumnisbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof, die mit Verfügung vom 2. Jänner 2014 zuständigkeitshalber dem Bundesverwaltungsgericht abgetreten wurde.

Mit Erkenntnis vom 21. Juli 2014, Z W129 2000667-1/2E, gab das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht statt und wies den Antrag "auf bescheidmäßige Entscheidung über die Besetzung der Planstelle der [...] ausgeschriebenen Professur" als unzulässig zurück.

8

Nach Auseinandersetzung mit der Begründung des Obersten Gerichtshofes führte das Bundesverwaltungsgericht insbesondere aus, dass angesichts des weitreichenden rechtlichen wie auch universitätspolitischen Paradigmenwechsels im Personalrecht der Universitäten in den letzten Jahren weg von öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen hin zu privatrechtlichen Dienstverhältnissen die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zur früheren Rechtslage nach dem UOG 1975 und dem UOG 1993 in Bezug auf die rechtliche Deutung des Besetzungsvorschlages der Berufungskommission "obsolet geworden" sei. Obgleich das Bundesverwaltungsgericht dem Obersten Gerichtshof hinsichtlich der hochrangigen Aufgaben der Universitäten im Interesse der Allgemeinheit beipflichtet, lasse sich u.a. aus der "weithin erzählenden und weitschweifigen" Formulierung nicht zwingend ableiten, dass die Auswahl der Professoren im Rahmen des Berufungsverfahrens nach § 98 UG einen hoheitlichen Akt darstelle, erfolge doch die Personalauswahl jedenfalls in anderen – früher hoheitlichen, nunmehr jedoch ausgegliederten – Bereichen zweifelsfrei privatwirtschaftlich, obwohl auch hier eminente öffentliche Interessen an einer hochqualifizierten Besetzung eines Arbeitsplatzes gegeben seien, vom ausgewählten Personal zum Teil sogar hoheitliche Akte gesetzt würden, zumindest aber wesentliche Aufgaben im öffentlichen Interesse erfüllt würden. Die Abgrenzung zwischen Universitätsprofessoren und sonstigem Lehr- und Forschungspersonal werde zunehmend aufgeweicht.

9

Die Schiedskommission entscheide über die Beschwerde des Arbeitskreises für Gleichbehandlungsfragen nicht deswegen mit Bescheid, weil die Auswahlentscheidung des Rektors einen hoheitlichen Akt darstelle, sondern weil die Schiedskommission durch den Gesetzgeber in § 43 UG als zwingend an jeder Universität einzurichtende weisungsfreie Behörde geschaffen worden sei, welche

10

über die Einbindung in die Professorenberufung hinausreichende Kompetenzen übertragen erhalten habe und ihre "Entscheidungen" im Sinne des Gesetzeswortlautes grundsätzlich mit Bescheid zu treffen habe, ungeachtet der Position des Betroffenen oder der Art des zugrunde liegenden Dienstverhältnisses. "[D]as dem Abschluss des privatrechtlichen Vertrages vorausgehende Auswahlverfahren der Berufungskommission und des Rektors [stelle] wohl kein hoheitliches, jedenfalls kein mit Bescheid zu erledigendes Verfahren dar[...]".

Da der Antragsteller zwar ein privatrechtliches Interesse an einer nachvollziehbaren Entscheidung der Berufungskommission bzw. des Rektors der Universität Innsbruck geltend mache, die Berufungskommission bzw. der Rektor der Universität Innsbruck die der Auswahlentscheidung zugrunde liegenden Vorschriften jedoch nicht verwaltungsbehördlich wahrzunehmen habe, ermangle es dem Antragsteller an Parteistellung. Somit sei der Antrag auf bescheidmäßige Entscheidung über die Besetzung der Planstelle mangels Parteistellung als unzulässig zurückzuweisen. 11

1.5. Gegen dieses Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes richtete sich eine auf Art. 144 B-VG gestützte Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, deren Behandlung mit Beschluss vom 19. Februar 2015, E 1172/2014, abgelehnt wurde. Die gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes erhobene Revision wurde wegen Versäumung der Einbringungsfrist mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 11. August 2015, Ro 2015/10/0026, als unzulässig zurückgewiesen. 12

1.6. Der Antrag auf bescheidmäßige Erledigung wurde am 8. Juni 2015 – ergänzt um einen Antrag auf Akteneinsicht – erneut an das Rektorat der Universität Innsbruck herangetragen. Mit Bescheid des Rektorates vom 26. November 2015 wurden beide Anträge mangels Parteistellung als unzulässig zurückgewiesen. Die Beschwerde gegen diesen Bescheid wurde mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 31. Mai 2016 gemäß "§ 28 Abs 2 VwGVG mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass der Antrag vom 08.06.2015 auf bescheidmäßige Absprache über die getroffene Auswahlentscheidung des Berufungsverfahrens der Professur für 'Europarecht, Völkerrecht und Internationale Beziehungen' im Jahr 2008 wegen entschiedener Sache gem. § 68 Abs 1 AVG zurückzuweisen" sei. Die Behandlung einer auf Art. 144 B-VG gestützten Beschwerde gegen dieses 13

Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes zur Zahl E 1589/2016 wurde mit Beschluss vom 23. September 2016 vom Verfassungsgerichtshof abgelehnt.

2. Der Antragsteller begründet den vorliegenden Antrag auf Entscheidung eines verneinenden Kompetenzkonfliktes zwischen Oberstem Gerichtshof und Bundesverwaltungsgericht wie folgt:

14

"Wie [...] aufgezeigt, verweigerte das Landesgericht Innsbruck seine Zuständigkeit zur Sachentscheidung, indem es die Klage des Antragstellers wegen Unzulässigkeit des (Zivil-)Rechtswegs zurückwies, da das Berufungsverfahren für Professoren nach § 98 UG 2002 hoheitlicher Natur sei. Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs zu VfSlg 4554/1963 ist die Frage, ob die Zuständigkeit zur Sachentscheidung aus dem Grund der Unzuständigkeit oder – wie im vorliegenden Fall – wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs verneint wird, ohne Belang. Von den Zivilgerichten wurde somit die Zuständigkeit zur Sachentscheidung abgelehnt.

Das Bundesverwaltungsgericht entschied zwar, dass der Antrag vom 4.6.2013 'mangels Parteistellung gemäß § 17 VwGVG iVm § 8 AVG' als unzulässig zurückgewiesen wird, im Kern handelt es sich aber um eine die Zulässigkeit des (öffentlichen) Rechtswegs verneinende – und damit ebenfalls die Zuständigkeit zur Sachentscheidung ablehnende – Entscheidung. [...]

Dass die Frage der Parteistellung lediglich ein vorgelagertes Problem darstellt, und es im Kern um die Rechtswegunzulässigkeit geht, zeigt die [...] Entscheidungsbegründung des Bundesverwaltungsgerichtes – insbesondere nachstehende Ausführungen, wonach 'angesichts des weitreichenden rechtlichen wie universitätspolitischen Paradigmenwechsels des Personalrechts der Universitäten in den letzten Jahren weg von öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen hin zu privatrechtlichen Dienstverhältnissen' das 'dem Abschluss des privatrechtlichen Vertrages vorausgehende Auswahlverfahren der Berufungskommission des Rektors(...) wohl kein hoheitliches' Verfahren darstelle.

Damit wurde aber auch vom Bundesverwaltungsgericht die Zuständigkeit(!) zur Sachentscheidung abgelehnt.

[...] Unabhängig von der in erster Linie akademischen Diskussion, ob nun das Berufungsverfahren nach § 98 UG 2002 hoheitlicher oder privatrechtlicher Natur ist, hätten entweder die Zivilgerichte, oder die Gerichte des öffentlichen Rechts ihre Zuständigkeit zur Sachentscheidung wahrnehmen müssen." (Zitat ohne die im Original enthaltenen Hervorhebungen)

3. Der Oberste Gerichtshof und das Bundesverwaltungsgericht legten die Gerichtsakten vor und verwiesen ansonsten auf die Begründung ihrer jeweiligen Entscheidung. Die am Verfahren beteiligte Universität Innsbruck und das vom

15

Verfassungsgerichtshof befasste Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst sahen ebenfalls von der Erstattung einer Äußerung ab.

## II. Rechtslage

Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Organisation der Universitäten und ihre Studien (Universitätsgesetz 2002 – UG), BGBl. I 120/2002 idF BGBl. I 134/2008, lauten – auszugsweise – wie folgt:

16

### "Ziele

§ 1. Die Universitäten sind berufen, der wissenschaftlichen Forschung und Lehre, der Entwicklung und der Erschließung der Künste sowie der Lehre der Kunst zu dienen und hiedurch auch verantwortlich zur Lösung der Probleme des Menschen sowie zur gedeihlichen Entwicklung der Gesellschaft und der natürlichen Umwelt beizutragen. Universitäten sind Bildungseinrichtungen des öffentlichen Rechts, die in Forschung und in forschungsgeleiteter akademischer Lehre auf die Hervorbringung neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse sowie auf die Erschließung neuer Zugänge zu den Künsten ausgerichtet sind. Im gemeinsamen Wirken von Lehrenden und Studierenden wird in einer aufgeklärten Wissensgesellschaft das Streben nach Bildung und Autonomie des Individuums durch Wissenschaft vollzogen. Die Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses geht mit der Erarbeitung von Fähigkeiten und Qualifikationen sowohl im Bereich der wissenschaftlichen und künstlerischen Inhalte als auch im Bereich der methodischen Fertigkeiten mit dem Ziel einher, zur Bewältigung der gesellschaftlichen Herausforderungen in einer sich wandelnden humanen und geschlechtergerechten Gesellschaft beizutragen. Um den sich ständig wandelnden Erfordernissen organisatorisch, studien- und personalrechtlich Rechnung zu tragen, konstituieren sich die Universitäten und ihre Organe in größtmöglicher Autonomie und Selbstverwaltung.

[...]

### Rechtsaufsicht

§ 9. Die Universitäten unterliegen der Aufsicht des Bundes. Diese umfasst die Aufsicht über die Einhaltung der Gesetze und Verordnungen einschließlich der Satzung (Rechtsaufsicht).

[...]

### Senat



§ 25. (1) Der Senat hat folgende Aufgaben:

1. Erlassung und Änderung der Satzung;

2. Zustimmung zu dem vom Rektorat erstellten Entwurf des Entwicklungsplans innerhalb von zwei Monaten; stimmt der Senat nicht fristgerecht zu, ist der Entwicklungsplan dennoch an den Universitätsrat weiterzuleiten;

[3.-8. ...]

9. Mitwirkung an Berufungsverfahren;

[(2)-(6)...]

(7) Vom Senat können zur Beratung oder Entscheidung einzelner seiner Aufgaben Kollegialorgane eingerichtet werden.

(8) Für folgende Angelegenheiten sind entscheidungsbefugte Kollegialorgane einzusetzen:

1. Habilitationsverfahren (§ 103),

2. Berufungsverfahren (§ 98),

3. Studienangelegenheiten gemäß § 25 Abs. 1 Z 10.

(9) Die Zahl der Mitglieder der Kollegialorgane gemäß Abs. 8 darf die Hälfte der Zahl der Senatsmitglieder nicht überschreiten. In den Kollegialorganen gemäß Abs. 8 Z 3 stellen die Studierenden mindestens ein Viertel der Mitglieder. Die Kollegialorgane gemäß Abs. 7 haben in ihrer Zusammensetzung der Relation der Vertreterinnen und Vertreter der einzelnen Gruppen im Senat zu entsprechen.

(10) Die Kollegialorgane gemäß Abs. 7 und Abs. 8 Z 3 sind längstens für die Dauer der Funktionsperiode des Senats einzurichten. Diese Kollegialorgane sind an die Richtlinien des Senats gebunden und entscheiden in dessen Namen. Der Senat kann eine gemäß Abs. 7 erteilte Entscheidungsvollmacht jederzeit widerrufen. Die Beschlüsse der Kollegialorgane gemäß Abs. 7 und Abs. 8 Z 3 bedürfen der Genehmigung des Senats.

(11) [...]

[...]

## Verfahren in behördlichen Angelegenheiten

§ 46. (1) Die Universitätsorgane haben in allen behördlichen Angelegenheiten das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, BGBl. Nr. 51/1991, anzuwenden.

(2) In Studienangelegenheiten endet der administrative Instanzenzug in behördlichen Verfahren beim Senat.

(3) In Studienangelegenheiten sind auch die Organe der gesetzlichen Vertretung der Studierenden zur Einbringung von Rechtsmitteln berechtigt, sofern die betroffenen Studierenden nicht ausdrücklich die Zustimmung verweigern.

[...]

## Haftung

§ 49. (1) Die Universität kann für sich Rechte und Pflichten begründen. Für Verbindlichkeiten, die daraus entstehen, trifft den Bund keine Haftung.

(2) Für den von Organen oder Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmern der Universität oder von anderen Personen im Auftrag der Universität auf Grund dieses Bundesgesetzes in Wahrnehmung der hoheitlichen Aufgaben wem immer schuldhaft zugefügten Schaden haftet der Bund nach den Bestimmungen des Amtshaftungsgesetzes, BGBl. Nr. 20/1949. Der Bund hat in diesem Fall derjenigen oder demjenigen, die oder den sie für den Rückersatzanspruch für haftbar erachtet, den Streit zu verkünden (§ 21 Zivilprozessordnung, RGBl. Nr. 113/1895). Diese oder dieser kann dem Rechtsstreit als Nebenintervenientin oder Nebenintervenient beitreten (§ 17 Zivilprozessordnung). Die Universität und diejenige oder derjenige, die oder der den Schaden zugefügt hat, haften der oder dem Geschädigten nicht.

(3) Hat der Bund der oder dem Geschädigten gemäß Abs. 2 den Schaden ersetzt, ist er berechtigt, nach Maßgabe der §§ 3, 5 und 6 Abs. 2 des Amtshaftungsgesetzes von derjenigen oder demjenigen, die oder den sie für den Rückersatzanspruch für haftbar erachtet, Rückersatz zu fordern. In diesem Verfahren sind die zum Rückersatz herangezogenen Personen von der Verschwiegenheitspflicht befreit.

(4) Für die von Organen oder Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmern der Universität oder von anderen Personen im Auftrag der Universität in Wahrnehmung der hoheitlichen Aufgaben dem Bund schuldhaft unmittelbar zugefügten Schäden haften diese Organe dem Bund nach den Bestimmungen des Organhaftpflichtgesetzes, BGBl. Nr. 181/1967, mit der Maßgabe, dass die zur Haftung herangezogenen Personen von der Verschwiegenheitspflicht befreit sind.

[...]

### 3. Abschnitt Wissenschaftliches und künstlerisches Universitätspersonal Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren

§ 97. (1) Die Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren sind für die Forschung oder die Entwicklung und Erschließung der Künste sowie für die Lehre in ihrem Fachgebiet verantwortlich und stehen in einem befristeten oder unbefristeten Arbeitsverhältnis zur Universität. Sie sind Vollzeit- oder Teilzeitbeschäftigte.

(2) Zu Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren können in- oder ausländische Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler oder Künstlerinnen und Künstler mit einer entsprechend hohen wissenschaftlichen oder künstlerischen und beruflichen Qualifikation für das Fach bestellt werden, das der zu besetzenden Stelle entspricht.

(3) Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren werden von der Rektorin oder vom Rektor nach Durchführung eines Berufungsverfahrens gemäß § 98 oder § 99 bestellt.

#### Berufungsverfahren für Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren

§ 98. (1) Die fachliche Widmung einer unbefristet oder länger als drei Jahre befristet zu besetzenden Stelle einer Universitätsprofessorin oder eines Universitätsprofessors ist im Entwicklungsplan festzulegen.

(2) Jede Stelle ist vom Rektorat im In- und Ausland öffentlich auszuschreiben. In das Berufungsverfahren können mit ihrer Zustimmung auch Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler oder Künstlerinnen und Künstler, die sich nicht beworben haben, als Kandidatinnen und Kandidaten einbezogen werden.

(3) Die im Senat vertretenen Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren haben auf Vorschlag der Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren des Fachbereichs vier – davon zwei externe – Gutachterinnen oder Gutachter zu bestellen. Sie können diese Aufgabe aber auch an die Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren des Fachbereichs und des fachlich nahe stehenden Bereichs übertragen.

(4) Der Senat hat eine entscheidungsbevollmächtigte Berufungskommission einzusetzen. Die Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren stellen mehr als die Hälfte der Mitglieder und die Studierenden mindestens ein Mitglied. Die Gutachterinnen und Gutachter gemäß Abs. 3 sind im selben Verfahren von der Mitgliedschaft in der Berufungskommission ausgeschlossen.

(5) Die vier Gutachterinnen und Gutachter haben die Eignung der Bewerberinnen und Bewerber für die ausgeschriebene Professorenstelle zu beurteilen.

(6) Die Rektorin oder der Rektor hat allen geeigneten Kandidatinnen und Kandidaten Gelegenheit zu geben, sich in angemessener Weise zumindest dem Fachbereich und dem fachlich nahe stehenden Bereich zu präsentieren.

(7) Die Berufungskommission erstellt auf Grund der Gutachten und Stellungnahmen einen begründeten Besetzungsvorschlag, der die drei für die Besetzung der ausgeschriebenen Stelle am besten geeigneten Kandidatinnen und Kandidaten zu enthalten hat. Ein Vorschlag mit weniger als drei Kandidatinnen und Kandidaten ist besonders zu begründen.

(8) Die Rektorin oder der Rektor hat die Auswahlentscheidung aus dem Besetzungsvorschlag zu treffen oder den Besetzungsvorschlag an die Berufungskommission zurückzuverweisen, wenn dieser nicht die am besten geeigneten Kandidatinnen und Kandidaten enthält.

(9) Die Rektorin oder der Rektor hat ihre oder seine Auswahlentscheidung dem Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen vor Aufnahme der Berufungsverhandlungen bekannt zu geben. Der Arbeitskreis hat das Recht, innerhalb von zwei Wochen Beschwerde zu erheben. Über diese entscheidet die Schiedskommission mit Bescheid.

(10) Weist die Schiedskommission die Beschwerde ab, kann die Rektorin oder der Rektor die Berufungsverhandlungen aufnehmen. Gibt die Schiedskommission der Beschwerde statt, wird die Auswahlentscheidung unwirksam. Eine neue Auswahlentscheidung ist unter Beachtung der von der Schiedskommission vertretenen Rechtsanschauung zu treffen.

(11) Die Rektorin oder der Rektor führt die Berufungsverhandlungen und schließt mit der ausgewählten Kandidatin oder dem ausgewählten Kandidaten den Arbeitsvertrag.

(12) Die Universitätsprofessorin oder der Universitätsprofessor erwirbt mit dem Abschluss des Arbeitsvertrages mit der Universität die Lehrbefugnis (venia docendi) für das Fach, für das sie oder er berufen ist. Eine allenfalls früher erworbene Lehrbefugnis wird hievon nicht berührt.

(13) Die Lehrbefugnis (venia docendi) einer Universitätsprofessorin oder eines Universitätsprofessors in einem zeitlich befristeten Arbeitsverhältnis erlischt mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses.

## Abgekürztes Berufungsverfahren für Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren

§ 99. (1) Soll eine Universitätsprofessorin oder ein Universitätsprofessor für einen Zeitraum bis zu zwei Jahren aufgenommen werden, ist § 98 Abs. 1 und 3 bis 8 nicht anzuwenden. Eine Verlängerung der Bestellung ist nur nach Durchführung eines Berufungsverfahrens gemäß § 98 zulässig.

(2) Die Rektorin oder der Rektor hat die Kandidatin oder den Kandidaten für die zu besetzende Stelle auf Vorschlag oder nach Anhörung der Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren des fachlichen Bereichs der Universität auszuwählen, dem die Stelle zugeordnet ist.

[...]

### IV. Teil Personalrecht Ausschreibung und Aufnahme

§ 107. (1) Alle zur Besetzung offen stehenden Stellen sind vom Rektorat öffentlich auszuschreiben. Die Ausschreibungsfrist hat zumindest drei Wochen zu betragen.

(2) In folgenden Fällen kann von einer Ausschreibung abgesehen werden:

1. bei der Besetzung von Stellen, die ausschließlich für Aufgaben in der Lehre und mit geringem Stundenausmaß (Lehrauftrag) vorgesehen sind, und

2. bei Stellen für zeitlich befristete Drittmittelprojekte, denen ein qualifiziertes Auswahlverfahren vorausgegangen ist, wenn die Bestimmungen des Geldgebers dem nicht entgegenstehen.

(3) Arbeitsverträge sind von der Rektorin oder vom Rektor auf Vorschlag oder nach Anhörung der Leiterin oder des Leiters der Organisationseinheit und der oder des unmittelbaren Vorgesetzten, der oder dem die zu besetzende Stelle zugeordnet ist, abzuschließen.

(4) Arbeitsverträge für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter an Vorhaben gemäß § 27 Abs. 1 Z 3 sowie für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die aus zweckgebundenen Mitteln der Forschungsförderung finanziert werden, sind von der Rektorin oder vom Rektor auf Vorschlag der oder des unmittelbaren Vorgesetzten, der oder dem die zu besetzende Stelle zugeordnet ist, abzuschließen.

(5) Arbeitsverträge von Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren sind von der Rektorin oder vom Rektor nach Durchführung des Berufungsverfahrens gemäß §§ 98 oder 99 abzuschließen.

## Rechtsgrundlagen der Arbeitsverhältnisse

§ 108. (1) Auf Arbeitsverhältnisse zur Universität ist, soweit gesetzlich nicht anderes bestimmt ist, das Angestelltengesetz, BGBl. Nr. 292/1921, anzuwenden.

[(2)-(5)...]"

### III. Erwägungen

#### 1. Zur Zulässigkeit des Antrages

1.1. Gemäß Art. 138 Abs. 1 Z 2 B-VG iVm § 46 Abs. 1 Z 2 VfGG besteht ein vom Verfassungsgerichtshof zu entscheidender verneinender Kompetenzkonflikt u.a. dann, wenn ein ordentliches Gericht und ein Verwaltungsgericht ihre Zuständigkeit in derselben Sache verneint haben, obwohl eines der beiden Gerichte zuständig gewesen wäre (vgl. VfGH 13.12.2016, K I 5/2016; 24.2.2017, E 1005/2016, K I 4/2016). Ob "dieselbe Sache" vorliegt, ist insbesondere danach zu beurteilen, ob die vom Einschreiter an die beiden Organe gerichteten Begehren identisch sind (vgl. VfSlg. 19.997/2015). Der Begriff der Identität der Sache darf nicht allzu streng ausgelegt werden, weil sich gewisse Verschiedenheiten in der Geltendmachung des Anspruches schon daraus ergeben müssen, dass die Verteilung der Zuständigkeit von materiellrechtlichen Momenten abhängig ist, die bei der Geltendmachung vor den ordentlichen Gerichten anders geartet sind als bei der Geltendmachung vor den Verwaltungsbehörden und -gerichten nach den für diese geltenden Verwaltungsvorschriften (vgl. VfSlg. 16.104/2001 mwH). 17

1.1.1. Ob die Sachidentität gegeben ist, hängt weder von den in den Erledigungen verwendeten Formulierungen noch von den darin zitierten Rechtsvorschriften ab (vgl. VfSlg 19.997/2015). Insbesondere ist bei der Beurteilung, ob das jeweilige Verwaltungsgericht oder das jeweilige ordentliche Gericht die Zuständigkeit verneint hat, nicht ausschließlich auf die Formulierung des Spruchs abzustellen, sondern muss auch auf die Gründe der Entscheidung Bedacht genommen werden (vgl. VfSlg. 5407/1966, 14.295/1995, 14.769/1997, 14.991/1997, 19.499/2011). 18

1.1.2. Die Voraussetzungen eines negativen Kompetenzkonfliktes sind in jenen Fällen nicht gegeben, in denen die Behörde ihre Zuständigkeit zur Entscheidung 19

in der Sache nicht schlechthin verneint, sondern den Antrag etwa mangels Legitimation, mangels Parteieigenschaft, wegen entschiedener Sache oder wegen Fristversäumnis zurückweist (vgl. zB VfSlg. 383/1925, 3490/1959, 14.175/1995, 14.343/1995, 14.497/1996, 18.575/2008, 18.699/2009, 19.499/2011).

1.2. Das Klagebegehren an das Landesgericht Innsbruck festzustellen, dass "das Berufungsverfahren betreffend die im Jahr 2008 von der beklagten Partei [Universität Innsbruck] ausgeschriebene Professur 'Europarecht, Völkerrecht und internationale Beziehungen' mit rechtserheblichen Mängeln behaftet ist, weil die Berufungskommission befangen war", entspricht zwar nicht wörtlich dem vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Antrag an den Rektor der Universität Innsbruck "bescheidmäßig über die Besetzung der Planstelle der im Jahr 2008 an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Innsbruck ausgeschriebenen Professur für 'Europarecht, Völkerrecht und Internationale Beziehungen' abzusprechen und diesen Bescheid dem Antragsteller zuzustellen". In beiden Fällen wird jedoch – ungeachtet der tatsächlich in der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes enthaltenen Auslegung – inhaltlich eine Entscheidung darüber begehrt, ob das Berufungsverfahren mit rechtserheblichen Mängeln (Befangtheit der Berufungskommission) behaftet war:

20

1.2.1. Der Oberste Gerichtshof begründet seinen Beschluss vom 21. Februar 2013, 9 ObA 121/12b, mit dem dem Revisionsrekurs nicht Folge gegeben wird, damit, dass der Umstand allein, dass das Dienstverhältnis mit einem Bescheid oder einem privatrechtlichen Arbeitsvertrag begründet wird, nicht dazu ausreicht, um Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Berufungsverfahrens ziehen zu können. Dass mit dem UG an die Stelle der öffentlich-rechtlichen Ernennung von Universitätsprofessoren die Begründung privatrechtlicher Arbeitsverträge getreten ist, bedeute zunächst nur, dass Universitäten ihren Personalbedarf mit dem (flexibleren) Mittel eines Arbeitsvertrages decken können und es zu einer gewissen Verzahnung von Universitäts- und Arbeitsrecht komme. Die trotz der Autonomie der Universitäten relativ detailliert geregelten gesetzlichen Vorgaben für das Verfahren zur Bestellung von Universitätsprofessoren könnten deshalb aber noch nicht im Grundsätzlichen dahin gedeutet werden, dass sie nun den (vorvertraglichen) Individualinteressen der einzelnen Bewerber an der Ermittlung des Bestqualifizierten dienen sollen. Der maßgebliche Zweck der Regelungen des Berufungsverfahrens – einschließlich der ihm dienenden Selbstbindungsnormen einer Universität – sei trotz der Entlassung der Universitäten in die rechtliche und

21

wirtschaftliche Selbständigkeit darin zu sehen, im Sinne des gesellschaftlichen Bildungs- und Forschungsauftrages die Sicherstellung einer hochqualifizierten Lehre und Forschung zu gewährleisten.

Der Oberste Gerichtshof geht davon aus, dass der Abschluss des Arbeitsvertrages durch den Rektor dem Privatrecht zuzuordnen sei, und unterteilt das gesamte Verfahren zur Berufung eines Universitätsprofessors dahingehend, dass das "Berufungsverfahren" bis zum Besetzungsvorschlag der Berufungskommission für einen hoheitlichen Akt gehalten wird, der vom Abschluss des Arbeitsvertrages getrennt zu beurteilen ist. Erst nach der Auswahlentscheidung des Rektors erfolge letztlich der Abschluss eines Dienstvertrages ("eigentliche Bestellung"). Die Einsetzung einer Berufungskommission durch den Senat iSd § 98 Abs. 4 UG sei nur Teil dieses Berufungsverfahrens, weshalb sie nicht als privatrechtliche Entscheidung der Universität angesehen werden könne und damit auch einer Überprüfung durch die ordentlichen Gerichte entzogen sei.

22

1.2.2. Das Bundesverwaltungsgericht begründet die mit Erkenntnis vom 21. Juli 2014, Z W 129 2000667-1/2E, ausgesprochene Zurückweisung des Antrages auf bescheidmäßige Entscheidung über die Besetzung der Planstelle der im Jahr 2008 an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Innsbruck ausgeschrieben Professur für "Europarecht, Völkerrecht und Internationale Beziehungen" auch, aber nicht nur mit der fehlenden Parteistellung des Antragstellers. Nach umfassender Wiedergabe der in der Lehre seit Erlassung des UG vertretenen Rechtsansichten sowie Darlegung der vom Obersten Gerichtshof in seinem – dasselbe Berufungsverfahren aus 2008 betreffenden – Beschluss vom 21. Februar 2013, 9 ObA 121/12b, führt das Bundesverwaltungsgericht unter dem Punkt "Zur rechtlichen Qualifikation des Besetzungsvorschlages" aus, dass der nach § 98 Abs. 11 bzw. § 107 Abs. 5 UG zwischen Rektor und ausgewähltem Kandidaten abzuschließende Arbeitsvertrag nach dem klaren Gesetzeswortlaut des § 108 UG unter die Regeln des Privatrechts falle. Lediglich die rechtliche Qualifizierung des vorgelagerten Auswahlverfahrens sei strittig, wenngleich sich der überwiegende Teil der Lehre gegen eine Deutung als hoheitlicher Akt ausgesprochen habe. Weder der vom Obersten Gerichtshof zur Begründung herangezogene gesellschaftliche Bildungs- und Forschungsauftrag der Universitäten oder die Sicherstellung einer hochqualifizierten Lehre und Forschung, noch die Tatsache, dass die Auswahlentscheidung des Rektors dem Arbeitskreis für Gleichbe-

23



handlungsfragen bekannt zu geben sei (§ 98 Abs. 9 UG), vermögen einen erheblichen Zweifel an der von der überwiegenden Lehre vertretenen Auffassung zu wecken, "wonach das dem Abschluss des privatrechtlichen Vertrages vorausgehende Auswahlverfahren der Berufungskommission und des Rektors wohl kein hoheitliches, jedenfalls kein mit Bescheid zu erledigendes Verfahren darstellt". Damit verneint auch das Bundesverwaltungsgericht der Sache nach seine Zuständigkeit.

1.3. Die Entscheidungen der angerufenen Gerichte betrafen somit beide Male die Frage nach der Rechtsnatur des Berufungsverfahrens nach § 98 UG, wobei die rechtliche Qualifikation und Unterteilung in Verfahrensabschnitte jedoch divergiert. Sowohl der Oberste Gerichtshof als auch das Bundesverwaltungsgericht stützen ihre Entscheidung auf ihre sachliche Unzuständigkeit. 24

Im Hinblick auf das von Art. 138 B-VG verfolgte Rechtsschutzanliegen, wonach sichergestellt werden soll, dass die Durchsetzung eines Rechtsanspruches nicht schon daran scheitert, dass sich die in Betracht kommenden Verwaltungsbehörden und Gerichte für unzuständig erklären (vgl. zB VfSlg. 14.295/1995, 16.104/2001, 19.499/2011), ist das Erfordernis "derselben Sache" iSd § 46 VfGG erfüllt. Der Antrag auf Entscheidung des verneinenden Kompetenzkonflikts ist daher zulässig. 25

## **2. In der Sache**

2.1. Hoheitliche Verwaltung liegt vor, wenn die Verwaltungsorgane mit "imperium", also unter Einsatz spezifischer staatlicher Befehls- und Zwangsgewalt auftreten. Sie handeln dabei in jenen Rechtssatzformen, die das öffentliche Recht für die Ausübung von behördlichen Befugnissen zur Verfügung stellt. Nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes kommt es für die Abgrenzung des Gebietes der Privatwirtschaftsverwaltung von dem der Hoheitsverwaltung auf die Motive und den Zweck der Tätigkeit nicht an, entscheidend ist vielmehr, welche rechtstechnischen Mittel die Gesetzgebung zur Verwirklichung der zu erfüllenden Aufgaben bereitstellt. Hat der Gesetzgeber den Verwaltungsträger mit keinen Zwangsbefugnissen ausgestattet, so liegt keine Hoheitsverwaltung, sondern Privatwirtschaftsverwaltung vor (vgl. etwa VfSlg. 3262/1957, 6084/1969, 16.104/2001). 26

2.2. Maßgeblich dafür, ob die Zuständigkeit für die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Berufungsverfahrens des Obersten Gerichtshofes oder des Bundesverwaltungsgerichtes festgestellt wird, ist die Frage, ob das dem privatrechtlichen Vertragsabschluss vorausgehende Auswahlverfahren der Berufungskommission bzw. des Rektors nach dem UG einen selbständigen hoheitlichen Akt darstellt, der vom Abschluss des Arbeitsvertrages unabhängig zu beurteilen ist und über den mit Bescheid abzusprechen ist (ungeachtet des Verfahrens nach § 98 Abs. 9 UG und der Entscheidungsbefugnis der Schiedskommission in den gesetzlich genannten Fällen).

27

2.3. Im UOG 1975 war ausdrücklich vorgesehen, dass das Besetzungsverfahren mit der bescheidmäßigen Ernennung zum Universitätsprofessor und damit verbunden durch Verleihung einer Planstelle endet (vgl. § 30 UOG 1975). In Bezug auf das Besetzungsverfahren nach dem UOG 1975 vertrat der Verfassungsgerichtshof die Auffassung, dass die in den Besetzungsvorschlag aufgenommenen Personen eine Verwaltungsverfahrensgemeinschaft bilden und ihnen Parteistellung im Verwaltungsverfahren und Rechtsschutz im Falle ihrer Übergehung zukommt (vgl. VfSlg. 14.089/1995, 15.365/1998, 15.826/2000). Das UOG 1993 differenzierte hinsichtlich der Qualifikation des Dienstverhältnisses, sodass die Bestellung mittels Abschluss eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses durch den Rektor oder durch die Ernennung in ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis erfolgen konnte (vgl. § 21 Abs. 2 und § 23 UOG 1993; vgl. *Perthold-Stoitzner*, Hochschulrecht im Strukturwandel, 2012, 92; zur Übertragbarkeit der Rechtsprechung zum UOG 1975 auf die Rechtslage nach dem UOG 1993 vgl. *Kucsko-Stadlmayer*, in Mayer [Hrsg.], Kommentar zum Universitätsgesetz 2002<sup>2</sup>, 2010, § 98 Anm. III, unter Verweis auf *Thienel*, Das Berufungsverfahren nach dem UOG 1993, 1996, 245 ff., der von einer Übertragbarkeit der Rechtsprechung zum UOG 1975 auf die Rechtslage nach dem UOG 1993 ausgeht; kritisch zu Letzterem *Perthold-Stoitzner*, aaO, 92 ff.).

28

2.3.1. Bereits vor Erlassung des UG war mit der "Dienstrechts-Novelle 2001 – Universitäten", BGBl. I 87/2001, ein "vertragliches Dienstrecht für Universitätslehrer" geschaffen worden (vgl. Erläut. zur RV 636 BlgNR 21. GP, 57). Es wurden zahlreiche Bestimmungen zur Überleitung bereits bestehender Dienstverhältnisse getroffen (§ 174 Abs. 3, § 175 Abs. 6 und Abs. 10 bis 12, § 175a, § 176 Abs. 6 und § 177 Abs. 7 Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 [BDG 1979]; vgl. die Erläut.

29

zur RV 636 BlgNR 21. GP, 68; zur Verfassungsmäßigkeit der Umwandlung eines zeitlich begrenzten Dienstverhältnisses eines Universitätsassistenten in ein solches auf unbestimmte Zeit in der "Dienstrechts-Novelle 2001 – Universitäten" vgl. insbesondere VfSlg. 16.687/2002). Die Erläut. zur RV 636 BlgNR 21. GP, 67, führen dazu wie folgt aus:

"Zu Art. 1 Z 12 (§ 162 BDG 1979):

Um einen Überstieg in das neue System vertraglicher Universitätslehrer-Dienstverhältnisse zu gewährleisten, sollen Professuren ehestmöglich nur mehr für vertragliche Dienstverhältnisse ausgeschrieben werden. Bereits laufende Berufungsverfahren sind im Sinne der Wahrung des Vertrauensschutzes für Berufungswerber nach den bisherigen Vorschriften weiterzuführen und abzuschließen.

Um die Mobilität der an einer österreichischen Universität in einem beamteten Dienstverhältnis stehenden Universitätsprofessoren zu wahren, besteht wie bisher die Möglichkeit, nach erfolgreich abgeschlossenem Berufungsverfahren einen Wechsel an eine andere Universität mit Versetzung durch den Bundesminister unter Beibehaltung des beamteten Professorenstatus vorzunehmen."

2.3.2. Universitäten sind gemäß § 4 der hier anzuwendenden und auch im Folgenden zitierten Fassung des UG juristische Personen des öffentlichen Rechts, die der Aufsicht des Bundes unterliegen, wobei diese Aufsicht die Einhaltung der Gesetze und Verordnungen einschließlich der Satzung (Rechtsaufsicht) umfasst (§ 9 UG). Den Universitätsorganen (§ 20 Abs. 1 UG: oberste Organe sind Rektorat, Rektor und Senat) kommt gemäß dem UG die Aufgabe der Personalrekrutierung für die Universität zu, wobei mit neu eintretendem Universitätspersonal grundsätzlich nur noch (zivilrechtliche) Angestelltenverhältnisse zu begründen sind (§ 108 Abs. 1 UG). Diesem Regelungsregime sind auch Universitätsprofessoren unterworfen.

30

2.3.3. Gemäß § 97 Abs. 1 UG sind Universitätsprofessoren für die Forschung oder die Entwicklung und Erschließung der Künste sowie für die Lehre in ihrem Fachgebiet verantwortlich. Nach dem UG sind nun generell keine bescheidmäßigen Ernennungen mehr möglich. Das weiterhin im Vergleich zur vorangegangenen Rechtslage (UOG 1993) ähnlich ausgestaltete Berufungsverfahren mündet gegebenenfalls im Abschluss eines Arbeitsvertrages (vgl. §§ 98 Abs. 11, 107 Abs. 5 UG). Professoren können in einem befristeten oder unbefristeten Arbeitsverhältnis zur Universität stehen. Nach § 107 Abs. 5 UG sind Arbeitsverträge von Universitätsprofessoren vom Rektor nach Durchführung des Berufungsverfah-

31

rens gemäß den §§ 98, 99 UG abzuschließen. Während das "abgekürzte" Verfahren nach § 99 UG zulässig ist, wenn die Berufung auf eine Professorenstelle befristet für einen Zeitraum von bis zu zwei (bzw. seit Inkrafttreten des Universitätsrechts-Änderungsgesetzes 2009, BGBl. I 81/2009, mit 1. Oktober 2009 bis zu fünf) Jahren erfolgt, ist das "ordentliche" Verfahren gemäß § 98 UG durchzuführen, wenn Universitätsprofessoren mit längerer zeitlicher Befristung oder unbefristet aufgenommen werden sollen.

- 2.3.4. Der Ablauf des Berufungsverfahrens nach § 98 UG stellt sich wie folgt dar: 32
- 2.3.4.1. Zunächst ist im Entwicklungsplan die fachliche Widmung einer unbefristet oder länger als drei Jahre befristet zu besetzenden Professorenstelle festzulegen (§ 98 Abs. 1 UG). 33
- 2.3.4.2. Auf Basis der entsprechenden Widmung im Entwicklungsplan ist eine Stelle vom Rektorat im In- und Ausland öffentlich auszuschreiben, wobei in das Berufungsverfahren mit ihrer Zustimmung auch Wissenschaftler oder Künstler, die sich nicht beworben haben, als Kandidaten einbezogen werden können (§ 98 Abs. 2 UG, zur Ausschreibung vgl. auch § 107 Abs. 1 UG). 34
- 2.3.4.3. Die im Senat vertretenen Universitätsprofessoren haben auf Vorschlag der Universitätsprofessoren des Fachbereichs vier – davon zwei externe – Gutachter zu bestellen, wobei sie diese Aufgabe auch an die Universitätsprofessoren des Fachbereiches und des fachlich nahe stehenden Bereiches übertragen können (§ 98 Abs. 3 UG). 35
- 2.3.4.4. Sodann hat der Senat eine entscheidungsbevollmächtigte Berufungskommission einzusetzen, wobei die Universitätsprofessoren mehr als die Hälfte der Mitglieder und die Studierenden mindestens ein Mitglied stellen und Gutachter gemäß § 98 Abs. 3 UG im selben Verfahren von der Mitgliedschaft in der Berufungskommission ausgeschlossen sind (§ 98 Abs. 4 UG). 36
- 2.3.4.5. Die vier Gutachter haben die Eignung der Bewerber für die ausgeschriebene Professorenstelle zu beurteilen (§ 98 Abs. 5 UG). 37

- 2.3.4.6. Der Rektor hat allen geeigneten Kandidaten Gelegenheit zu geben, sich in angemessener Weise zumindest dem Fachbereich und dem fachlich nahestehenden Bereich zu präsentieren (§ 98 Abs. 6 UG). 38
- 2.3.4.7. Die Berufungskommission erstellt schließlich auf Grund der Gutachten und Stellungnahmen einen begründeten Besetzungsvorschlag, der die drei für die Besetzung der ausgeschriebenen Stelle am besten geeigneten Kandidaten zu enthalten hat; ein Vorschlag mit weniger als drei Kandidaten ist besonders zu begründen (§ 98 Abs. 7 UG). 39
- 2.3.4.8. Im Weiteren hat der Rektor die Auswahlentscheidung aus diesem Besetzungsvorschlag zu treffen oder den Vorschlag an die Berufungskommission zurückzuverweisen, wenn dieser nicht die am besten geeigneten Kandidaten enthält (§ 98 Abs. 8 UG). 40
- 2.3.4.9. Hat der Rektor eine Auswahlentscheidung getroffen, ist diese vor Aufnahme der Berufungsverhandlungen dem Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen bekannt zu geben, wobei der Arbeitskreis das Recht hat, innerhalb von zwei Wochen Beschwerde zu erheben, über die die Schiedskommission mit Bescheid zu entscheiden hat (§ 98 Abs. 9 UG). 41
- 2.3.4.10. Weist die Schiedskommission die Beschwerde ab, kann der Rektor die Berufungsverhandlungen aufnehmen; gibt die Schiedskommission der Beschwerde statt, wird die Auswahlentscheidung unwirksam und ist eine neue Auswahlentscheidung unter Beachtung der von der Schiedskommission vertretenen Rechtsanschauung zu treffen (§ 98 Abs. 10 UG). 42
- 2.3.4.11. Der Rektor führt die Berufungsverhandlungen und schließt mit dem ausgewählten Kandidaten den Arbeitsvertrag (§ 98 Abs. 11 UG), wobei der Universitätsprofessor mit dem Abschluss des Arbeitsvertrags mit der Universität die Lehrbefugnis (venia docendi) für das Fach, für das er berufen ist, erwirbt, eine allenfalls früher erworbene Lehrbefugnis hiervon nicht berührt wird (§ 98 Abs. 12 UG) und die Lehrbefugnis in einem zeitlich befristeten Arbeitsverhältnis mit dessen Ende erlischt (§ 98 Abs. 13 UG). 43
- 2.3.5. In den Materialien zum UG finden sich zur Neugestaltung des Berufungsverfahrens folgende Ausführungen (Erläut. zur RV 1134 BlgNR 21. GP, 96 f., 99): 44

"Zu § 98:

Zu Abs. 1:

Der Entwicklungsplan wird vom Rektorat dem Universitätsrat vorgeschlagen (siehe dazu die Bestimmungen über die Aufgaben des Universitätsrats und des Rektorats). Unter 'Stelle' ist keine 'Planstelle' im Sinne des Bundesfinanzgesetzes zu verstehen, weil die Personalbewirtschaftung an den vollrechtsfähigen Universitäten nicht mehr nach den Regeln des Stellenplans des Bundes erfolgt.

[...]

Zu Abs. 4:

Im Gegensatz zum Begutachtungsentwurf ist nunmehr wieder eine Berufungskommission vorgesehen. Sie ist vom Senat als entscheidungsbevollmächtigtes Kollegialorgan einzusetzen. Die Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren haben darin die Mehrheit, im übrigen gibt das Gesetz nur noch vor, dass ihr mindestens eine Studierende oder ein Studierender anzugehören hat. Die Gutachterinnen und Gutachter können nicht gleichzeitig Mitglieder der Berufungskommission sein.

Zu Abs. 5 und 6:

Die Berufungskommission hat auf der Grundlage der Gutachten der vier Gutachterinnen und Gutachter den Besetzungsvorschlag (Dreierorschlag) zu erstellen.

[...]

Zu Abs. 8 bis 10:

Wie bisher trifft die Rektorin oder der Rektor die Auswahlentscheidung aus dem Besetzungsvorschlag und führt auch die Berufungsverhandlungen. Die Rektorin oder der Rektor hat – ähnlich wie bisher – die Möglichkeit, einen Besetzungsvorschlag zurückzuverweisen.

[...]

Zu Abs. 11:

Der Arbeitsvertrag wird namens der Universität von der Rektorin oder vom Rektor abgeschlossen. Im Arbeitsvertrag sind die speziellen Rechte und Pflichten der Universitätsprofessorin oder des Universitätsprofessors, die über allgemeine Regelungen auf Gesetzesstufe oder im Kollektivvertrag hinausgehen, festzulegen. Mit dem Instrument des Arbeitsvertrags kann wesentlich besser als bisher auf die speziellen Anforderungen des Arbeitsplatzes und auf die individuellen Bedürfnisse der zu Berufenden eingegangen werden.

[...]

Zu §§ 107 und 108:

Wie bisher sollen grundsätzlich alle Stellen an den Universitäten öffentlich ausgeschrieben werden. Eine solche Transparenz ist insbesondere bei den Positionen für Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler sowie Künstlerinnen und Künstler unabdingbar und international üblich. [...]

Die vollrechtsfähige Universität wird selbst Dienstgeber und berechtigt sein, Personal nach Angestelltengesetz einzustellen. Dieses kennt keine universitätsspezifischen Regelungen, bietet aber durch den Gestaltungsspielraum des Arbeitsvertrags im Gegensatz zum Dienstrecht des Bundes die Möglichkeit, wesentlich flexibler auf die Arbeitsbeziehung zwischen der Universität und der einzelnen Arbeitnehmerin oder dem einzelnen Arbeitnehmer einzugehen. Wo generelle Regelungen sinnvoll erscheinen, können diese im Rahmen eines Kollektivvertrags

vereinbart werden (wie zB: Entlohnung, Sozialleistungen, Personalentwicklungsmaßnahmen, Urlaubsregelungen, Forschungsfreiemester usw.)

Auf die der Universität zugeteilten beamteten Universitätslehrerinnen und Universitätslehrer sowie die anderen der Universität zugeteilten Beamtinnen und Beamten ist das Dienst- und Besoldungsrecht des Bundes (BDG 1979, Gehaltsgesetz 1956) weiterhin anzuwenden (siehe Überleitungsbestimmungen des § 125). Die Neuaufnahme von Bundespersonal für die vollrechtsfähige Universität ist nicht möglich, freiwerdende Bundesplanstellen sind einzuziehen." (Zitat ohne die im Original enthaltenen Hervorhebungen)

2.3.6. Beim Berufungsverfahren nach § 98 UG handelt es sich um kein behördliches Verfahren, sondern um einen mehrgliedrigen, gesetzlich vorgegebenen Auswahlprozess für die Anstellung von Universitätsprofessoren, der letztlich in einem Arbeitsvertrag mit jenem geeigneten Bewerber aus dem Besetzungsvorschlag der Berufungskommission mündet, mit dem der Rektor erfolgreich die Bedingungen des Vertrages ausgehandelt hat.

45

Wesentlicher Unterschied zu der dem UG vorgelagerten Rechtslage ist der Umstand, dass Universitätsprofessoren nicht mehr durch eine – bescheidmäßig vorzunehmende – Ernennung, sondern ausschließlich durch den Abschluss eines Arbeitsvertrages bestellt werden; dies wird schon aus den Materialien eindeutig ersichtlich, wonach mit dem UG das Personalrecht mit der Universität als Arbeitgeberin auf Basis des Angestelltenrechts und "in Weiterführung der Grundsätze des Dienstrechts 2001" neu geordnet werden soll (Vorblatt zur RV 1134 BlgNR 21. GP, 66; vgl. § 108 Abs. 1 UG; vgl. auch *Hauser*, Professorenberufung gemäß UG 2002, *zFhr* 2007, 120; *Kucsko-Stadlmayer*, in Mayer [Hrsg.], Kommentar zum Universitätsgesetz 2002<sup>2</sup>, 2010, § 98 Anm. I.1.). Der Gesetzgeber hat demgemäß auch keine sonstigen als Ausfluss hoheitlichen Handelns mit Bescheid zu erledigende Akte im Besetzungsverfahren vorgesehen (ungeachtet des möglicherweise abzuführenden Verfahrens vor der Schiedskommission, § 97 Abs. 11 UG); solche lassen sich auch aus der bisherigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes insbesondere zur Bestellung von Universitätsprofessoren nicht ableiten:

46

Ausgangspunkt der – zur nach der dem UG vorgelagerten Rechtslage ergangenen – Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zur Ernennung von Universitätsprofessoren ist, dass das Erfordernis einer bescheidmäßigen Absprache über die das Besetzungsverfahren abschließende Ernennung gesetzlich vorgesehen war und diese zwingend zu erfolgen hatte. Mit der bescheidmäßigen Ernennung wurde das Besetzungsverfahren abgeschlossen und der ernannte Bewerber mit der Planstelle eines Universitätsprofessors betraut.

47

Der Verfassungsgerichtshof hat in der bisherigen Rechtsprechung das Besetzungsverfahren für Universitätsprofessoren als einheitliches Verfahren beurteilt, welches mit dem Ernennungsbescheid abgeschlossen wird. Eine selbständige Bekämpfbarkeit des Besetzungsvorschlages oder einer sonstigen im Besetzungsverfahren vorgenommenen "Handlung" hat der Verfassungsgerichtshof nicht angenommen; vielmehr hat er an den Besetzungsvorschlag insofern angeknüpft, als er die Parteistellung im Ernennungsverfahren nur jenen Personen zuerkannt hat, die – neben dem Ernannten – im Besetzungsvorschlag enthalten waren (vgl. VfSlg. 14.089/1995, 15.365/1998 mwN, 15.826/2000). Dass der Gesetzgeber für Teile des – im Hinblick auf die vorgelagerte Rechtslage im Wesentlichen unveränderten – Besetzungsverfahrens nunmehr ein eigenständiges hoheitliches und daher mit Bescheid abzuschließendes Verfahren schaffen wollte, kann ihm ausweislich der Materialien nicht zugesonnen werden.

48

2.3.7. In der Lehre besteht Einigkeit darüber, dass im Berufungsverfahren gemäß § 98 UG das AVG nicht anwendbar ist, weil es sich um keine "behördliche Angelegenheit" iSd § 46 UG handelt, in der mit Bescheid zu entscheiden ist (vgl. zB *Muzak*, in Perthold-Stoitzner [Hrsg.], UG<sup>3</sup>, § 46 Rz 1; *Hauser*, aaO, 124; nach *Novak*, Das Berufungsverfahren nach dem UnivG 2002, 2007, 6 f., ergibt sich dies sowohl aus dem am Ende des Verfahrens stehenden Arbeitsvertrag als auch e contrario aus der Regelung des Habilitationsverfahrens [§ 103 UG], das mit Bescheid abzuschließen ist; zur Verneinung der Parteistellung der Bewerber auf dem Besetzungsvorschlag vgl. *Kucsko-Stadlmayer*, in Perthold-Stoitzner [Hrsg.], UG<sup>3</sup>, § 98 Rz 9; *Funk*, Rechtsbeziehungen und Rechtsschutz im Berufungsverfahren nach § 98 UG, zfhr 2013, 163 [166]; *Hauser*, aaO, 124; aA zur Rechtslage nach dem UOG 1993: *Thienel*, aaO, 251).

49

Vor Abschluss des Arbeitsvertrages mit dem aus dem Besetzungsvorschlag der Berufungskommission durch den Rektor ausgewählten Bewerber um die Stelle ist – trotz der Reihung auf dem Besetzungsvorschlag – nicht klar, welcher Bewerber zum Zug kommt. Anders als nach der früheren Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zum UOG 1975 (vgl. VfSlg. 14.089/1995, 15.365/1998 mwN, 15.826/2000) und anders als bei der Besetzung von Schulleiterposten (vgl. VfSlg. 19.670/2012) ist hingegen nicht klar, zu welchen Bedingungen (Entgelt, personelle Ausstattung, Räumlichkeiten, etc.) der ausgewählte Bewerber den Arbeitsvertrag mit der Universität abzuschließen gedenkt. Der Rektor hat nicht

50



zwingenderweise mit dem bestgereihten Bewerber Berufungsverhandlungen zu führen. Solange der Bewerber sich auf dem Besetzungsvorschlag befindet, ist der Rektor bei der Auswahl und der konkreten Ausgestaltung der Berufungsverhandlungen frei; dem Rektor kommt zudem die Möglichkeit zu, den Besetzungsvorschlag an die Berufungskommission zurückzuverweisen, wenn dieser nicht die am besten geeigneten Kandidaten enthält (vgl. § 98 Abs. 8 UG).

Daran ändert auch die Tatsache, dass den Universitäten zweifellos hochrangige Aufgaben in Forschung und Lehre im Interesse der Allgemeinheit übertragen worden sind (vgl. § 1 UG), nichts. Das Vorliegen von hoheitlichem Handeln ist auf Grund der näheren gesetzlichen Ausgestaltung sowie der gesetzten Akte zu beurteilen. Angesichts des Systems des UG, in dem lediglich für gewisse, gesetzlich genau bestimmte Teilbereiche die Handlungsform des Bescheides vorgesehen ist (vgl. auch VfSlg. 19.929/2014 zu § 60 UG, Studienzulassung; VfSlg. 19.866/2014 zur Nichtzulassung eines Wahlvorschlages – Bescheid der Schiedskommission) sowie der seit der "Dienstrechts-Novelle 2001 – Universitäten" klar ersichtlichen gesetzgeberischen Intention, Dienstverhältnisse der Universitäten zu ihrem Personal privatrechtlich zu regeln und keine neuen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse zu ermöglichen, besteht kein Zweifel an der nun geänderten privatrechtlichen Natur des einheitlichen Verfahrens zur Berufung von Universitätsprofessoren (so auch *Perthold-Stoitzner*, aaO, 118 f., 121. Vgl. zur Beurteilung des Berufungsverfahrens als einheitliches Verfahren: VfSlg. 14.089/1993, 15.365/1998 zu § 28 UOG 1975; VfSlg. 15.826/2000).

51

Auch die – für alle Mitarbeiter der Universität ungeachtet der Art ihres Dienstverhältnisses – bescheidmäßige Entscheidung der Schiedskommission über Beschwerden des Arbeitskreises für Gleichbehandlungsfragen ändert an diesem Befund nichts, zumal dieser auch in anderen Bereichen des Universitätsrechts Entscheidungsbefugnisse zukommen (vgl. auch § 42 Abs. 7 und 8 UG, § 43 Abs. 1 UG; vgl. abermals VfSlg. 19.866/2014).

52

Der letztlich abgeschlossene Arbeitsvertrag unterliegt wie andere Arbeitsverträge der Kontrolle durch die ordentlichen Gerichte (vgl. OGH 14.10.2008, 8 ObA 1/08t; OGH 25.11.2011, 9 ObA 76/11h; vgl. auch *Perthold-Stoitzner*, aaO, 123; *Schrammel*, in *Perthold-Stoitzner* [Hrsg.], UG<sup>3</sup>, § 107 Rz 16 ff.), insbesondere dahingehend, ob Nichtigkeitsgründe nach § 879 ABGB oder nach dem UG vorliegen oder Bestimmungen des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes missachtet worden sind und sich daraus Schadenersatzansprüche der unterlegenen Bewerber

53

ber ergeben könnten (vgl. § 17 iVm § 13 Bundes-Gleichbehandlungsgesetz; vgl. dazu schon *Thienel*, aaO, 249 f.; vgl. auch *Kucsko-Stadlmayer*, in Perthold-Stoitzner [Hrsg.], UG<sup>3</sup>, § 98 Rz 9).

2.4. Da das Landesgericht Innsbruck und ihm – wenn auch mit differenzierter Begründung – folgend das Oberlandesgericht Innsbruck und der Oberste Gerichtshof die rechtliche Einordnung des Berufungsverfahrens nach § 98 UG verkannt haben, haben sie in ihren, mit Spruchpunkt II. dieses Erkenntnisses aufgehobenen Beschlüssen die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in der Sache zu Unrecht verneint. 54

2.5. Zur Entscheidung über das Feststellungsbegehren des Antragstellers betreffend die Frage der Rechtmäßigkeit des Berufungsverfahrens sind somit die ordentlichen Gerichte zuständig. Das Landesgericht Innsbruck hätte eine Entscheidung darüber treffen müssen, ob und in welchem Umfang dem Antragsteller im Berufungsverfahren nach § 98 UG subjektive Rechte zukommen. 55

#### **IV. Ergebnis**

1. Das Landesgericht Innsbruck und ihm folgend das Oberlandesgericht Innsbruck und der Oberste Gerichtshof haben mit ihrer Entscheidung, dass das Feststellungsbegehren des Antragstellers nicht auf dem Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden kann, ihre Zuständigkeit und die Zuständigkeit ordentlichen Gerichte insgesamt zu Unrecht verneint. 56

2. Es ist daher auszusprechen, dass die Entscheidung über die Frage, ob ein Berufungsverfahren nach § 98 UG mit rechtserheblichen Mängeln behaftet war, weil die Berufungskommission befangen war, in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte fällt. Die entgegenstehenden Beschlüsse des Landesgerichtes Innsbruck, 25. Juni 2012, 43 Cga 51/12x, des Oberlandesgerichtes Innsbruck, 16. August 2012, 15 Ra 66/12m, und des Obersten Gerichtshofes, 21. Februar 2013, 9 ObA 121/12b, sind aufzuheben. 57

3. Der Kostenausspruch gründet sich auf § 52 VfGG. Im zugesprochenen Betrag ist Umsatzsteuer in der Höhe von € 436,- und die Eingabengebühr gemäß § 17a VfGG in der Höhe von € 240,- enthalten. 58

4. Dies konnte gemäß § 19 Abs. 4 VfGG ohne mündliche Verhandlung in nicht-öffentlicher Sitzung entschieden werden.

59

Wien, am 13. Juni 2017

Der Präsident:

Dr. HOLZINGER

Schriftführerin:

Mag. GRABENSBERGER