Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

13.10.2010

Geschäftszahl

2010/12/0169

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Höß und die Hofräte Dr. Zens, Dr. Thoma, Dr. Pfiel und Mag. Nussbaumer-Hinterauer als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Khorramdel, in der Beschwerdesache des X in Y, vertreten durch die Rechtsanwälte A und B, über den in der unter Zl. 2010/12/0168 protokollierten Beschwerde gegen den Bescheid der Bundesministerin für Wissenschaft und Forschung vom 16. September 2010, Zl. BMWF-550.537/0005-I/VPU/2010, in Angelegenheit 1. Abweisung eines Feststellungsantrags betreffend Übertritt in den Ruhestand nach § 163 Abs. 1 BDG 1979 mit Ablauf des 30. September 2010 und 2. Zurückweisung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung durch die Dienstbehörde über das Bestehen eines Aktivdienstverhältnisses über den 30. September 2010 hinaus, gestellten weiteren Antrag auf Erlassung einer vorläufigen Anordnung durch den Verwaltungsgerichtshof über das Bestehen eines Aktivdienstverhältnisses über den 30. September 2010 hinaus (protokolliert unter Zl. 2010/12/0169), den Beschluss gefasst:

Spruch

Der an den Verwaltungsgerichtshof gerichtete Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Anordnung wird abgewiesen.

Begründung

Aus der Beschwerde, dem angefochtenen Bescheid und dem am 5. Oktober beim Verwaltungsgerichtshof eingelangten Schriftsatz des Beschwerdeführers ergibt sich folgender Sachverhalt:

Der Beschwerdeführer hat am 25. April 2010 das 65. Lebensjahr vollendet. Er stellte am 8. Dezember 2009 an das Amt der Universität Z (im Folgenden: Amt der Universität) den Antrag auf Erlassung eines Bescheides, mit dem festgestellt werde, dass er nicht (in Anwendung von § 163 Abs. 1 BDG 1979 bzw. § 13 Abs. 1 BDG 1979) mit 30. September 2010 als Universitätsprofessor in den Ruhestand trete, sondern, dass sein bestehendes öffentlichrechtliches Dienstverhältnis als Universitätsprofessor über den 30. September 2010 hinaus als das eines Beamten des Dienststandes weiterlaufe.

Der Beschwerdeführer vertrat im Wesentlichen den Standpunkt, § 163 Abs. 1 BDG 1979 enthalte (sowie übrigens auch die lex generalis § 13 Abs. 1 BDG 1979) mit seiner starren Altersgrenze eine unionsrechtlich verbotene Altersdiskriminierung, die unmittelbare Wirkung auf sein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis zum Bund entfalte. Das Verbot der Altersdiskriminierung genieße Anwendungsvorrang vor entgegenstehenden Bestimmungen des nationalen Rechts. Die Anwendung von Bestimmungen des nationalen Rechts, die dem allgemeinen unionsrechtlichen Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung zuwiderliefen, sei ausgeschlossen. Das Amt der Universität habe daher § 163 Abs. 1 BDG 1979 unangewendet zu lassen. Sein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis werde somit über den 30. September 2010 hinaus als aktives Dienstverhältnis (und nicht bloß als Ruhestandsverhältnis) weiterlaufen. Da er noch eine Vielzahl hochinteressanter, ihn wissenschaftlich faszinierender Projekte bearbeiten bzw. fertig stellen wolle (was praktisch nur bei Einbettung in das universitäre Umfeld möglich sei), sei er an dem Weiterbestand des Dienstverhältnisses aktiv interessiert. Diese Rechtsansicht habe er dem Amt der Universität mit Schreiben vom 27. Oktober 2009 mitgeteilt.

Im Zuge des Gesprächs über die Zielvereinbarung am 24. November 2009 sei ihm durch den Leiter des Amtes der Universität und Vizerektor bekannt gegeben worden, dass ihm auf Grund seines Schreibens vom 27. Oktober 2009 kein Bescheid zugehen werde und er keinen Anspruch auf Erlassung eines Bescheides habe. Er würde von Gesetzes wegen mit 30. September 2010 in den Ruhestand überführt und man werde einfach faktisch § 163 Abs. 1 BDG 1979 anwenden, mit der Folge, dass er wegen Erreichens der Altersgrenze des § 163

Abs. 1 BDG 1979 als mit 30. September 2010 in den Ruhestand getretener Universitätsprofessor behandelt werde. Eine förmliche Erledigung werde ihm nicht zugehen. Maßgeblich für diese Haltung des Amtes der Universität seien anscheinend weniger Überlegungen, die konkret seine Person beträfen, als vielmehr die Furcht vor einer Beispielswirkung der Nichtanwendung der Altersgrenze für andere Universitätsprofessoren oder gar Bundesbeamte generell.

Das Vorliegen eines schutzwürdigen rechtlichen Interesses an der Erlassung des begehrten Feststellungsbescheides sei offenkundig. Es könne in einem geordneten Rechtswesen nicht sein, dass die Behörde erster Instanz einfach durch faktische Anwendung von Bestimmungen, deren Unionsrechtskonformität und Anwendbarkeit vom Betroffenen verneint werde, vollendete Tatsachen schaffe und ihre gegenteilige Rechtsansicht in der Praxis durchsetze, ohne dass dem Betroffenen die Möglichkeit eingeräumt werde, den Standpunkt der Behörde mit geeigneten rechtlichen Mitteln überprüfen zu lassen. Dies gelte umso mehr, als es um eine durch die Europäische Grundrechtscharta geschützte Position gehe.

Im Folgenden wurde ausführlich dargestellt, weshalb nach Ansicht des Beschwerdeführers ein Verstoß gegen das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung vorliege.

Mit Schriftsatz vom 29. Jänner 2010 stellte der Beschwerdeführer beim Amt der Universität den Antrag, dem Bund/der Republik Österreich im Wege einer einstweiligen Verfügung aufzutragen, den nunmehrigen Beschwerdeführer "über den 30. September 2010 hinaus als Universitätsprofessor in einem Beamtenverhältnis des Dienststandes zu behandeln" und zwar solange bis er die unwiderrufliche schriftliche Erklärung abgebe, aus dem aktiven Dienststand ausscheiden zu wollen, jedenfalls aber bis zu dem Zeitpunkt, zu dem durch die zuständige Dienstbehörde sein Feststellungsantrag vom 8. Dezember 2009 nach Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) rechtskräftig abgewiesen oder der Beschwerdeführer rechtskräftig gemäß § 14 oder § 15a BDG 1979 in den Ruhestand versetzt werde.

Mit Bescheid vom 15. März 2010 stellte das Amt der Universität zum Antrag des Beschwerdeführers vom 8. Dezember 2009 in Spruchpunkt 1. fest, dass er gemäß § 163 Abs. 1 BDG 1979 mit Ablauf des Studienjahres, in dem er das 65. Lebensjahr vollende - sohin mit 30. September 2010 - in den Ruhestand trete. In Spruchpunkt 2. wurde der Antrag des Beschwerdeführers auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 29. Jänner 2010 als unzulässig zurückgewiesen.

Zu Spruchpunkt 1. wurde begründend ausgeführt, der vom Beschwerdeführer vorgebrachten Argumentation betreffend den Anwendungsvorrang von Unionsrecht - und zwar der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf - gegenüber § 163 Abs. 1 BDG 1979 komme keine Berechtigung zu. In Art. 6 Abs. 1 der genannten Richtlinie sei normiert, dass ungeachtet des Art. 2 Abs. 2 die Mitgliedstaaten vorsehen könnten, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellten, sofern sie objektiv und angemessen seien und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen seien, gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Zweckes angemessen und erforderlich seien. Wie der Oberste Gerichtshof in seinem Urteil vom 18. Oktober 2006, 9 ObA 131/05p, festgestellt habe, diene die Festlegung eines Pensionsalters, das auf einer politischen Bewertung beruhe, nicht nur dazu, das Arbeitseinkommen im erforderlichen Ausmaß zu ersetzen, wenn das Risiko "Alter" dazu führe, dass dem Arbeitnehmer die Arbeit nicht mehr zugemutet werden könne, sondern verfolge zweifelsohne auch den Zweck, jungen Menschen, deren Existenz anderweitig noch nicht gesichert sei, den Zugang zum Arbeitsmarkt zu verschaffen. Dabei handle es sich - und ganz speziell dann, wenn der Staat selbst als Dienstgeber auftrete - um ein auch mit der Rechtfertigungsbestimmung der Richtlinie in Deckung zu bringendes sozialpolitisches Ziel. Zu beachten sei jedoch, dass auch die Mittel zur Erreichung eines legitimen Ziels angemessen und erforderlich sein müssten, das heiße, es müsse der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet werden. Der Anspruch auf Regelpension sei allgemein als ausreichend zu erachten, die Deckung der Lebenshaltungskosten des betroffenen Arbeitnehmers zu gewährleisten. Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Richtlinie habe auch das deutsche BAG ausgesprochen, dass beispielsweise die tarifliche Altersgrenze für Piloten (60 Jahre) nicht gegen Art. 1, 2 der Richtlinie verstoße, sondern ein im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie legitimes Ziel im Rahmen des nationalen Rechts sei und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels auch angemessen und erforderlich seien (Urteil vom 21. Juli 2004, 7 AZR 589/03).

Die in § 163 Abs. 1 BDG 1979 festgelegte Altersgrenze für den Übertritt in den Ruhestand sei daher durch die Bestimmung des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie gerechtfertigt, sodass § 163 Abs. 1 BDG 1979 vom Amt der Universität als Dienstbehörde erster Instanz anzuwenden sei.

Zu Spruchpunkt 2., mit dem der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen wurde, vertrat das Amt der Universität die Ansicht, das Rechtsschutzinstrument der einstweiligen Verfügung sei weder im AVG noch im DVG vorgesehen. Es handle sich um ein prozessuales Sicherungsmittel, das nur im Rahmen der Gerichtsbarkeit vorgesehen sei (§ 378 Abs. 1 Exekutionsordnung). Da gemäß Art. 18 Abs. 1 B-VG die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden dürfe, dürfe das Amt der Universität als Dienstbehörde erster Instanz, die in Dienstrechtsverfahren das DVG anzuwenden habe, keine einstweilige Verfügung erlassen. Der unionsrechtlichen Argumentation des Beschwerdeführers sei zu entgegnen, dass auch die bloße Unanwendbarkeit von Bestimmungen des nationalen Rechts im Falle der Unvereinbarkeit

mit Unionsrecht nicht bedeute, dass darüber hinaus im Analogieweg Rechtsbehelfe, die in anderen Rechtsgebieten vorgesehen seien, durch eine dafür unzuständige Verwaltungsbehörde herangezogen werden könnten bzw. müssten. Es liege auch kein Widerspruch von Bestimmungen des nationalen Rechts mit Art. 9 der Richtlinie 2000/78/EG vor, weil auch die Verwaltungsverfahrensgesetze geeignete Rechtsbehelfe, wie zum Beispiel einen Antrag auf Erlassung eines Feststellungsbescheides oder gegebenenfalls die Säumnisbeschwerde vorsehen, durch die der Rechtsschutz entsprechend gewahrt werde.

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer am 24. März 2010 Berufung und stellte gleichzeitig einen Antrag auf Ausspruch der aufschiebenden Wirkung nach § 12 Abs. 2 DVG.

Mit Bescheid vom 27. April 2002 wies das Amt der Universität den Antrag, der Berufung die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, ab.

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer am 10. Mai 2010 Berufung.

Zu beiden genannten Berufungen erstattete der Beschwerdeführer jeweils Schriftsätze mit ergänzendem Vorbringen.

Mit den zu den hg. Zlen. 2010/12/0126 und 2010/12/0145 eingebrachten Säumnisbeschwerden beantragte der Beschwerdeführer, der Verwaltungsgerichtshof möge über seine Berufung vom 24. März 2010 gegen den Bescheid des Amtes der Universität vom 15. März 2010 selbst in der Sache erkennen und diesen dahin abändern, dass dem verfahrenseinleitenden Feststellungsantrag vom 8. Dezember 2009 Folge gegeben und festgestellt werde, dass der Beschwerdeführer nicht (in Anwendung von § 163 Abs. 1 BDG 1979 bzw. § 13 Abs. 1 BDG 1979) mit 30. September 2010 als Universitätsprofessor in den Ruhestand trete, sondern dass sein bestehendes öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis als Universitätsprofessor über den 30. September 2010 hinaus als das eines Beamten des Dienststandes weiterlaufe und dass seinem weiters gestellten Antrag vom 29. Jänner 2010 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (durch die Dienstbehörde) des Inhaltes, es möge dem Bund/der Republik Österreich aufgetragen werden, ihn über den 30. September 2010 hinaus (bis zu näher genannten Endzeitpunkten) als Universitätsprofessor in einem Beamtenverhältnis des Dienststandes zu behandeln, stattgegeben werde. Weiters beantragte der Beschwerdeführer, der Verwaltungsgerichtshof möge (unmittelbar auf unionsrechtlicher Basis) eine vorläufige Anordnung erlassen, deren Inhalt mit der bereits im Verwaltungsverfahren beantragten einstweiligen Verfügung im Wesentlichen ident ist (protokolliert unter Zl. 2010/12/0146).

Der Beschwerdeführer führte zusammengefasst aus, die Einbringung der Säumnisbeschwerden vor Ablauf der Sechsmonatsfrist sei geboten, weil die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität sowie der Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes es erforderten, dass der effektive Zugang zu dem für eine Entscheidung über die Sach- und Rechtslage zuständigen Gericht im Sinne des Unionsrechts (Art. 267 AEUV) binnen einer angemessenen Frist gegeben sein müsse. Die Berufungsbehörde als belangte Behörde wäre daher verbunden gewesen, in zeitlicher Hinsicht so zu entscheiden, dass dem Beschwerdeführer die Berufungsentscheidung noch so rechtzeitig vor dem Ablauf des 30. September 2010 zugehe, dass er erforderlichenfalls noch vor dem genannten Termin den Verwaltungsgerichtshof als echtes Gericht anrufen und dort (den unionsrechtlich gebotenen) vorläufigen Rechtsschutz begehren könne.

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 16. September 2010, Zlen. 2010/12/0126, 2010/12/0145 und 0146, wurden die Säumnisbeschwerden und der an den Verwaltungsgerichtshof gerichtete Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Anordnung als unzulässig zurückgewiesen.

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, der Beschwerdeführer habe die Säumnisbeschwerden verfrüht eingebracht, weil für die Erlassung einer Entscheidung über den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz keine mehr als neunwöchige Frist vor dem Eintritt des Ereignisses, durch das dem Beschwerdeführer nach seinem Vorbringen ein unwiederbringlicher Schaden durch Eingriff in eine seiner Ansicht nach dem Unionsrecht geschützte Rechtsposition drohe, erforderlich sei. Außerdem wäre es dem Beschwerdeführer oblegen, seine beiden bei der Dienstbehörde erster Instanz eingebrachten Anträge im Hinblick auf das gemäß § 163 Abs. 1 BDG 1979 in Verbindung mit seinem Geburtsdatum von vornherein feststehende Datum seiner Ruhestandsversetzung mit Ablauf des 30. September 2010 bereits so rechtzeitig zu stellen, dass selbst unter Berücksichtigung der Frist für einen Devolutionsantrag bei Säumigkeit der Dienstbehörde erster Instanz nach § 73 AVG und jener einer Säumnisbeschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht durch die belangte Behörde nach § 27 VwGG die Erhebung einer zulässigen Säumnisbeschwerde beim Verwaltungsgerichtshof möglich gewesen wäre, die eine zeitgerechte Entscheidung über einen damit verbundenen Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zugelassen hätte.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Anordnung sei schon deshalb unzulässig, weil vom Verwaltungsgerichtshof bereits eine Entscheidung in der Hauptsache (im Sinne der Zurückweisung der Säumnisbeschwerden) getroffen worden sei.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 16. September 2010 wies die belangte Behörde in Spruchpunkt I. die Berufung des Beschwerdeführers gegen den Bescheid des Amtes der Universität vom 27. April 2010, mit dem sein Antrag, der Berufung vom 24. März 2010 aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, abgewiesen worden war, ab und änderte in Spruchpunkt II. den Spruchpunkt 1. des Bescheides des Amtes der Universität vom 15. März 2010 dahin ab, dass der Feststellungsantrag des Beschwerdeführers betreffend das

Weiterlaufen seines Dienstverhältnissen als Beamter des aktiven Dienststandes über den 30. September 2010 hinaus, abgewiesen wurde. Soweit sich die Berufung gegen Spruchpunkt 2. des Bescheides vom 15. März 2010 (Zurückweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) wendete, wurde sie abgewiesen.

Begründend führte die belangte Behörde - soweit noch von Interesse - aus, § 163 Abs 1 BDG 1979 stelle eine lex specialis zu dem gemäß § 169 Abs. 1 Z. 2 BDG 1979 auf das Dienstverhältnis von Universitätsprofessoren nicht anzuwendenden, den Übertritt von Beamten im Allgemeinen regelnden § 13 BDG 1979 dar. Die Rechtsfolgen des § 163 Abs. 1 BDG 1979 träten allein kraft Gesetzes ein, es bedürfe weder eines deklarativen noch eines konstitutiven Behördenaktes.

Die Eigenschaft eines Feststellungsbescheides als Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entfalle, wenn die strittige Rechtsfrage im Rahmen eines anderen gesetzlich vorgesehenen Verwaltungsverfahrens entschieden werden könne. Einerseits stelle die Frage, ob der Beschwerdeführer mit 30. September 2010 in den Ruhestand trete, eine Vorfrage im Bescheidverfahren auf Ruhegenussbemessung nach den Vorschriften des Pensionsgesetzes 1965 dar, andererseits stelle der Feststellungsbescheid die Anwendbarkeit des § 163 Abs. 1 BDG 1979 in Frage. Vor dem Hintergrund der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, dass Gegenstand eines Feststellungsbescheides grundsätzlich nur die Feststellung eines Rechtes oder eines Rechtsverhältnisses sein könne, und es einer Behörde weder zustehe, über die Anwendbarkeit eines Gesetzes oder einer gesetzlichen Bestimmung oder ihre Auslegung noch über das Vorliegen oder Nichtvorlegen von Anspruchsvoraussetzungen zu entscheiden, erscheine ein die gewünschte Feststellung tragendes Rechtsschutzinteresse nicht gegeben.

Insbesondere unter Beachtung des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. September 2006, Zl. 2004/05/0172, sowie im Hinblick auf die durch Artikel 9 der Richtlinie 2000/78/EG statuierte Verpflichtung, für einen ausreichenden Rechtsschutz bei auf Nichtanwendung des richtlinienkonformen Gleichbehandlungsgrundsatzes gegründeten Beschwerden zu sorgen, ließen es Rechtsschutzerwägungen als nicht ausreichend erscheinen, auf das Ruhegenussbemessungsverfahren zur Klärung der Frage der unionsrechtlichen Validität der angesprochenen Bestimmungen zu verweisen.

Unbeschadet dessen teile die Berufungsbehörde die Rechtsansicht des Beschwerdeführers, dass § 163 Abs. 1 BDG 1979 unangewendet zu bleiben habe, nicht. Der Bundesgesetzgeber habe die europarechtlichen Vorgaben der RL 2000/78/EG durch eine Vielzahl von Bestimmungen umgesetzt, insbesondere im Rahmen des Bundesgleichbehandlungsgesetzes (B-GlBG), BGBl. Nr. 100/1993 des Gleichbehandlungsgesetzes (GlBG), BGBl. I Nr. 66/2004, und des Bundes-Behindertengleichstellungsgesetzes (BGStG), BGBl. I Nr. 82/2005. In diesen Gesetzen werde sowohl für den Bereich des öffentlichen Dienstes als auch für jenen des allgemeinen Berufs- und Arbeitslebens jede in der Richtlinie deklarierte unzulässige Diskriminierung, so auch eine auf Grund des Alters, untersagt und ein entsprechendes Instrumentarium zur Feststellung des Vorliegens einer unzulässigen Diskriminierung - einhergehend mit der Möglichkeit eine adäquate Entschädigung für die damit zusammenhängende Rechtsgutsbeeinträchtigung zu erlangen - geschaffen.

Aus der RL 2000/78/EG - insbesondere aus deren Erwägungsgrund Nr. 14 - auf ein generelles Verbot der Festsetzung einer allgemeinen oder sektoralen gesetzlichen Altersgrenze für den zwingenden Übertritt in den Ruhestand zu schließen, würde die mit der Richtlinie verfolgte Intention aber überschießen. Gerade die Regelung, das Ruhestandsalter für Beamte in der Verwendung als Universitätsprofessoren generell festzusetzen, erweise sich in Ansehung der in Art. 6 der Richtlinie genannten Rechtfertigungsgründe als unbedenklich. Das auf Lebenszeit angelegte öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis der dieser Verwendungsgruppe zugehörigen Personen, im Verein mit deren typischem Karriereverlauf, dem durchschnittlichen Eintrittsalter in diese Verwendungsgruppe und der im Verhältnis zum gesamten Universitätspersonal beschränkten Anzahl von Stellen in Qualität eines Universitätsprofessors auf dem österreichischen Arbeitsmarkt, indizierten legitime arbeitsmarktpolitische Zielsetzungen an einer generalisierenden Ruhestandsregelung.

Ferner dürfe auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass auch die Finanzierbarkeit der Schaffung entsprechender Nachwuchsstellen durch den Generationswechsel in der Gruppe der Universitätsprofessoren beschränkt werde. Der Arbeitsmarkt der Universitätsprofessoren wäre durch die Möglichkeit des Verbleibens im Dienststand im Hinblick auf seine Verjüngungsfähigkeit unverhältnismäßig belastet. Ein Parallelführen von Nachwuchsstellen und gleichsam bis "zum Tod" fortgeführten Professorenstellen indiziere ein ressourcenseitig nicht verkraftbares Überangebot an Kapazitäten.

Außerdem sei zu berücksichtigen, dass sich nicht nur das weiterhin bestehende Beamtendienstverhältnis lediglich vom Dienstzum Ruhestand unter Entlastung von sämtlichen Aktivdienstpflichten und Anspruch auf einen Ruhebezug wandle, vielmehr räume § 104 Abs. 2 UG dem Universitätsprofessor im Ruhestand das Recht ein, seine Lehrbefugnis an der Universität, an der er vor seinem Ruhestand tätig gewesen sei, weiter auszuüben und in deren Rahmen Lehrveranstaltungen und Prüfungen abzuhalten. Diese Bestimmung trage auch dem Umstand der mit zunehmendem Lebensalter eintretenden Herabsetzung der allgemeinen Belastungsfähigkeit im Verein mit der durch den Übertritt in den Ruhestand verbundenen Entbindung von den aktiven Dienstpflichten angemessen Rechnung. Der Universitätsprofessor müsse dadurch nicht länger an den Forschungs- und Lehraufgaben der Universität teilnehmen, sondern erhalte das Privileg, daran im Wesentlichen nach eigenem Gutdünken teilzuhaben. Berücksichtige man zudem den Umstand, dass der Ruhegenuss - trotz Entfalles der Dienstpflichten - relativ nahe an den Aktivbezug heranreiche und der pensionierte Universitätsprofessor zudem

(mangels Ruhensbestimmungen) die Möglichkeit habe, von der Universität bezahlte Lehraufträge zu lukrieren, bewirke der Übertritt in den Ruhestand sogar eine gewisse Verbesserung seiner Position im Verhältnis zu seinen Pflichten vor Ruhestandsversetzung. Sowohl Art. 21 der Grundrechtscharta als auch die genannte Richtlinie schützten aber im Kern nur vor verschlechternden Diskriminierungen.

Eine unionsrechtlich gebotene Nichtanwendung des § 163 Abs. 1 BDG 1979 sei daher nicht zu erkennen.

Was den analog zu §§ 381 ff EO geforderten einstweiligen Rechtsschutz in Form der Erlassung einer einstweiligen Verfügung und die Zurückweisung dieses Antrages durch die Erstbehörde anlange, sei auszuführen, dass das in Dienstrechtsangelegenheiten anzuwendende DVG und AVG einen solchen Rechtsbehelf nicht vorsähen. Allein aus den Unterschieden des Verfahrensrechtes der Verwaltungsbehörde zum Prozessrecht der Zivilgerichte auf das Vorliegen einer regelwidrigen, durch Analogie zu schließenden Lücke zu schließen, reiche nicht aus. Die Möglichkeit für sachlich divergente Materien unterschiedliche Prozessrechte festzulegen, stehe außer Frage.

Auch die dem Unionsrecht inhärenten Grundsätze der Effektivität, Äquivalenz und Raschheit stützten die Einführung eines dem Verwaltungsverfahrensrecht fremden Rechtsbehelfes quasi praeter legem nicht. Diese Grundsätze verlangten nämlich lediglich, dass der Rechtsweg der Klärung unionsrechtlicher Sachverhalte sich von jenem der für Fragen aus dem innerstaatlichen Recht zur Verfügung stehe, nicht benachteiligend unterscheiden dürfe. Das verwaltungsrechtliche Feststellungsverfahren stehe zur Klärung innerstaatlicher wie unionsrechtlicher Sachverhalte gleichermaßen und unter denselben, bereits genannten Bedingungen offen. Eine Analogie hinsichtlich der Einräumung vorläufigen Rechtsschutzes sei daher unionsrechtlich nicht geboten.

Lediglich gegen Spruchpunkt II. dieses Bescheides richtet sich die vorliegende, zu Zl. 2010/12/0168 protokollierte Beschwerde, in der im Wesentlichen weiterhin der Standpunkt vertreten wird, § 163 Abs. 1 BDG 1979 widerspreche durch die Festlegung einer starren Altersgrenze für den Zeitpunkt eines automatischen und zwingenden Übertritts in den Ruhestand dem unionsrechtlichen Verbot der Altersdiskriminierung. Eine Rechtfertigung dieser Regelung im Sinne des Art. 6 der Richtlinie liege nicht vor, weshalb diese nationale Gesetzesbestimmung unangewendet zu bleiben habe, sodass der vom Beschwerdeführer beantragte Feststellungsbescheid zu erlassen gewesen wäre. Die erstinstanzliche Behörde hätte auf Grundlage des Unionsrechts aus den in der Berufung genannten Gründen die beantragte einstweilige Verfügung erlassen müssen.

Mit dieser Beschwerde ist der unter Zl. 2010/12/0169 protokollierte Antrag verbunden, dem Beschwerdeführer (erforderlichenfalls unmittelbar auf unionsrechtlicher Basis) vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, indem der Verwaltungsgerichtshof eine vorläufige Anordnung treffe, dass dem Bund/der Republik Österreich/"dem Bundesministerium" für Wissenschaft und Forschung aufgetragen werde, den Beschwerdeführer über den 30. September 2010 hinaus als Universitätsprofessor in einem Beamtenverhältnis des Dienststandes zu behandeln und zwar so lange,

- bis der Beschwerdeführer gegenüber dem Dienstgeber die unwiderrufliche schriftliche Erklärung abgebe, aus dem aktiven Dienstverhältnis aussteigen zu wollen
- jedenfalls aber bis zu dem Zeitpunkt, zu dem durch die zuständige Behörde rechtskräftig festgestellt werde, dass der Beschwerdeführer gemäß § 163 Abs. 1 BDG 1979 mit Ablauf des Studienjahres, in dem er das 65. Lebensjahr vollende - sohin mit 30. September 2010 -, in den Ruhestand getreten sei.

Mit Verfügung vom 27. September 2010 wurde dem Beschwerdeführervertreter aufgetragen, im Hinblick darauf, dass eine rechtskräftige Entscheidung über den Feststellungsantrag des Beschwerdeführers mit dem angefochtenen Bescheid getroffen worden sei, binnen sieben Tagen eine Klarstellung des 2. Punktes der vom Beschwerdeführer vorgenommen Befristung der nach seinem Antrag zu erlassenden einstweiligen Anordnung vorzunehmen.

Mit dem am 5. Oktober beim Verwaltungsgerichtshof eingelangten Schriftsatz präzisierte der Beschwerdeführer die genannte Befristung der einstweiligen Anordnung bis zu dem Zeitpunkt,

- zu dem durch das BMWF nach Aufhebung des angefochtenen Bescheides durch den Verwaltungsgerichtshof ein (der Rechtsmeinung des Verwaltungsgerichtshofes Rechnung tragender) neuer, rechtmäßiger Bescheid ("Ersatzbescheid") erlassen sei,
- oder die vorliegende Bescheidbeschwerde durch den Verwaltungsgerichtshof abgewiesen sei,

längstens aber bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Beschwerdeführer gegenüber dem Dienstgeber die unwiderrufliche schriftliche Erklärung abgebe, aus dem aktiven Dienststand ausscheiden zu wollen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat (im Hinblick auf § 14 Abs. 2 VwGG, der die Aufgaben des Berichters taxativ aufzählt) in einem gemäß § 11 Abs. 1 VwGG gebildeten Senat über den Antrag des Beschwerdeführers auf Erlassung einer einstweiligen Anordnung erwogen:

Grundsätzlich ist auszuführen, dass der Verwaltungsgerichtshof der Rechtsprechung des EuGH folgend (vgl. z.B. die Urteile vom 19. Juni 1990, Rs C-213/89, *Factortame*, Slg. 1990, I-2433, Rn. 21 oder vom 9. November 1995, Rs C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, Slg. 1995, I-03761) bereits mehrmals nicht ausgeschlossen hat, auf Grundlage der unmittelbaren Anwendung von Unionsrecht - über die im kassatorischen System der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit vorgegebene Möglichkeit, der gegen einen Bescheid

erhobenen Beschwerde aufschiebende Wirkung zuzuerkennen und den angefochtenen Bescheid im Falle seiner Rechtswidrigkeit aufzuheben, hinaus - einstweilige Anordnungen mit der Wirkung zu treffen, dem Antragsteller eine Rechtsposition vorläufig einzuräumen, deren Einräumung mit dem angefochtenen Bescheid auf der Grundlage einer (möglicherweise dem Unionsrecht widersprechenden) nationalen Rechtsvorschrift verweigert wurde (vgl. z.B. die hg. Beschlüsse vom 21. März 2001, Zl. AW 2001/10/0017, oder vom 9. Dezember 2005, Zl. AW 2005/17/0016).

Nach der Rechtsprechung des EuGH können die nationalen Gerichte einstweilige Anordnungen nur unter den Voraussetzungen treffen, die für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes durch den Gerichtshof gelten (vgl. das Urteil vom 21. Februar 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen und Zuckerfabrik Soest*, Rsen. C-143/88 und C-92/89, Slg. 1991, I-00415, oder das bereits zitierte Urteil *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*). Zu diesen Voraussetzungen gehören die Glaubhaftmachung der Notwendigkeit der Erlassung der einstweiligen Anordnung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (fumus boni iuris), das Feststehen der Dringlichkeit im Sinne der Verhinderung des Eintritts eines schweren und nicht wieder gutzumachenden Schadens beim Antragsteller und gegebenenfalls die Abwägung aller bestehenden Interessen (vgl. z.B. die Beschlüsse des Präsidenten des Gerichtshofes vom 13. Jänner 2009, Rsen. C-512/07 P(R) und C- 15/08 P(R) *Achille Occhetto*, Slg. 2009, I-00001, und vom 24. Juli 2003, Rs C-233/03 P(R), *Linea GIG Srl*, Slg. 2003, I-07911, und vom 31. Juli 2003, Rs. C-208/03 P-R, *Jean-Marie Le Pen*, Slg. 2003, I-07939, sowie vom 23. Oktober 2002, *Republik Österreich/Kommission*, Rs C-296/02 R, Slg. 2002, I- 09159, jeweils mwN, siehe auch die hg. Beschlüsse jeweils vom 9. Dezember 2005, Zl. AW 2005/17/0015 und Zl. 2005/17/0016 sowie Zl. 2005/17/0017, jeweils mwN).

Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Anordnung zurückzuweisen ist, wenn eine von ihnen fehlt (vgl. z.B. die hg. Beschlüsse vom 9. Dezember 2005, Zl. AW 2005/17/0044 und Zl. AW 2005/17/0051, jeweils mwN).

Im Rahmen der Gesamtprüfung, die im Verfahren der einstweiligen Anordnung vorzunehmen ist, verfügt der zuständige Richter über ein weites Ermessen, und er kann im Hinblick auf die Besonderheiten des Einzelfalls die Art und Weise, in der die verschiedenen Voraussetzungen für die Gewährung der genannten einstweiligen Anordnungen zu prüfen sind, sowie die Reihenfolge dieser Prüfung frei bestimmen, da keine Vorschrift des Gemeinschaftsrechts ihm ein feststehendes Prüfungsschema für die Beurteilung der Erforderlichkeit einer vorläufigen Entscheidung vorschreibt (Beschlüsse vom 19. Juli 1995, Rs C-149/95 P(R), *Kommission/Atlantic Container Line u. a.*, Slg. 1995, I- 02165, und der bereits zitierte Beschluss *Linea GIG Srl*).

Zum fumus boni iuris ist auszuführen, dass in § 163 Abs. 1 BDG 1979 eine Ungleichbehandlung wegen des Alters im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG angeordnet wird. Ob diese mit der Richtlinie vereinbar ist, kann im Rahmen der hier vorzunehmenden summarischen Prüfung nicht abschließend beurteilt werden. Es erscheinen der Standpunkt des Beschwerdeführers und jener der belangten Behörde gleichermaßen plausibel, sodass dass sich der Antragsteller nicht auf einen besonders ausgeprägten fumus boni iuris berufen kann, ohne dass jedoch in diesem Verfahrensstadium davon ausgegangen werden kann, dass sein Vorbringen jeder rechtlichen Grundlage entbehrt. Unter diesen Umständen kann der Antrag auf Aussetzung der strittigen Rechtsfolge nicht aus diesem Grund abgelehnt werden (vgl. den bereits zitierten Beschluss *Jean-Marie Le Pen*, mwN).

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der Zweck des Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes die Sicherung der vollen Wirksamkeit des Urteils in der Hauptsache. Zur Erreichung dieses Ziels müssen die begehrten Maßnahmen in dem Sinne dringlich sein, dass sie zur Verhinderung eines schweren und nicht wieder gutzumachenden Schadens für die Interessen des Antragstellers bereits vor der Entscheidung zur Hauptsache erlassen werden und ihre Wirkungen entfalten müssen (vgl. z.B. die Beschlüsse des Präsidenten des Gerichtshofs vom 25. März 1999, *Claude Willeme/Kommission*, C-65/99 P(R), Slg. 1999, I-01857, und der bereits zitierte Beschluss *Achille Occhetto*).

Der Beschwerdeführer bringt vor, es drohe ihm der Eintritt folgender unwiederbringlicher Schäden:

- Verlust der Ausübung der Funktion des Dekans der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Z,
- Ende der Mitgliedschaft im Qualifizierungsbeirat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät,
- Entzug der Möglichkeit nach Beendigung der Dekansfunktion (die regulär mit 30. September 2012 stattfinden werde) den in den zurückliegenden Jahren durch Ausübung akademischer Funktionen erworbenen Anspruch auf vier Forschungsfreisemester im aktiven Dienststand zu realisieren,
- Verlust der Möglichkeit, die zahlreichen konkret geplanten, wissenschaftlichen Projekte, deren Inangriffnahme bzw. Fertigstellung durch die Bekleidung diverser zeitaufwändiger akademischer Funktionen in der schwierigen universitären Reformphase der vergangenen Jahre stark behindert gewesen sei, voranzutreiben und zu beenden,
- Generell maßgebliche Erschwerung der Tätigkeit des Beschwerdeführers in der Forschung dadurch, dass er nicht mehr in das universitäre Umfeld eingebunden sei, nicht mehr Zugriff auf die universitären Ressourcen habe, wie er ihn als aktiver Universitätsprofessor gehabt habe, usw.,
- Verlust der Möglichkeit der Ausübung der Lehrbefugnis und der weiteren Betreuung von Studierenden (insbesondere Diplomanden und Dissertanten),

- Entzug der Möglichkeit, insbesondere in folgenden akademischen Gremien tätig zu sein: Curriculumskommission der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, Berufungskommission Arbeits- und Sozialrecht (Nachfolge B.), Berufungskommission Unternehmensrecht,
- Verlust der Mitgliedschaft im Institutsbeirat des Instituts für Arbeits- und Sozialrecht,
- Verlust des Wahlrechts zum Institutsbeirat,
- Verlust des aktiven und passiven Wahlrechts zum Senat der Universität Z,
- Verlust der Mitwirkungsrechte als Mitglied der Professorenschaft der Fakultät;

Im bereits erwähnten, am 5. Oktober 2010 beim Verwaltungsgerichtshof eingelangten Schriftsatz führte der Beschwerdeführer ergänzend aus, im Mitteilungsblatt der Z-Universität vom 29. September 2010 sei durch das Rektorat die Bestellung eines neuen Dekans der Rechtswissenschaftlichen Fakultät beginnend mit 1. Oktober 2010 bekannt gemacht worden. Eine bescheidmäßige Abberufung des Beschwerdeführers von der Funktion des Dekans sei nicht erfolgt, was den positiven Nebeneffekt habe, dass im Falle der Erlassung der einstweiligen Anordnung die restitutio in integrum rechtstechnisch vergleichsweise einfach erfolgen könnte. Bereits in naher Zukunft finde eine Vielzahl von Veranstaltungen statt, bei denen der Dekan als offizieller Vertreter der Fakultät aufzutreten habe, weiters stünden eine Vielzahl bedeutender Agenden unmittelbar bevor. Ohne Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes wäre der Beschwerdeführer von einer Mitwirkung ausgeschlossen.

Dem ist Folgendes zu erwidern:

Der Beschwerdeführer leitet somit einen bei ihm eintretenden nicht wieder gut zu machenden Schaden zunächst auch daraus ab, dass er die Möglichkeit verliere, seine Lehrbefugnis auszuüben und die Studierenden (insbesondere Diplomanden und Dissertanten) zu betreuen. Die belangte Behörde hat bereits zutreffend im angefochtenen Bescheid auf § 104 Abs. 2 UG 2002 verwiesen, mit dem emeritierten Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren sowie Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren im Ruhestand das Recht eingeräumt wird, ihre Lehrbefugnis (venia docendi) an der Universität, an der sie vor ihrer Emeritierung oder vor ihrem Übertritt oder ihrer Versetzung in den Ruhestand in einem aktiven Arbeitsverhältnis tätig waren, weiter auszuüben und im Rahmen ihrer Lehrbefugnis Lehrveranstaltungen und Prüfungen abzuhalten. Mit der Ausübung der Lehrtätigkeit ist auch die Betreuung von Doktorarbeiten und Diplomarbeiten mitumfasst (vgl. *Rainer* in *Mayer* (Hrsg.) Kommentar UG 2002, 2. Auflage § 104 II.). Obwohl die belangte Behörde das Bestehen dieser Rechte im angefochtenen Bescheid bereits dargelegt hat, behauptete der Beschwerdeführer im vorliegenden Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz ohne weitere Begründung oder Erläuterung, dass er die entsprechenden Möglichkeiten als Universitätsprofessor des Ruhestandes nicht hätte. Der Eintritt eines nicht wieder gutzumachenden Schadens wird mit diesem Vorbringen nicht aufgezeigt.

Dies gilt auch für das Vorbringen, die Tätigkeit des Beschwerdeführers in der der Forschung wäre maßgeblich erschwert, weil er nicht mehr in das universitäre Umfeld eingebunden wäre und keinen Zugriff auf die universitären Ressourcen hätte sowie für das weitere Vorbringen, er hätte nicht die Möglichkeit, geplante wissenschaftliche Projekte in Angriff zu nehmen bzw. fertig zu stellen. Es ist nämlich nicht erkennbar, welche konkreten Änderungen bei der Forschungstätigkeit und der wissenschaftlichen Arbeit des Beschwerdeführers einträten, sodass weder beurteilt werden kann, welcher konkrete Schaden beim Beschwerdeführer einträte, noch wie schwer er wäre, oder ob er nicht wieder gut zu machen wäre.

Soweit der Beschwerdeführer sich darauf beruft, er würde seine Funktion als Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät nicht mehr ausüben können, seine Mitgliedschaft in diversen Gremien (Curriculumskommission der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, Berufungskommission Arbeits- und Sozialrecht, Berufungskommission Unternehmensrecht, Qualifizierungsbeirat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, etc.) würde enden, es würde ihm die Möglichkeit entzogen, nach Beendigung der Dekansfunktion seinen Anspruch auf vier Forschungsfreisemester im aktiven Dienststand zu realisieren und er würde das aktive und passive Wahlrecht zu diversen Gremien verlieren, ist - ohne zu prüfen, ob dies im Einzelfall zutrifft - unter Berücksichtigung des Umstandes, dass er das Recht hat, nicht unmaßgebliche Teile seiner Aktivtätigkeit auch nach Versetzung in den Ruhestand auszuüben und dass diese Nachteile nur für die Dauer der Anhängigkeit des Verfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof eintreten, davon auszugehen, dass bei ihm kein schwerer, nicht wieder gut zu machender Schaden eintritt, der die Erlassung einer einstweiligen Anordnung mit dem Inhalt, dass er bis zur Entscheidung in der Hauptsache Beamter des Aktivstandes zu bleiben habe, notwendig machen würde.

Für dieses Ergebnis spricht insbesondere auch die vorzunehmende Interessenabwägung. Es besteht zunächst ein Interesse, den Arbeitsplatz eines Universitätsprofessors und die vom Beschwerdeführer weiters innegehabten Funktionen neu besetzen zu können, damit auch jüngere Generationen zum Zug kommen. Weiters besteht ein Interesse, die Neubesetzung zu einem vorhersehbaren Zeitpunkt vornehmen zu können

Würde dieses Interesse ungeachtet einer Gewährung von vorläufigem Rechtsschutz durch den Verwaltungsgerichtshof verfolgt werden, entstünden Mehrkosten, die unabhängig vom Ausgang des vorliegenden Beschwerdeverfahrens endgültig zu tragen wären: Dem Beschwerdeführer müssten bei Gewährung des beantragten vorläufigen Rechtsschutzes nämlich weiterhin Aktivbezüge bezahlt werden,

wobei die Differenz zum Ruhegenuss auch dann nicht vom Beschwerdeführer zurückzuzahlen wäre, wenn er im vorliegenden Beschwerdeverfahren unterläge, wogegen der Beschwerdeführer bei Obsiegen mit seiner vor dem Verwaltungsgerichtshof erhobenen Beschwerde im Falle der Nichterlassung der beantragten einstweiligen Anordnung die Differenz zum Aktivgehalt erhielte.

Zu berücksichtigen ist bei der Interessenabwägung auch die kumulative Wirkung, die eintreten würde, wenn zahlreiche Gerichte aus ähnlichen Gründen ebenfalls Maßnahmen vorläufigen Rechtsschutzes erlassen würden (vgl. das bereits zitierte Urteil des EuGH, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*). In diesem Fall wäre der Generationenwechsel bei Universitätsprofessoren nicht unmaßgeblich verzögert, ein Vorausplanen betreffend die Nachbesetzung der durch Versetzung in den Ruhestand frei werdenden Arbeitsplätze und Funktionen wäre nicht möglich und es würden nicht eingeplante, höhere Kosten für Aktivbezüge entstehen.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch das Verhalten des Beschwerdeführers. Ihm wäre es nämlich oblegen, seine bei der Dienstbehörde erster Instanz eingebrachten Anträge im Hinblick auf das gemäß § 163 Abs. 1 BDG 1979 in Verbindung mit seinem Geburtsdatum von vornherein feststehende Datum seines Übertritts in den Ruhestand mit Ablauf des 30. September 2010 bereits so rechtzeitig zu stellen, dass selbst unter Berücksichtigung von jeweils sechs Monaten für die Entscheidung der beiden Verwaltungsinstanzen und einer Überprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof die Entscheidung in der Hauptsache bereits vor diesem Datum hätte erfolgen können. Besondere Umstände, warum ihm bei dieser Ausgangslage nicht bereits vor dem Studienjahr 2009/2010 die Stellung seiner Anträge möglich gewesen wäre, hat der Beschwerdeführer nicht vorgebracht; solche Gründe sind dem Verwaltungsgerichtshof auch nicht erkennbar.

Die gegen die Erlassung der einstweiligen Anordnung sprechenden Interessen wiegen daher wesentlich schwerer als jene des Beschwerdeführers.

Der Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes war daher bei einer Gesamtbetrachtung aus den genannten Gründen abzuweisen.

Wien, am 13. Oktober 2010