

# JAS

Chefredaktion

Matthias Neumayr  
Wien, Salzburg

Gert-Peter Reissner  
Innsbruck

Reinhard Resch  
Linz

ISSN 2520-4238

---

## Journal für Arbeitsrecht und Sozialrecht

---

### Beiträge

Gerhard W. Huber und Jakob Dietrich

Regelungsdichte des Landesvertragsbedienstetenrechts – alles oder nichts? ..... 1

Florian Mosing

Kollektivvertragsfragen aufgrund befugter Gewerbeausübung  
ohne Gewerbeberechtigung ..... 16

### Entscheidungsbesprechungen

René Schindler

Überlassene Arbeitskräfte bei Betriebsübergang des Beschäftigten ..... 30

Herbert Kalb

Kirchliche Selbstbestimmung und Arbeitsrecht – weitere Konkretisierungen .. 43

Martin Krug und Andreas Mair

Ein „wilder Streik“ als außergewöhnlicher Umstand  
iSd Art 5 Abs 3 Fluggastrechte-VO? ..... 56

Lisa Mayer

Auslegung des Operationsgruppenkatalogs eines Gesamtvertrags ..... 75

Martin Karl Greifeneder

Ende des Pflegeregresses und Verwaltungsverfahren ..... 86

**Buchbesprechungen** ..... 98

**Impressum** ..... U2

3. Jahrgang 2019 Nr. 1

## Beiträge

Gerhard W. Huber/Jakob Dietrich

### Regelungsdichte des Landesvertragsbedienstetenrechts – alles oder nichts?

Die Bundesländer haben von der ihnen nach Art 21 B-VG zukommenden Kompetenz zur umfassenden Regelung, insb des Gemeindevertragsbedienstetenrechts, nur teilweise Gebrauch gemacht. Der VfGH hat jüngst ausgesprochen, dass eine unvollständige Regelung des Dienstrechts zulässig ist. Der Beitrag widmet sich den dogmatischen Grundlagen dieser Entscheidung.

- I. Einleitung und Problemaufriss
- II. Das Dienstrecht der oberösterreichischen Vertragsbediensteten der Städte mit eigenem Statut
- III. Entstehungsgeschichte des Art 21 B-VG
- IV. Das Verhältnis zwischen Dienst-, Arbeits- und Zivilrecht
  - A. Subsidiäre Geltung von allgemeinem Zivil- und Arbeitsrecht
  - B. Sonderkompetenz des Bundes nach Art 21 Abs 2 letzter Satz B-VG idF BGBl 1981/350
  - C. Weitergeltung von Arbeitsrecht aufgrund der Übergangsbestimmungen
  - D. Bewertung des Meinungsstands
    1. Keine subsidiäre Geltung allgemeinen Arbeitsrechts
    2. Keine Sonderkompetenz nach Art 21 Abs 2 letzter Satz B-VG idF BGBl 1981/350
    3. Bundeskompetenz aufgrund der Übergangsbestimmungen
  - E. Anwendungsbereich und Auswirkungen des Übergangsrechts
- V. Ergebnis und Schluss

#### I. Einleitung und Problemaufriss

Die Dienstrechtskompetenz der Länder nach Art 21 B-VG ist seit Langem Gegenstand juristischer Auseinandersetzungen. Anders als ein Großteil der in Art 10 bis 15 B-VG enthaltenen Kompetenztatbestände, die am 1. 10. 1925 wirksam wurden, sind einige Länderkompetenzen im Dienstrecht erst mit der Zeit gewachsen und aus der Zuständigkeit des Bundes herausgelöst worden. Einer der wesentlichen Streitpunkte betrifft die Frage, wie mit unvollständigen Regelungen des Dienstrechts der Länder und Gemeinden umzugehen ist.

In einer jüngst ergangenen (unveröffentlichten) Entscheidung hatte sich der VfGH<sup>1)</sup> mit dieser Frage auseinanderzusetzen. Im Gesetzesprüfungsverfahren,<sup>2)</sup> das zwei Kl als (ehemalige) Vertragsbedienstete einer öö Statutarstadt anlässlich eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens angestrengt hatten, ging es darum, ob die Regelungskompetenz des Art 21 Abs 1 B-VG eine *umfassende* Regelung des Dienstrechts von den Ländern verlange.

---

Dr. *Gerhard W. Huber*, LL. M., ist Rechtsanwalt in Linz mit Schwerpunkt Medizinrecht. Mag. *Jakob Dietrich* ist bei ihm als Rechtsanwaltsanwärter tätig.

<sup>1)</sup> Beschluss v 25. 9. 2018, G 191 – 193/2018.

<sup>2)</sup> Die Autoren haben die mitbeteiligte Partei im Normenprüfungsverfahren und gleichzeitig bekl Partei im arbeitsgerichtlichen Verfahren vertreten.

Die angefochtenen Bestimmungen waren § 139 d Oö Statutargemeinden-Bedienstetengesetz 2002<sup>3)</sup> (Oö StGBG) und § 113 h Oö Landes-Gehaltsgesetz (Oö LGG). Die erste Bestimmung ordnet an, dass auf in einer Krankenanstalt nach dem Oö KAG 1997 tätige Ärzte insb die Übergangsbestimmung des § 113 h Oö LGG sinngemäß anzuwenden ist; dieser lautet:

*„(1) Für alle vor dem 1. Juli 2015 und danach ununterbrochen in einer Krankenanstalt nach dem Oö KAG 1997 tätigen Ärztinnen und Ärzte werden die im Kalenderjahr 2014 erhaltenen Ärzteanteile an Ambulanzgebühren nach § 53 Abs 4 Oö KAG 1997, in der Fassung vor dem Inkrafttreten des Oö Gesundheitsberufeanpassungsgesetzes 2015, für ambulante Untersuchungen und Behandlungen [...] ermittelt und der festgestellte Betrag in Form eines monatlichen, nicht ruhegenussfähigen Äquivalents nicht valorisiert, jedoch nach der Änderung des Beschäftigungsausmaßes im Verhältnis zum Jahr 2014 aliquotiert, ausbezahlt, wenn nicht aus dem selben Titel und von welchem Rechtsträger immer Ärzteanteile erhalten werden. Dieses Äquivalent bildet keine Anspruchsgrundlage für Nebengebühren, Mehrdienstleistungs- und Überstundenvergütung, Entgeltfortzahlungen und Abfertigungen.“*<sup>4)</sup> [...]

*(3) Anstelle der Leistung nach Abs 1 und 2 können die von Abs 1 erfassten Ärztinnen und Ärzte auch eine schriftliche und unwiderrufliche Optionserklärung bis längstens 30. Juni 2025 abgeben und erhalten den jeweils im § 34 b vorgesehenen Zuschlag.“*

Der VfGH lehnte die Behandlung des Normenprüfungsantrags im Hinblick auf die von den Antragstellern behauptete Kompetenzwidrigkeit mit folgender Begründung ab: *„Der Gesetzgeber hat auch die ihm nach Art 21 Abs 1 B-VG zustehende Kompetenz zur Regelung des Dienstrechtes von Vertragsbediensteten des Landes bzw der Gemeinden nicht überschritten.“*

Die vorliegende Arbeit untersucht, auf welche dogmatische Grundlage sich die Entscheidung des VfGH stützen kann. Als Vorfrage ist auf einfachgesetzlicher Ebene zu klären, inwiefern § 113 h Oö LGG und § 139 d Oö StGBG angesichts der im Oö StGBG enthaltenen Geltungsbereichsbestimmung überhaupt zur Anwendung kommen. Die hier angestellten Überlegungen lassen sich auf alle weiteren Sonderbestimmungen für Vertragsbedienstete im Oö StGBG übertragen.

Auf einfachgesetzlicher Ebene wird zudem auf die Frage eingegangen, woher die verbreitete Auffassung kommt, dass ohne spezielle Regeln für Vertragsbedienstete der Länder allgemeines Arbeitsrecht wie das AngG zur Anwendung gelangt. Ihre Gegenposition gründet nämlich auf der Ansicht, dass der Landesgesetzgeber von seiner Dienstrechtskompetenz nur *„ganz oder gar nicht“* Gebrauch machen kann,<sup>5)</sup> also nur umfassendes Dienstrecht erlassen darf. Weil der oö Landesgesetzgeber das Dienstrecht der Vertragsbediensteten der Städte mit eigenem Statut nur fragmentarisch regelt, schließt sich hier der Kreis zur eingangs erwähnten verfassungsrechtlichen Problematik.

## **II. Das Dienstrecht der oberösterreichischen Vertragsbediensteten der Städte mit eigenem Statut**

Anfang der 90er wurde der Rechtssatz RIS-Justiz RS0059222 gebildet, der bis heute unwidersprochen geblieben ist. Er lautet: *„Da das Land Oberösterreich von der den Ländern einge-*

<sup>3)</sup> Dieses G enthält hauptsächlich Bestimmungen für Beamte der oö Statutarstädte, punktuell aber auch welche für Vertragsbedienstete.

<sup>4)</sup> Hervorhebung durch die Autoren.

<sup>5)</sup> Siehe *Thienel*, Öffentlicher Dienst und Kompetenzverteilung (1990) 151; *Thienel*, Arbeitsvertragsrecht und Vertragsbedienstetenrecht in der Kompetenzverteilung, DRdA 1994, 222 (236).

*räumten Regelungskompetenz bezüglich der Bediensteten der Städte mit eigenem Statut nicht Gebrauch gemacht hat, kommen auf diese Dienstverhältnisse die Bestimmungen des ABGB bzw des AngG zur Anwendung.“*

Der Rechtssatz besteht aus drei Entscheidungen, wobei es in der ersten<sup>6)</sup> um die kündigungslöse Beendigung des Dienstverhältnisses wegen langen Krankenstands ging. Eine diesbezügliche Bestimmung fand sich zwar in der VBO der Stadt Linz, nicht aber in einem speziell auf Vertragsbedienstete der Statutarstädte anwendbaren (Landes-)G.

In der zweiten Entscheidung des Rechtssatzes<sup>7)</sup> bezog sich der OGH iZm einem Abfertigungsanspruch einer bei der Stadt Linz angestellten Diplom-Krankenschwester ausdrücklich auf das Oö StGBG 2002. Demnach fehle in OÖ noch immer eine landesgesetzliche Regelung der privatrechtlichen Dienstverhältnisse der Bediensteten der oö Städte mit eigenem Statut. Hierfür verwies es auf § 1 Abs 1 Oö Gemeindebedienstetengesetz 2001 und § 1 Abs 1 Oö Statutargemeinden-Beamtengesetz 2002.<sup>8)</sup>

In der dritten und letzten Entscheidung<sup>9)</sup> ging es um die Klage einer Vertragsbediensteten, die einen (ausschließlich) in der VBO der Stadt Linz enthaltenen Abfertigungsanspruch trotz Dienstnehmerkündigung zum Gegenstand hatte.

Dass der Rechtssatz RIS-Justiz RS0059222 zwar in den dort angeführten Entscheidungen zutrifft, darüber hinaus aber nicht verallgemeinerungsfähig ist, soll anhand der nachstehenden Bestimmungen im Oö StGBG gezeigt werden.

In § 1 Abs 1 Oö StGBG heißt es zunächst, dass *„dieses Landesgesetz [...] auf alle Beamten [...] der Städte mit eigenem Statut anzuwenden [ist].“* Nach Abs 2 leg cit sind *„auf das Dienstverhältnis der Vertragsbediensteten [...] die für Beamte [...] geltenden Bestimmungen über die Dienstauf- und -fortbildung (§ 13 bis § 16) sinngemäß anzuwenden.“* Bei isolierter Betrachtung der Geltungsbereichsbestimmung entsteht der – offenbar auch vom OGH geteilte – Eindruck, dass im Umkehrschluss aus Abs 2 die restlichen dort nicht genannten Bestimmungen des Oö StGBG auf Vertragsbedienstete nicht anwendbar sind.<sup>10)</sup>

Es gibt aber einige Sonderbestimmungen im Oö StGBG, welche entweder ausdrücklich auf Vertragsbedienstete oder auf (gegenüber Beamte) *„sonstige Bedienstete“* abstellen:

§ 3 Abs 2 a besagt, dass *„die Dienstposten für alle Beamten [...] und Vertragsbediensteten nach Funktionsgruppen auszuweisen [sind].“* § 99 Abs 7 lit a ordnet an, dass wenn *„ein Vertragsbediensteter [...] pragmatisiert [wird], [...] die Abs 5 und 6 mit der Maßgabe (gelten), dass Zeiten als Vertragsbediensteter [...] wie im Beamtendienstverhältnis zugebrachte Zeiten zu behandeln sind [...]“*. Im hinteren Teil des G finden sich mit §§ 139<sup>11)</sup> (*„Sonderbestimmungen für sonstige*

<sup>6)</sup> OGH 25. 9. 1991, 9 ObA 158/91.

<sup>7)</sup> OGH 22. 12. 2010, 9 ObA 6/10 p.

<sup>8)</sup> Das AngG habe daher – als „allgemeines“ Arbeitsvertragsrecht – für jene Landes- und Gemeindebediensteten Geltung, deren Arbeitsverhältnisse noch nicht durch eine landesgesetzliche Regelung erfasst sind. Dies betreffe in erster Linie die vertraglich Bediensteten der Städte mit eigenem Statut; OGH 22. 12. 2010, 9 ObA 6/10 p.

<sup>9)</sup> OGH 29. 10. 2013, 9 ObA 69/13 g.

<sup>10)</sup> Auch Drs, Anwendbarkeit des AngG auf Landes- und Gemeindebedienstete, DRdA 2012, 224 (227), geht davon aus, dass OÖ noch immer keine eigenen gesetzlichen Regelungen erlassen hat (das Oö StGBG regle gem § 1 grundsätzlich nur das Dienstrecht der Beamten der Städte mit eigenem Statut).

<sup>11)</sup> „(1) Auf sonstige Bedienstete, die nach dem 1. Juli 2002 in den Dienst einer Statutargemeinde aufgenommen werden und deren Dienst- und Gehaltsrecht in einer Vertragsbediensteten-Dienstordnung geregelt wird, sind hinsichtlich des Gehaltsrechts und der Pensionsvorsorge die für Vertragsbedienstete geltenden Bestimmungen des Oö Gemeinde-Dienstrechts- und Gehaltsgesetzes 2002 sinngemäß

*Bedienstete, die nach dem 1. Juli 2002 ein Dienstverhältnis zu einer Statutargemeinde begründen*“), 139b<sup>12)</sup> („Zeitwertkonto für sonstige Bedienstete“), 139e<sup>13)</sup> („Sonderbestimmungen für sonstige Bedienstete zur flexiblen Dienstzeitregelung“<sup>14)</sup>) Sonderbestimmungen, die im Gegensatz zu § 138, der für Beamte gilt, eben nur auf *sonstige Bedienstete* anwendbar sind. Es folgen mit §§ 139a<sup>14)</sup> (Vertragslehrer), 139c<sup>15)</sup> (pädagogische Fachkräfte) und 139d<sup>16)</sup> (Ärzte, pflegende, therapeutische oder diagnostische Gesundheitsberufe) weitere Bestimmungen, die für Bedienstete der Statutarstädte gelten, die gerade *keine* Beamte sind.

Außer den Bestimmungen im Oö StGBG gibt es in OÖ zahlreiche weitere, die auf Vertragsbedienstete der Städte mit eigenem Statut anwendbar sind. Hierher gehören das Oö Gemeindebediensteten-Zuweisungsgesetz<sup>17)</sup>, das Oö Gemeinde-Gleichbehandlungsgesetz<sup>18)</sup> sowie das Oö Antidiskriminierungsgesetz.<sup>19)</sup>,<sup>20)</sup> Zwar ist zuzugestehen, dass diese Bestimmungen nicht den Kernbereich des Arbeitsvertragsrechts abdecken; dennoch kann festgehalten werden, dass das Land OÖ – wenn auch nur in Teilbereichen – sehr wohl von seiner Regelungskompetenz bezüglich der Bediensteten der Städte mit eigenem Statut Gebrauch gemacht hat.<sup>21)</sup> Dies umso mehr, als § 139 Abs 1 Oö StGBG<sup>22)</sup> hinsichtlich der dienstrechtlichen Bestimmungen von Vertragsbediensteten der Statutargemeinden, die nach dem 1. 7. 2002 in ihren Dienst aufgenommen wurden und deren Dienst- und Gehaltsrecht in einer Vertragsbediensteten-Dienstordnung geregelt wird, einen umfassenden Verweis auf die für Vertragsbe-

---

anzuwenden, hinsichtlich der dienstrechtlichen Bestimmungen sind auf die für Vertragsbedienstete geltenden Regelungen des Oö Gemeinde-Dienstrechts- und Gehaltsgesetzes 2002 Bedacht zu nehmen.  
(2) Auf sonstige Bedienstete, die nach dem 1. September 2003 in den Dienst einer Statutargemeinde aufgenommen werden, ist hinsichtlich der Abfertigung § 205a Oö GDG 2002 sinngemäß anzuwenden.“

- <sup>12)</sup> „Auf sonstige Bedienstete, deren Dienst- und Gehaltsrecht in einer Vertragsbediensteten-Dienstordnung geregelt wird, sind die für Vertragsbedienstete geltenden Bestimmungen des § 112b Oö Gemeinde-Dienstrechts- und Gehaltsgesetz 2002 sinngemäß anzuwenden.“
- <sup>13)</sup> „Auf sonstige Bedienstete, deren Dienst- und Gehaltsrecht in einer Vertragsbediensteten-Dienstordnung geregelt wird, sind die für Beamtinnen und Beamte geltenden Bestimmungen des § 54, des § 55 Abs 3, 3a und 7, des § 57 und des § 61 Abs 4 sinngemäß anzuwenden.“
- <sup>14)</sup> „Die Bestimmungen über Vertragslehrerinnen und Vertragslehrer an Landesmusikschulen gelten sinngemäß für Vertragslehrerinnen und Vertragslehrer an Musikschulen der Städte mit eigenem Statut mit der Maßgabe, dass an die Stelle der Landesregierung das entsprechende Organ der Stadt tritt.“
- <sup>15)</sup> „Auf pädagogische Fachkräfte in Kinderbetreuungseinrichtungen sind die §§ 134 bis 134e Oö GBG 2001 sinngemäß anzuwenden.“
- <sup>16)</sup> Siehe oben A.
- <sup>17)</sup> Gem § 1 gilt dieses Landesgesetz für jeden Fall einer Zuweisung von Bediensteten einer Gemeinde (eines Gemeindeverbands) an einen von der Gemeinde (vom Gemeindeverband) verschiedenen Rechtsträger sowie die dienstrechtlichen Folgen des Übergangs eines Unternehmens, Betriebs oder Unternehmens- oder Betriebsteils auf eine Gemeinde (einen Gemeindeverband).
- <sup>18)</sup> Gem § 1 Abs 1 Z 1 gilt dieses Landesgesetz für Bedienstete, die in einem öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Dienstverhältnis oder in einem Ausbildungs- oder Lehrverhältnis zu einer Gemeinde oder zu einem Gemeindeverband stehen; nach den Mat (ErläutRV 4/1997 BlgLT Oö 25. GP 3) sind auch die Statutarstädte vom „Gemeindebegriff“ erfasst.
- <sup>19)</sup> Gem § 2 Abs 1 gelten die Bestimmungen dieses G für Angelegenheiten des Landes und der Gemeinde, sofern diese Angelegenheiten in die Gesetzgebungskompetenz des Landes fallen.
- <sup>20)</sup> Siehe *Stadler*, Landesrechtliche Vorschriften für die der AKh Linz GmbH zugewiesenen Vertragsbediensteten, in *Resch/Wallner* (Hrsg), Gmundner Medizinrechtskongress 2009 (2010) (98) 101 f.
- <sup>21)</sup> Siehe *Resch*, Gesetzgebungskompetenz für Vertragsbedienstete – Anwendung von Bundesgesetzen auf Gemeindebedienstete, RFG 2010, 91.
- <sup>22)</sup> FN 10.

dienstete geltenden Regelungen des Oö Gemeinde-Dienstrechts- und Gehaltsgesetzes 2002 enthält.

Zur kompetenzrechtlichen Beurteilung des unvollständigen Dienstrechts der oö<sup>23)</sup> Statutargemeinden wird zunächst auf die Entstehungsgeschichte des Art 21 B-VG eingegangen.

### III. Entstehungsgeschichte des Art 21 B-VG

Vor der B-VG-Novelle BGBl 1974/444 waren die hier interessierenden privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse zur Gebietskörperschaft Gemeinde Sache des Bundes, sofern die Bediensteten keine behördlichen Aufgaben zu besorgen hatten. Umgekehrt waren die Länder nur für das Dienstrecht jener Gemeindebediensteten zuständig, die hoheitlich tätig waren.<sup>24)</sup> Ein weiteres Eingehen auf die damalige Kompetenzlage erübrigt sich aber, weil sie durch die Novelle 1974 grundlegend geändert wurde.

In Art 21 B-VG<sup>25)</sup> wurde die bisherige Unterscheidung nach dem behördlichen Aufgabenbereich der Bediensteten aufgegeben. Es sollte im Wesentlichen nunmehr der Bund für seine Bediensteten die Gesetzgebungs- und Vollzugskompetenz haben (Art 10 Abs 1 Z 16 B-VG), die Länder hingegen für die Bediensteten der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände (Art 21 B-VG); die Landeskompetenz war allerdings gerade im Bereich des Dienstvertragsrechts durch Art 21 Abs 2 B-VG zugunsten des Bundes eingeschränkt.<sup>26)</sup>

Dies erfolgte dergestalt, dass die Landesgesetze nur Regelungen über die Begründung und Auflösung des Dienstverhältnisses sowie die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten enthalten durften. Auf diese Weise sollte ausweislich der Materialien<sup>27)</sup> *„an den Angelegenheiten des Dienstrechtes der in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis zu einem Land, einer Gemeinde oder einem Gemeindeverband stehenden Bediensteten den Ländern vom Umfang der zu regelnden Sachmaterie her nicht weitergehende Zuständigkeiten eingeräumt werden [...], als dies etwa dem Muster des (Bundes-)Vertrags-bedienstetengesetzes 1948 entspricht.“*

Der Kompetenzverlust des Bundes wurde durch das sog „Homogenitätsgebot“ in Art 21 Abs 1 letzter Satz B-VG kompensiert. Das bedeutete, dass die *„in den Angelegenheiten des Dienstrechtes erlassenen G und V der Länder von den das Dienstrecht regelnden G und V des*

<sup>23)</sup> OÖ ist hier aber nicht allein.

<sup>24)</sup> VfGH 3. 10. 1963 KII-3/63; s auch OGH 29. 1. 1998, 8 ObA 134/97 g, sowie *Resch*, RFG 2010, 91 (92); *Hattenberger*, Landes-Vertragsbedienstetenrecht und (Bundes-)Arbeitsrecht – verfassungsrechtliche Aspekte, JAS 2017, 318 (321); ebenso *Jablöner*, Verfassungsrechtliche Fragen des Dienstvertragsrechts, in FS Schnorr (1988) 489 (490).

<sup>25)</sup> BGBl 1974/444; „Art 21 (1) Den Ländern obliegt die Gesetzgebung und die Vollziehung in den Angelegenheiten des Dienstrechtes und des Personalvertretungsrechtes der Bediensteten der Länder, der Gemeinden und der Gemeindeverbände, soweit für alle diese Angelegenheiten im Abs 2 und Art 14 Abs 2 und Abs 3 lit d nicht anderes bestimmt ist. Die in den Angelegenheiten des Dienstrechtes erlassenen G und V der Länder dürfen von den das Dienstrecht regelnden G und V des Bundes nicht in einem Ausmaß abweichen, daß der gem Abs 4 vorgesehene Wechsel des Dienstes wesentlich behindert wird. (2) In den nach Abs 1 auf dem Gebiete des Dienstvertragsrechts ergehenden Landesgesetzen dürfen nur Regelungen über die Begründung und Auflösung des Dienstverhältnisses sowie über die sich aus diesem ergebenden Rechte und Pflichten getroffen werden. Den Ländern obliegt die Gesetzgebung und Vollziehung in den Angelegenheiten des Arbeitnehmerschutzes und der Personalvertretung, soweit die Bediensteten (Abs 1) nicht in Betrieben tätig sind. Soweit nach diesem Absatz nicht die Zuständigkeit der Länder gegeben ist, fallen die genannten Angelegenheiten in die Zuständigkeit des Bundes.“

<sup>26)</sup> Siehe *Thienel*, Arbeitsvertragsrecht 231.

<sup>27)</sup> ErläutRV 182 BlgNR 13. GP 13.

*Bundes nicht in einem Ausmaß abweichen (durften), dass der [...] Wechsel des Dienstes wesentlich behindert wird“.*

Zur Vermeidung von Regelungslücken, die durch die Kompetenzverschiebung zu erwarten gewesen wären, erließ der Gesetzgeber mit Art XI Abs 2 B-VG-Novelle 1974 folgende Übergangsbestimmung: *„Im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesverfassungsgesetzes bestehende bundesgesetzliche Vorschriften in Angelegenheiten, die gem Art 21 Abs 1 und 2 des Bundes-Verfassungsgesetzes in der Fassung dieses Bundes-Verfassungsgesetzes in die Zuständigkeit der Länder fallen, bleiben als Bundesgesetze so lange in Kraft, bis die Länder gleichartige Bestimmungen erlassen haben.“*

Mit der B-VG-Novelle 1981 (BGBl 1981/350) fand eine weitere – für das vorliegende Thema aber nicht relevante – Kompetenzverschiebung zugunsten der Länder im Bereich des Personalvertretungsrechts statt. Bedeutsamer war hingegen die in Art III Abs 1 der Novelle geregelte Übergangsbestimmung: *„Bundesgesetzliche Vorschriften in Angelegenheiten, die gem Art 21 Abs 2 B-VG in der Fassung dieses Bundesverfassungsgesetzes in die Zuständigkeit der Länder fallen, bleiben als Bundesgesetze so lange in Kraft, als nicht eine vom betreffenden Land erlassene Regelung der Angelegenheiten in Kraft getreten ist.“*

Die letzte wesentliche Änderung erfuhr Art 21 B-VG durch die B-VG-Novelle 1999 (BGBl I 1999/8). Es entfiel die für die Länder bis dahin bestehende Einschränkung der Regelung des Dienstvertragsrechts auf Regelungen über die Begründung und Auflösung des Dienstverhältnisses sowie die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten, sodass ihnen seither eine uneingeschränkte Zuständigkeit im Bereich des Vertragsbedienstetenrechts zukommt. In den Materialien<sup>28)</sup> heißt es dazu, dass *„die Länder [...] dadurch ermächtigt (werden), das Vertragsbedienstetenrecht im selben Umfang zu regeln wie der Bund“*. In derselben Novelle wurde auch das Homogenitätsprinzip aufgehoben.

#### **IV. Das Verhältnis zwischen Dienst-, Arbeits- und Zivilrecht**

Eingangs wurde die Frage gestellt, ob die Länder von der ihnen nach Art 21 Abs 1 B-VG zukommenden umfassenden Dienstrechtskompetenz anhand von punktuellen Regelungen Gebrauch machen können oder ob ihnen nur eine *umfassende* Regelung offensteht; dies mit der möglichen Konsequenz, dass im letzten Fall die vereinzelt Landesgesetze kompetenzwidrig zustande gekommen und aufzuheben wären.

Für *Kucsko-Stadlmayer*<sup>29)</sup> ist in diesem Sinne äußerst fraglich, ob es dem Landesgesetzgeber noch offenstehe, als eine Art „Zwischenlösung“ bestimmte Dienstverhältnisse nur teilweise zu regeln und im Übrigen den arbeitsrechtlichen Regelungen des Bundes zu unterstellen; nach der geltenden (Anm: seit der B-VG-Novelle 1999 bestehenden) Kompetenzlage erscheine dies grundsätzlich<sup>30)</sup> ausgeschlossen. Nach *Cargnelli-Weichselbaum*<sup>31)</sup> sei eine lückenhafte Regelung des Dienstrechts nur dann verfassungsrechtlich zulässig, wenn sie auf Basis einfachgesetzlicher Ermächtigung im Wege von Vertragsschablonen geschlossen würde.

<sup>28)</sup> AB 1562 BlgNR 20. GP 3.

<sup>29)</sup> *Kucsko-Stadlmayer* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (14. Lfg 2018) Art 21 B-VG Rz 12.

<sup>30)</sup> Sofern nicht die Technik einer statischen Verweisung gewählt werde und damit eine Delegation der Regelungszuständigkeit auf den Bund stattfinde.

<sup>31)</sup> *Cargnelli-Weichselbaum* in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (19. Lfg 2017) Art 21 B-VG Rz 37.

Um die Frage der zulässigen Regelungsdichte sachgerecht beantworten zu können, muss erst allgemein auf das Verhältnis zwischen (Bundes-)Arbeits- und Zivilrecht und Landesdienstrecht und darauf eingegangen werden, welche Bestimmungen auf die Arbeitsverhältnisse von Landes- und Gemeindebediensteten zur Anwendung kommen, für welche die Länder keine Bestimmungen erlassen haben.

Hier haben sich im Wesentlichen drei Lösungsansätze herausgebildet. Der erste nimmt eine subsidiäre Geltung von (Bundes-)Arbeits- und Zivilrecht gegenüber dem Landesdienstrecht an, sodass allfällige Lücken in den Landesgesetzen durch Bundesgesetze gefüllt werden. Der zweite Ansatz ist zwar aufgrund des mittlerweile geänderten Wortlauts des Art 21 B-VG nur mehr von hauptsächlich historischem Interesse; da er jedoch auf grundsätzlichen Überlegungen zur Kompetenzverteilung auf diesem Gebiet beruht und sich ausführlich mit dem ersten Ansatz auseinandersetzt, kann er nicht unerwähnt bleiben. Er geht davon aus, dass immer dann, wenn der Landesgesetzgeber keine *umfassende* Regelung des Dienstrechts erlassen habe, aufgrund einer (damaligen) Sonderkompetenz des Bundes Bundesrecht zur Anwendung komme. Der dritte Lösungsansatz stützt sich auf die die Dienstrechts-Kompetenzerweiterungen der Länder begleitenden Übergangsbestimmungen, welche die Weitergeltung von Bundesrecht anordnen, solange es keine Landesgesetze gibt.

### A. Subsidiäre Geltung von allgemeinem Zivil- und Arbeitsrecht

In einer Arbeit aus 1993 befasste sich *Spielbüchler*<sup>32)</sup> sehr umfassend und grundlegend mit dem Verhältnis zwischen Zivil- und Arbeitsrecht sowie Landarbeitsrecht und Dienstrecht. Es ging ihm insb um die Frage, ob die Kompetenzen nach Art 21 B-VG solche zur Erlassung von Sondervorschriften sind, in deren Ermangelung allgemeines Zivil- oder Arbeitsrecht zur Anwendung kommt.<sup>33)</sup>

Er kam zum Schluss, dass der Dienstvertrag der öffentlich Bediensteten eine Erscheinung des Zivilrechts sei, für die besondere Vorschriften gelten, soweit solche erlassen wurden.<sup>34)</sup> Wenn den Ländern und Gemeinden nach Art 17 und 116 Abs 2 B-VG die Stellung als Träger von Privatrechten garantiert sei, könne ihre Befähigung zum Abschluss privatrechtlicher Verträge auch auf dem Gebiet des Dienstvertrags nicht davon abhängen, dass sie ein besonderes Dienstvertragsrecht geschaffen haben. Die Kompetenz zur Regelung des Dienst-(vertrags-)rechts ermächtige Bund und Länder zur Erlassung von Regelungen, die vom allgemeinen Zivil- und Arbeitsrecht abweichen. Ohne solches – das Vertragsbedienstetenverhältnis aus dem Kreis der sonstigen Dienstverträge heraushebendes – Vertragsbedienstetenrecht handle es sich um einen gewöhnlichen Dienstvertrag, der den Regeln des ABGB über den Dienstvertrag und allen anderen allgemeinen arbeitsrechtlichen und/oder zivilrechtlichen Regeln folge. Das allgemeine Zivil- und Arbeitsvertragsrecht bilde daher auch die Grundlage der Dienstverträge mit den Gebietskörperschaften, soweit keine besonderen Regelungen bestehen.<sup>35)</sup> Der Bund dürfe aber grundsätzlich<sup>36)</sup> keine *besondere* Regelung für Bedienstete von Gebietskörperschaften (also Dienstrecht) treffen, die auch auf jene der Länder und Gemeinden anwendbar wären. Auf diese könne, soweit ihr Dienstverhältnis nicht durch Dienstrecht des Landes geregelt sei,

<sup>32)</sup> *Spielbüchler*, Vertragsrecht, Arbeitsrecht und Vertragsbedienstetenrecht – Eine kompetenzrechtliche Studie, in FS Strasser (1993) 341.

<sup>33)</sup> *Spielbüchler* in FS Strasser (1993) 345.

<sup>34)</sup> *Spielbüchler* in FS Strasser (1993) 344, 376.

<sup>35)</sup> *Spielbüchler* in FS Strasser (1993) 376.

<sup>36)</sup> Außerhalb der Kompetenz nach Art 21 Abs 2 letzter Satz B-VG idF BGBl 1981/350 und der Übergangsbestimmungen, vgl *Spielbüchler* in FS Strasser (1993) 376 ff.



nur *allgemeines* Zivilrecht und *allgemein* geltendes, nicht auf Bedienstete von Gebietskörperschaften abgestelltes Arbeitsrecht zur Anwendung kommen.

Jedenfalls der neunte Senat des OGH teilt die Ansicht *Spielbüchlers* und gibt diese in seiner E OGH 22. 12. 2010, 9 ObA 6/10 p, wieder. Auch *Löschnigg*<sup>37)</sup> vertritt zur Rechtslage seit der B-VG-Novelle 1999,<sup>38)</sup> dass die weite Landeskompetenz nach Art 21 Abs 1 B-VG die subsidiäre Geltung des allgemeinen Zivil- und Arbeitsrechts für den Fall des Fehlens entsprechender Bestimmungen nicht ausschließe und auch nicht automatisch zum Wegfall der bisherigen Bundesregelung führe.<sup>39)</sup>

*Schrammel*<sup>40)</sup> schloss sich hinsichtlich der Frage, ob bei Fehlen einer landesgesetzlichen Regelung die bundesgesetzlichen Regelungen in Angelegenheiten, die nunmehr in die Kompetenz der Länder fallen, weitergelten, ebenfalls der Auffassung *Spielbüchlers* an. Die Erweiterung der Landeskompetenzen durch die B-VG-Novelle 1999 führe daher nicht automatisch zum Wegfall der bisherigen Bundesregelungen.

## **B. Sonderkompetenz des Bundes nach Art 21 Abs 2 letzter Satz B-VG idF BGBl 1981/350**

*Thienel*<sup>41)</sup> trat für eine Bundeskompetenz zur Regelung des Dienstrechts der Länder aufgrund des Art 21 Abs 2 letzter Satz B-VG idF BGBl 1981/350 ein. Dort war eine Restkompetenz des Bundes für alle jene Angelegenheiten vorgesehen, die nicht in die Zuständigkeit der Länder (Regelungen über die Begründung und Auflösung des Dienstverhältnisses sowie über die sich aus diesem ergebenden Rechte und Pflichten) fielen. Die Bundeskompetenz nach Art 21 Abs 2 letzter Satz sei nach *Thienel* immer dann gegeben gewesen, wenn die Länder von der ihnen nach Abs 2 zukommenden Kompetenz nicht *umfassend* Gebrauch gemacht hätten. Die Länder hätten das Dienstrecht nämlich nur ganz oder gar nicht regeln dürfen.

Er begründete dies so: Art 21 Abs 2 B-VG habe bestimmte Agenden taxativ aufgezählt und in die Landeskompetenz verwiesen, im Übrigen aber eine Generalklausel zugunsten des Bundes statuiert. Zur Auslegung der Länderkompetenz nach Abs 2 leg cit sei nach der Regierungsvorlage zur B-VG-Novelle 1974 das (Bundes-)Vertragsbedienstetengesetz 1948 heranzuziehen gewesen.<sup>42)</sup> Das VBG habe die wesentlichen Rechte und Pflichten von DN und DG für beide Vertragsteile zwingend festgelegt, dispositive Regelungen seien nur in Ausnahmefällen zulässig gewesen.<sup>43)</sup> Zudem habe das VBG nur die Möglichkeit vorgesehen, dass bestimmte Gruppen von DN der Gebietskörperschaften seinen Regelungen unterfallen oder ihnen nicht unterfallen; eine teilweise Anwendung sei nicht vorgesehen gewesen.<sup>44)</sup> Im Ergebnis sei *Thienel* zufolge von den Ländern für ihre Vertragsbediensteten eine umfassende gesetzliche Regelung zu treffen gewesen, durch die die Dienstverträge im Wesentlichen zwingend vorausbestimmt werden. Für die nicht den umfassenden Landesregelungen unterworfenen Vertragsbedienste-

<sup>37)</sup> In *Löschnigg*, AngG<sup>10</sup> (2016) § 3 Rz 10.

<sup>38)</sup> Warum er hier die Novelle als Zäsur ansieht, obwohl die Übergangsbestimmung aus 1981 nach wie vor in Kraft steht, ist nicht ersichtlich. Jedenfalls die den Ländern nach der Rechtslage vor der Novelle 1999 zukommenden Kompetenzen ist der Bund aufgrund der Übergangsvorschriften im Fall von Regelungslücken auszuüben befugt.

<sup>39)</sup> *Spielbüchler* in FS Strasser (1993) 377 f.

<sup>40)</sup> *Schrammel* in *Marhold* (Hrsg), AngG-Kommentar (11. Lfg 2005) § 3 Rz 12.

<sup>41)</sup> *Thienel*, Öffentlicher Dienst 149 f; *Thienel*, Arbeitsvertragsrecht 234.

<sup>42)</sup> *Thienel*, Öffentlicher Dienst 134 f, 149 f.

<sup>43)</sup> *Thienel*, Öffentlicher Dienst 134, 150.

<sup>44)</sup> *Thienel*, Öffentlicher Dienst 151.

ten habe nach Art 21 Abs 2 letzter Satz B-VG die Gesetzgebungskompetenz des Bundes bestanden.<sup>45)</sup>

Der Auffassung *Spielbüchlers*, der die Kompetenzen Zivil-, Arbeits- und Dienstrecht als einander überlagernde Kompetenzbereiche deutete, auf Grund derer verschiedene Gebietskörperschaften zur Schaffung inhaltlich gleichartiger Regelungen befugt seien, hielt *Thienel* verfassungsrechtliche Bedenken entgegen: Eine Kompetenz sei entweder den Ländern oder dem Bund zugewiesen, für die Zuordnung einer Angelegenheit zu mehreren Kompetenztatbeständen lasse das B-VG keinen Raum. Die Zuordnung einer bestimmt umschriebenen Angelegenheit zu dem einen Kompetenztatbestand schließe nämlich eine gleichzeitige Zuordnung zu einem anderen Kompetenztatbestand aus. Um eine Ausnahme von diesem verfassungsrechtlichen Grundsatz annehmen zu können, müsste eine positivrechtliche Norm angegeben werden, die ihn durchbricht. Eine solche hätte *Spielbüchler* aber nicht genannt.<sup>46)</sup>

Zum Verhältnis von Arbeitsvertragsrecht und Dienstrecht führte er aus, dass Ersteres hinsichtlich der Vertragsbediensteten in die Dienstrechtskompetenz falle, für alle anderen AN in die Arbeitsrechtskompetenz;<sup>47)</sup> insofern würden nur personelle Unterschiede bestehen. Dass sich Arbeits- und Dienstrecht nur in personeller Hinsicht unterscheiden und sich daher ausschließen, entnimmt er den Materialien zur B-VG-Novelle 1974, wo es heißt: „*Der Entwurf geht davon aus, dass das Dienstrecht die Gesamtheit der aus dem Dienstverhältnis zum Bund, den Ländern, den Gemeinden und Gemeindeverbänden entspringenden Rechte und Pflichten erfasst, u zu unabhängig davon, ob das Dienstverhältnis durch Verwaltungsakt oder durch einen privatrechtlichen Vertrag begründet wurde. Seinem Inhalt nach sind daher der Kompetenztatbestand ‚Arbeitsrecht‘ und der Kompetenztatbestand ‚Dienstrecht‘ gleich, sie unterscheiden sich nur durch den jeweils angesprochenen Personenkreis. Aus dem Titel des Kompetenztatbestandes ‚Arbeitsrecht‘ werden daher künftighin die Rechte und Pflichten aus dem Dienstverhältnis der Bediensteten des Bundes, der Länder, der Gemeinden und der Gemeindeverbände nicht geregelt werden dürfen.*“

Genauso wie *Thienel* findet es *Cargnelli-Weichselbaum*<sup>48)</sup> „kompetenzrechtlich problematisch“, wenn der – *Spielbüchler* folgende – OGH die subsidiäre Anwendungsmöglichkeit von arbeitsrechtlichen Bestimmungen in jenen Fällen annimmt, wo das Land von seiner Dienstrechtskompetenz nicht Gebrauch gemacht habe. Die vom OGH in 9 ObA 6/10p vertretene subsidiäre Geltung des allgemeinen Zivil- und Arbeitsrechts für den Fall des Fehlens von Sondervorschriften hält sie für besonders verwerflich.

Auch *Martinek/M. Schwarz/W. Schwarz*<sup>49)</sup> halten eine (über die Übergangsbestimmung des Art XI Abs 2 idF B-VG-Novelle 1974 hinausgehende) allgemeine subsidiäre Bundeskompetenz bei ungenützter Gebrauchnahme der Länder von ihrer Zuständigkeit für problematisch.

### C. Weitergeltung von Arbeitsrecht aufgrund der Übergangsbestimmungen

Der dritte Ansatz löst die Frage, welche Vorschriften auf Landesbedienstete anwendbar sind, wenn für sie nur teilweise bzw keine Regelungen bestehen mit den die Novellierungen des Art 21 B-VG begleitenden Übergangsbestimmungen (zum genauen Wortlaut s Abschnitt C.).

<sup>45)</sup> *Thienel*, Öffentlicher Dienst 151 f.

<sup>46)</sup> *Thienel*, Arbeitsvertragsrecht 223, sich insb auf VfGH 29. 6. 1972, G 6/72, berufend.

<sup>47)</sup> Abgesehen von Landarbeitern; deren Rechtsverhältnisse fallen nach Art 12 Abs 1 Z 6 B-VG in die Grundsatzgesetzgebung des Bundes und Ausführungsgesetzgebung der Länder.

<sup>48)</sup> *Cargnelli-Weichselbaum* in *Kneihs/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar, Art 21 B-VG Rz 37.

<sup>49)</sup> *Martinek/M. Schwarz/W. Schwarz*, AngG<sup>7</sup> (1991) § 3 Erläut 1 (118).

Zur Rechtslage vor der B-VG-Novelle 1999 (welche keine Übergangsbestimmungen mehr enthielt) vertrat der OGH<sup>50)</sup> mehrmals, dass der Bund aufgrund der Übergangsbestimmung des Art XI Abs 2 B-VG-Novelle 1974 sowie Art III Abs 1 B-VG-Novelle 1981 zur Regelung der betreffenden Materie solange befugt sei, bis die Länder gleichartige Bestimmungen erlassen haben. Aus diesem Grund seien die bundesgesetzlichen Vorschriften auch für jene Landes- und Gemeindebediensteten anwendbar, deren Länder von der ihnen eingeräumten Kompetenz bisher keinen Gebrauch gemacht haben.<sup>51)</sup>

Nach *Resch*<sup>52)</sup> besteht nach wie vor die volle Gesetzgebungskompetenz des Bundes jedenfalls im Umfang des Art III Abs 1 B-VG-Novelle 1981. Diese Übergangsbestimmung sei nämlich anders als jene aus 1974 mit § 1 Abs 2 Z 12 des ersten Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetzes (BVRBG) BGBl I 2008/2 nicht aufgehoben worden und gehöre damit nach wie vor dem Rechtsbestand an. Zur Kompetenzverschiebung zugunsten der Länder durch die B-VG-Novelle 1999, welche keine Übergangsbestimmungen enthält, tritt er für eine analoge Anwendung der Übergangsbestimmungen aus 1974 und 1981 ein. Dies schließt er aus dem Normzweck des Übergangsrechts, nämlich zu verhindern, dass die Gemeindebediensteten gleichsam in der Luft hängen, wenn Bundesrecht nicht mehr weitergilt, die Länder aber von ihrer Regelungsbefugnis noch nicht Gebrauch gemacht haben.

Auch *Hattenberger*<sup>53)</sup> tritt für eine Fortgeltung bundesgesetzlicher Bestimmungen jedenfalls auf der Grundlage der nach wie vor geltenden Übergangsbestimmung des Art III BGBl 1981/350 ein.

Wie insb<sup>54)</sup> die E OGH 22. 12. 2010, 9 ObA 6/10 p, zeigt, zieht der OGH die Übergangsbestimmungen aus 1974 und 1981 in seiner jüngeren Rsp nicht mehr heran, wenn es um Lücken im Vertragsbedienstetenrecht der Länder und Gemeinden geht. Er begründet die subsidiäre Geltung allgemeinen Arbeitsrechts nunmehr mit der Auffassung *Spielbüchlers* (s D.1.).

Gegen die Anwendung von Übergangsrecht seit der B-VG-Novelle 1999 richtet sich auch *Schrammel*,<sup>55)</sup> wenn er schreibt, dass der Bund seit der Novelle mangels dort enthaltener Übergangsbestimmungen außerhalb der Kompetenz nach Art 21 Abs 2 Satz 2 B-VG keine (speziellen)<sup>56)</sup> Regelungen für Bedienstete der Gebietskörperschaften mehr treffen dürfe, die auch auf jene der Länder und Gemeinden anwendbar wären. Umgekehrt lässt sich daraus schließen, dass *Schrammel* vor der B-VG-Novelle 1999 nur das Übergangsrecht für die Begründung einer Bundeskompetenz für das Dienstrecht der Länder angesehen hat.

Ähnlich vertritt *Löschnigg*, dass vor der B-VG-Novelle 1999 unregelte „Restgrößen“ (zB vertraglich Bedienstete der Städte mit eigenem Statut) durch bundesgesetzliche Vorschriften, die aufgrund der Übergangsvorschriften für solche Bedienstete anwendbar blieben, abgefangen worden seien. Hier sei die Bundeskompetenz aufrechtgeblieben. Für die Rechtslage nach

<sup>50)</sup> Zuletzt OGH 29. 1. 1998, 8 ObA 134/97 g; s auch OGH 21. 12. 1994, 9 ObA 248/94, sowie OGH 25. 1. 1989, 9 ObA 517/88.

<sup>51)</sup> OGH 29. 1. 1998, 8 ObA 134/97 g.

<sup>52)</sup> RFG 2010, 91 (92).

<sup>53)</sup> JAS 2017, 318 (336).

<sup>54)</sup> Die Anwendung von Bundesgesetzen ist, soweit ersichtlich, seit OGH 29. 1. 1998, 8 ObA 134/97 g, nicht mehr auf die Übergangsbestimmungen gestützt worden.

<sup>55)</sup> *Schrammel*, AngG-Kommentar § 3 Rz 11.

<sup>56)</sup> *Schrammel* zitiert hier *Spielbüchler* nur unvollständig; dieser hält nämlich nur besondere Regelungen des Bundes für Bedienstete von Gebietskörperschaften, die auch auf jene der Länder und Gemeinden anwendbar wären (also Dienstrecht), für unzulässig.

der Novelle, die keine Übergangsvorschriften enthielt, nimmt er, *Spielbüchler* folgend, eine subsidiäre Geltung des allgemeinen Zivil- und Arbeitsrechts an.<sup>57)</sup>

Gegen eine Lückenfüllung im Landesdienstrecht mit Hilfe der Übergangsbestimmungen warf *Thienel* die – wohl eher theoretische – Frage auf, wie die Rechtslage zu beurteilen sei, wenn bestimmte Gruppen von Bediensteten, die zunächst in die Landesregelung einbezogen waren, späterhin ausgenommen werden. Art XI Abs 2 schaffe nämlich nur eine vorübergehende Bundeszuständigkeit, die mit der Inanspruchnahme der Regelungskompetenz durch das jeweilige Land erlösche, und zwar endgültig. Die Aufhebung einschlägiger Landesregelungen führe nicht zu einem (Wieder-)Aufleben der transitorischen Bundeskompetenz. In diesem Fall könnten einschlägige Bundesregelungen nicht auf Art XI Abs 2 B-VG-Novelle 1974 gestützt werden. Als einzige denkbare Kompetenzgrundlage für allfällige Bundesregelungen bleibe somit der letzte Satz des Art 21 Abs 2 B-VG.<sup>58)</sup>

Nachdem der wesentliche Meinungsstand hiermit ausgebreitet ist, werden die verschiedenen Positionen bewertet.

## D. Bewertung des Meinungsstands

### 1. Keine subsidiäre Geltung allgemeinen Arbeitsrechts

Das *Spielbüchlers* Auffassung zugrunde liegende Verhältnis von Allgemeinem zu Besonderem trifft jedenfalls zwischen den Kompetenztatbeständen Zivil- und Arbeitsrecht bzw Zivil- und Dienstrecht zu. Gegenstand des Zivilrechts ist die Regelung des Erwerbs und Verlusts und des Inhalts von Privatrechten; es umschreibt die gegenüber den Mitbürgern bestehenden Rechtspositionen und die Voraussetzungen und Formen der Rechtsübertragung.<sup>59)</sup> All dies gilt auch für das Arbeitsrecht, es berücksichtigt aber zusätzlich insb die aus der Arbeitsabhängigkeit resultierende soziale Schutzbedürftigkeit des AN und die Eigenart von Dauerschuldverhältnissen.<sup>60)</sup> Das Arbeitsrecht ist insofern Sonderzivilrecht und aus der Zivilrechtskompetenz des Bundes herausgelöst.<sup>61)</sup> Dort, wo kein spezifisches Arbeitsrecht besteht, ist auf Arbeitsverhältnisse allgemeines Zivilrecht anzuwenden (zB Irrtumsanfechtung).<sup>62)</sup>

Auf das Verhältnis zwischen Arbeits- und Dienstrecht lassen sich diese Überlegungen nicht übertragen. Wie unter D.2. angeführt, unterscheiden sich die beiden Kompetenztatbestände nur durch den angesprochenen Personenkreis, inhaltlich sind sie deckungsgleich. Das sieht auch *Spielbüchler*<sup>63)</sup> so, und angesichts der eindeutigen Materialien zur B-VG-Novelle 1974 bleibt für eine andere Auslegung kein Raum. Aufgrund der von *Thienel* ins Treffen geführten Exklusivität der Kompetenzverteilung sind – lässt man die Übergangsbestimmungen außer Acht – Regelungen des Arbeitsverhältnisses von Vertragsbediensteten der Länder und Gemeinden aus dem Kompetenztatbestand „Arbeitsrecht“ unzulässig.<sup>64)</sup>

Dieses Ergebnis versucht *Spielbüchler* offenbar zu umgehen, indem er nicht auf die Kompetenz zur *Regelung* des Dienstrechts abstellt, sondern fragt, „*was bei Fehlen solcher Regelungen rechtens sein soll, wonach sich also solche Dienstverhältnisse mangels Regelung durch das Land*

<sup>57)</sup> *Löschnigg*, AngG<sup>10</sup> § 3 Rz 9.

<sup>58)</sup> *Thienel*, Arbeitsvertragsrecht 238.

<sup>59)</sup> *Thienel*, Arbeitsvertragsrecht 224, unter Berufung auf VfGH 9. 12. 1982, G 47/81, G 39/82.

<sup>60)</sup> *Thienel*, Arbeitsvertragsrecht 230.

<sup>61)</sup> *Thienel*, Arbeitsvertragsrecht 226, 230, 240 mwN; *Hattenberger*, JAS 2017, 318 (333).

<sup>62)</sup> *Spielbüchler* in FS Strasser (1993) 342.

<sup>63)</sup> *Spielbüchler* in FS Strasser (1993) 375.

<sup>64)</sup> Siehe auch *Hattenberger*, JAS 2017, 318 (333).

richten.<sup>65)</sup> Daran ist nur richtig, dass Arbeitsrecht, das seinen Geltungsbereich auf Vertragsbedienstete der Länder und Gemeinden erstreckt, bzw um diese nicht einschränkt, aufgrund des Legalitätsprinzips anwendbar ist, solange es dem Rechtsbestand angehört. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmungen – und um diese geht es in der vorliegenden Diskussion – lässt sich damit aber nicht begründen. Im Ergebnis trifft daher die These der subsidiären Geltung allgemeinen Arbeitsrechts nur auf der einfachgesetzlichen Ebene zu, nicht aber auf der Verfassungsebene.

## 2. Keine Sonderkompetenz nach Art 21 Abs 2 letzter Satz B-VG idF BGBl 1981/350

Der Auffassung *Thienels* kann ebenso wenig gefolgt werden. Bereits der Versuch, die Länderkompetenzen mit Verweis auf das VBG 1948 auf „ganz oder gar nicht“ zu beschränken, muss als misslungen angesehen werden: Die Materialien zur B-VG-Novelle 1974 weisen ausdrücklich darauf hin, dass den Ländern (nur) „vom Umfang der zu regelnden Sachmaterie her nicht weitergehende Zuständigkeiten eingeräumt werden sollen, als dies etwa dem Muster des (Bundes-)Vertragsbedienstetengesetzes 1948 entspricht.“ Über die Art (dispositiv oder zwingend) und den Inhalt (völlige Einbeziehung oder gänzliche Ausnahme bestimmter Bediensteter) der von den Ländern zu treffenden Regelungen sagen die Materialien hingegen nichts.<sup>66)</sup> Ohne diese Einschränkung der Länderkompetenzen fehlt die von *Thienel* angenommene Voraussetzung, damit die Sonderdienstrechtskompetenz des Bundes nach Art 21 Abs 2 letzter Satz B-VG idF BGBl 1981/350 zur Anwendung gelangt.

Seit der B-VG-Novelle 1999 ist *Thienels* Auffassung zudem vollends die Grundlage entzogen, weil die Einschränkung der Dienstrechtskompetenz der Länder auf „Regelungen über die Begründung und Auflösung des Dienstverhältnisses sowie über die sich aus diesem ergebenden Rechte und Pflichten“ entfallen ist. Damit ist der diese Wendung begleitende Verweis auf das Muster des VBG 1948 seither hinfällig.

Darüber hinaus überdehnt *Thienel* die Sonderkompetenz des Bundes nach Art 21 Abs 2 letzter Satz B-VG idF BGBl 1974/444, wo es heißt, dass „soweit nach diesem Absatz nicht die Zuständigkeit der Länder gegeben ist, [...] die genannten Angelegenheiten in die Zuständigkeit des Bundes fallen“. Die Tatsache, dass die Länder teilweise nur recht zögerlich bzw gar nicht von ihrer Dienstrechtskompetenz Gebrauch gemacht haben,<sup>67)</sup> ändert nämlich nichts daran, dass das Dienstrecht im im Abs 2 festgelegten Umfang dennoch in ihre Zuständigkeit fällt; die Länder üben sie in manchen Bereichen eben nur unvollständig aus. Für eine Restkompetenz des Bundes bleibt somit kein Raum. Hätte der Gesetzgeber das von *Thienel* gedachte Ergebnis gewollt, hätte er eine Formulierung gewählt, wie: „Soweit die Länder nicht von der ihnen nach diesem Absatz zukommenden Zuständigkeit Gebrauch gemacht haben, fallen die genannten Angelegenheiten in die Zuständigkeit des Bundes.“

In der geltenden Rechtslage haben die Überlegungen *Thienels*, abgesehen davon, dass sie nicht zutreffen, nur mehr einen kleinen Anwendungsbereich. In Art 21 Abs 2 Satz 2 B-VG idGF heißt es nämlich, dass soweit nach dem ersten Satz nicht die Zuständigkeit der Länder gegeben ist, die genannten Angelegenheiten in die Zuständigkeit des Bundes fallen. In Satz 1 ist aber nur die Kompetenz zur Gesetzgebung und Vollziehung in den Angelegenheiten des Arbeitnehmerschutzes der Bediensteten (Abs 1) und der Personalvertretung der Bediensteten

<sup>65)</sup> *Spielbüchler* in FS Strasser (1993) 376.

<sup>66)</sup> Siehe auch *Spielbüchler* in FS Strasser (1993) 381.

<sup>67)</sup> *Schrammel*, AngG § 3 Rz 9.

der Länder, soweit die Bediensteten nicht in Betrieben tätig sind, geregelt. Dem Bund bleibt damit nur mehr eine überschaubare Sonder(rest)kompetenz.

### 3. Bundeskompetenz aufgrund der Übergangsbestimmungen

Die von *Thienel* an *Spielbüchlers* These vermisste positivrechtliche Norm, die den Grundsatz der Exklusivität der Kompetenzverteilung durchbricht (s D.2.), liegt in den Übergangsbestimmungen zu Art 21 B-VG. Sie geben dem Bund die volle Gesetzgebungskompetenz in jenen Bereichen des Dienstrechts, die die Länder noch nicht geregelt haben.<sup>68)</sup>

Weshalb der OGH und einige Autoren seit der B-VG-Novelle 1999 die Übergangsbestimmungen nicht mehr anwenden, kann schwer nachvollzogen werden, da jedenfalls Art III Abs 1 B-VG-Novelle 1981 nach wie vor dem Rechtsbestand angehört. Nur Art XI Abs 2 B-VG-Novelle 1974 wurde mit § 1 Abs 2 Z 12 des ersten Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetzes (BVRBG) BGBl I 2008/2 „als nicht mehr geltend“ festgestellt.<sup>69)</sup> Da es in der E 9 ObA 6/10 p um einen Abfertigungsanspruch ging und somit um Rechte und Pflichten, die sich aus der Auflösung des Dienstverhältnisses ergeben, hätte der OGH ohne Weiteres auf die Übergangsbestimmung aus 1981 zurückgreifen können.

Inwiefern das von *Thienel* aufgezeigte Szenario – rechtsfreier Raum, wenn die Länder ihre Bestimmungen wieder aufheben, s D.3. – eine Sonderkompetenz des Bundes auf anderer Grundlage als den Übergangsbestimmungen erforderlich machen sollte, ist nicht ersichtlich. Der Zweck der Übergangsbestimmungen liegt darin, den Ländern genug Zeit zu geben, von ihrer neuen Kompetenz Gebrauch zu machen und betroffene AN bis dahin nicht in der Luft hängen zu lassen.<sup>70)</sup> Wenn aber die Länder einmal Regelungen getroffen haben und die Bundeskompetenz somit erloschen ist, steht es in ihrem rechtspolitischen Gestaltungsspielraum, einzelne Rechtsverhältnisse (wieder) ungeregelt zu lassen. Es besteht darin kein Problem, das mit einer zweifelhaften Bundeskompetenz gelöst werden muss. Jedenfalls aber wäre die Aufhebung von Bestimmungen für bestimmte Vertragsbedienstete nichts, was der VfGH als negativer Gesetzgeber aufgreifen könnte.

Nachdem die Übergangsbestimmungen als einzige Möglichkeit übrigbleiben, allgemeines Arbeitsrecht für ungeregelte Bereiche des Dienstrechts der Länder und Gemeinden kompetenzkonform zu erlassen, ist noch auf ihren Anwendungsbereich und ihre Auswirkungen einzugehen. Dies insb im Hinblick auf die Frage, ob sie die Länder im Umfang der zu erlassenden dienstrechtlichen Bestimmungen („ganz oder gar nicht“) einschränken.

## E. Anwendungsbereich und Auswirkungen des Übergangsrechts

Wie soeben ausgeführt, gehört Art III Abs 1 B-VG-Novelle 1981 nach wie vor dem Rechtsbestand an. Für die Kompetenzerweiterung zugunsten der Länder mit BGBl I 1999/8 gibt es allerdings keine Übergangsvorschriften. Hier ist mit *Resch*<sup>71)</sup> von einer Regelungslücke auszugehen, die im Wege der Analogie zu den Novellen aus 1974 und 1981 zu schließen ist. Der Bundesgesetzgeber ist also bis zum Inkrafttreten von Landesgesetzen in den durch die Novelle

<sup>68)</sup> *Resch*, RFG 2010, 91 (92); im Übrigen auch *Thienel*, Öffentlicher Dienst 116; *Schrammel*, Das Sonderarbeitsrecht der Gebietskörperschaften auf dem Prüfstand, ZAS 1988, 187 (190); zum Anwendungsbereich der Übergangsvorschriften s sogleich.

<sup>69)</sup> *Resch*, RFG 2010, 91 (92).

<sup>70)</sup> *Resch*, RFG 2010, 91 (92).

<sup>71)</sup> *Resch*, RFG 2010, 91 (92).

1999 an die Länder übergebenen Angelegenheiten (das ist insb das Kollektivvertragsrecht)<sup>72)</sup> zur Regelung derselben befugt.

Für Bundesgesetze, die vor der Novelle aus 1999 bestanden hatten, kommt es auf eine analoge Bundeskompetenz im Übergangsrecht gar nicht an. Selbst wenn die in Rede stehenden Bestimmungen des Bundes aufgrund der Kompetenzverschiebung zu den Ländern kompetenzwidrig sein sollten, wären sie aufgrund des Legalitätsprinzips bis zu ihrer Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof anzuwenden.<sup>73)</sup> Für kompetenzwidrige G gelten aber Besonderheiten, die ihre Aufhebung teilweise verhindern: Nach der Rsp des VfGH<sup>74)</sup> ist die Kompetenz zur Erlassung eines G nach der Rechtslage im Zeitpunkt der Gesetzwerdung zu beurteilen. War das G ursprünglich kompetenzkonform, so kann es auch bei späterem Wegfall dieser Kompetenz nicht in einem Verfahren nach Art 140 B-VG aufgehoben werden.<sup>75)</sup>

Für Art 21 B-VG bedeutet dies, dass solange die arbeits-/dienstrechtlichen Geltungsbereichsbestimmungen der (vor der Novelle aus 1999 erlassenen) Bundesgesetze Vertragsbedienstete der Länder – so wie etwa das AngG – nicht ausnehmen, diese nach wie vor auf solche AN anwendbar bleiben.<sup>76)</sup> Wenn Landesdienstrecht erlassen wird, derogiert es die genannten Bundesgesetze.<sup>77)</sup>

Folgt man zudem der Auffassung *Reschs*, sind *nach* der Novelle 1999 erlassene Bundesgesetze bzw Bestimmungen davon analog zu den bisherigen Übergangsvorschriften so lange kompetenzkonform, als es sich dabei um Abänderungen bereits bestehender Bestimmungen handelt.<sup>78)</sup> Da die Kompetenz zur Abänderung auch die Kompetenz umfasst, eine bisherige Bestimmung zur Gänze zu beseitigen und – auch in einer neuen Kodifikation – durch eine Neuregelung zu ersetzen,<sup>79)</sup> besteht eine weitreichende Bundeskompetenz auch im analogen Übergangsrecht.

Ob sich aus den Übergangsvorschriften Einschränkungen der Regelungsdichte der Länder ergeben, ist damit aber noch nicht geklärt.

Um Bundesgesetze in den Angelegenheiten, die auf die Länder übergegangen waren, außer Kraft zu setzen, verlangte das (nicht mehr geltende) Übergangsrecht aus 1974 von den Ländern noch die Erlassung „gleichartiger“ Bestimmungen. Demgegenüber stellte Art III Abs 1 B-VG-Novelle 1981 nur mehr auf eine „vom betreffenden Land erlassene Regelung der Angelegenheiten“ ab. Eine „gleichartige“ Regelung ist nicht mehr erforderlich.<sup>80)</sup> Es kommt somit einzig darauf an, dass eine bisher vom Bund geregelte „Angelegenheit“ vom Land ersetzt wird. Ob dies der Fall ist, richtet sich laut *Thienel* nach einer Übereinstimmung in Regelungsgegenstand (Lebenssachverhalt), dem vorgesehenen Rechtsinstrumentarium und dem verfolgten Regelungszweck.<sup>81)</sup>

<sup>72)</sup> *Hattenberger*, JAS 2017, 318 (324).

<sup>73)</sup> So auch *Resch*, RFG 2010, 91 (93).

<sup>74)</sup> VfGH 28. 10. 1948, G 2/47; 14. 6. 1960, B 28/60.

<sup>75)</sup> *Schrammel*, Sonderarbeitsrecht 195.

<sup>76)</sup> So etwa das I. Hauptstück des ArbVG (Kollektivvertragsrecht) für AN in Regiebetrieben der Länder und Gemeinden, *Resch*, RFG 2010, 91 (93).

<sup>77)</sup> *Resch*, RFG 2010, 91 (93); *Schrammel*, Sonderarbeitsrecht 195; *Thienel*, Öffentlicher Dienst 117.

<sup>78)</sup> ErläutRV 182 BgNR 13. GP 13.

<sup>79)</sup> *Thienel*, Öffentlicher Dienst 117; ähnlich *Resch*, RFG 2010, 91 (92).

<sup>80)</sup> Siehe *Thienel*, Öffentlicher Dienst 119 f.

<sup>81)</sup> *Thienel*, Öffentlicher Dienst 120.

Dem kann nur teilweise gefolgt werden: Würde man verlangen, dass die Landesregelung der bisher bestehenden Bundesregelung im Regelungszweck entspricht, hieße dies, die nicht mehr vorgesehene inhaltliche „Gleichartigkeit“ gleichsam fortzuschreiben. Der Spielraum für die Länder wurde zudem mit der B-VG-Novelle 1999 durch den Entfall des Homogenitätsprinzips noch weiter ausgebaut. Im Ergebnis wird man daher von den Ländern nur eine Regelung desselben Lebenssachverhalts (zB Abfertigung, Urlaub) verlangen können, eine darüber hinausgehende Beschränkung kann aus der Übergangsbestimmung aus 1981 nicht abgeleitet werden. Dasselbe wird bei der analogen Anwendung von Übergangsrecht zu gelten haben. Für eine bestimmte Regelungsdichte des Landesdienstrechts finden sich somit im Übergangsrecht keine Anhaltspunkte.

## V. Ergebnis und Schluss

Ein Blick auf das Verhältnis zwischen Arbeits- und Dienstrechtskompetenz von Bund und Ländern hat gezeigt, dass die Länder in der Ausgestaltung ihres Dienstrechts an keine von der Verfassung vorgegebene Regelungsdichte gebunden sind. Die auf *Thienel* zurückgehende Meinung, die ein *umfassendes* Länderdienstrecht verlangt und ansonsten für eine Bundeskompetenz eintritt, ist spätestens seit 1999 nicht mehr durch die Rechtslage gedeckt. Wenn manche Autoren<sup>82)</sup> dieses Ergebnis auch zur geltenden Rechtslage vertreten, liegt dies wohl daran, dass sie die Auswirkungen des Übergangsrechts verkennen bzw übersehen, dass dieses nach wie vor in Kraft steht.

Der eingangs angeführten Auffassung des VfGH ist somit uneingeschränkt zuzustimmen.

Auf einfachgesetzlicher Ebene derogieren im Ergebnis § 113h Oö LGG und § 139d Oö StGBG, welche die Entfallszulage für die Ambulanzgebühren für nicht abfertigungswirksam erklären, der Regelung der Abfertigung gem § 23 AngG,<sup>83)</sup> weil in diesem Bereich der oö Landesgesetzgeber von seiner ihm nach Art 21 B-VG zukommenden Kompetenz Gebrauch gemacht hat.<sup>84)</sup> Dasselbe gilt sinngemäß für sämtliche anderen Sonderbestimmungen, die die Bundesländer – wenn auch nur fragmentarisch – für ihre Bediensteten erlassen haben.

<sup>82)</sup> *Kucsko-Stadlmayer* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht, Art 21 Rz 12; *Cargnelli-Weichselbaum* in *Kneihs/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Art 21 B-VG Rz 37.

<sup>83)</sup> Das AngG ist wegen seines § 3 grundsätzlich auch auf Vertragsbedienstete, die in einer Unternehmung der hier relevanten Städte mit eigenem Statut beschäftigt sind und vorwiegend zu kaufmännischen oder zu höheren, nicht kaufmännischen Diensten oder zu Kanzleiarbeiten verwendet werden, anwendbar.

<sup>84)</sup> Siehe auch Blg Oö LT 1502/2015 27. GP 10.