

# TE OGH 2020/4/24 8ObA71/19b

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 24.04.2020

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Kuras als Vorsitzenden , die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner und den Hofrat Dr. Stefula als weitere Richter sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Harald Stelzer (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Mag. Thomas Kallab (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Dr. E\*\*\*\*\* H\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Martin Riedl, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Land Tirol, 6020 Innsbruck, Eduard-Wallnöfer-Platz 3, vertreten durch Dr. Markus Orgler, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen 37.541,70 EUR sA, über die außerordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 11. Oktober 2019, GZ 13 Ra 24/19f-14, mit dem das Urteil des Landesgerichts Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht vom 15. Jänner 2019, GZ 47 Cga 77/18h-9, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der außerordentlichen Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 2.201,04 EUR (darin 366,84 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin arbeitete aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses zum Bund an einer Universitätsklinik in Innsbruck. Mit dem Wunsch, weiterhin dort zu arbeiten, jedoch fortan aufgrund eines Dienstverhältnisses zum beklagten Land Tirol, wandte sie sich unter anderem an den Vorstand der Universitätsklinik und an den stellvertretenden Leiter der klinischen Abteilung, an welcher sie tätig war. Diese gaben der Klägerin mit Schreiben vom 10. 8. 2000 bekannt, dass ein Wechsel auf die Landesstelle kurzfristig umsetzbar sei und sie sich am 23. 8. 2000 mit den Vertretern der Tiroler Landeskrankenanstalten GmbH (TILAK) in Verbindung setzen würden. Die Klägerin hatte davor bereits ihren Wunsch und ihre Bedingungen bei einem Gespräch am 4. 7. 2000 gegenüber dem Leiter der Personalabteilung der TILAK deponiert. Dieser teilte der Klägerin mit, dass einem Wechsel auf eine Landesstelle nichts im Wege stehe, aber der Wechsel eines Landesarztes auf eine Bundesstelle dafür Voraussetzung sei und er deswegen ein Gespräch mit dem Klinikvorstand führen werde. Es wurde sodann erreicht, dass eine entsprechende Landes-Facharztstelle ausgeschrieben wurde. Dabei musste nach dem Inhalt der Feststellungen zwingend auch das Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr hergestellt worden sein, weil sonst der Wechsel der Klägerin auf eine Landesdienststelle – mangels umgekehrten Wechsels eines Landesbediensteten auf eine Bundesstelle – schon aus der Sicht der für das beklagte Land vertretungsbefugten Personen (dem Leiter der Personalabteilung und dem Personaldirektor) nicht erfolgt wäre (dem Tatsachenbereich zugehörige Schlussfolgerung

des Berufungsgerichts). Mit Schreiben vom 15. 11. 2000 wurde der Klägerin vom Personaldirektor mitgeteilt, dass die Wahl auf sie gefallen war, und sie wurde eingeladen, sich am 1. 2. 2001 zum Dienstantritt einzufinden. Hierauf erklärte die Klägerin mit – vom Vorstand der Universitätsklinik mitunterschrieben – Schreiben vom 29. 11. 2000 an das Bundesministerium ihren Austritt gemäß § 20 Abs 1 Z 1 BDG. Als Begründung gab sie „Übernahme auf eine Landesstelle ab 1. 2. 2001“ an. In der Folge schlossen die Streitparteien im Februar 2001 einen Dienstvertrag.

Zwischen den Streitparteien ist – soweit für das Revisionsverfahren noch relevant – strittig, ob bei der Berechnung der nunmehr der Klägerin aufgrund ihrer Pensionierung gebührenden Abfertigung nach § 82 Abs 12 (infolge der Novelle LGBI 2019/137 ab 1. 1. 2020: Abs 13) letzter Satz Tiroler Landesbedienstetengesetz (in der Folge LBedG) auch die Jahre ihres öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses zum Bund als Dienstzeit zu berücksichtigen sind.

Das Erstgericht gab der Klage statt.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil. Weder aus dem Wortlaut des § 82 Abs 12 letzter Satz LBedG, noch aus der gesetzlichen Entwicklung, noch aus den Gesetzesmaterialien des Landesgesetzgebers, noch jenen der Vorbildbestimmung des Bundesgesetzgebers gehe hervor, dass bestimmte Vordienstzeiten bei inländischen öffentlichen Dienstgebern allein deshalb ausgeschlossen sein sollten, weil diese Dienstverhältnisse im technischen Sinn gar nicht im Einvernehmen auflösbar seien, sondern es – wie bei der Klägerin nach §§ 20 f BDG – eines Selbstaustritts bedürfe. Aus den Materialien zur Vorbildbestimmung des § 35 Abs 5 VBG (idFBGBI 1988/289) könne zwanglos erschlossen werden, dass die Wendung „im Einvernehmen“ nicht im technischen Sinn einer einzelvertraglichen Lösung zu verstehen sei. Bei der vom beklagten Land verfochtenen technischen/einzelvertraglichen Auslegung hätten die zitierten, auf inländische Gebietskörperschaften zugeschnittenen Regeln keinen Anwendungsbereich gehabt. Entgegen dessen Standpunkt sei die Formulierung in § 82 Abs 12 letzter Satz LBedG „im Einvernehmen mit dem Dienstgeber ausschließlich deswegen beendet worden, um ein Dienstverhältnis zum Land Tirol einzugehen“ wie jene der Parallelregelung des (nunmehr) § 84 Abs 5 letzter Satz VBG als Umschreibung eines tatsächlichen Gesamtvergangs zu verstehen. Dieser habe hier im Sinn des Landesgesetzes stattgefunden.

Dagegen richtet sich die aus dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung erhobene außerordentliche Revision des beklagten Landes, mit dem es einen auf Klagsabweisung gerichteten Abänderungsantrag, hilfsweise einen Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag stellt.

Die Klägerin beantragt in der ihr vom Obersten

Gerichtshof freigestellten Revisionsbeantwortung, die außerordentliche Revision zurückzuweisen, hilfsweise ihr keine Folge zu geben.

Die außerordentliche Revision ist mangels Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu § 82 Abs 12 (ab 1. 1. 2020: Abs 13) letzter Satz Tiroler LBedG bzw der im Wesentlichen wortgleichen Bestimmung des § 84 Abs 5 letzter Satz VBG zulässig, aber nicht berechtigt.

In ihrer außerordentlichen Revision hält das beklagte Land seinen Standpunkt aufrecht, dass das BDG ein Einvernehmen zur Auflösung des Dienstverhältnisses oder zum Wechsel zu einem anderen Dienstgeber nicht vorsehe und folglich das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis der Klägerin nicht, wie von § 82 Abs 12 letzter Satz LBedG aber verlangt, „im Einvernehmen mit dem Dienstgeber“ beendet worden sein könne. Möge der Austritt der Klägerin noch so faktisch akkordiert erfolgt sein, so sei dies irrelevant, weil eine dahingehende Vereinbarung rechtlich nicht möglich sei. Ein Rechtsinstitut, das es nicht gebe, weil es der dafür zuständige Gesetzgeber nicht eingeführt habe, könne nicht durch einen anderen Gesetzgeber substituiert werden. Das öffentliche Recht kenne die Privatautonomie nur in taxativ eröffneten Fällen, es sei sonst ausschließlich dem Vollzug durch Verordnung oder Bescheid zugänglich; es gelte der sogenannte Typenzwang. Wollte man argumentieren, dass die Terminologie des LBedG nicht streng formaljuristisch aufzufassen oder umzusetzen sei, käme man mit dem Legalitätsprinzip in Konflikt, weil unklar wäre, was für ein „Einvernehmen“ ausreichen solle. Ein durch einen Landesgesetzgeber vorgesehenes „Einvernehmen“ des Bundes mit dem Bundesbeamten sei nicht determiniert, weil das Bundesrecht dazu keine Kategorie vorsehe und das Landesrecht dafür nicht kompetent sei.

### **Rechtliche Beurteilung**

1. Grundlage des Abfertigungsanspruchs der Klägerin gegen das beklagte Land ist § 82 (Tiroler) Landesbedienstetengesetz (LBedG), LGBI 2001/2, idF vor LGBI 2019/137. Danach gebührt dem Vertragsbediensteten,

dessen Dienstverhältnis – wie im Fall der Klägerin – vor dem 1. 7. 2003 begonnen hat, bei Beendigung dieses Dienstverhältnisses eine Abfertigung (Abs 1). Deren Höhe hängt von der Dauer des Dienstverhältnisses ab. Sie beträgt beispielsweise nach einer Dauer von 20 Jahren das Neunfache und nach 25 Jahren das Zwölffache des dem Vertragsbediensteten für den letzten Monat des Dienstverhältnisses gebührenden Monatsentgelts und der Kinderzulage (Abs 9).

2. Gemäß § 82 Abs 12 (ab 1. 1. 2020 [Art 1 Z 29 LGBI 2019/137]: Abs 13) Satz 1 LBedG sind Dienstzeiten in Dienstverhältnissen zu einer inländischen Gebietskörperschaft – dies sind Bund, Länder und Gemeinden (vgl 4 Ob 17/66 = Arb 8.199; 9 ObA 53/87; 9 ObA 3/20m; VfGH B 1427/08 [Pkt II.3.3]) – zur Dauer des Dienstverhältnisses nach Abs 9 hinzuzurechnen. Gemäß § 82 Abs 12 (ab 1. 1. 2020: Abs 13) Satz 2 lit b Z 2 LBedG ist die Hinzurechnung ausgeschlossen „wenn das Dienstverhältnis in einer Weise beendet wurde, durch die ein Abfertigungsanspruch erlosch [Fall 1], oder, falls Abs 2 auf das Dienstverhältnis anzuwenden gewesen wäre, erloschen wäre [Fall 2]“.

2.1. Das Dienstverhältnis der Klägerin zum Bund endete durch ihren Austritt § 20 Abs 1 Z 1 BDG). Dessen gesetzliche Voraussetzungen (siehe §§ 20, 21 BDG) sind nämlich vorliegend erfüllt: Für einen Austritt bedarf es grundsätzlich nur einer schriftlichen Austrittserklärung, also einer einseitigen Willenserklärung des Beamten, die der Dienstbehörde zukommt. Einer Annahme des Austritts bedarf es zu seiner Wirksamkeit nicht (VwGH 93/12/0289; 2008/12/0139; Fellner, BDG [2015] § 21 Anm 2).

2.2. Wäre auf das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis der Klägerin zum Bund § 82 Abs 2 LBedG anzuwenden gewesen, so wäre ein Abfertigungsanspruch nach dessen lit f (Austritt ohne wichtigen Grund) erloschen. Damit wäre nach § 82 Abs 12 (ab 1. 1. 2020: Abs 13) Satz 2 lit b Z 2 Fall 2 LBedG eine Hinzurechnung der Dienstjahre der Klägerin zum Bund ausgeschlossen (vgl 9 ObA 120/10b; Steininger, Vertragsbedienstetengesetz [2019] 287).

3. Gemäß § 82 Abs 12 (ab 1. 1. 2020: Abs 13; bei Erlassung des – damals – Landes-Vertragsbedienstetengesetzes [L-VBG]: § 76 Abs 12; die Überstellung der Norm zu § 82 erfolgte durch Art 1 Z 26 der 2. L-VBG-Novelle, LGBI 2003/38) letzter Satz LBedG liegen die in lit b Z 2 leg cit angeführten Ausschlussgründe aber nicht vor, „wenn das Dienstverhältnis im Einvernehmen mit dem Dienstgeber ausschließlich deswegen beendet wurde, um ein Dienstverhältnis zum Land Tirol einzugehen, und dieses Dienstverhältnis an das beendete Dienstverhältnis unmittelbar anschließt“.

3.1. Landtagsmaterialien zu dieser Bestimmung sind nicht vorhanden. Den Landtagsmaterialien 372/00, S 122, zur Stammfassung des (damals) L-VBG (LGBI 2002/2) ist einzig zu entnehmen, dass Abs 12 des (damals) § 76 die Möglichkeit vorsieht, „unter bestimmten Voraussetzungen Dienstzeiten in Dienstverhältnissen zu einer anderen Gebietskörperschaft in die Dauer des Dienstverhältnisses zum Land einzurechnen“.

3.2. § 82 LBedG hat offenkundig § 84 VBG bzw vormals § 35 VBG (vgl Art 23 Z 9 BGBI I 2002/100) zum Vorbild. Der hier interessierende letzte Satz entstammt der 39. VBG-Novelle BGBI 1988/289. Die Materialien dazu lauten, soweit hier von Interesse, wie folgt (ErläutRV 552 BlgNR 17. GP 9): „Außerdem konnten nach der bisherigen Bestimmung Dienstzeiten in einem Dienstverhältnis, das zwecks Übertritt in den Bundesdienst einverständlich ohne Einigung über eine Abfertigung gelöst worden war, für die Berechnung der Abfertigungshöhe nicht herangezogen werden. Die Neuregelung soll auch die Anrechnung solcher Vordienstzeiten ermöglichen.“

4. Zur Zeit der Erlassung des – damals – § 35 Abs 5 letzter Satz VBG aF stand die verfassungsrechtlich den Dienstwechsel zwischen Gebietskörperschaften regelnde Vorschrift des Art 21 Abs 4 B-VG in folgender Fassung in Geltung: „Die Möglichkeit des Wechsels zwischen dem Dienst beim Bund, den Ländern, den Gemeinden und Gemeindeverbänden bleibt den öffentlichen Bediensteten jederzeit gewahrt. Der Dienstwechsel wird im Einvernehmen der zur Ausübung der Diensthoheit berufenen Stellen vollzogen. Durch Bundesgesetz können besondere Einrichtungen zur Erleichterung des Dienstwechsels geschaffen werden.“

4.1. Die Bedeutung des Satzes 2 von Art 21 Abs 4 B-VG in der zitierten Fassung über den „Vollzug“ des Dienstwechsels „im

Einvernehmen“ der zur Ausübung der Diensthoheit berufenen Stellen war nicht ganz klar.

4.1.1. Nach Ringhofer (Die Österreichische Bundesverfassung [1977] 94) bestimmte der Satz, „dass ein solcher Dienstwechsel des Einvernehmens zwischen den jeweils zur Ausübung der Diensthoheit berufenen Stellen bedarf“.

4.1.2. Nach Thienel (Öffentlicher Dienst und Kompetenzverteilung [1990] 104) bewirkte die Bestimmung, „dass die Begründung eines öffentlichen Dienstverhältnisses mit einer Person, die bereits Bediensteter einer anderen Gebietskörperschaft ist, einer Willensübereinstimmung der betroffenen Dienstbehörden bedarf“. Zwar erachtete dieser Autor die Begründung des neuen Dienstverhältnisses gegen den Willen des bisherigen Dienstgebers als unzulässig, allerdings dessen Begründung von diesem als nicht bekämpf- und damit die Herstellung des Einvernehmens als nicht erzwingbar. Den Sinn der Bestimmung sah er „eher in der Klarstellung, dass gegen den Willen des neuen Dienstgebers die Begründung des Dienstverhältnisses nicht erzwungen werden kann“.

4.1.3. Handstanger (Bemerkungen zur verfassungsrechtlichen Institution des „Dienstwechsels“ im Art 21 Abs 4 B-VG, ZV 1993, 449 [451 ff]) vertrat die Ansicht, dass das Erfordernis des Einvernehmens als Erfordernis einer Zustimmung zu verstehen sei. Art 21 Abs 4 Satz 2 B-VG sehe vor, dass die zur Ausübung der Diensthoheit berufenen Stellen den Dienstwechsel im Wege gegenseitiger Zustimmung durchführen. Zweck der Einvernehmensbildung sei, dass die Regelung nicht zu einem „Aufoktroyieren“ von Beamten anderer Gebietskörperschaften führen könne. Art 21 Abs 4 B-VG schränke aber nicht die Möglichkeit des öffentlichen Bediensteten, das Dienstverhältnis zu beenden, ein. Es stehe einem Beamten grundsätzlich jederzeit offen, sein Dienstverhältnis ohne weiteres zu lösen. Der Austritt werde durch § 21 BDG erschöpfend geregelt. Ein öffentlicher Bediensteter könne damit zwar jederzeit aus seinem Dienstverhältnis austreten und hierauf ein Dienstverhältnis zu einer anderen Gebietskörperschaft begründen. Ein solcher Vorgang gelte aber nur dann als Dienstwechsel iSd Art 21 Abs 4 B-VG, wenn er im Einvernehmen der zur Ausübung der Diensthoheit berufenen Stellen vollzogen wird. Aus dem systematischen Zusammenhang des Art 21 Abs 1 und 4 B-VG ergebe sich, dass bei einem Dienstwechsel die Rechtsposition des Beamten keiner Schmälerung unterworfen werden soll. Dies gelte jedenfalls für die Anrechnung der Dienstzeit. Anders als bei einem Dienstwechsel habe ein Beamter, der ohne Einvernehmen der zur Ausübung der Diensthoheit berufenen Stellen sein Dienstverhältnis zu einer Gebietskörperschaft beendet und zu einer anderen ein neues Dienstverhältnis begründet, nach Art 21 Abs 4 B-VG keinen Rechtsanspruch darauf, dass seine im bisherigen Dienstverhältnis begründete Rechtsstellung im Dienstverhältnis zur anderen Gebietskörperschaft berücksichtigt wird.

4.2. Der Satz, dass der Dienstwechsel „im Einvernehmen der zur Ausübung der Diensthoheit berufenen Stellen vollzogen [wird]“, entfiel durch die B-VG-Novelle BGBI I 1999/8. Die Materialien führten als Grund hierfür an, die praktische Anwendung des Satzes habe zu Schwierigkeiten geführt. Es sei die Auffassung vertreten worden, dass für einen Dienstwechsel auch die Zustimmung jenes Rechtsträgers erforderlich sei, aus dessen Diensten sich eine Person begeben will. Da der Satz zu derartigen Missverständnissen Anlass gebe und außerdem ohne praktische Bedeutung sei, solle er gestrichen werden (IA 972A 20. GP; Verfassungsausschussbericht 1562 BlgNR 20. GP). Die Einschätzung, dass die vormalige Bestimmung missverständlich gewesen sei, stieß in der Literatur auf Zustimmung (Bußjäger, Bemerkungen zur Neuregelung der Kompetenzverteilung auf dem Gebiet des Dienstrechts der öffentlich Bediensteten, JBI 1999, 773 [778]; ebenso Willi, Die Aufnahme in den Verwaltungsdienst des Bundes, SIAK-Journal 2005 H 3, 29 [47 in FN 115: „überaus unklare Bestimmung“]).

4.3. Mit der B-VG-Novelle BGBI I 1999/8 wurde weiters das bis dahin den Landesgesetzgeber bindende, in Art 21 Abs 1 Satz 2 B-VG aF („Die in den Angelegenheiten des Dienstrechtes erlassenen Gesetze und Verordnungen der Länder dürfen von den das Dienstrecht regelnden Gesetzen und Verordnungen des Bundes nicht in einem Ausmaß abweichen, dass der gemäß Absatz 4 vorgesehene Wechsel des Dienstes wesentlich behindert wird.“) grundgelegte Homogenitätsgebot beseitigt. Die durch Art 21 Abs 4 Satz 1 B-VG garantierte Möglichkeit des Dienstwechsels wurde jedoch beibehalten. Nach dem inhaltlich neuen Art 21 Abs 4 Satz 2 B-VG ist der zuständige Gesetzgeber nun nicht mehr verpflichtet, eine Anrechnung von Dienstzeiten vorzusehen. Wenn er dies tut, so ist es aber unzulässig, dabei danach zu differenzieren, ob die Dienstzeiten beim Bund, bei einem Land, bei einer Gemeinde oder bei einem Gemeindeverband zurückgelegt worden sind. Ziel dessen ist die Erhöhung der Mobilität der Bediensteten zwischen den einzelnen Körperschaften (VfGH B 1427/08 Pkt II.3.1 mwH; V 109/2017 Pkt IV.2.2). Gerade die Nichtanrechnung von Vordienstzeiten beim Dienstwechsel von einer Gebietskörperschaft zu einer anderen kann eine Beschränkung der Mobilität öffentlicher Bediensteter im Bundesstaat zur Folge haben (Kucsko-Stadlmayer, Das Disziplinarrecht der Beamten [1985] 37).

Ob eine Anrechnung von Dienstzeiten vorgesehen wird oder nicht, überlässt Art 21 Abs 4 B-VG aber dem Gesetzgeber (VfGH G 184/07 Pkt IV.1.2). Weil Art 21 Abs 4 Satz 2 B-VG allgemein von der „Anrechnung von Dienstzeiten“ spricht und nur gebietet, dass, sollte der Gesetzgeber eine Anrechnung von Dienstzeiten vorsehen, eine Gleichbehandlung bei der

Anrechnung unter den in dieser Verfassungsbestimmung angeführten Körperschaften zu erfolgen hat, steht dem Gesetzgeber damit auch die Möglichkeit der gänzlichen Anrechnung offen (VfGH B 1427/08 Pkt II.3.1). Andererseits wäre vor dem Hintergrund des Art 21 Abs 4 B-VG genauso unbedenklich, gar keine Anrechnung vorzusehen (VwGH 2011/12/0011 [zu § 50a Abs 6 lit. e Tiroler Gemeindebeamten gesetz 1970 idF LGBI 2009/99]). Dem Gesetzgeber steht es – soweit er Art 21 Abs 4 Satz 2 B-VG, das aus dem Gleichheitsgrundsatz abgeleitete allgemeine Sachlichkeitsgebot und das Unionsrecht beachtet – auch grundsätzlich frei, Vordienstzeiten unterschiedlich anzurechnen (vgl Kucsko-Stadlmayer/Oswald in Korinek ua, Österreichisches Bundesverfassungsrecht [2018] Art 21 B-VG Rz 41; Cagnelli-Weichselbaum in Kneihs/Lienbacher Rill-Schäffer-Kommentar zum Bundesverfassungsrecht [2019] Art 21 B-VG Rz 111 f).

5. Vor diesem Hintergrund hat der Oberste Gerichtshof zur Auslegung der entscheidungswesentlichen Bestimmung des § 82 Abs 12 (ab 1. 1. 2020: Abs 13) letzter Satz LBedG erwogen:

5.1. Zunächst ist festzuhalten, dass die Bestimmung nicht danach unterscheidet, ob das bisherige Dienstverhältnis ein öffentlich-rechtliches oder ein privatrechtliches war. Es muss sich – was aus § 84 Abs 1 LBedG hervorgeht – nur um ein Dienstverhältnis zu einer inländischen Gebietskörperschaft handeln. Die Vorschrift erfasst damit auch Dienstnehmer, die bisher öffentliche Bedienstete einer inländischen Gebietskörperschaft waren (vgl VfGH K II-1/49 VfSlg 1936; B 1427/08 Pkt II.3.3 [zu § 14 Abs 1 Z 1 Wr DO 1994 aF]).

5.2. Das beklagte Land weist zutreffend darauf hin, dass die Aufzählung der Gründe für die Auflösung des Dienstverhältnisses in § 20 BDG keinen Beendigungsgrund wie jenen des § 30 Abs 1 Z 2 VBG enthält, wonach das Dienstverhältnis auch „durch einverständliche Lösung“ enden kann. Entgegen seiner Ansicht kann daraus aber nicht geschlossen werden, dass im – hier vorliegenden – Fall der Auflösung eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses durch den Austritt des Beamten § 82 Abs 12 (ab 1. 1. 2020: Abs 13) letzter Satz LBedG nicht einschlägig sein könnte, stellt doch die Bestimmung nicht darauf ab, dass das Dienstverhältnis „durch“ (vgl § 30 Abs 1 Z 2 VBG), sondern dass es „im Einvernehmen“ beendet wurde, und zwar – nur hierauf kommt es an – des Dienstnehmers und des Dienstgebers des vorhergehenden Dienstverhältnisses (9 ObA 120/10b).

5.2.1. Unter „Einvernehmen“ wird in der österreichischen Rechtssprache grundsätzlich das Erfordernis der Zustimmung verstanden (VwGH 94/12/0299; 2010/03/0159). Eine Entscheidung wird somit grundsätzlich von jemandem „im Einvernehmen“ mit einem anderen getroffen, wenn dieser ihr zustimmt, das heißt sich mit ihr einverstanden erklärt (vgl 1 Ob 35/84 = RS0053373; VwGH 99/12/0154). Dieses Verständnis von „im Einvernehmen“ wurde auch bereits zum Vollzug des Dienstgeberwechsels nach Art 21 Abs 4 Satz 2 B-VG aF vertreten (vgl Handstanger, ZfV 1993, 451 f mwH).

5.2.2. Das Einvernehmen muss bei § 82 Abs 12 (ab 1. 1. 2020: Abs 13) letzter Satz LBedG zum einen auf die Beendigung des Dienstverhältnisses gerichtet sein. Es darf daher keine Beendigung vorliegen, die nur von einer Partei ausgeht und ohne oder gegen den Willen der anderen Partei geschieht. Auch im Fall, dass ein Dienstverhältnis durch Austritt erfolgt, also durch eine an sich keiner Zustimmung des Dienstgebers bedürftigen Willenserklärung des Dienstnehmers, ist es durchaus möglich, dass der Austritt dennoch nicht gegen oder ohne den Willen des Dienstgebers erfolgt, sondern von diesem gutgeheißen wird (vgl bereits Handstanger, ZfV 1993, 452).

Das Einvernehmen muss zum anderen darauf gerichtet sein, dass die Beendigung des Dienstverhältnisses ausschließlich deswegen erfolgt, „um ein Dienstverhältnis zum Land Tirol einzugehen“.

Liegt in diesem doppelten Sinn ein Einvernehmen vor und schließt, was das Gesetz als drittes Erfordernis verlangt, das neue Dienstverhältnis an das beendete unmittelbar an, so wird dem Dienstnehmer seine beim „alten“ Dienstgeber verbrachte Dienstzeit vom „neuen“ Dienstgeber (Land Tirol) bei Berechnung der Abfertigung angerechnet.

5.2.3. Zweck dieser Regelung ist, aus Solidarität mit den anderen Gebietskörperschaften einen wirtschaftlichen Anreiz zu schaffen, dass Dienstnehmer nicht einfach – ohne „Einvernehmen“ – ihr Dienstverhältnis beenden, um zu einer anderen Gebietskörperschaft zu wechseln. Auch einem staatlichen Dienstgeber kann es zumindest in manchen Fällen – etwa im Hinblick auf hohe Ausbildungskosten – ein Anliegen sein, einen Bediensteten an sich zu binden (zutr Cagnelli-Weichselbaum in aaO Art 21 B-VG Rz 103). Durch die Regelung wird der verfassungsrechtlichen Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die von der gegenbeteiligten Gebietskörperschaft kompetenzgemäß wahrgenommenen Aufgaben entsprochen (bundesstaatliches Rücksichtnahmegericht oder Berücksichtigungsprinzip – statt vieler allgemein Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts11 [2015] Rz 298, Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht12 [2019] Rz 285 ff; Ruppe in Korinek ua, Österreichisches

Bundesverfassungsrecht [2016] F-VG Einführung Rz 15).

5.2.4. Ein Verständnis des § 82 Abs 12 (ab 1. 1. 2020: Abs 13) letzter Satz LBedG im erläuterten Sinn ist auch vor dem Hintergrund des Art 21 Abs 4 B-VG in der seit BGBl I 1999/8 geltenden Fassung unbedenklich. Im Gegenteil wird durch die weite Formulierung, die auch eine Anrechnung von Dienstzeiten bei einem – im Einvernehmen mit dem bisherigen Dienstgeber – ausgetretenen Beamten ermöglicht, die von Art 21 Abs 4 B-VG bezweckte Erhöhung der Mobilität der Dienstnehmer von Gebietskörperschaften gefördert. Dass ein aus dem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum bisherigen Dienstgeber austretender Beamter, der das Einvernehmen mit seinem bisherigen Dienstgeber über den Dienstgeberwechsel erzielt hat, durch „Mitnahme“ seiner Dienstzeiten privilegiert werde, hat im Übrigen, wie bereits referiert, Handstanger zu Art 21 Abs 4 Satz 2 B-VG aF vertreten.

5.3. Indem das Land Tirol legislativ die Anrechnung der vorherigen Dienstzeit seines jetzigen Dienstnehmers bei einer anderen Gebietskörperschaft davon abhängig macht, dass die Beendigung jenes Dienstverhältnisses im Einvernehmen mit dem vorherigen Dienstgeber erfolgte, greift es entgegen der in der Revision vertretenen Ansicht nicht in die Kompetenz anderer Gesetzgeber, im vorliegenden Fall jene des Bundesgesetzgebers, zur Regelung der Auflösung des (alten) Dienstverhältnisses ein. Diese Auflösung ist vielmehr vom Vorliegen eines Einvernehmens im Sinne des § 82 Abs 12 (ab 1. 1. 2020: Abs 13) letzter Satz LBedG in keiner Weise beeinflusst. Bei (ausdrücklicher oder schlüssiger) Erklärung des Einvernehmens vollzieht der bisherige Dienstgeber auch insoweit keine Rechtsvorschrift, so dass auch der Hinweis in der Revision auf den öffentlich-rechtlichen Typenzwang der Rechtsformen nicht zu überzeugen vermag. Vielmehr wird – wie vom Berufungsgericht zutreffend erkannt – durch § 82 Abs 12 letzter Satz LBedG bloß auf ein faktisches Geschehen im Bereich des bisherigen Dienstgebers abgestellt. Das Vorliegen eines Einvernehmens des bisherigen Dienstgebers ist einzig und allein Tatbestandsmerkmal für § 82 Abs 12 letzter Satz LBedG.

5.4. Die Regelung verstößt auch nicht gegen das Legalitätsprinzip des Art 18 Abs 1 B-VG. Mit diesem ist die Verwendung unbestimmter, also unscharf abgrenzender Rechtsbegriffe so weit vereinbar, als deren Inhalt eine Überprüfung der Übereinstimmung des Organverhaltens mit dem Gesetz zulässt (RS0053345; VfGH G 174/06 [Pkt III.2.2] ua). Ob eine Beendigung des Dienstverhältnisses „im Einvernehmen“ mit dem bisherigen Dienstgeber oder vielmehr ohne oder gar gegen dessen Willen erfolgte, ist hinreichend überprüfbar.

5.5. Sowohl aus dem Wortlaut als auch dem Telos des § 82 Abs 12 (nunmehr Abs 13) letzter Satz LBedG ergibt sich daher, dass die Vorschrift auch für einen Beamten gilt, der vor seinem Austritt das Einvernehmen seines bisherigen Dienstgebers gesucht und erhalten hat, dass er von diesem zum Land Tirol wechselt. Dass für Beamte anderes gelten sollte, ist auch – wie bereits vom Berufungsgericht erkannt – den historischen Gesetzesmaterialien nicht zu entnehmen.

5.6. Für dieses Ergebnis spricht letztlich auch – wie in der Revisionsbeantwortung aufgezeigt – das Gebot einer verfassungskonformen Interpretation (vgl P. Bydlinski in KBB5 § 6 ABGB Rz 4; G. Kodek in Rummel/Lukas, ABGB4 § 6 Rz 155, 157). § 5 LBedG sieht vor, dass dann, wenn ein Bediensteter aus einem Dienstverhältnis zum Land Tirol, auf das das LBedG nicht anzuwenden war, in ein Dienstverhältnis übernommen wird, auf das das LBedG anzuwenden ist, er vom Zeitpunkt der Übernahme an so zu behandeln ist, als ob er schon während der Dauer des früheren Dienstverhältnisses Vertragsbediensteter nach dem LBedG gewesen wäre. Wäre demnach die Klägerin in Tirol Landesbeamtin gewesen und sodann 2001 Vertragsbedienstete des Landes Tirol geworden, so wäre ihre Beamtendienstzeit bereits wegen § 5 LBedG bei der Berechnung der ihr nunmehr aufgrund ihrer Pensionierung gebührenden Abfertigung zu berücksichtigen. Gemäß Art 21 Abs 4 Satz 2 B-VG idgF sind gesetzliche Bestimmungen, wonach die Anrechnung von Dienstzeiten davon abhängig unterschiedlich erfolgt, ob sie beim Bund, bei einem Land, bei einer Gemeinde oder bei einem Gemeindeverband zurückgelegt worden sind, unzulässig (VfGH G 184/07). Ein verfassungswidriges Ergebnis lässt sich zumindest im vorliegenden Fall vermeiden, in dem man nicht – wie es das beklagte Land Tirol im Verfahren befürwortet – die Bestimmung des § 82 Abs 12 (nunmehr Abs 13) letzter Satz LBedG restriktiv dahin auslegt, dass ihre Anwendung beim Wechsel eines Bundesbeamten zum Land Tirol von Vornherein ausscheidet, sondern entsprechend ihrem offenen Wortlaut und eindeutigen Zweck dahin, dass sie auch in diesem Fall Anwendung finden kann.

5.7. Als Ergebnis ist festzuhalten:

Eine Beendigung des Dienstverhältnisses „im Einvernehmen mit dem Dienstgeber“ im Sinne des § 82 Abs 12 (nunmehr Abs 13) letzter Satz Tiroler LBedG ist auch im Fall eines das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis durch Austritt (§ 20 Abs 1 Z 1 BDG) beenden Bundesbeamten möglich.

6. Soweit das beklagte Land meint, allen hier auf Bundesseite „konkret involvierten Personen“ sei keine gesetzliche Vertretungsmacht für den Bund als Dienstgeber zugekommen, befasst es sich nicht mit der Begründung des Berufungsgerichts, die Erklärungen der beiden Professoren als Institutsvorstand oder Abteilungsleiter (iSv § 186 Abs 1 BDG idFBGBI I 1999/127 iVm § 38 Abs 1 Z 1, § 46 UOG 1993) seien dem Bund bei Beurteilung der Frage, ob dieser mit dem Wechsel der Klägerin zum beklagten Land einverstanden war, zuzurechnen. Insoweit ist die Rechtsrüge nicht gesetzmäßig ausgeführt (RS0043603 [T16]). Zudem übergeht das beklagte Land dabei die dem Tatsachenbereich zugehörige Schlussfolgerung des Berufungsgerichts, dass „nach dem Inhalt der Feststellungen und der Gesprächsnote [...] Beilage F zwingend auch das Einvernehmen mit den für die Republik Österreich vertretungsbefugten Personen (mit dem Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr) hergestellt worden sein [muss], weil sonst der Wechsel der Klägerin auf eine Landesdienststelle – mangels umgekehrten Wechsels eines Landesbediensteten auf eine [gemeint: Bundes-]stelle – schon aus der Sicht der für die Beklagte vertretungsbefugten Personen (Leiter der Personalabteilung [...] und Personaldirektor [...]) nicht erfolgt wäre“.

7. Auf die von den Vorinstanzen bejahte Frage, ob das Dienstverhältnis der Klägerin zum beklagten Land unmittelbar an ihr öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis anschloss, kommt die außerordentliche Revision nicht zurück.

8. Der außerordentlichen Revision des beklagten Landes war somit der Erfolg zu versagen.

9. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 41, 50 ZPO. Ausgehend vom Streitwert von 37.541,70 EUR beträgt der Tarif nach RATG für die Revisionsbeantwortung (einschließlich 50 % ES, ERV-Zuschlag und USt) 2.201,04 EUR.

**Textnummer**

E128453

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2020:008OBA00071.19B.0424.000

**Im RIS seit**

08.07.2020

**Zuletzt aktualisiert am**

09.07.2020

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)