

Michael Lang / Annette Lichtmannegger / Alexander Harrer

Der Besetzungsvorschlag nach § 98 Abs 7 UG, seine rechtlichen Wirkungen und die Möglichkeiten zu seiner Überprüfung

Abstract: Zur Bestellung von Universitätsprofessor/inn/en nach § 98 UG bedarf es eines Besetzungsvorschlags einer Berufungskommission. Die Rektorin oder der Rektor darf nur mit Personen Berufungsverhandlungen aufnehmen, die in einem solchen Vorschlag enthalten sind. Entscheidend ist daher, ob und von welchen Organen der Besetzungsvorschlag überprüft und gegebenenfalls aufgehoben werden kann. Die Zurückverweisung durch die Rektorin oder den Rektor nach § 98 Abs 8 UG, die Zurückverweisung durch das Rektorat gem § 22 Abs 2 Satz 2 UG, das Aufsichtsrecht der Bundesministerin oder des Bundesministers gem § 45 Abs 3 Satz 1 UG und die Aufhebungsmöglichkeit durch die Schiedskommission sowie die jeweiligen Rechtsfolgen stehen im Mittelpunkt dieses Beitrags. Die Autor/inn/en beleuchten auch die Abgrenzung der Zuständigkeiten der genannten Organe.

According to § 98 of the Universities Act 2002 (UG), the appointment of university professors requires an appointment committee to recommend candidates by submitting a reasoned nomination proposal to the rector. Under § 98 UG, the rector may initiate procedures of appointment only with the people who are included in this proposal. Given its crucial role, it becomes significant whether there is any possibility to review and, if necessary, reject this proposal and, if so, which body or institution may exercise such oversight. Against this background, this article analyses four possibilities to do so, namely rejection by the rector under § 98 paragraph 8 UG, rejection by the rectorate under § 22 paragraph 2 sentence 2 UG, oversight by the federal minister under § 45 paragraph 3 sentence 1 UG and the possibility of revocation by an arbitration commission, as well as their respective legal consequences. The authors also shed light on the delimitation of competence among the aforementioned bodies.

Deskriptoren: Besetzungsvorschlag; Aufhebung; Rektorat; Berufungsvorschlag; Aufsichtsrecht; Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen; Schiedskommission; Berufungskommission; Berufungsverfahren; Rektorin/Rektor; Zurückverweisung; Dreivorschlag; Ternavorschlag; ex aequo Qualifikation; Auswahlentscheidung; Qualitätskontrolle; Beharrungsbeschluss; Bindungswirkung.

UG: §§ 9, 20, 20b Abs 1, 22, 23 Abs 1, 23a Abs 2, 25 Abs 1, 42, 43, 45, 98; AVG: § 66 Abs 2; BAO: § 278 Abs 1.

- I. Die Zahl der in den Besetzungsvorschlag aufzunehmenden Personen
- II. Die Zurückverweisung des Besetzungsvorschlags durch die Rektorin oder den Rektor
- III. Die Zurückverweisung des Besetzungsvorschlags durch das Rektorat nach § 22 Abs 2 Satz 2 UG
- IV. Die Aufhebung des Besetzungsvorschlags im Wege aufsichtsbehördlicher Maßnahmen
- V. Die Aufhebung des Besetzungsvorschlags durch die Schiedskommission
- VI. Zusammenfassende Würdigung

I. Die Zahl der in den Besetzungsvorschlag aufzunehmenden Personen

Das Berufungsverfahren für Universitätsprofessor/inn/en nach § 98 UG erfordert das Zusammenwirken einer vom Senat eingesetzten Berufungskommission und der Rektorin oder dem Rektor: Nach § 98 Abs 7 UG erstellt die Berufungskommission einen begründeten Besetzungsvorschlag, der die drei für die Besetzung der ausgeschriebenen Stelle am besten geeigneten Kandidat/inn/en zu ent-

halten hat. Die Rektorin oder der Rektor hat dann nach § 98 Abs 8 UG die Auswahlentscheidung aus dem Besetzungsvorschlag zu treffen oder den Besetzungsvorschlag an die Berufungskommission zurückzuverweisen, wenn dieser nicht die am besten geeigneten Kandidat/inn/en enthält. Eine nicht in den Besetzungsvorschlag aufgenommene Person darf nicht berufen werden.

§ 98 Abs 7 UG regelt die Zahl der Personen, die in den Besetzungsvorschlag aufzunehmen sind: Der Besetzungsvorschlag hat „die drei für die Besetzung der ausgeschriebenen Stelle am besten geeigneten Kandidatinnen und Kandidaten zu enthalten“. Die Zahl „drei“ scheint klare Hinweise auf die Vorstellungen des Gesetzgebers zu geben. Die Wortfolge insgesamt lässt jedoch unterschiedliche Deutungen zu: Die gewählte Formulierung kann so verstanden werden, dass der Besetzungsvorschlag nur drei Kandidat/inn/en enthalten darf. Der Wortlaut trägt aber auch ein Verständnis, wonach mindestens drei Personen in den Vorschlag aufzunehmen sind¹: Die Vorgabe, dass der Besetzungsvorschlag die drei am besten geeigneten Kandidat/inn/en enthält, ist auch dann erfüllt, wenn zusätzlich zu diesen drei Personen noch weitere Wissenschaftler/innen oder Künstler/innen aufgenommen werden. Ob der Vorschlag „nur“ oder „mindestens“ drei Personen zu enthalten hat, lässt sich ohne Berücksichtigung systematischer, historischer und teleologischer Argumente nicht zweifelsfrei beurteilen.

Die Gesetzessystematik lässt allerdings auch keine eindeutigen Rückschlüsse zu: Nach § 98 Abs 7 Satz 2 UG ist ein Vorschlag mit weniger als drei Kandidat/inn/en besonders zu begründen. Der Gesetzgeber macht damit deutlich, dass der Besetzungsvorschlag auch weniger als drei Personen umfassen kann. Eine ausdrückliche Regelung, dass mehr als drei Personen aufgenommen werden können, sieht § 98 UG hingegen nicht vor. Das Fehlen einer solchen Vorschrift ließe sich dahingehend deuten, dass der Besetzungsvorschlag zwar weniger, aber nicht mehr als drei Kandidat/inn/en umfassen darf². Angesichts des in dieser Hinsicht eindeutigen Wortlauts des § 98 Abs 7 Satz 1 UG bedarf es der Sondervorschrift des § 98 Abs 7 Satz 2 UG, da der Besetzungsvorschlag sonst nicht weniger als drei Personen enthalten darf. Vor dem Hintergrund eines Verständnisses des § 98 Abs 7 Satz 1 UG, wonach sonst in den Vorschlag nur drei Kandidat/inn/en aufgenommen werden dürfen, macht die Regelung des § 98 Abs 7 Satz 2 UG jedenfalls Sinn. Die ausdrücklich eingeräumte Zulässigkeit von Vorschlägen mit weniger als drei Personen leuchtet aber auch dann ein, wenn man § 98 Abs 7 Satz 1 UG so liest, dass die Aufnahme von vier oder mehr Personen in einen Besetzungsvorschlag ebenso gestattet ist. Dann bedarf es eben nur für Vorschläge mit weniger als drei Kandidat/inn/en einer ausdrücklichen Sonderregelung. § 98 Abs 7 Satz 2

UG würde dann für einen Vorschlag mit einer oder zwei Personen eine besondere Begründung verlangen, während dies im Falle der Aufnahme von mehr als drei Personen nicht erforderlich ist.

Das UG kennt auch an anderer Stelle Vorschläge, die mehrere Personen zu enthalten haben: Schon in der ursprünglichen Fassung des § 25 Abs 1 Z 5 UG sprach der Gesetzgeber – im Zusammenhang mit dem an den Universitätsrat zu erstattenden Vorschlag des Senats für die Wahl der Rektorin oder des Rektors – von der „Erstellung eines Dreivorschlags“. Dies wirft die Frage auf, warum sich § 98 Abs 7 UG nicht derselben Terminologie bedient. Der Grund dafür könnte darin liegen, dass § 98 Abs 7 Satz 2 UG – anders als § 25 Abs 1 Z 5 UG in der Stammfassung und als der nunmehrige § 25 Abs 1 Z 5a UG – bei entsprechender Begründung explizit auch einen „Vorschlag mit weniger als drei Kandidatinnen und Kandidaten“ zulässt. Daher passt der Ausdruck „Dreivorschlag“ im Kontext des § 98 Abs 7 UG nicht oder nicht immer. Der Verzicht auf die Verwendung des Ausdrucks „Dreivorschlag“ in § 98 Abs 7 UG muss daher nicht unbedingt seinen Grund darin haben, dass ein Vorschlag nach § 98 Abs 7 UG auch mehr als drei Kandidat/inn/en enthalten kann.

Seit der UG-Novelle 2009 hat der Erstellung des Dreivorschlags für die Wahl der Rektorin oder des Rektors durch den Senat auch noch ein Vorschlag der Findungskommission voranzugehen: § 23a Abs 2 Z 3 UG lehnt sich dabei an die Terminologie des § 98 Abs 7 Satz 1 UG an und normiert, dass der Vorschlag „die drei für die Besetzung der Funktion am besten geeigneten Kandidatinnen und Kandidaten zu enthalten“ hat. § 23a Abs 3 UG bezeichnet dann diesen Vorschlag als „Dreivorschlag“. Nach dem Wortlaut des § 23a Abs 2 Z 3 UG dürfen in diesem Vorschlag zwar nicht zwei Kandidat/inn/en oder gar nur eine Kandidatin oder nur ein Kandidat genannt sein³. Die Aufnahme von vier oder fünf Kandidat/inn/en ist aber nach dieser Formulierung nicht ausgeschlossen⁴. Ein derartiger Vorschlag enthält neben den viert- und fünftbestgeeigneten Kandidat/inn/en nämlich auch die drei am besten geeigneten Kandidat/inn/en. Allerdings könnte die Verwendung des Ausdrucks „Dreivorschlag“ in § 23a Abs 3 UG die Aufnahme von weniger oder mehr Personen ausschließen. Die Gesetzesmaterialien zur UG-Novelle 2009 gehen jedenfalls davon aus, dass „der Vorschlag genau drei Kandidatinnen und Kandidaten zu enthalten hat“. Aus der Gegenüberstellung der in § 23b UG verwendeten Terminologie mit jener des § 98 Abs 7 UG ist aber für die Auslegung des § 98 Abs 7 UG nichts zu gewinnen: Die jüngere Vorschrift kann keine Einsichten zum Verständnis der schon in der Stammfassung des UG enthaltenen Regelung des § 98 Abs 7 UG vermitteln.

Im UOG 1975 hatte § 28 Abs 2 – insoweit eine Vorgängervorschrift von § 98 Abs 7 UG – noch davon ge-

1 Anders hingegen *Novak*, Das Berufungsverfahren nach UnivG 2002 (2007) 32; zu § 23 Abs 4 UOG 1993 *Thienel*, Das Berufungsverfahren nach dem UOG 1993 (1996) 241.

2 So *Novak*, Berufungsverfahren 32; *Feik*, Berufungsverfahren nach § 98 UG 2002, unilex 1-2/2007, 10 (17).

3 Zutreffend *Kucsko-Stadlmayer*, Universitätsautonomie und Rechtsaufsicht des BMWF, *zfh* 2013, 27 (32).

4 Anders aber *Kucsko-Stadlmayer*, *zfh* 2013, 32.

sprochen, dass der Besetzungsvorschlag „mindestens“ die Namen von drei Personen zu enthalten hat. Die Aufnahme von mehr als drei Personen war daher explizit möglich. Der Wortlaut des § 98 Abs 7 UG ist aber anders. In § 23 Abs 4 UOG 1993 und nun in § 98 Abs 7 UG findet sich das Wort „mindestens“ nicht mehr. Dies könnte ein Argument dafür sein, dass die Erstellung eines Besetzungsvorschlags mit mehr als drei Personen nicht mehr zulässig ist⁵.

In den Gesetzesmaterialien zu § 98 UG ist – anders als in der Vorschrift selbst – vom „Dreiervorschlag“ die Rede⁶: Die Berufungskommission hat „den Besetzungsvorschlag (Dreiervorschlag) zu erstellen“. Mehr als der Befund, dass der Dreiervorschlag der Standardfall eines Vorschlags nach § 98 Abs 7 UG ist, ist aus diesem Hinweis aber nicht zu gewinnen. Denn in den Erläuterungen ist nur allgemein vom „Dreiervorschlag“ die Rede, ohne besonders zu erwähnen, dass der Vorschlag nach § 98 Abs 7 Satz 2 UG auch weniger als drei Kandidat/inn/en enthalten kann. Wenn aber die Verwendung des Begriffs „Dreiervorschlag“ im Einzelfall eine Abweichung nach unten ermöglicht, schließt diese Formulierung der Gesetzesmaterialien dann auch einen Besetzungsvorschlag mit mehr als drei Personen nicht völlig aus.

Berufungskommissionen erstatten ihre Vorschläge für die Besetzung der Stellen von Universitätsprofessor/inn/en seit dem UOG 1993 an die Rektorin oder den Rektor⁷. Erst auf Grundlage des § 23 Abs 6 UOG 1993 hatte die Rektorin oder der Rektor zu entscheiden, „ob und mit welchem der im Berufungsvorschlag enthaltenen Kandidaten Berufungsverhandlungen aufzunehmen sind“. Nach § 28 Abs 5 UOG 1975 war der „Besetzungsvorschlag samt Kommissionsbericht [...] dem Bundesminister für Wissenschaft und Forschung vorzulegen“, der dann das Verfahren fortführte⁸. Die finale Entscheidung über die Berufung von Universitätsprofessor/inn/en wurde damals nicht innerhalb der Universität getroffen. Das Gesetz stellte den Entscheidungsspielraum von Organen außerhalb der Universität sicher. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage des UOG kam dies deutlich zum Ausdruck⁹: „Der Sinn des Ternavor-schlages ist demnach gerade darin zu sehen, dass der zuständige Bundesminister aus mehreren Vorschlägen nach seinem Ermessen einen an den Bundespräsidenten herantragen kann.“ Daher waren Vorschläge mit weniger als drei Personen damals schon zu begründen. Die

gesetzlichen Vorschriften wollten aber nicht verhindern, dass die Berufungskommission als universitäres Organ freiwillig die Entscheidung in noch größerem Ausmaß von der Universität weg verlagerte, indem sie mehr als drei Personen in den Vorschlag aufnahm und auf diese Weise den Spielraum der politischen Organe noch erweiterte¹⁰. Wenn seit dem UOG 1993 die Rektorin oder der Rektor die Entscheidung über die Aufnahme von Berufungsverhandlungen trifft und auf Grundlage des UG 2002 nunmehr selbst die Berufung vornimmt, könnten nun ähnliche Überlegungen angestellt werden: § 98 Abs 7 UG sichert die Befugnisse der Rektorin oder des Rektors ab. Der Entscheidungsspielraum der Rektorin oder des Rektors bleibt nicht bloß gewahrt, sondern wird sogar erweitert, wenn der Besetzungsvorschlag mehr als drei Personen umfasst. Eine Berufungskommission, die einen mehr als drei Personen umfassenden Besetzungsvorschlag erstellt, legt aus freien Stücken personelle Weichenstellungen, die sie durch Nichtaufnahme weiterer Personen in den Vorschlag selbst vornehmen könnte, in die Hände der Rektorin oder des Rektors. Allerdings ist die Rektorin oder der Rektor nicht mit einem außerhalb der Universität angesiedelten politischen Organ vergleichbar¹¹. Die Auswahlentscheidung durch die Rektorin oder den Rektor dient – anders als die früher vorgesehenen Ernennungsbefugnisse von Bundesregierung und Bundespräsident – nicht der Mitwirkung der Politik und Gesellschaft repräsentierenden Organe an der universitären Entscheidungsfindung. § 98 UG sieht vielmehr das Zusammenwirken von Berufungskommission und Rektorin oder Rektor – und damit von zwei universitären Organen – vor, um die für die Universität sachlich beste Personalentscheidung herbeizuführen. Angesichts des Umstands, dass der Besetzungsvorschlag keine Reihung zu beinhalten braucht, könnte die Rektorin oder der Rektor für die von ihr oder ihm zu treffende Auswahlentscheidung allenfalls sogar mehr vom Sachverstand der primär nach fachlichen Gesichtspunkten zusammengesetzten Berufungskommission profitieren, wenn ihr oder ihm ein Vorschlag mit bloß den drei bestgeeigneten Kandidat/inn/en zur Verfügung steht, als wenn beispielsweise, fünf, zehn oder gar mehr Personen im Besetzungsvorschlag genannt sind¹². Diese Argumente, die gegen einen deutlich mehr als drei Personen umfassenden Besetzungsvorschlag ins Treffen geführt werden könnten, wiegen allerdings auch nicht allzu schwer: Die Berufungskommission entscheidet auf Grundlage von Gutachten und Stellungnahmen und muss ihren Besetzungsvorschlag begründen. Die Rektorin oder der Rektor muss dies nachvollziehen können. Die Begründung ist ihr oder ihm daher auch zugänglich und sie oder er kann sich bei der Auswahlentscheidung daran orientieren. Dies gilt auch, wenn der Besetzungsvorschlag mehr als drei Personen umfasst. Darüber hinaus kann ein nur wenige Personen umfas-

5 So *Novak*, Berufungsverfahren 32; ebenso bereits *Thienel*, Berufungsverfahren 241 FN 705, der auf die unterschiedlichen Formulierungen in § 23 Abs 4 UOG 1993 und § 28 Abs 2 UOG 1975 hinweist.

6 ErlRV 1134 BlgNR XXI. GP, 96.

7 Der Vorschlag war zunächst an die Dekanin oder den Dekan (§ 23 Abs 4 UOG 1993) und dann mit einer Stellungnahme des Fakultätskollegiums an die Rektorin oder den Rektor weiterzuleiten (§ 23 Abs 5 UOG 1993).

8 *Funk*, Rechtsbeziehungen und Rechtsschutz im Berufungsverfahren nach § 98 UG, zfh 2013, 163 (165).

9 ErlRV 888 BlgNR XIII. GP, 118.

10 In diese Richtung auch *Novak*, Berufungsverfahren 32.

11 So auch *Novak*, Berufungsverfahren 32.

12 So auch *Novak*, Berufungsverfahren 32.

sender Vorschlag auch die Besetzung der Stelle verzögern, wenn sich beispielsweise die Verhandlungen mit allen im Vorschlag enthaltenen Kandidat/inn/en zerschlagen und ein neuer Besetzungsvorschlag erstellt oder die Stelle nochmals ausgeschrieben werden muss.

All diese Überlegungen führen zu keinem völlig eindeutigen Befund: Klar ist, dass dem Gesetzgeber ein genau drei Personen umfassender Vorschlag als Standardfall eines Besetzungsvorschlags vor Augen stand. Dies schließt die Aufnahme weiterer Personen in Sonderfällen nicht unbedingt aus. Eine solche Konstellation könnte dann vorliegen, wenn die Berufungskommission beispielsweise zwei Personen jedenfalls zu den drei am besten geeigneten Kandidat/inn/en zählt und zwei oder mehrere weitere Kandidat/inn/en in gleicher Weise als geeignet ansieht. Wenn man die Auffassung vertritt, ein Besetzungsvorschlag darf in keinem Fall mehr als drei Personen umfassen, müsste die Berufungskommission in diesem Fall § 98 Abs 7 Satz 2 UG anwenden und den Umstand der gleichen Eignung zweier weiterer Personen als besondere Begründung nach dieser Vorschrift dafür anführen, warum der Vorschlag nur zwei Personen umfasst. Sachlich wäre dieses Ergebnis aber Einwänden ausgesetzt: Für beide gleich geeigneten Bewerber/innen gilt, dass sie jeweils für sich betrachtet in den Vorschlag aufzunehmen wären. Lediglich der Umstand, dass es eine/n andere/n gleich geeignete/n Bewerber/in gibt, würde beiden die Möglichkeit nehmen, berufen zu werden. Vor allem aber wäre es problematisch, den Entscheidungsspielraum der Rektorin oder des Rektors bei der Auswahlentscheidung nur aus diesem Grund in einer solchen Konstellation auf zwei Personen einzuschränken. Dies spricht dafür, die beiden weiteren Kandidat/inn/en auch in den Besetzungsvorschlag aufzunehmen. Der Vorschlag umfasst dann vier Personen. Nimmt die Kommission eine Reihung vor, wäre dies ein Fall einer ex aequo-Reihung an dritter Stelle. In der universitären Praxis, die allerdings kein bei der Interpretation des § 98 Abs 7 UG zu berücksichtigendes Argument ist, gibt es immer wieder Besetzungsvorschläge mit mehr als drei Personen¹³.

II. Die Zurückverweisung des Besetzungsvorschlags durch die Rektorin oder den Rektor

Nach § 98 Abs 8 UG hat die Rektorin oder der Rektor die Auswahlentscheidung aus dem Besetzungsvorschlag zu treffen oder den Besetzungsvorschlag zurückzuverweisen, wenn dieser nicht die am besten geeigneten Kandidat/inn/en enthält. Wenn die Berufungskommission eine Reihung der Kandidat/inn/en vornimmt und die Rektorin oder der Rektor bloß mit der Reihung nicht einverstanden ist, der Besetzungsvorschlag aber den-

noch – in anderer Reihenfolge – die drei bestgeeigneten Kandidat/inn/en enthält, besteht kein Grund, den Besetzungsvorschlag zurückzuverweisen. Denn eine von der Berufungskommission vorgenommene Reihung bindet die Rektorin oder den Rektor nicht¹⁴, und in einem solchen Fall enthält der Vorschlag ohnehin die auch nach Auffassung der Rektorin oder des Rektors am besten geeigneten Kandidat/inn/en.

Zu überlegen ist, zu welchem Zeitpunkt die Zurückverweisung erfolgen kann. § 98 Abs 8 UG trägt der Rektorin oder dem Rektor auf, entweder die Auswahlentscheidung zu treffen oder den Besetzungsvorschlag zurückzuverweisen. Die Zurückverweisung ist daher die Alternative zur Auswahlentscheidung. Daher ist der Besetzungsvorschlag in jener Phase des Berufungsverfahrens zurückzuweisen, in der sonst die Auswahlentscheidung getroffen wird. Allerdings kann es in einem Berufungsverfahren mehrere Auswahlentscheidungen geben¹⁵: Wenn sich die Verhandlungen mit der zunächst ausgewählten Person zerschlagen, hat die Rektorin oder der Rektor eine – weitere – Auswahlentscheidung aus dem verbleibenden Besetzungsvorschlag zu treffen. Vor diesem Hintergrund könnte erwogen werden, der Rektorin oder dem Rektor auch in dieser Phase anstelle der weiteren Auswahlentscheidung die neuerliche Möglichkeit zur Zurückverweisung einzuräumen. Die Rektorin oder der Rektor könnte – wenn zumindest eine im Besetzungsvorschlag enthaltene Person zu den bestgeeigneten Kandidat/inn/en zählt – zunächst von der Zurückverweisung absehen, und diese erst dann vornehmen, wenn nach Abbruch der Verhandlungen mit dieser Kandidatin oder diesem Kandidaten der Besetzungsvorschlag keine der bestgeeigneten Kandidat/inn/en mehr enthält. Allerdings ist Sinn der Zurückverweisungsmöglichkeit, dass die Rektorin oder der Rektor den von der Berufungskommission erstellten Besetzungsvorschlag überprüft, bevor sie oder er weitere Schritte setzt¹⁶. Prüfungsgegenstand ist, ob der Vorschlag „die am besten geeigneten Kandidatinnen und Kandidaten enthält“. Diese in § 98 Abs 8 UG gewählte Formulierung deutet auf eine nur unmittelbar nach Erstattung des Vorschlags bestehende Zurückverweisungsmöglichkeit hin.

Zu überlegen ist, aus welcher Gruppe die „am besten geeigneten Kandidatinnen und Kandidaten“ zu bestimmen sind, die dann mit den tatsächlich in den Besetzungsvorschlag aufgenommenen Kandidat/inn/en verglichen werden sollen. Nach *Thienel* hätte der Wortlaut der fast gleichlautenden Formulierung des § 23 Abs 7 UOG 1993 eine weite Deutung zugelassen¹⁷: Demnach hätte die Rektorin oder der Rektor von sich aus auch

¹³ Vgl zB die den folgenden Entscheidungen zugrundeliegende Sachverhalte: VwGH 29. 11. 2011, 2010/10/0052; BVwG 11. 10. 2016, W128 2117806-1/4E; OLG Innsbruck 5. 6. 2018, 13 Ra 7/18d.

¹⁴ *Rath-Kathrein*, Das ordentliche Berufungsverfahren und seine Umsetzung durch die Universitäten in FS für Norbert Wimmer (2007) 570 (590); *Feik*, unilex 1-2/2007, 17; Vgl allerdings *Novak*, Berufungsverfahren 36, der davon ausgeht, dass die Rektorin oder der Rektor bei Abgehen von der Reihung einer ausreichenden sachlichen Begründung bedarf.

¹⁵ So auch *Feik*, unilex 1-2/2007, 19.

¹⁶ Dazu auch schon *Thienel*, Berufungsverfahren 268 ff.

¹⁷ *Thienel*, Berufungsverfahren 276.

prüfen können oder sogar müssen, ob es neben den Bewerber/inne/n und den von Amts wegen einbezogenen Kandidat/inn/en noch weitere Personen gibt, die für die ausgeschriebene Stelle in Betracht kämen, und die in das Berufungsverfahren einbezogen hätten werden sollen. Die Rektorin oder der Rektor könnte auf diese Weise sicherstellen, dass tatsächlich die am besten geeigneten Personen in Betracht gezogen wurden und widrigenfalls den Besetzungsvorschlag zurückverweisen. Ein solch weitgehendes Verständnis würde der Rektorin oder dem Rektor aber umfangreiche Nachforschungen aufbürden. Dies spricht gegen diese Deutung¹⁸. Nicht übersehen werden darf auch, dass das Gesetz von „Kandidatinnen und Kandidaten“ spricht. Als solche gelten – neben den Bewerber/inne/n¹⁹ – nach § 98 Abs 2 Satz 2 UG nur jene Wissenschaftler/innen, die ohne Bewerbung „mit ihrer Zustimmung“ in das Berufungsverfahren einbezogen wurden. *Novak* nimmt – unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien und den Sitz dieser Regelung in § 98 Abs 2 UG²⁰ – eine Rektoratskompetenz zur Bestimmung solcher Kandidat/inn/en an²¹. Daher sind neben den Bewerber/inne/n auch die in das Berufungsverfahren nach § 98 Abs 2 Satz 2 UG einbezogenen Kandidat/inn/en bei der Prüfung zu berücksichtigen.

Die von der Rektorin oder dem Rektor vorzunehmende Prüfung ist inhaltlicher Art. Es geht nicht um die Einhaltung von Verfahrensvorschriften²². Die Zurückverweisung ist nur dann zulässig, wenn die Rektorin oder der Rektor zum Ergebnis kommt, dass der Besetzungsvorschlag nicht die am besten geeigneten Kandidat/inn/en enthält. So kann ein Besetzungsvorschlag nicht nachvollziehbar oder auch gar nicht begründet sein, im Ergebnis aber dennoch die bestgeeigneten Kandidat/inn/en enthalten. Dann darf keine Zurückverweisung erfolgen²³. Der Rektorin oder dem Rektor ist es nicht möglich, ohne jegliche Prüfung eine Auswahlentscheidung aus dem Besetzungsvorschlag zu treffen. Dem Gesetzgeber kann nicht unterstellt werden, ein im völligen Belieben der Rektorin oder des Rektors liegendes Wahlrecht zwischen der Zurückverweisung und einer umgehenden Auswahlentscheidung einzuräumen. Eine Prüfung ist daher jedenfalls durchzuführen²⁴. Wenn der Besetzungsvorschlag insgesamt nicht nachvollziehbar

begründet ist, wird die Rektorin oder der Rektor – falls sie oder er nicht selbst über fachliche Expertise auf dem Gebiet der zu besetzenden Stelle verfügt – Gutachten einholen zu haben oder sich auf andere Weise sachverständiger Unterstützung bedienen müssen, um festzustellen, ob der Besetzungsvorschlag im Ergebnis die bestgeeigneten Kandidat/inn/en enthält. Ergibt die vorgenommene Überprüfung, dass der Besetzungsvorschlag dieser Anforderung entspricht, hat die Rektorin oder der Rektor von weiteren Schritten abzusehen und sogleich eine Auswahlentscheidung zu treffen²⁵.

Fraglich könnte sein, ob die Rektorin oder der Rektor eine bloße Vertretbarkeitskontrolle vorzunehmen hat oder ihr oder sein eigenes Auswahlermessen an die Stelle jenes der Kommission setzen darf. Weitgehend fachkundig zusammengesetzte Berufungskommissionen wirken an Berufungsverfahren mit, um sicherzustellen, dass der dort konzentrierte Sachverstand in die Auswahlentscheidung einfließt. Die Rektorin oder der Rektor muss hingegen nicht notwendigerweise fachkundig sein. Daher wäre es nicht verständlich, wenn der Gesetzgeber zunächst ein förmliches Beurteilungsverfahren durch ein spezifisch fachkundig besetztes Gremium vorsieht, und anschließend der Rektorin oder dem Rektor die Befugnis einräumt, ein weiteres gleichartiges Beurteilungsverfahren durchzuführen und das von der Kommission ausgeübte Auswahlermessen durch ihr oder sein eigenes Auswahlermessen zu ersetzen²⁶. Dies spricht dafür, dass die Rektorin oder der Rektor zu überprüfen hat, ob die Kommission ihren Beurteilungsspielraum überschritten hat, und ihr oder ihm damit letztlich eine bloße Vertretbarkeitskontrolle obliegt.

Für das gegenteilige Ergebnis ließe sich ins Treffen führen, dass dem Gesetzgeber auch eine doppelte Qualitätskontrolle vorgeschwebt sein könnte: Nur Kandidat/inn/en, die sowohl nach Auffassung der Berufungskommission als auch nach Auffassung der Rektorin oder des Rektors zu den am besten geeigneten Kandidat/inn/en zählen, können im weiteren Berufungsverfahren berücksichtigt werden. Allerdings müsste sich auf Grundlage dieser Auffassung die Rektorin oder der Rektor dann fast immer zusätzlichen Sachverständigen bedienen und beispielsweise weitere Gutachten einholen, wenn sie oder er nicht selbst hinlänglich fachkundig ist. Die Rektorin oder der Rektor dürfte dann wohl auch nicht von weiteren Schritten der Detailprüfung absehen. Der damit verbundene zeitliche Aufwand, der das Verfahren weiter verlängern würde, ist ein beachtliches Argument gegen diese Auffassung.

Eng mit diesen Überlegungen ist die Frage verbunden, welche rechtlichen Wirkungen eine Zurückverweisung auslöst: Klar ist, dass die Berufungskommission einen weiteren Besetzungsvorschlag erstatten muss. Aber ist die Berufungskommission dabei an die von der Rektorin oder dem Rektor vertretene Auffassung gebunden und hat den Besetzungsvorschlag entsprechend dieser

18 So schon *Thienel*, Berufungsverfahren 277.

19 Vgl *Rath-Kathrein* in FS Wimmer 570 FN 10: „Während § 98 Abs 5 UG bei der Umschreibung der Aufgabe der Gutachter von ‚Bewerberinnen und Bewerbern‘, deren Eignung zu beurteilen ist, spricht, sprechen die folgenden Absätze von ‚geeigneten Kandidatinnen und Kandidaten‘. Eine normative Bedeutung dieser unterschiedlichen Wortwahl ist nicht ersichtlich“.

20 Näher *Lang/Lichtmanegger*, „Opportunity Hiring“ – Die Berufung von Universitätsprofessor/inn/en nach § 99a UG, *zfh* 2018, 79 (83).

21 *Novak*, Berufungsverfahren 13 FN 91; zustimmend *Feik*, *unilex* 1-2/2007, 11 FN 9.

22 Dazu auch schon *Thienel*, Berufungsverfahren 271.

23 Dazu *Thienel*, Berufungsverfahren 271 f.

24 *Thienel*, Berufungsverfahren 274 f zu § 23 Abs 7 UOG 1993.

25 Vgl auch *Thienel*, Berufungsverfahren 275.

26 So schon *Thienel*, Berufungsverfahren 271.

Auffassung neu zu fassen oder kann sie auch einen Beharrungsbeschluss fassen²⁷? Eine Bindung der Kommission an die Beurteilung durch die Rektorin oder den Rektor wäre nicht einzusehen. Denn eine doppelte Qualitätskontrolle wäre dann erst recht nicht gewährleistet. Bei Annahme einer inhaltlich bindenden Wirkung der Zurückverweisung würde die Entscheidung der Rektorin oder des Rektors letztlich – wenngleich über den Umweg eines neuerlichen Besetzungsvorschlags durch die Kommission – den ursprünglichen Besetzungsvorschlag ersetzen. Wenngleich die Tätigkeit der Berufungskommission dadurch nicht immer völlig überflüssig würde, weil immerhin die Auseinandersetzung mit allen Kandidat/inn/en durch die Kommission und die Begründung des dann zum Entscheidungsvorschlag für die Rektorin oder den Rektor werdenden Besetzungsvorschlags für die finale Entscheidung durch die Rektorin oder den Rektor hilfreich sein kann, wäre der Einfluss der Berufungskommission auf das Verfahren gering. Das aufwändige und im Gesetz detailliert geregelte Berufungsverfahren spricht gegen die Annahme einer solchen Bindung.

An dieser Argumentation ändert sich nur wenig, wenn man die Aufgabe der Rektorin oder des Rektors bei der Zurückverweisungsprüfung in einer bloßen Vertretbarkeitskontrolle sieht. Die Grenze zwischen bloßer Vertretbarkeitskontrolle und eigenem Auswahlermessens kann in der Praxis verschwimmen. Die Kommission hat keine Möglichkeit, eine Überprüfung der Zurückverweisungsentscheidung und der von der Rektorin oder dem Rektor dabei zu beachtenden Vorgaben von sich aus zu erzwingen, sondern könnte nur ein aufsichtsbehördliches Verfahren anregen²⁸ oder versuchen, andere Personen oder Organe zu rechtlichen Schritten zu bewegen. Ein einer Amtsbeschwerde nachempfundenen Instrument kennt das UG in diesem Zusammenhang nicht.

Die Zurückverweisung ist zwar auch aus dem Verfahrensrecht bekannt und bewirkt dort regelmäßig eine Bindung²⁹. § 98 Abs 8 UG unterscheidet sich aber von jenen verfahrensrechtlichen Vorschriften, nach denen die Begründung der Kassationsentscheidung im fortgesetzten Verfahren zu einer Bindung führt. Das Verhältnis zwischen Rektorin oder Rektor und Berufungskommission ist nicht mit jenem zwischen Ober- und Unterinstanz oder Gericht und Verwaltungsbehörde vergleichbar. Der Wortlaut des § 98 Abs 8 UG ist ebenfalls anders als jener des § 66 Abs 2 AVG oder des § 278 Abs 1

BAO. Zudem spricht § 98 Abs 10 Satz 2 UG eine Fallkonstellation ausdrücklich an, in der eine Entscheidung „unter Beachtung der von der Schiedskommission vertretenen Rechtsanschauung zu treffen ist“. Eine derartige Formulierung findet sich in § 98 Abs 8 UG nicht, was ebenfalls gegen eine Bindung der Berufungskommission ins Treffen zu führen ist³⁰. Auch spricht der vom VfGH zuletzt festgestellte privatrechtliche Charakter des Berufungsverfahrens³¹ dagegen, die Parallele zu den verfahrensrechtlichen Vorschriften des öffentlichen Rechts zu betonen.

Zwar war in § 23 Abs 7 UOG 1993 noch die Möglichkeit eines Beharrungsbeschlusses der Berufungskommission ausdrücklich vorgesehen, während eine derartige Regelung im UG nicht mehr enthalten ist. Dieses Argument scheint auf den ersten Blick in die andere Richtung zu weisen. Allerdings ist das Berufungsverfahren in § 98 UG insgesamt etwas schlanker geregelt als dies in den Vorgängerregelungen der Fall war. So ist zum Beispiel eine dem § 23 Abs 6 Satz 2 UOG 1993 vergleichbare Regelung über die Hausberufung im UG nicht enthalten. Die Gesetzesmaterialien zum UG halten dazu fest, dass eine solche Regelung in die Satzung aufgenommen werden kann³². Ebenso wenig gibt es im UG eine § 23 Abs 8 UOG 1993 entsprechende Bestimmung, nach der im Falle des Scheiterns der Berufungsverhandlungen mit allen vorgeschlagenen Kandidat/inn/en neuerlich eine Berufungskommission einzusetzen ist³³. Zurecht wird daraus nicht abgeleitet, dass eine derartige Vorgangsweise auf dem Boden des UG nicht mehr möglich wäre³⁴. Folglich kann aus dem Umstand, dass das UG – anders als noch § 23 Abs 7 UOG 1993 – den Beharrungsbeschluss nicht mehr ausdrücklich anspricht, nicht geschlossen werden, dass die Berufungskommission diese Möglichkeit nicht mehr hat.³⁵

Wenn die Berufungskommission im Falle der Zurückverweisung auch einen Beharrungsbeschluss fassen kann³⁶, stellt sich die Frage, ob dann die Rektorin oder der Rektor einen Besetzungsvorschlag auch neuerlich zurückverweisen kann und wie oft sich dann Beharrungsbeschluss und Zurückverweisung abwechseln können. Dem Gesetz lässt sich nicht entnehmen, dass nur *eine* Zurückverweisung oder nur *ein* Beharrungsbeschluss möglich wäre. Eine Pattsituation kann daher nicht ausgeschlossen werden. Eine Lösung könnte darin bestehen, das laufende Berufungsverfahren abzubre-

27 Gegen die Zulässigkeit eines Beharrungsbeschlusses *Kucsko-Stadlmayer* in *Perthold-Stoitzner*, UG³ § 98 Rz 45 (Stand 01.10.2016, rdb.at).

28 Dazu *Hauser*, Professorenberufung gemäß UG 2002, zfh 2007, 122; *Feik*, unilex 1-2/2007, 18; *Kucsko-Stadlmayer* in *Perthold-Stoitzner*, UG³ § 98 Rz 45.

29 *Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrenrecht⁶ (2018) 312; *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrenrecht¹⁰ (2014), 324; vgl. weiters *Lang/Lenneis*, Die Tücken des Aufhebungsbescheides nach § 289 Abs 1 BAO – Konsequenzen der Bindungswirkung, SWK 2002, 610 ff.

30 In diese Richtung bereits *Perthold-Stoitzner*, Hochschulrecht im Strukturwandel (2012) 96.

31 VfSlg 20.164/2017.

32 ErläutRV 1134 BlgNR XXI. GP, 96.

33 Zu dieser Deutung des § 23 Abs 8 UOG 1993 *Bast*, UOG 1993 (1994) 66 Anm 9.

34 So *Perthold-Stoitzner*, Hochschulrecht 98. Für die Durchführung eines neuen Berufungsverfahrens: *Feik*, unilex 1-2/2007, 18; *Hauser*, zfh 2007, 123; *Novak*, Berufungsverfahren 36 f; *Kucsko-Stadlmayer* in *Perthold-Stoitzner*, UG³ § 98 Rz 49.

35 Anders aber *Novak*, Berufungsverfahren 36 f.

36 AA *Feik*, unilex 1-2/2007, 18; *Kucsko-Stadlmayer* in *Perthold-Stoitzner*, UG³ § 98 Rz 45.

chen. Der Rektorin oder dem Rektor kommt eine solche Zuständigkeit in dieser Phase des Verfahrens nicht zu. Sie oder er führt zwar die Berufungsverhandlungen, die aber nach § 98 Abs 9 und 10 UG erst aufgenommen werden können, nachdem der Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen Gelegenheit hatte, sich mit der Auswahlentscheidung zu befassen. Eine Entscheidung über den Abbruch des Berufungsverfahrens könnte das Rektorat auf Grundlage seiner Subsidiärzuständigkeit nach § 22 Abs 1 Satz 2 UG treffen. Die Zuständigkeit des Rektorats könnte auch auf § 98 Abs 2 Satz 1 UG gestützt werden, wenn der Abbruch des Berufungsverfahrens mit einer neuerlichen Ausschreibung der Stelle verbunden ist. Ebenso wäre es denkbar, den Abbruch eines Berufungsverfahrens auch dann auf § 98 Abs 2 Satz 1 UG zu stützen, wenn dem keine neuerliche Ausschreibung folgt: Wenn das Rektorat die Ausschreibung vorzunehmen hat und damit das Berufungsverfahren in Gang bringt, könnte daraus auch die Berechtigung abgeleitet werden, das Berufungsverfahren wieder zu beenden.

Als heikel könnte sich die Abgrenzung der Zuständigkeiten von Rektorat einerseits und Rektorin oder Rektor andererseits erweisen: Entscheidet sich das Rektorat dafür, in einer Pattsituation das Berufungsverfahren abubrechen, greift es damit in die Rechte der Rektorin oder des Rektors ein, die oder der möglicherweise – in der Hoffnung, dass die Berufungskommission ihren Widerstand aufgibt – eine neuerliche Zurückverweisung präferiert. Ob das Rektorat hier eine Entscheidung gegen den Willen der Rektorin oder des Rektors treffen kann, ist fraglich. *Kucsko-Stadlmayer* hat – in Analyse des VwGH-Erk v. 23. 10. 2012, 2011/10/0193 – zutreffend darauf hingewiesen, dass die „Allzuständigkeit“ des Rektorats die anderen obersten Leitungsorgane nicht bei ihrer Aufgabenbesorgung behindern dürfe. Bei der Auslegung der Kompetenzen der obersten Organe der Universität im Verhältnis zueinander müssen deren Gleichordnung und der telos der jeweiligen Zuständigkeitsvorschrift beachtet werden³⁷. Eine die Gleichordnung der beiden obersten Organe Rektorat und Rektorin oder Rektor beachtende Auslegung könnte erfordern, dass eine das Berufungsverfahren abbrechende Rektoratsentscheidung nur im Einvernehmen mit der Rektorin oder dem Rektor getroffen werden kann³⁸.

Das UG enthält auch keine ausdrückliche Regelung darüber, wie zu verfahren ist, wenn die Rektorin oder der Rektor mit allen im Besetzungsvorschlag enthaltenen Personen nacheinander Berufungsverhandlungen geführt und jede davon erfolglos abgebrochen hat. Sieht man damit auch das Berufungsverfahren als beendet, bietet § 98 Abs 2 UG dem Rektorat die Grundlage für eine neuerliche Ausschreibung³⁹. Geht man hingegen davon aus, dass das Berufungsverfahren in einer solchen

Konstellation noch nicht beendet ist, könnte erwogen werden, die Berufungskommission zu beauftragen, einen neuerlichen Besetzungsvorschlag zu erstatten. Dies hängt davon ab, ob die Tätigkeit der Berufungskommission zu diesem Zeitpunkt bereits als beendet anzusehen ist. Jedenfalls endet die Tätigkeit der Kommission nicht schon mit Erstattung des Besetzungsvorschlags. Denn im Falle einer Zurückverweisung muss sie jedenfalls ihre Tätigkeit wieder aufnehmen⁴⁰. Ein fixer Zeitpunkt der Beendigung der Kommissionstätigkeit ist dem Gesetz nicht entnehmbar. Daher könnte sie wohl auch nach Scheitern der Berufungsverhandlungen mit den im Besetzungsvorschlag enthaltenen Personen wiederum aktiviert werden. Auf Grundlage des § 22 Abs 1 Satz 2 UG könnte das Rektorat entweder das Berufungsverfahren beenden und – unter Berufung auf § 98 Abs 2 UG – wiederum ausschreiben oder aber die Berufungskommission beauftragen, einen neuerlichen Besetzungsvorschlag zu erstatten⁴¹. Ein solcher Auftrag an die Berufungskommission hat mit einer – in diesem Stadium unzulässigen – Zurückverweisung des Besetzungsvorschlags nichts gemein, weil ja mit allen im Vorschlag enthaltenen Personen – erfolglos – Berufungsverhandlungen geführt wurden. Dies macht aber nur Sinn und entspricht daher nur dann dem Gesetz, wenn sichergestellt ist, dass der Pool an verbliebenen berufungsfähigen Kandidat/inn/en aufgrund der seinerzeitigen Ausschreibung noch groß genug ist und anzunehmen ist, dass diese Personen nach wie vor verfügbar sind. Wenn aufgrund der seit der Ausschreibung vergangenen Zeit nunmehr Personen zur Verfügung stehen, die seinerzeit noch nicht hinreichend qualifiziert waren, sich aber jetzt bewerben können, spricht dies dagegen, die Berufungskommission zu beauftragen, einen neuerlichen Besetzungsvorschlag auf Grundlage der seinerzeitigen Bewerbungen zu erstellen.

Fraglich könnte sein, ob auch dann eine neuerliche Ausschreibung erfolgen oder die Berufungskommission mit der Erstellung eines neuen Besetzungsvorschlags beauftragt werden kann, wenn die Rektorin oder der Rektor erst mit einem oder zwei Kandidat/inn/en die Verhandlungen erfolglos beendet hat und noch zumindest ein/e weitere/r Kandidat/in im ursprünglichen Besetzungsvorschlag enthalten ist, mit dem die Rektorin oder der Rektor noch keine Verhandlungen aufgenommen hat. Dagegen könnte sprechen, dass der von der Berufungskommission erstellte Besetzungsvorschlag weniger Gewicht hat, wenn die Rektorin oder der Rektor nicht auch insoweit daran gebunden ist, als sie oder er – zwar in beliebiger Reihenfolge – mit allen im Vorschlag enthaltenen Kandidat/inn/en solange Berufungsverhandlungen führen muss, bis mit einem der Kandidat/inn/en eine Einigung erzielt wird oder eben auch die Verhandlungen mit der oder dem letzten aus dem Besetzungs-

³⁷ *Kucsko-Stadlmayer*, zfh 2013, 33.

³⁸ *Feik*, unilex 1-2/2007, 19, schlägt eine „Aussprache zwischen Universitätsrat, Rektorat und Senat“ vor.

³⁹ *Perthold-Stoitzner*, Hochschulrecht 98; *Kucsko-Stadlmayer* in *Perthold-Stoitzner*, UG³ § 98 Rz 49.

⁴⁰ So zutreffend *Novak*, Berufungsverfahren 34.

⁴¹ So *Novak*, Berufungsverfahren 39 und 47 f. Gegen die Auffassung, ein neuerlicher Besetzungsvorschlag wäre ohne nochmalige Ausschreibung zulässig: *Feik*, unilex 1-2/2007, 19.

vorschlag verbleibenden Kandidatin oder Kandidaten scheitern. Allerdings ist zu bedenken, dass der Besetzungsvorschlag in erster Linie die Rektorin oder den Rektor dahingehend bindet, nur im Besetzungsvorschlag enthaltene Kandidat/inn/en – und eben keine anderen Personen – zu berufen. Vor allem aber würde die Annahme einer Verpflichtung der Rektorin oder des Rektors mit allen Kandidat/inn/en zu verhandeln, nicht allzu viel bewirken, denn die Rektorin oder der Rektor hat es durch das von ihr oder ihm erstellte Berufungsangebot weitgehend in der Hand, auf einen erfolgreichen Abschluss hinzuarbeiten oder aber ein Scheitern der Verhandlungen in Kauf zu nehmen. Daher spricht nichts gegen die Möglichkeit, schon vor der Führung von Berufungsverhandlungen mit allen im Vorschlag enthaltenen Kandidat/inn/en das Berufungsverfahren abzubrechen und neu auszuschreiben⁴². Ob die Berufungskommission in diesem Fall – alternativ dazu – mit der Erstellung eines weiteren Besetzungsvorschlags beauftragt werden kann, wird von *Perthold-Stoitzner* zurecht verneint⁴³: Ein derartiger Auftrag entspricht im Ergebnis einer Zurückverweisung, die aber in dieser Phase des Verfahrens nicht zulässig wäre.

Wiederum stellt sich die Frage der Zuständigkeit zum Abbruch des Berufungsverfahrens: Wie vorher überlegt, kommen § 98 Abs 2 UG alternativ oder in Kombination mit § 22 Abs 1 Satz 2 UG in Betracht. Nach beiden Vorschriften liegt die Zuständigkeit beim Rektorat. Die Entscheidung über den Abbruch des Berufungsverfahrens könnte in solchen Fällen auch als Ausfluss der in § 98 Abs 11 UG verankerten Zuständigkeit der Rektorin oder des Rektors, die Berufungsverhandlungen zu führen, gesehen werden. Allerdings deckt diese Zuständigkeit nicht notwendigerweise die gesamte letzte Phase des Berufungsverfahrens ab: Nach erfolglosen Berufungsverhandlungen kann es zu einer erneuten Auswahlentscheidung kommen, der dann die Befassung des Arbeitskreises für Gleichbehandlungsfragen folgt. Die Rektorin oder der Rektor ist daher nicht alleinige/r Herr/in des verbleibenden Verfahrens. Viel spricht daher für eine Rektoratszuständigkeit, wobei es sich aus den bereits erwähnten Gründen wiederum anbietet, Einvernehmen zwischen Rektorat und Rektorin oder Rektor zu verlangen. Das Rektorat kann diese Zuständigkeit daher nur dann in Anspruch nehmen, wenn die Rektorin oder der Rektor auf eine neuerliche Auswahlentscheidung verzichtet. Ohne Beschluss des Rektorats kann das Berufungsverfahren hingegen nicht abgebrochen werden.

Fraglich könnte sein, ob die Rektorin oder der Rektor auch dann zur Zurückverweisung berechtigt ist, wenn der Besetzungsvorschlag weniger als drei Kandidat/inn/en enthält und sie oder er die von der Berufungskommission vorgenommene Begründung für nicht überzeugend hält. Sofern die einzige Kandidatin oder der einzige Kandidat die oder der bestgeeignete Kandidat/in ist oder – im Falle eines Zweivorschlags – die beiden in den Vor-

schlag aufgenommenen Kandidat/inn/en die bestgeeigneten Kandidat/inn/en sind, hat dem Wortlaut der Vorschrift nach die Rektorin oder der Rektor nicht die Möglichkeit, den Vorschlag zurückzuverweisen. Denn § 98 Abs 8 UG spricht nicht von den *drei* bestgeeigneten Kandidat/inn/en. In dem Fall, in dem die Berufungskommission *überhaupt keine* Begründung dafür angibt, warum der Besetzungsvorschlag weniger als drei Personen umfasst, müsste dies dann ebenso gelten. Dieses Ergebnis überrascht: Wenn die Berufungskommission einen Dreivorschlag erstellt und dieser Vorschlag nach Auffassung der Rektorin oder des Rektors neben einer zu den bestgeeigneten Kandidat/inn/en gehörenden Person auch zwei weitere Personen enthält, die nicht hinreichend qualifiziert sind, kann die Rektorin oder der Rektor den Vorschlag zurückverweisen. Sie oder er kann dadurch verhindern, in ihrer oder seiner Auswahlentscheidung beschnitten zu werden, indem die Berufungskommission nur *eine/n* berufungsfähige/n Bewerber/in in den Vorschlag aufnimmt und die anderen enthaltenen Kandidat/inn/en den Qualitätsanforderungen überhaupt nicht entsprechen. Wenn die Berufungskommission einen eine einzige Person umfassenden Vorschlag mit der oder dem bestgeeigneten Kandidatin oder Kandidaten erstellt, hätte die Rektorin oder der Rektor hingegen keine Möglichkeit der Zurückverweisung, obwohl der Entscheidungsspielraum bei der Auswahlentscheidung sogar noch stärker eingeschränkt ist. Will man unter sinngemäßer Anwendung des § 98 Abs 8 UG der Rektorin oder dem Rektor nicht auch die Möglichkeit zur Zurückverweisung eines weniger als drei Personen umfassenden Besetzungsvorschlags einräumen, wenn sie oder er nicht von der besonderen Begründung überzeugt ist, bleibt nur, auch hier eine Zuständigkeit des Rektorats auf Grundlage von § 22 Abs 1 Satz 2 UG anzunehmen, die Berufungskommission mit der Erstellung eines weiteren Besetzungsvorschlags zu beauftragen, oder aber – was in der Folge näher zu prüfen sein wird – eine Zurückverweisung durch das Rektorat nach § 22 Abs 2 Satz 2 UG als zulässig anzusehen.

III. Die Zurückverweisung des Besetzungsvorschlags durch das Rektorat nach § 22 Abs 2 Satz 2 UG

§ 22 Abs 2 Satz 2 UG sieht noch einen weiteren Fall der Zurückverweisung vor: „Das Rektorat kann Entscheidungen anderer Organe mit Ausnahme der Beschlüsse des Universitätsrats zurückverweisen, wenn diese Entscheidungen nach Auffassung des Rektorats im Widerspruch zu Gesetzen und Verordnungen einschließlich der Satzung stehen.“ Die Regelung verwendet auch den Ausdruck „zurück[zu]verweisen“, unterscheidet sich sonst aber in mehrfacher Hinsicht von § 98 Abs 8 UG: § 22 Abs 2 Satz 2 UG sieht eine Rektoratszuständigkeit vor, während § 98 Abs 8 UG eine Kompetenz der Rektorin oder des Rektors begründet. Die Rektorin oder der Rektor „hat“ zurückzuverweisen, das Rektorat „kann“ zurückverweisen. § 22 Abs 2 Satz 2 UG spricht – mit der

⁴² *Perthold-Stoitzner*, Hochschulrecht 99.

⁴³ *Perthold-Stoitzner*, Hochschulrecht 99.

ausdrücklichen Ausnahme des Universitätsrats – generell „Entscheidungen anderer Organe“ an, während unter § 98 Abs 8 UG nur der Besetzungsvorschlag fällt. Der Besetzungsvorschlag ist an die Berufungskommission zurückzuverweisen, hingegen nennt § 22 Abs 2 Satz 2 UG keinen konkreten Adressaten der Zurückverweisung. Nach § 22 Abs 2 Satz 2 UG ist Voraussetzung der „Widerspruch zu Gesetzen und Verordnungen einschließlich der Satzung“, während § 98 Abs 8 UG für die Zurückverweisung verlangt, dass der Besetzungsvorschlag nicht die am besten geeigneten Kandidat/inn/en beinhaltet. Schließlich betont § 22 Abs 2 Satz 2 UG, dass der Widerspruch zu Gesetzen und Verordnungen „nach Auffassung des Rektorats“ gegeben sein muss. In § 98 Abs 8 UG fehlt jedoch ein ausdrücklicher Hinweis auf die Auffassung der Rektorin oder des Rektors.

Die Bedeutung des § 22 Abs 2 Satz 2 UG ist umstritten. Nach *Kucsko-Stadlmayer* kann dem Wortlaut des § 22 Abs 2 Satz 2 UG zufolge das Rektorat nur Entscheidungen zurückverweisen, die auch an das Rektorat adressiert sind⁴⁴. Die Parallele zu § 98 Abs 8 UG stützt dieses Argument: Wenn gleich diese Vorschrift – anders als noch die Regelungen des § 23 Abs 4 und 5 UOG 1993, nach denen der Vorschlag zunächst an die Dekanin oder den Dekan und dann an die Rektorin oder den Rektor weiterzuleiten war – nicht mehr die Rektorin oder den Rektor ausdrücklich als Adressatin oder Adressaten des Besetzungsvorschlags anspricht, ist doch klar, dass der nächste Schritt nach der Erstellung des Besetzungsvorschlags durch die Berufungskommission von der Rektorin oder dem Rektor zu setzen ist und der Vorschlag daher an sie oder ihn weiterzuleiten ist. Dementsprechend hat sie oder er den Vorschlag nach § 98 Abs 8 UG auch gegebenenfalls zurückzuweisen.

Bei den von *Kucsko-Stadlmayer* genannten Beispielen für Beschlüsse, die an das Rektorat gerichtet sind, macht aber eine Zurückverweisung durch das Rektorat wenig Sinn⁴⁵: So wäre die Zustimmung des Senats zu dem vom Rektorat erstellten Entwicklungsplan und Organisationsplan an das Rektorat gerichtet. Ausdrücklich sieht § 25 Abs 1 Z 17 UG vor, dass die Stellungnahme des Senats vor der Zuordnung von Personen zu den einzelnen Organisationseinheiten durch das Rektorat auch „an das Rektorat“ gerichtet ist. Allenfalls könnte noch an § 20b Abs 1 Satz 2 UG gedacht werden, wonach das „Recht auf Vorschlag des Frauenförderungsplanes und des Gleichstellungsplans sowie das Recht auf Vorschlag einer Änderung des Frauenförderungsplanes und des Gleichstellungsplanes an das Rektorat“ dem Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen zusteht. Auch hier kommt aber eine auf § 22 Abs 2 Satz 2 UG gestützte Zurückverweisung nicht in Betracht, denn § 20b Abs 1 Satz 3 UG regelt ohnehin selbst, dass ein „Abgehen vom Vorschlag

des Arbeitskreises für Gleichbehandlungsfragen durch das Rektorat [...] nur mit einer entsprechenden Begründung an den Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen möglich“ ist. Einer Zurückverweisung bedarf es somit nicht, denn das Rektorat kann ohnehin bei entsprechender Begründung vom Vorschlag abweichen. Gegen diese enge auf das Wort „zurückverweisen“ gestützte Deutung des § 22 Abs 2 Satz 2 UG bestehen somit auch berechtigte Einwände.

Nach *Kucsko-Stadlmayer* könnte auch die inhaltliche Verknüpfung des § 22 Abs 2 Satz 2 UG mit dem zuvor stehenden ersten Satz des § 22 Abs 2 UG von Bedeutung sein⁴⁶: „Dem Rektorat unterstehen alle Einrichtungen der Universität.“ Aus diesem Satz ergibt sich die Weisungsbefugnis des Rektorats gegenüber allen ihm unterstehenden Einrichtungen⁴⁷. Mit Hilfe des Zurückverweisungsrechts übt das Rektorat seine Rechtsaufsicht gegenüber diesen Einrichtungen aus⁴⁸. Deren Entscheidungen können auf diese Weise behoben werden. Dieser Auffassung zufolge ist § 22 Abs 2 Satz 2 UG auf von Berufungskommissionen erstattete Besetzungsvorschläge nicht anzuwenden. Denn die vom Senat eingesetzte Berufungskommission ist keine dem Rektorat unterstehende Einrichtung.

Diese Auffassung ist aber auch Einwänden ausgesetzt: Wenn sich die Weisungsbefugnis des Rektorats gegenüber den ihm unterstehenden Einrichtungen bereits aus § 22 Abs 2 Satz 1 UG ergibt und § 22 Abs 2 Satz 2 UG auch nur diese Fälle erfasst, wäre § 22 Abs 2 Satz 2 UG überflüssig. Die Einrichtungen haben sich bei Erlassung ihrer Entscheidungen schon nach § 22 Abs 2 Satz 1 UG an den Weisungen des Rektorats zu orientieren und ihre Entscheidungen gegebenenfalls auch entsprechend zu revidieren. Zwar könnte die Zurückverweisungsbefugnis für Entscheidungen von auf Grundlage der Verfassungsbestimmung des Art 81c B-VG weisungsfrei gestellter Kollegialorgane Bedeutung haben, um auf diese Weise die Rechtsaufsicht auch in diesen Fällen zu gewährleisten⁴⁹. Doch gehören zu den dem Rektorat unterstehenden Einrichtungen keine weisungsfreien Kollegialorgane.

Für eine weite Auslegung des § 22 Abs 2 Satz 2 UG ließe sich ins Treffen führen, dass § 22 Abs 2 Satz 2 von der Zurückverweisung von „Entscheidungen anderer Organe mit Ausnahme der Beschlüsse des Universitätsrats“ spricht. Da nur Entscheidungen des Universitätsrats explizit ausgeschlossen sind, könnte die Vorschrift so verstanden werden, dass Entscheidungen aller anderen Organe vom Rektorat zurückverwiesen werden können⁵⁰. Die Notwendigkeit der ausdrücklichen Ausnah-

46 *Kucsko-Stadlmayer* in FS Berka 436.

47 *Pertold-Stoitzner* in *Pertold-Stoitzner*, UG³ § 22 Rz 4 (Stand 01.10.2016, rdb.at).

48 Zur Bedeutung des § 22 Abs 2 Satz 2 UG als Grundlage für die Rechtsaufsicht des Rektorats *Pertold-Stoitzner* in *Pertold-Stoitzner*, UG³ § 22 Rz 5.

49 Dazu *Pertold-Stoitzner* in *Pertold-Stoitzner*, UG³ § 22 Rz 5.

50 So zumindest in Hinblick auf Beschlüsse des Senats

44 *Kucsko-Stadlmayer*, Die Leitungsstruktur der Universitäten nach UG 2002 – Spannungsfelder zwischen Senats- und Rektorskompetenz in FS Berka (2013) 425 (437).

45 In diesem Sinne auch *Kucsko-Stadlmayer* in FS Berka 436 f.

me für den Universitätsrat stellt sich insbesondere dann, wenn ohne diese Ausnahme § 22 Abs 2 Satz 2 UG auch auf dessen Entscheidungen anwendbar wäre. Die Zurückverweisungsbefugnis des Rektorats würde dann Entscheidungen anderer oberster Organe wie jenen des Senats oder der Rektorin oder des Rektors genauso umfassen. Entscheidungen einer vom Senat eingesetzten Berufungskommission fielen dann auch unter diese Vorschrift.

Kucsko-Stadlmayer hat aber bereits darauf hingewiesen, dass eine alle Entscheidungen von Organen mit Ausnahme des Universitätsrats umfassende Interpretation des § 22 Abs 2 Satz 2 UG zu absurden, dem Gesetzgeber nicht zusinnbaren Konsequenzen führen würde⁵¹: So könnte das Rektorat an der Bildung der Schiedskommission und des Arbeitskreises für Gleichbehandlungsfragen mitwirken. Es könnte das Verfahren der Wahl der Rektorin oder des Rektors und auch deren oder dessen Abberufung sowie jene der Vizerektor/inn/en beeinflussen. Die Wahl der vom Senat entsendeten Mitglieder des Universitätsrates könnte ebenfalls mittels Zurückverweisung der Entscheidung unterlaufen werden. Ebenso könnte das Rektorat die Rektorin oder den Rektor bei Ausübung all ihrer oder seiner Kompetenzen nach § 23 Abs 1 UG beschneiden. Relativierend ist zwar darauf hinzuweisen, dass das Rektorat im Rahmen seiner Zurückverweisungszuständigkeit nicht nach Belieben vorgehen kann und die Wertungsentscheidung des eigentlich zuständigen Organs nicht durch seine eigene ersetzen kann. Vielmehr ist die Zurückverweisung nur möglich, wenn diese Entscheidungen „im Widerspruch zu Gesetzen und Verordnungen einschließlich der Satzung stehen“. Dennoch würde eine so weitgehende Kompetenz des Rektorats die sonst dem UG entnehmbare Zuständigkeitsverteilung in Frage stellen: § 20 Abs 1 UG nennt nebeneinander als oberste Organe der Universität den Universitätsrat, das Rektorat, die Rektorin oder den Rektor und den Senat⁵². Die erwähnte weite Interpretation des § 22 Abs 2 Satz 2 UG würde im Ergebnis die Entscheidungen der Rektorin oder des Rektors und des Senats der Rechtskontrolle durch das Rektorat unterwerfen. Rektorin oder Rektor und Senat wären damit zumindest unter diesem Blickwinkel dem Rektorat untergeordnet. Die Vorschriften, die die Kreation und Zusammensetzung des Rektorats regeln, lassen jedenfalls nicht vermuten, dass mit dem Rektorat ein Organ geschaffen werden sollte, das eine derart umfassende Rechtsaufsicht auch gegenüber den anderen obersten Organen der Universität ausübt.

Folglich ist für die universitätsrechtlich vorgesehenen Entscheidungen von Organen jeweils gesondert anhand der Systematik und Teleologie der Regelungen zu beurteilen, ob dem Gesetzgeber ein Zurückverweisungsrecht des Rektorats zugestanden werden kann⁵³. Bei den Be-

setzungsvorschlägen der Berufungskommissionen ist jedenfalls zu berücksichtigen, dass bereits die Rektorin oder der Rektor nach § 98 Abs 8 UG zurückverweisen kann. Eine Normenkonkurrenz zwischen § 22 Abs 2 Satz 2 UG und § 98 Abs 8 UG bestünde zwar nicht⁵⁴. Denn es könnte auch zwei Organen das Recht zur Zurückverweisung eingeräumt sein. Der Besetzungsvorschlag hätte nur dann Bestand, wenn er von keinem der beiden Organe zurückverwiesen wird. Sinn könnte die Zurückverweisungsmöglichkeit des Rektorats möglicherweise dann machen, wenn der Besetzungsvorschlag zwar die am besten geeigneten Kandidat/inn/en enthält, aber die Berufungskommission dennoch Vorschriften des Verfahrensrechts verletzt hat, indem sie den Besetzungsvorschlag beispielsweise nicht begründet hat⁵⁵. In diesem Fall sind – wie bereits ausgeführt – der Rektorin oder dem Rektor im Rahmen ihrer oder seiner Zuständigkeit nach § 98 Abs 8 UG die Hände gebunden. Gleiches gilt, wenn Zuständigkeitsvorschriften durch die unrichtige Zusammensetzung der Berufungskommission verletzt sind. Ähnlich verhält es sich, wenn die Berufungskommission einen Besetzungsvorschlag erstellt hat, der weniger als drei Personen enthält. Sofern die Person oder die beiden Personen, die in den Besetzungsvorschlag aufgenommen wurden, die am besten geeigneten Kandidat/inn/en sind, hat die Rektorin oder Rektor – wenn man sich der oben erwogenen sinngemäßen Anwendung des § 98 Abs 8 UG auf diese Fälle verschließt – keine Handhabe zur Zurückverweisung. Fehlt es überhaupt an einer Begründung durch die Berufungskommission oder erweist sich die geforderte besondere Begründung nicht gesetzes- oder satzungskonform, macht es Sinn, dem Rektorat die Zuständigkeit zur Zurückverweisung des Besetzungsvorschlags zuzugestehen. Im Vergleich zu der bereits ebenfalls erwogenen auf § 22 Abs 1 Satz 2 UG gestützten Möglichkeit des Rektorats, die Berufungskommission mit der Erstellung eines weiteren Besetzungsvorschlags zu betrauen, passt die Zurückverweisung letztlich besser. Denn durch die Zurückverweisung wird der zunächst erstellte Besetzungsvorschlag jedenfalls obsolet und schon dadurch der Weg für einen neuen Besetzungsvorschlag frei, während im Falle einer Beauftragung die Berufungskommission diese erst selbst ihren früheren Beschluss aufheben oder revidieren muss.

Wenig überzeugend wäre jedenfalls eine Deutung, nach der die Zurückverweisungszuständigkeit des Rektorats nach § 22 Abs 2 Satz 2 UG auch jene Fallkonstellationen umfasst, die bereits von der Zurückverweiskompetenz der Rektorin oder des Rektors nach

Perthold-Stoitzner in *Perthold-Stoitzner*, UG³ § 22 Rz 5.

51 *Kucsko-Stadlmayer* in FS Berka 436 f.

52 *Kucsko-Stadlmayer* in FS Berka 437.

53 Zu solchen Überlegungen im Kontext des Studienrechts vgl *Lang/Lichtmanegger*, Die Einrichtung und Auflassung von Studien, *zfh* 2018, 264 (269).

54 Anders offenbar *Perthold-Stoitzner*, Hochschulrecht 102 FN 423, die – ohne weitere Begründung – § 98 Abs 8 UG als speziellere Regelung gegenüber § 22 Abs 2 UG betrachtet.

55 § 22 Abs 2 Satz 2 UG sieht – im Unterschied zu § 45 Abs 3 Satz 2 UG – nicht vor, dass im Falle einer Verletzung von Verfahrensvorschriften eine Zurückverweisung (§ 45 Abs 3 UG eine Aufhebung) nur dann zu erfolgen hat, wenn das Organ bei deren Einhaltung zu einem anderen Ergebnis hätte kommen können.

§ 98 Abs 8 UG abgedeckt sind. Eine überlappende Zuständigkeit würde im Ergebnis die Rektorin oder den Rektor in ihren oder seinen Rechten nach § 98 Abs 8 UG beschneiden. Denn die Rektorin oder der Rektor könnte selbst von einer Zurückverweisung des Besetzungsvorschlags absehen und stattdessen eine Auswahlentscheidung treffen wollen. Eine Zurückverweisung des Besetzungsvorschlags durch das Rektorat würde sie daran hindern. Die Mahnung von *Kucsko-Stadlmayer*, wonach bei der Auslegung der Kompetenzen der obersten Leitungsorgane der Universität im Verhältnis zueinander die Gleichordnung dieser Organe nach § 20 Abs 1 UG und der telos der jeweiligen Zuständigkeitsvorschrift beachtet werden muss⁵⁶, passt auch hier: Ähnlich wie für § 22 Abs 1 Satz 2 UG ist auch für § 22 Abs 2 Satz 2 UG anzunehmen, dass die generell formulierte Zuständigkeit des Rektorats jedenfalls dort ihre Grenzen hat, wo sie ein anderes oberstes Leitungsorgan – wie in diesem Fall die Rektorin oder den Rektor – bei ihrer oder seiner Aufgabenbesorgung behindert⁵⁷. Daher ist § 22 Abs 2 Satz 2 UG auf Besetzungsvorschläge von Berufungskommissionen nur dann anzuwenden, wenn der Rektorin oder dem Rektor die Zurückverweisung auf Grundlage des § 98 Abs 8 UG verwehrt ist.

IV. Die Aufhebung des Besetzungsvorschlags im Wege aufsichtsbehördlicher Maßnahmen

Die Universitäten unterliegen gemäß § 9 UG und § 45 Abs 1 UG auch der Aufsicht des Bundes. Diese Rechtsaufsicht umfasst die Einhaltung der Gesetze und Verordnungen einschließlich der Satzung. Der Umstand, dass der VfGH in seinem Erk VfSlg 20.164/2017 festgehalten hat, dass es sich beim „Berufungsverfahren nach § 98 UG [...] um kein behördliches Verfahren [handelt], sondern um einen mehrgliedrigen, gesetzlich vorgesehenen 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“, hat jüngst das OLG Innsbruck veranlasst, es „dahinstehen“ zu lassen, ob sich das Aufsichtsverfahren nach § 45 UG auch auf das Berufungsverfahren nach § 98 UG bezieht. § 46 UG regelt, dass Universitätsorgane „in behördlichen Angelegenheiten das AVG anzuwenden“ haben⁵⁸. § 45 UG bezieht sich demgegenüber auch auf privatwirtschaftliches Tätigwerden der Universitätsorgane. Die Zweifel des OLG rührten daher, dass nach Auffassung des VfGH im Berufungsverfahren das AVG nicht anwendbar ist, während § 45 Abs 5 Satz 2 UG von einem „nach der aufsichtsbehördlichen Aufhebung des betreffenden Beschlusses dennoch ergangene[n] Bescheid“ spricht, der „an einem gemäß § 68 Abs 1 Z 4 [...]“

AVG [...] mit Nichtigkeit bedrohten Fehler“ leidet. Daran kann aber kein Argument gegen die Anwendung des § 45 UG gewonnen werden, denn wenn in einem Berufungsverfahren nach § 98 UG kein Bescheid zu erlassen ist, hat § 45 Abs 5 Satz 2 UG in solchen Verfahren eben auch keine Bedeutung. Umgekehrt lässt § 45 Abs 5 Satz 3 UG deutlich erkennen, dass auch Berufungsverfahren nach § 98 UG dem Regime des § 45 UG unterliegen. Im Falle der aufsichtsbehördlichen Aufhebung einer Entscheidung eines Universitätsorgans mit Bescheid enden dadurch Arbeitsverhältnisse ex lege, und die Vorschrift enthält keinen Anhaltspunkt, dass gerade die Arbeitsverhältnisse von nach § 98 UG bestellten Universitätsprofessor/inn/en nicht erfasst wären⁵⁹. Somit ist von der Anwendung des § 45 UG auf Berufungsverfahren auszugehen.

Nach § 45 Abs 3 Satz 1 UG hat die „Bundesministerin oder der Bundesminister mit Verordnung Verordnungen und mit Bescheid Entscheidungen von Universitätsorganen aufzuheben, wenn die betreffende Verordnung oder Entscheidung im Widerspruch zu geltenden Gesetzen oder Verordnungen einschließlich der Satzung stehen“. Eine Aufhebung eines Besetzungsvorschlags durch die Bundesministerin oder den Bundesminister kommt in Betracht, wenn der Besetzungsvorschlag als „Entscheidung“ gemäß § 45 Abs 3 Satz 1 UG zu qualifizieren ist. Hier stellt sich die Frage, ob erst mit der Auswahlentscheidung oder gar erst mit dem Abschluss des Berufungsverfahrens eine „Entscheidung“ vorliegt oder ob auch einzelne Teilakte als „Entscheidung“ zu werten sind. Der VfGH hatte sich im Erk v. 23. 10. 2012, 2011/10/0193 im Rahmen der Prüfung eines aufsichtsbehördlichen Bescheids mit der Regelung des § 45 Abs 4 UG, nach der mit Bescheid auch „Wahlen, die im Widerspruch zu geltenden Gesetzen oder Verordnungen einschließlich der Satzung stehen“, aufgehoben werden können, zu beschäftigen. Zu entscheiden war, ob diese Vorschrift ausschließt, dass die Bundesministerin oder der Bundesminister auch Teilakte – wie im Falle der Wahl der Rektorin oder des Rektors der Dreivorschlag des Senats⁶⁰ – als „Entscheidungen“ nach § 45 Abs 3 UG aufhebt. Der VfGH hat dies – in Auseinandersetzung mit der gegenteiligen Auffassung von *Stöger*⁶¹ – mit folgender Begründung verneint: „Stöger schließt in der von der Beschwerde zitierten Kommentarstelle aus der Formulierung, wonach ‚Wahlen‘ aufzuheben sind, dass nur die gesamte Wahl aufgehoben werden kann und diese danach zu wiederholen ist; die Aufhebung von Teilen

⁵⁹ Ausdrücklich Fälle erwähnd, in denen mit einer Person auf einem Besetzungsvorschlag ein Arbeitsvertrag geschlossen wird: *Stöger* in *Perthold-Stoitzner*, UG³ § 45 Rz 8 (Stand 01.10.2016, rdb.at); vgl. weiters *Perthold-Stoitzner*, Hochschulrecht 105, die im Zusammenhang mit § 45 Abs 5 Satz 3 UG erwähnt, dass sich die Aufsichtsbefugnis des Bundes auf Rechtsakte des Berufungsverfahrens im weiteren Sinn erstreckt.

⁶⁰ Der VfGH hat es noch dazu offen gelassen, ob der Dreivorschlag des Senats überhaupt ein Teilakt der Wahl ist.

⁶¹ *Stöger* in *Mayer*, UG² (2010) V2 zu § 45.

⁵⁶ *Kucsko-Stadlmayer*, zfh 2013, 33.

⁵⁷ So *Kucsko-Stadlmayer*, zfh 2013, 33 zu § 22 Abs 1 Satz 2 UG.

⁵⁸ OLG Innsbruck 5. 6. 2018, 13 Ra 7/1Bd.

des Wahlverfahrens erscheine nicht zulässig. Diese Auslegung ist aber keineswegs zwingend. Dass der Bundesminister nach § 45 Abs 4 UG befugt ist, den gesamten Wahlvorgang aufzuheben, ändert nichts daran, dass es sich bei der Erstellung des Dreivorschlages durch den Senat für die Wahl des Rektors um eine ‚Entscheidung‘ handelt, die gemäß § 45 Abs 3 UG aufgehoben werden kann. Könnte der Minister solche Entscheidungen im Vorfeld einer Wahl nicht gesondert aufheben, müsste er bis zum Abschluss der Wahl zuwarten, um dann den gesamten Wahlvorgang aufzuheben, was nicht nur einen letztlich sinnlosen erheblichen Aufwand, sondern auch eine deutliche Verzögerung des Wahlverfahrens zur Folge hätte. Es ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber dies wollte.“ *Kucsko-Stadlmayer* hat daraus geschlossen, dass auf Grundlage dieser – von ihr aber kritisierten – Auffassung des VwGH auch „Dreivorschläge im Berufungsverfahren“ als Entscheidungen gemäß § 45 Abs 3 UG zu werten sind⁶². Dem ist zuzustimmen: Wenn es sogar bei den in § 45 Abs 4 UG ausdrücklich angesprochenen Wahlen zulässig ist, Teile davon als „Entscheidungen“ zu qualifizieren, muss dies erst recht für Berufungsverfahren gelten, die gar nicht gesondert in § 45 UG erwähnt sind.

Das erwähnte Erk des VwGH v. 23. 10. 2012, 2011/10/0193 ist aber auch noch aus einem anderen Blickwinkel von Bedeutung: Der VwGH beschreibt darin grundlegend die in § 45 UG verankerte Aufsicht: „Ein wesentliches Element der Stärkung der Universitätsautonomie ist somit die Beschränkung des Aufsichtsrechts des Ministers gemäß § 45 UG auf eine bloße Rechtsaufsicht (Einhaltung der Gesetze und Verordnungen, einschließlich der Satzung). Dieses Aufsichtsrecht bezieht sich somit nicht mehr auf die inhaltliche Erfüllung der Aufgaben der Universitäten (RV a.a.O., 88 f). In diesem Zusammenhang sei darauf verwiesen, dass der Gesetzgeber mit der Novellierung von § 47 Abs 3 UG durch das Universitätsrechts-Änderungsgesetz 2009 die Entscheidungskompetenz des Ministers als Oberbehörde im Devolutionsweg für bescheidförmig zu erledigende Angelegenheiten aufgehoben hat, weil ‚im Hinblick auf die ... Aufsichtsrechte und insbesondere im Hinblick auf die Vollrechtsfähigkeit (Autonomie) der Universitäten ... Sachentscheidungen durch die Bundesministerin oder den Bundesminister nicht sinnvoll‘ sind (RV 225 BlgNR XXIV. GP, 21).“

Für den VwGH war auch das VfGH-Erk VfSlg 17.101/2004 von Bedeutung, um die Reichweite der Rechtsaufsicht der Bundesministerin oder des Bundesministers abzustecken: Geltend gemacht wurde im damaligen verfassungsgerichtlichen Verfahren unter anderem, „dass der Senat, der sich auf die Wahl durch die Universitätsangehörigen berufen könne, bei der Wahl des Rektors auf ein Vorschlagsrecht reduziert werde. Damit sei der demokratische Legitimationszusammenhang zu den Universitätsangehörigen unterbrochen, was mit dem Prinzip der universitären Selbstverwaltung unvereinbar sei. Der Verfassungsgerichtshof hob die Bestimmungen betref-

end die Wahl des Rektors nicht auf und führte dazu aus, dass zwar das tradierte System der unmittelbaren Wahl durch den Senat aufgegeben worden sei; ‚entscheidend‘ sei jedoch, ‚dass nur eine Person in diese Funktion berufen werden kann, die der Senat dafür vorschlägt.‘“ Die Ausführungen des VwGH lassen sich sinngemäß auf die vorliegende Konstellation übertragen: Nach § 98 UG kann nur berufen werden, wer von einer Berufungskommission vorgeschlagen wurde. Wenn man davon ausgeht, dass das Selbstergänzungsrecht der Universitätsprofessor/inn/en verfassungsrechtlich verbürgt ist⁶³, und § 98 Abs 4 Satz 2 UG dementsprechend eine Mehrheit der Universitätsprofessor/inn/en in Berufungskommissionen sicherstellt, lassen sich dafür auch verfassungsrechtliche Argumente ins Treffen führen.

Weiter hat der VwGH zum Dreivorschlag des Senats im Rahmen der Rektorswahl ausgeführt: „Diese Beurteilung ist vom Senat, der als demokratisch legitimiertes oberstes Universitätsorgan alle Universitätsangehörigen repräsentiert, nach seinem spezifischen Sachverstand vorzunehmen. Der Senat hat die Kandidaten zu bewerten und die drei seiner Ansicht nach am besten geeigneten vorzuschlagen, wobei es sich bei der Gewichtung der maßgeblichen Kriterien um eine Wertentscheidung handelt, bei der ein gewisser Ermessensspielraum offen steht [...]. Diese Entscheidung ist dem Senat vorbehalten; das auf eine Rechtsaufsicht eingeschränkte Aufsichtsrecht des Ministers umfasst solche ermessensartige Wertentscheidungen nicht [...]. Der belangten Behörde ist es daher verwehrt, in Ausübung des Aufsichtsrechts selbst jene Kandidaten, die in den Dreivorschlag aufzunehmen sind, zu bestimmen, weil sie damit eine dem von den Universitätsangehörigen demokratisch legitimierten Senat vorbehaltene Bewertung vorzunehmen würde.“

Zusammenfassend hielt der VwGH fest: „Die Rechtmäßigkeit einer solchen Wertentscheidung ist im Rahmen der dem Minister zukommenden Rechtsaufsicht daran zu messen, ob die herangezogenen Argumente in der Begründung dargelegt und die Bewertung des Abschneidens der Kandidaten bei den einzelnen Kriterien und im Vergleich untereinander im Einklang mit Denkgesetzen, Erfahrungssätzen und – gegebenenfalls – Erkenntnissen der Wissenschaft erfolgte. Eine darüber hinaus gehende Kontrollbefugnis kommt dem Minister nicht zu. Entspricht die Begründung den dargestellten Anforderungen, so kann die Aufsichtsbehörde den Dreivorschlag daher nicht etwa deshalb als rechtswidrig aufheben, weil sie der Ansicht ist, das Abschneiden der einzelnen Bewerber in den maßgeblichen Kriterien hätte anders gewichtet werden müssen, liegt es doch im Wesen einer solchen Wertentscheidung, dass sich der zuständige Entscheidungsträger zu entscheiden hat, welches Gewicht er den einzelnen Kriterien beimisst (vgl

⁶² *Kucsko-Stadlmayer*, zfh 2013, 29 f.

⁶³ Dazu *Berka*, Die Berufung ins Professorenamt in FS Mayer (2011) 25 (39); vgl weiters auch zum möglichen Einfluss solcher verfassungsrechtlicher Vorgaben *Lang/Lichtmanegger*, zfh 2018, 84.

dazu die ständige hg Judikatur zur Überprüfung von naturschutzbehördlichen Interessenabwägungen durch den Verwaltungsgerichtshof im Rahmen von dessen – mit der Rechtsaufsicht des Ministers nach dem UG vergleichbaren – Überprüfungsbefugnis, etwa das Erkenntnis vom 2. Oktober 2007, Zl. 2004/10/0174).“

Ob die von der Berufungskommission nach § 98 Abs 7 Satz 2 UG gegebene besondere Begründung ausreicht, um einen Besetzungsvorschlag zu erstellen, der weniger als drei Personen beinhaltet, kann vom Rektorat im Rahmen seiner Zurückverweiskompetenz nach § 22 Abs 2 Z 2 UG und von der Bundesministerin oder dem Bundesminister nach § 45 Abs 3 UG überprüft werden. Die Aufsichtsbehörde ist zwar außerhalb und das Rektorat innerhalb der Universität angesiedelt. Angesichts des Gleichklangs des Wortlauts in beiden Vorschriften – „im Widerspruch zu [geltenden] Gesetzen und Verordnungen einschließlich der Satzung“ – werden die dabei zum Tragen kommenden Maßstäbe aber nicht wesentlich auseinanderfallen. Allenfalls könnte der zusätzlich in § 22 Abs 2 Satz 2 enthaltene Hinweis, dass diese Entscheidungen „nach Auffassung des Rektorats“ den genannten Rechtsquellen widersprechen müssen, der sich – bezogen auf die Bundesministerin oder den Bundesminister – in § 45 Abs 3 UG nicht findet, das Rektorat berechtigen, stärker in das von der Berufungskommission geübte Ermessen einzugreifen als dies die Bundesministerin oder der Bundesminister darf.

§ 45 Abs 5 Satz 1 UG sieht vor, dass ab der „formellen Einleitung eines aufsichtsbehördlichen Verfahrens durch das aufsichtsführende Organ [...] die Durchführung der diesem Verfahren zugrundeliegenden Beschlüsse bis zum Abschluss des Verfahrens unzulässig“ ist. Dies bedeutet, dass die Rektorin oder der Rektor auf Grundlage des in Prüfung befindlichen Besetzungsvorschlags keine Auswahlentscheidung treffen darf. Fraglich ist, ob eine Zurückverweisung des Besetzungsvorschlags durch die Rektorin oder durch den Rektor nach § 98 Abs 8 UG oder durch das Rektorat nach § 22 Abs 2 Satz 2 UG auch als dessen „Durchführung“ zu verstehen ist. Es wäre wohl im Sinne der universitären Autonomie, wenn universitäre Organe die Möglichkeit hätten, einen auch von ihnen als rechtswidrig erachteten Besetzungsvorschlag selbst zu beseitigen und damit dem von außerhalb der Universität geführten Aufsichtsverfahren den Boden zu entziehen. Dies spricht dafür, eine solche Zurückverweisung nicht als „Durchführung“ anzusehen. Berufungsverhandlungen, die nach einer Auswahlentscheidung begonnen wurden, muss die Rektorin oder der Rektor bei Einleitung eines aufsichtsbehördlichen Verfahrens jedenfalls unterbrechen.

Ist der Arbeitsvertrag mit der oder dem Universitätsprofessor/in zum Zeitpunkt der förmlichen Einleitung eines aufsichtsbehördlichen Verfahrens bereits abgeschlossen, bleibt dieser zunächst aufrecht. Die oder der berufene Universitätsprofessor/in kann ihren oder seinen Dienst aufnehmen oder fortsetzen. Die Aufnahme oder Fortsetzung der Tätigkeit wird nicht als „Durchführung“ des Besetzungsvorschlags zu verstehen sein.

Denn § 45 Abs 5 Satz 3 UG enthält dafür eine Sonderregelung: „Hebt die Bundesministerin oder der Bundesminister eine Entscheidung eines Universitätsorgans mit Bescheid auf, so enden Arbeitsverhältnisse, die auf der aufgehobenen Entscheidung beruhen, mit Eintritt der Rechtskraft des Bescheides.“ Nach *Stöger* wird die Rechtskraft durch Erhebung einer Bescheidbeschwerde aufgeschoben, sofern keine Aberkennung der aufschiebenden Wirkung erfolgt⁶⁴. Tritt die Rechtskraft ein, ist das Arbeitsverhältnis ex lege beendet⁶⁵. *Stöger* schließt daraus, dass die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer auch Adressat/in des aufsichtsbehördlichen Bescheids sein muss, da auch in deren oder dessen Rechtssphäre eingegriffen wird⁶⁶. Dies würde ihr oder ihm ermöglichen, den Bescheid und im Ergebnis auch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Bescheidbeschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und gegebenenfalls auch vor dem VfGH und dem VwGH zu bekämpfen⁶⁷. Überlegt werden könnte, ob das Arbeitsverhältnis tatsächlich auf dem Besetzungsvorschlag nach Maßgabe des § 45 Abs 5 Satz 3 UG „beruht“, zumal zum Abschluss des Arbeitsvertrages weitere Schritte – wie die Auswahlentscheidung und die Führung von Berufungsverhandlungen – erforderlich sind. Dafür könnte sprechen, dass dann, wenn sich die Aufsichtsbehörde mit der förmlichen Einleitung des aufsichtsbehördlichen Verfahrens solange Zeit lässt, bis der Arbeitsvertrag bereits abgeschlossen ist, diese auch und besonders für Dritte einschneidende Konsequenz des § 45 Abs 5 Satz 3 UG unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten überschießend ist und nicht mehr zum Tragen kommen sollte. Dagegen spricht, dass mitunter die Auswahlentscheidung rasch getroffen und die Berufungsverhandlungen zügig geführt und abgeschlossen werden können, und in diesem Fall dann die aufsichtsbehördliche Maßnahme zahnlos wäre. Der Besetzungsvorschlag ist für die Begründung des Arbeitsverhältnisses zweifellos kausal, insoweit „beruht“ der Arbeitsvertrag – unter anderem – auch auf ihm.

Nach § 45 Abs 6 UG sind Universitätsorgane – unter anderem – im Falle der Aufhebung nach § 45 Abs 3 UG „verpflichtet, den der Rechtsanschauung der Bundesministerin oder des Bundesministers entsprechenden Rechtszustand unverzüglich herzustellen.“ Die ministerielle Rechtsanschauung kann sich nicht nur aus dem Spruch und der Begründung des aufhebenden Bescheids ergeben. Sie kann im Bescheid auch implizit zum Ausdruck kommen⁶⁸. Die Bindung gilt nur bei unveränderter Sach- und Rechtslage. Die Aufsichtsbehörde darf die Ermessensübung der Berufungskommission nicht vorwegnehmen. Dies ist gerade bei den Spielräumen, die bei der Erstellung eines Besetzungsvorschlags bestehen, von Bedeutung: So wie die Aufsichtsbehörde nach Auffassung des Höchstgerichts den Senat nicht verpflichten

64 *Stöger* in *Perthold-Stoitzner*, UG³ § 45 Rz 8.

65 *Perthold-Stoitzner*, Hochschulrecht 105 FN 433; *Stöger* in *Perthold-Stoitzner*, UG³ § 45 Rz 8.

66 *Stöger* in *Perthold-Stoitzner*, UG³ § 45 Rz 8.

67 *Stöger* in *Perthold-Stoitzner*, UG³ § 45 Rz 8.

68 *Stöger* in *Perthold-Stoitzner*, UG³ § 45 Rz 28.

durfte, eine bestimmte Person in seinen Dreivorschlag für die Wahl der Rektorin oder des Rektors aufzunehmen⁶⁹, wird die Bundesministerin oder der Bundesminister auch der Berufungskommission nicht auftragen dürfen, dass der Besetzungsvorschlag eine/n namentlich genannte/n Wissenschaftler/in zu enthalten habe. § 22 Abs 2 Satz 2 UG unterscheidet sich – ebenso wie § 98 Abs 8 UG – auch in dieser Hinsicht von § 45 UG: Weder Rektorat noch Rektorin oder Rektor können die Berufungskommission verpflichten, einen ihrer Rechtsanschauung entsprechenden Zustand herzustellen. Das Rektorat könnte dies nur im Rahmen seiner auf § 22 Abs 2 Satz 1 UG gestützten Weisungsbefugnisse, die aber nicht die Tätigkeit der Berufungskommission umfassen.

Eine von der Rektorin oder dem Rektor nach § 98 Abs 8 UG oder vom Rektorat nach § 22 Abs 2 Satz 2 UG verfügte Zurückverweisung eines Besetzungsvorschlags ist ebenfalls eine Entscheidung, die aufsichtsbehördlicher Maßnahmen zugänglich ist. Die Bundesministerin oder der Bundesminister kann daher mit Bescheid auch solche Zurückverweisungen aufheben. In beiden Fällen wird die Bundesministerin oder der Bundesminister dabei prüfen müssen, ob die Rektorin oder der Rektor oder aber das Rektorat den ihr oder ihm zustehenden Spielraum überschritten hat. Nach der ministeriell erfolgten Aufhebung der Zurückverweisung ist dem weiteren Verfahren wiederum der Besetzungsvorschlag zugrunde zu legen. Nach § 45 Abs 5 Satz 1 UG ist schon ab der formellen Einleitung des aufsichtsbehördlichen Verfahrens die „Durchführung der diesem Verfahren zugrundeliegenden Beschlüsse unzulässig“. Dies wird jedenfalls für die Zurückverweisung, aber sinnvollerweise auch für den zurückverwiesenen Besetzungsvorschlag zu gelten haben. Denn wenn das weitere Berufungsverfahren auf Basis des Besetzungsvorschlags weitergeführt und abgeschlossen wird, könnte das Arbeitsverhältnis bereits begründet werden und sich dann erst erweisen, dass das Aufsichtsverfahren doch eingestellt wird. Zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses käme es dann nicht, denn es fehlt an der in § 45 Abs 5 Satz 3 UG geforderten Aufhebung der Entscheidung durch die Aufsichtsbehörde. Aber trotz Einstellung des Aufsichtsverfahrens und daher rechtmäßiger Zurückverweisung wäre das Berufungsverfahren auf Grundlage des rechtswidrigen Besetzungsvorschlags fort- und allenfalls zu Ende geführt worden. Praktisch könnte so ein Fall werden, wenn die aufsichtsbehördlich geprüfte Zurückverweisung durch das Rektorat erfolgt, die Rektorin oder der Rektor aber keine Bedenken hat, auf Grundlage des ursprünglichen Besetzungsvorschlags eine Kandidatin oder einen Kandidaten auszuwählen und mit ihr oder ihm zu verhandeln und abzuschließen. Kommt es hingegen zur ministeriellen Aufhebung und lassen Spruch und Begründung des Aufhebungsbescheids eine neuerliche Zurückverweisung des Besetzungsvorschlags zu, hat das Rektorat dabei die Rechtsanschauung der Bundesministerin oder des Bundesministers zugrunde zu legen.

69 VwGH 23. 10. 2012, 2011/10/0193.

Die für den Besetzungsvorschlag verantwortliche Berufungskommission oder – im Falle der Zurückverweisung – das Rektorat (§ 22 Abs 2 Satz 2 UG) oder die Rektorin oder der Rektor (§ 98 Abs 8 UG) sind Amtspartei nach § 45 Abs 7 UG. Sie können vor dem Bundesverwaltungsgericht gegen den ministeriellen Aufhebungsbescheid Beschwerde führen. Nach § 46 Abs 4 UG steht diesen Universitätsorganen auch das Recht zu, gegen Erkenntnisse des Bundesverwaltungsgerichts Revision gemäß Art 133 B-VG zu erheben. *Stöger* erachtet darüber hinaus auch eine Parteibeswerde der Universität selbst gemäß Art 132 Abs 1 Z 1 B-VG wegen Verletzung subjektiver Rechte durch den aufsichtsbehördlichen Bescheid für zulässig⁷⁰. Der VfGH hatte schon den nach dem UOG 1975 bestehenden Universitäten diese Rechte zuerkannt⁷¹, und diese Rechtsansicht auch für die Rechtslage nach dem UG vertreten⁷². Die fehlende Erwähnung dieser Möglichkeit in den §§ 45 f UG schadete nicht. Überträgt man diese Überlegungen auch auf die Rechtslage nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, kann die Universität – nach § 22 Abs 1 UG vertreten durch das Rektorat – gegen aufsichtsbehördliche Bescheide der Bundesministerin oder des Bundesministers bei Verletzung subjektiver Rechte auch Parteibeswerde an das Bundesverwaltungsgericht und anschließend Parteirevision an den VwGH und Erkenntnisbeschwerde an den VfGH erheben⁷³.

Im Schrifttum wird darüber diskutiert, ob aufsichtsbehördliche Maßnahmen auch dann gesetzt werden können, wenn die Schiedskommission zuständig ist. Als Argument für den Vorrang von Entscheidungen der Schiedskommission wird vor allem eine Passage in den Gesetzesmaterialien zu dem die Schiedskommission regelnden § 43 UG ins Treffen geführt⁷⁴: „Dem neuen System entsprechend soll die abschließende Entscheidung in einem Beschwerdeverfahren nicht mehr durch die Bundesministerin oder den Bundesminister erfolgen, sondern bereits innerhalb der Universität fallen“⁷⁵. Diese Formulierung hat aber vermutlich nicht den Vorrang des Verfahrens vor der Schiedskommission gegenüber dem aufsichtsbehördlichen Verfahren auf Grundlage des UG vor Augen, sondern hebt den Unterschied zur früheren Vorschrift des § 40 Abs 5 UOG 1993 hervor, wonach der Arbeitskreis im Falle eines Beharrungsbeschlusses eines Universitätsorgans berechtigt war, „den Bundesminister für Wissenschaft und Forschung um Ausübung seines Aufsichtsrechts anzurufen“. Nun entscheidet mit der Schiedskommission ein zwar nicht aus Angehörigen der Universität bestehendes Organ (§ 43 Abs 9 UG), aber dennoch ein Organ der Universität. Der Arbeitskreis hat auch kein Recht mehr, ein aufsichtsbehördliches Verfahren zu beantragen, sondern kann dies bloß – wie auch andere – anregen. Die auf Grundlage des

70 *Stöger* in *Perthold-Stoitzner*, UG³ § 45 Rz 32.

71 VfSlg 13.429/1993.

72 VfSlg 18.221/2007.

73 *Stöger* in *Perthold-Stoitzner*, UG³ § 45 Rz 32.

74 So *Stöger* in *Perthold-Stoitzner*, UG³ § 45 Rz 6.

75 ErläutRV 1134 BlgNR XXI.GP, 87.

UG bestehende Möglichkeit, sowohl aufsichtsbehördliche Bescheide als auch Bescheide der Schiedskommission vor dem Bundesverwaltungsgericht zu bekämpfen, spricht auch nicht dagegen, beide Verfahren nebeneinander führen zu können⁷⁶. § 43 Abs 2 UG schließt dies nicht aus, denn dort sind Entscheidungen von Universitätsorganen – und nicht ministerielle aufsichtsbehördliche Maßnahmen – gemeint⁷⁷. Im Ergebnis vertreten *Perthold-Stoitzner* und *Stöger* zutreffend, dass nicht von einem Vorrang des Verfahrens vor der Schiedskommission gegenüber dem aufsichtsbehördlichen Verfahren auszugehen ist⁷⁸.

V. Die Aufhebung des Besetzungsvorschlags durch die Schiedskommission

Die Rechtsgrundlage für die Bekämpfung von Entscheidungen von Universitätsorganen durch den Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen findet sich in § 42 Abs 8 UG: „Hat der Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen Grund zur Annahme, dass die Entscheidung eines Universitätsorgans eine Diskriminierung von Personen auf Grund ihres Geschlechts oder auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung darstellt, ist er berechtigt, innerhalb von drei Wochen die Schiedskommission anzurufen.“

Unter solchen Entscheidungen sind sämtliche Rechtsakte zu verstehen, unabhängig davon, in welcher Form sie ergangen sind und ob sie individuellen oder generellen Charakter haben⁷⁹. *Kucsko-Stadlmayer* betont die Parallele zu § 45 UG und erwähnt ausdrücklich auch den Besetzungsvorschlag einer Berufungskommission als ein Beispiel für eine unter § 42 Abs 8 UG fallende „Entscheidung“⁸⁰. Folglich kann gegen Besetzungsvorschläge einer Berufungskommission Beschwerde vor der Schiedskommission erhoben werden.

Zu untersuchen ist das Verhältnis dieser Regelung zu § 98 Abs 9 UG: „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.“ § 98 Abs 9 UG greift eine im Berufungsverfahren zu treffende Entscheidung – nämlich die Auswahlentscheidung – heraus und regelt sie gesondert.

⁷⁶ Vgl allerdings *Stöger* in *Perthold-Stoitzner*, UG³ § 45 Rz 6.

⁷⁷ Dazu näher *Kucsko-Stadlmayer/Haslinger* in *Perthold-Stoitzner*, UG³ § 43 Rz 10 (Stand 1.10.2016, rdb.at).

⁷⁸ *Perthold-Stoitzner*, Hochschulrecht 104 FN 429; *Stöger* in *Perthold-Stoitzner*, UG³ § 45 Rz 6.

⁷⁹ *Kucsko-Stadlmayer/Haslinger* in *Perthold-Stoitzner*, UG³ § 42 Rz 35 (Stand 01.10.2016, rdb.at).

⁸⁰ *Kucsko-Stadlmayer/Haslinger* in *Perthold-Stoitzner*, UG³ § 42 Rz 35; vgl bereits zum Besetzungsvorschlag im Berufungsverfahren als „Entscheidung“ nach § 42 Abs 8 UG *Kucsko-Stadlmayer*, zfh 2013, 31.

In § 42 Abs 7 UG geht es um eine ähnliche Thematik: „Das Rektorat hat gleichzeitig mit der Information des zuständigen Betriebsrats den Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen darüber in Kenntnis zu setzen, mit welcher Bewerberin oder mit welchem Bewerber ein Arbeitsvertrag abgeschlossen werden soll.“ Der VwGH hat in seinem Erk v. 28. 10. 2015, 2013/10/0104 entschieden, dass § 42 Abs 7 UG gegenüber der spezielleren Regelung des § 98 Abs 9 UG zurücktritt. Die Bekanntgabe der Auswahlentscheidung durch die Rektorin oder den Rektor ersetzt somit die Verpflichtung des Rektorats, den Arbeitskreis darüber in Kenntnis zu setzen, mit welcher Bewerberin oder mit welchem Bewerber ein Arbeitsvertrag abgeschlossen werden soll. Im selben Erkenntnis hat der VwGH entschieden, dass § 98 Abs 9 UG in Berufungsverfahren auch § 42 Abs 8 UG verdrängt. Dies bedeutet, dass die kürzere – zweiwöchige – Frist des § 98 Abs 9 UG maßgebend ist, und nicht die längere – dreiwöchige – Frist des § 42 Abs 8 UG.

§ 98 Abs 9 UG ist aber nicht die Bedeutung beizumessen, dass die dort angesprochene Auswahlentscheidung die einzige Entscheidung im Berufungsverfahren ist, die vom Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen bekämpft werden kann. Für alle anderen Entscheidungen gilt § 42 Abs 8 UG. Zu diesen anderen Entscheidungen gehört auch der von der Berufungskommission erstellte Besetzungsvorschlag. Daher braucht der Arbeitskreis nicht die Auswahlentscheidung durch die Rektorin oder den Rektor abzuwarten, sondern kann bereits den Besetzungsvorschlag bekämpfen⁸¹. Wenn der Arbeitskreis bloß die Auswahlentscheidung bekämpft, kann er nur noch geltend machen, dass die Auswahl einer Kandidatin oder eines Kandidaten, die oder der im Besetzungsvorschlag enthalten war, eine von ihm aufzugreifende Diskriminierung darstellt. Will der Arbeitskreis hingegen rügen, dass die Aufnahme einer oder mehrerer Personen oder die Nichtaufnahme anderer Personen in den Besetzungsvorschlag eine Diskriminierung nach § 42 Abs 8 UG darstellt, hat er bereits gegen den Besetzungsvorschlag vorzugehen.

Im UG ist aber keine Verpflichtung vorgesehen, den Arbeitskreis über den Besetzungsvorschlag zu informieren. In solchen Fällen beginnt die in § 42 Abs 8 UG dreiwöchige Frist mit dem Zeitpunkt zu laufen, in dem ihm die Information tatsächlich zugekommen ist⁸². Es kommt dabei nicht darauf an, ob ihn die Berufungskommission, die Rektorin oder der Rektor oder Dritte informieren. Erfährt der Arbeitskreis vom Inhalt des Besetzungsvorschlags erst mit der Nachricht über die Auswahlentscheidung der Rektorin oder des Rektors, wird daher von diesem Zeitpunkt an für die Bekämpfung des Besetzungsvorschlags die dreiwöchige Frist des § 42 Abs 8 UG und für die Bekämpfung der Auswahlentscheidung die zweiwöchige Frist des § 98 Abs 9 UG zu laufen

⁸¹ So ausdrücklich *Kucsko-Stadlmayer/Haslinger* in *Perthold-Stoitzner*, UG³ § 42 Rz 28.

⁸² *Kucsko-Stadlmayer/Haslinger* in *Perthold-Stoitzner*, UG³ § 42 Rz 36.

beginnen. Will die Rektorin oder der Rektor den weiteren Fortgang des Berufungsverfahrens beschleunigen, wird sie oder er danach trachten, dass der Arbeitskreis die Information über den Besetzungsvorschlag möglichst früh erhält, noch bevor sie oder er die Auswahlentscheidung trifft und dem Arbeitskreis bekannt gibt.

Die Rechtsfolge einer Beschwerde des Arbeitskreises für Gleichbehandlungsfragen an die Schiedskommission besteht nach § 42 Abs 9 UG darin, dass „die Vollziehung der Entscheidung durch das Universitätsorgan bis zur Entscheidung der Schiedskommission unzulässig“ ist. Auf Grundlage des bekämpften Besetzungsvorschlags dürfen daher keine weiteren Maßnahmen gesetzt werden. Dies bedeutet, dass die Rektorin oder der Rektor jedenfalls keine Auswahlentscheidung treffen kann. Fraglich könnte sein, ob die Rektorin oder der Rektor nach § 98 Abs 8 UG oder das Rektorat nach § 22 Abs 2 Satz 2 UG eine Zurückverweisung vornehmen können. Immerhin würde eine derartige Maßnahme den Besetzungsvorschlag obsolet machen und daher dem Anliegen des Arbeitskreises für Gleichbehandlungsfragen im Ergebnis Rechnung tragen. Der weiteren Behandlung der Beschwerde in der Schiedskommission wäre der Boden entzogen. Damit würde dem Arbeitskreis aber auch ein wirksames Instrument aus der Hand geschlagen, der von ihm vertretenen Auffassung zum Durchbruch zu verhelfen: Bejaht die Schiedskommission nämlich eine ihrer Zuständigkeit unterliegende Diskriminierung, hat das Universitätsorgan nach § 43 Abs 6 Satz 1 UG „eine neue Personalentscheidung“ – und darunter ist wohl auch der Personen umfassende Besetzungsvorschlag zu verstehen – „unter Beachtung der Rechtsauffassung der Schiedskommission zu treffen“. Im Falle von Zurückverweisungen nach § 98 Abs 8 UG oder nach § 22 Abs 2 Satz 2 UG ist die Berufungskommission hingegen – nach der hier vertretenen Auffassung – frei, weder den Inhalt des Besetzungsvorschlags noch dessen Begründung zu ändern. Allerdings hat der Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen die Möglichkeit, den nach der Zurückverweisung – inhaltlich unverändert oder aber auch verändert – erstellten Besetzungsvorschlag der Berufungskommission wiederum zu bekämpfen. Die Annahme einer weiterhin bestehenden Zurückverweisungsbefugnis der Rektorin oder des Rektors oder des Rektorats nimmt dem Arbeitskreis nicht die Möglichkeit, seiner Rechtsauffassung notfalls im Wege der Schiedskommission zum Durchbruch zu verhelfen.

Interessant ist die gerade erwähnte Formulierung des § 43 Abs 6 Satz 1 UG, wonach das Universitätsorgan die neue Personalentscheidung „unter Beachtung der Rechtsauffassung der Schiedskommission zu treffen“ hat. Der – allerdings nicht schon in der Stamfassung des UG enthaltene – § 43 Abs 6 Satz 3 UG spricht für einen Spezialfall eine andere, deutlichere Sprache: „Die Findungskommission und der Senat sind in diesem Fall verpflichtet, den der Rechtsanschauung der Schiedskommission entsprechenden Rechtszustand unverzüglich herzustellen“. Eine vergleichbare Formulierung findet sich in der zum Aufsichtsrecht gehörenden Vor-

schrift des § 45 Abs 6 UG: „Die Universitätsorgane sind [...] verpflichtet, den der Rechtsanschauung der Bundesministerin oder des Bundesministers entsprechenden Rechtszustand unverzüglich herzustellen.“ *Kucsko-Stadlmayer/Haslinger* gehen davon aus, dass auch dann, wenn die Personalentscheidung unter „Beachtung“ der Rechtsauffassung der Schiedskommission zu treffen ist, das Universitätsorgan der Rechtsauffassung der Schiedskommission zu entsprechen hat und diese daher bindend ist⁸³. Allerdings stellt sich auch bei der Schiedskommission die Frage, ob sie eine Berufungskommission bei der Ausübung ihres Ermessens weiter einschränken darf als dies im Rahmen eines ministeriellen Aufsichtsverfahrens möglich ist. Die weiche Formulierung von der „Beachtung der Rechtsauffassung der Schiedskommission“ lässt jedenfalls darauf schließen, dass auch die Schiedskommission nicht verlangen darf, dass in den Besetzungsvorschlag eine bestimmte Person aufzunehmen wäre. Die Berufungskommission ist zwar verpflichtet, von der gerügten Diskriminierung abzusehen, ihr Ermessen darf aber nicht völlig beseitigt werden.

Betont man die Parallele zum aufsichtsbehördlichen Verfahren, so sind auch die in § 22 Abs 2 Satz 2 UG und § 98 Abs 8 UG geregelten Zurückverweisungen von Besetzungsvorschlägen einer Berufungskommission „Entscheidungen“, die nach § 42 Abs 8 UG vom Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen bekämpft werden können. Dafür spricht weiters, dass zumindest die Zurückverweisung nach § 98 Abs 8 UG die Alternative zu der in derselben Vorschrift geregelten Auswahlentscheidung ist, und die Auswahlentscheidung sonst unter § 42 Abs 8 UG fallen würde. Von der zuletzt erwähnten Auffassung geht jedenfalls der VwGH in seinem Erk v. 28. 10. 2015, 2013/10/0104 aus, da sich sonst die Frage der Verdrängung von § 42 Abs 8 UG durch § 98 Abs 9 UG nicht stellen würde. Zu bedenken ist allerdings, dass § 42 Abs 6 Satz 1 UG offenbar unter der in § 42 Abs 8 UG angesprochenen „Entscheidung“ eine „Personalentscheidung“ versteht. Denn nur eine „neue Personalentscheidung“ ist nach Bejahens des Vorliegens einer Diskriminierung „unter Beachtung der Rechtsauffassung der Schiedskommission zu treffen“. Die Zurückverweisung betrifft insoweit Personalfragen, als sie den Besetzungsvorschlag, der Personen enthält, über die dann die Rektorin oder der Rektor eine Auswahlentscheidung zu treffen haben wird, aus dem Rechtsbestand beseitigt und die Erstellung eines neuen Besetzungsvorschlags erforderlich macht. Bei einem weiten Verständnis kann also auch die Zurückverweisung eines Besetzungsvorschlags als „Personalentscheidung“ qualifiziert werden.

Gemäß § 43 Abs 7 UG haben der „Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen und das betroffene Universitätsorgan [...] das Recht, gegen den das Verfahren abschließenden Bescheid vor dem Bundesverwaltungsgericht Beschwerde zu führen“. Somit ist eine Amtsbeschwerde der Berufungskommission jedenfalls zulässig.

⁸³ *Kucsko-Stadlmayer/Haslinger* in *Perthold-Stoitzner*, UG³ § 43 Rz 19.

Subjektive Rechte der Universität sind hingegen – anders als bei ministeriellen aufsichtsbehördlichen Maßnahmen – im Falle eines Bescheides der Schiedskommission nicht berührt. Eine Parteibeswerde der Universität kommt daher nicht in Betracht.

VI. Zusammenfassende Würdigung

Besetzungsvorschläge in Berufungsverfahren spielen im universitären Alltag eine große Rolle. Zur Bestellung von Universitätsprofessor/inn/en nach § 98 UG bedarf es eines Besetzungsvorschlags einer vom Senat eingesetzten Berufungskommission. Die Rektorin oder der Rektor kann nur mit Kandidat/inn/en Berufungsverhandlungen führen, die im Vorschlag enthalten sind. Die Überlegungen haben gezeigt, dass Besetzungsvorschläge nicht nur von der Rektorin oder dem Rektor, sondern auch vom Rektorat zurückgewiesen werden können. Die Voraussetzungen dafür sind aber unterschiedlich. Die Bundesministerin oder der Bundesminister hat im Rahmen der Rechtsaufsicht ebenfalls die Möglichkeit, einen Besetzungsvorschlag aufzuheben. Der Bundesministerin oder dem Bundesminister ist dabei aber größere Zurückhaltung als den universitären Organen auferlegt. Schließlich kann auch die Schieds-

kommission aufgrund einer Beschwerde des Arbeitskreises für Gleichbehandlungsfragen den Besetzungsvorschlag aus dem Rechtsbestand beseitigen und in weiterer Folge der Berufungskommission auftragen, einen neuen Besetzungsvorschlag unter Beachtung ihrer Rechtsauffassung zu erstellen. Die Zuständigkeit der genannten Organe lässt sich nicht ohne Schwierigkeiten voneinander abgrenzen. Dies gilt insbesondere für das Rektorat einerseits und die Rektorin oder den Rektor andererseits. Das UG geht über weite Strecken vom konsensualen Zusammenwirken der obersten Organe aus. Im Konfliktfall besteht die Gefahr der Lähmung der universitären Entscheidungsfindung.

Korrespondenz: Univ.-Prof. Dr. DDr. h. c. Michael Lang, Vizerektor für Personal, Vorstand des Instituts für Österreichisches und Internationales Steuerrecht, WU Wirtschaftsuniversität Wien, www.wu.ac.at, Welthandelsplatz 1, 1020 Wien; E-Mail: michael.lang@wu.ac.at

Mag. Annette Lichtmanegger, Leiterin der Rechtsabteilung an der WU Wirtschaftsuniversität Wien, www.wu.ac.at, Welthandelsplatz 1, 1020 Wien; Email: annette.lichtmanegger@wu.ac.at

Alexander Harrer, LL.M. (WU), Universitätsassistent prae doc am Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht, Mitarbeiter der Rechtsabteilung der WU Wirtschaftsuniversität Wien, www.wu.ac.at, Welthandelsplatz 1, 1020 Wien; Email: alexander.harrer@wu.ac.at