

Keine Anrechnung von COVID-19-Kurzarbeit auf die „Kernzeit“ als Rechtsanwaltsanwärter?*)

Zugleich eine Besprechung von LVwG OÖ LVwG-851530/7/HW

Die im Frühjahr 2020 eingeführte COVID-19-Kurzarbeit wurde bzw. wird auch von mehreren Rechtsanwaltskanzleien in Österreich in Anspruch genommen. Als Folge hat sich die tatsächliche Arbeitszeit vieler Rechtsanwaltsanwärter, die Vollzeit beschäftigt sind, über Monate hinweg zum Teil deutlich reduziert. Ob bzw. in welchem Ausmaß diese Zeiten auf die „praktische Verwendung“ iSd § 2 (iVm § 15) RAO anzurechnen sind, ist seit Einführung der COVID-19-Kurzarbeit umstritten. Der vorliegende Beitrag bespricht eine einschlägige (nicht rechtskräftige) Entscheidung des LVwG OÖ, bietet einen Überblick zur unterschiedlichen Praxis verschiedener Rechtsanwaltskammern und bereitet die Lösung des Problems de lege lata auf.

Übersicht

- A. Problemstellung
- B. Die Entscheidung des LVwG OÖ
- C. Parlamentarische Initiativen, unterschiedliche Praxis der Rechtsanwaltskammern
- D. Stellungnahme
 - I. „Hauptberufliche“ Tätigkeit
 1. (Keine) Materialien
 2. Judikatur der Höchstgerichte
 - II. COVID-19-Kurzarbeit und § 2 RAO
 1. Volle Anrechnung bei hauptberuflicher Tätigkeit
 2. Keine „volle“ Anrechnung qua Analogie
 3. Aliquote Anrechnung qua Analogie
- E. Fazit

A. Problemstellung

Bekanntermaßen ist die Regelung über die „praktische Verwendung“ eines Rechtsanwaltsanwärters im Rahmen seiner Ausbildung in § 2 RAO und dabei einigermaßen komplex geregelt. Insgesamt hat die praktische Verwendung „fünf Jahre zu dauern“ (§ 2 Abs 2 RAO), wobei zwischen der „Kernzeit“ und den „Ersatzzeiten“ unterschieden wird. Ersterer Begriff umschreibt die

(Vollzeit-)Tätigkeit beim Anwalt bzw. bei Gericht, letzterer hingegen die auf die Ausbildung anrechenbaren sonstigen Tätigkeiten.² Im Zuge der Ausbildung müssen mindestens drei Jahre Kernzeit beim Rechtsanwalt absolviert werden (§ 2 Abs 2 RAO), wobei „diese Tätigkeit hauptberuflich und ohne Beeinträchtigung durch eine andere berufliche Tätigkeit ausgeübt wird; anrechenbar sind insoweit auch Zeiten des gesetzlichen Urlaubs oder der Verhinderung wegen Krankheit, Unfalls oder eines Beschäftigungsverbots nach dem Mutterschutzgesetz. In den Fällen der Herabsetzung der Normalarbeitszeit nach den §§ 14a und 14b AVRAG oder nach dem Behinderteneinstellungsgesetz für begünstigte Behinderte sowie in den Fällen einer Teilzeitbeschäftigung nach dem Mutterschutzgesetz oder dem Väter-Karenzgesetz ist die Ausbildungszeit anzurechnen, auf die die Normalarbeitszeit herabgesetzt wurde“ (§ 2 Abs 1 RAO).

Unschwer erkennbar fehlt die COVID-19-Kurzarbeit (iSd § 37b AMSG) in dieser Aufzählung, was zwangsläufig die Frage nach der Verwertbarkeit entsprechender Zeiten im Rahmen der Rechtsanwaltsausbildung aufwirft. Verschiedene parlamentarische Initiativen, die auf eine bundesweite Klärung durch den Gesetzgeber abzielten, blieben bislang ergebnislos (siehe dazu Punkt C.). Vor diesem Hintergrund kommt einer rezenten Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich (LVwG OÖ) besondere Bedeutung zu, die im April 2021 zur Anrechnung der COVID-19-Kurzarbeit auf die Zeiten zur Erlangung der „großen Legitimationsurkunde“ (großen LU) ergangen ist.

B. Die Entscheidung des LVwG OÖ

Das LVwG OÖ hatte sich mit einer Beschwerde gegen einen Bescheid der Oberösterreichischen Rechtsanwaltskammer (OöRAK) zu befassen, mit dem ein

Antrag auf Ausstellung der großen LU abgewiesen worden war. Die betroffene Rechtsanwaltsanwärterin hatte das Studium der Rechtswissenschaften mit anschließender siebenmonatiger Gerichtspraxis absolviert und war seit 05.12.2018 als Rechtsanwaltsanwärterin auf Basis einer Vollzeitbeschäftigung tätig. Im Zeitraum vom 23.03.2020 bis 28.02.2021 – und damit beinahe ein Jahr lang – befand sich die Rechtsanwaltsanwärterin in COVID-19-Kurzarbeit, wobei ihre wöchentliche Arbeitszeit nie mehr als 32 Arbeitsstunden erreichte, sondern sogar oft deutlich darunterlag. Im April 2020 wurden beispielsweise gesamt nur 40 Arbeitsstunden erbracht. Ob sich die COVID-19-Kurzarbeit auf alle Kanzleimitarbeiter erstreckte oder lediglich die Rechtsanwaltsanwärterin betraf, geht aus dem in der Entscheidung wiedergegebenen Sachverhalt nicht hervor.

Das LVwG OÖ hatte nun die Rechtsfrage zu klären, ob die Zeiten in COVID-19-Kurzarbeit zur „achtzehnmonatige[n] praktische[n] Verwendung bei einem Rechtsanwalt“ zählen, die gemäß § 15 Abs 2 RAO für die Ausstellung einer großen LU erforderlich sind. Als Ausgangspunkt dazu nimmt das LVwG OÖ mit der hA³ an, dass die praktische Verwendung nach § 15 Abs 2 RAO „eine hauptberufliche im Sinne des § 2 RAO“ meint. Zwar kenne die RAO verschiedene Ausnahmetatbestände, die eine Anrechnung von Zeiten mit reduziertem Beschäftigungsausmaß erlauben. Einen entscheidenden wertungsmäßigen Unterschied zwischen diesen und der COVID-19-Kurzarbeit erblickt das LVwG OÖ allerdings darin, dass Letztere „eine aufgrund wirtschaftlicher bzw. betriebsbedingter Notwendigkeiten reduzierte Arbeitszeit“ darstelle, während Erstere jeweils Umstände betreffe, die „in der Person des konkreten Rechtsanwaltsanwärters“ liegen und demnach „nach Ansicht des Gesetzgebers offenbar besonders berücksichtigungswürdige Umstände“ betreffe. Nach Ansicht des LVwG OÖ ist – außer in den in § 2 Abs 1 RAO ausdrücklich geregelten Fällen – „die Verwendung bei einem Rechtsanwalt bei einer reduzierten Arbeitszeit grundsätzlich nicht als Zeit der ‚praktische[n] Verwendung bei einem Rechtsanwalt‘ im Sinne des § 15 Abs. 2 RAO anrechenbar“.

Weil die Rechtsanwaltsanwärterin während der COVID-19-Kurzarbeit – unstrittig – nicht das Arbeitspensum einer Vollzeitbeschäftigung in der Kanzlei absolviert hat, wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Gegen dieses Erkenntnis wurde Beschwerde an den VfGH erhoben, deren Behandlung mit Beschluss vom 27.09.2021 abgelehnt wurde.⁴ Die Revision an den VwGH hat das LVwG OÖ für zulässig erklärt und die Beschwerdeführerin hat das Rechtsmittel auch tatsächlich erhoben; es ist allerdings, soweit ersichtlich, noch nicht erledigt.⁵

C. Parlamentarische Initiativen, unterschiedliche Praxis der Rechtsanwaltskammern

Die Frage, ob COVID-19-Kurzarbeit auf die „praktische Verwendung“ iSd § 2 RAO angerechnet werden kann, ist seit langem bekannt.⁶ Ein Initiativantrag im Nationalrat vom 18.06.2020 forderte eine Änderung des § 2 RAO dahingehend, Zeiten der COVID-19-Kurzarbeit voll – also auch auf die Kernzeit – anzurechnen.⁷ Dem Anliegen verlieh eine Entschließung des Bundesrates vom 24.06.2020, mit dem das BMJ zur Einbringung einer entsprechenden Regierungsvorlage aufgefordert wurde, Nachdruck.⁸ Ein wesentliches Argument in der parlamentarischen Debatte für eine bundesweit einheitliche gesetzliche Regelung bestand darin, dass eine Lösung, wonach jede Länderkammer die Anrechnung der Kurzarbeit auf die Berufspraxis für sich selbst regeln kann, unzufriedenstellend sei und es um die „Planungen von beruflichen Existenzen“ gehe.⁹

Während weder der Initiativantrag noch die Entschließung des Bundesrates bislang erfolgsgekrönt sind, scheinen sich die artikulierten Bedenken zu bewahrheiten. Die Praxis der Anrechnung in den verschiedenen Rechtsanwaltskammern könnte, soweit wir sie erheben konnten,¹⁰ unterschiedlicher nicht sein:

Rechtsanwalts-kammer	Praxis der Anrechnung von COVID-19-Kurzarbeit
Burgenland	volle Anrechnung der Tätigkeit als Rechtsanwaltsanwärter bis zu sechs Monate; danach nur aliquote Anrechnung ¹¹
Kärnten	kein Anlassfall ¹²
Niederösterreich	Anrechnung „analog § 2 RAO für einen Zeitraum von max. 6 Monaten als hauptberufliche Tätigkeit (Vollzeit) auf die Kernzeit“ ¹³
Oberösterreich	keine Anrechnung auf die Kernzeit ¹⁴
Salzburg	keine Anrechnung auf die Kernzeit ¹⁵
Steiermark	keine Anrechnung auf die Kernzeit ¹⁶
Tirol	Anrechnung „aliquot auf die praktische Verwendung (Kernzeit)“ ¹⁷
Vorarlberg	zu wenig Erfahrungswerte (nur ein Anlassfall) ¹⁸
Wien	Anrechnung „in analoger Anwendung des § 2 Abs. 1 RAO im Hinblick auf die Anrechenbarkeit von Krankenständen“; diesbezügliche Praxis der RAK Wien, dass Krankenstandszeiten, solange Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers besteht, angerechnet werden können; für über diese 10 Wochen hinausgehende Zeiten aliquote Anrechnung (auf die Kernzeit) ¹⁹

Damit lässt sich der Status quo wie folgt zusammenfassen: In den Rechtsanwaltskammern besteht eine divergierende Anrechnungspraxis, eine die Anrechnung ablehnende Entscheidung eines LVwG wird gerade vom VwGH geprüft, eine einschlägige Anfrage²⁰ aus dem Bundesrat vom 03.11.2021 hat die zuständige Bundesministerin für Justiz noch nicht beantwortet²¹ und gegenwärtig wird an einem Entwurf des BRÄG 2022 gearbeitet. Damit erscheint der Zeitpunkt günstig, die wesentlichen rechtlichen Argumente zusammenzutragen und aufzubereiten.

D. Stellungnahme

In Österreich gibt es gegenwärtig etwa 2300 Rechtsanwaltsanwärter.²² Dazu, wie viele davon in COVID-19-Kurzarbeit waren oder sind, liegen – soweit ersichtlich – keine veröffentlichten Daten vor. Das faktische Ausmaß des Rechtsproblems lässt sich damit schwer einschätzen. Unzweifelhaft ist demgegenüber die grundrechtliche Dimension der Fragestellung. Schließlich hat der VfGH keine Zweifel daran gelassen, dass „[d]urch die Nichtanrechnung von Praxiszeiten bei einem Rechtsanwalt [...] auch in die Grundrechte der Freiheit der Erwerbsbetätigung und der Berufsausbildung eingegriffen“ wird.²³ Nötigenfalls sei „im Hinblick auf das Gebot der verfassungskonformen Interpretation“ die Lückenhaftigkeit des § 2 RAO anzuerkennen und mit einer analogen Anwendung zu reagieren.²⁴ Das LVwG OÖ hat das Vorliegen einer planwidrigen (nachträglichen) Lücke in § 2 RAO nun aber verneint. In einem ersten Schritt ist allerdings zu fragen, ob die Wortlautgrenze dieser Norm überhaupt verlassen würde, wenn man Zeiten der COVID-19-Kurzarbeit zur „praktischen Verwendung“ beim Rechtsanwalt zählt.

I. „Hauptberufliche“ Tätigkeit

Die Diskussion über die Verwertbarkeit von Ausbildungszeiten, die nicht im Rahmen einer Vollzeitbeschäftigung und/oder nicht beim Anwalt absolviert werden, für die Rechtsanwaltsausbildung wird seit mehreren Jahrzehnten geführt. Mit Einführung des Rechtsanwaltsprüfungsgesetzes (RAPG)²⁵ im Jahr 1985 wurde § 2 Abs 1 RAO dahingehend ergänzt, dass eine praktische Verwendung bei einem Rechtsanwalt nur dann anrechenbar sein soll, wenn sie „hauptberuflich und ohne Beeinträchtigung durch eine andere berufliche Tätigkeit ausgeübt wird“.

1. (Keine) Materialien

Bedauerlicherweise gibt es zur Einführung des RAPG und den damit verbundenen Änderungen der RAO weder Erläuterungen zur Regierungsvorlage noch einen Ausschussbericht, in dem die an der Regierungsvorlage

vorgenommenen Änderungen begründet würden.²⁶ Aus diesem Grund hielt es *Tades*, der als Legist wesentlich am Zustandekommen des Gesetzes beteiligt war, für ratsam, einige Erläuterungen dazu in seinem Beitrag „Bemerkungen zum Rechtsanwaltsprüfungsgesetz“ zu dokumentieren.²⁷ Wenngleich Aufsätze eines Legisten nicht als Gesetzesmaterialien anzusehen sind, können sie doch als Interpretationshilfe herangezogen werden.²⁸ Konkret zu § 2 RAO hat auch der OGH bereits auf den Beitrag von *Tades* referenziert.²⁹

Ziel des gesamten Gesetzesvorhabens inklusive der Novellierung des § 2 Abs 1 RAO war *Tades* zufolge das Bestreben, die Ausbildung des Rechtsanwaltsanwärters, die den vielseitigen Anforderungen des Berufs Rechnung trägt, bestmöglich zu regeln.³⁰ Zur Erreichung des Ausbildungsziels sollte insbesondere „eine Scheinpraxis verhindert“, sowie vermieden werden, dass Rechtsanwaltsanwärter einen anderen Hauptberuf ausüben und sich nur nebenbei ihrer ausbildenden Tätigkeit bei einem Rechtsanwalt widmen. Freilich solle – so *Tades*³¹ – eine nebenberufliche Tätigkeit (zB die „Abhaltung von Rechtskursen oder schriftstellerische Tätigkeit“) nicht prinzipiell ausgeschlossen sein. Vielmehr sei „das Merkmal der Hauptberuflichkeit [...] nach den tatsächlichen Gegebenheiten zu beurteilen“, sofern durch eine „Nebentätigkeit die praktische Verwendung beim Rechtsanwalt nicht beeinträchtigt wird“, sei sie keinesfalls ausgeschlossen.

2. Judikatur der Höchstgerichte

In Ermangelung von Materialien im eigentlichen Sinn und angesichts des Deutungsspielraums, den auch die Ausführungen von *Tades* eröffnen, nimmt es nicht wunder, dass die Wendung „hauptberuflich“ in § 2 RAO bereits mehrfach die Höchstgerichte beschäftigt hat. Zwei unveröffentlichten Entscheidungen der OBDK sind etwa folgende Rechtssätze zu entnehmen: Eine bloße Teilzeitbeschäftigung stellt gleichgültig, ob sie ausschließlich oder neben einer anderen beruflichen Tätigkeit ausgeübt wird, keine berufliche Tätigkeit iSd § 2 Abs 1 letzter Satz RAO dar.³² Bloße Teilzeitbeschäftigungen, die nicht das Ausmaß der Normalarbeitszeit erreichen, scheiden daher als nicht anrechnungsfähig aus.³³ Zu 7 Ob 519/87 führte der OGH aus, dass „eine anrechenbare Praxis [...] voraussetzt, daß sich der Rechtsanwaltsanwärter seiner Vorbereitung auf den angestrebten Rechtsanwaltsberuf unter Aufsicht seines Chefs voll und ganz widmet, während der üblichen Beschäftigungszeit auch wirklich zur Verfügung steht und sich nur dem Anwärterberuf zuwendet. Eine volle Tätigkeit eines Rechtsanwaltsanwärters kann nur dann angenommen werden, wenn die anderweitige Arbeit zeitmäßig so gering ist, daß die ordnungsgemäße

Ausbildung des Rechtsanwaltsanwärters durch einen Rechtsanwalt nicht gefährdet ist“.³⁴ Schon vor dem Inkrafttreten des RAPG hat die OBDK judiziert, dass eine volle Tätigkeit eines Rechtsanwaltsanwärters dann angenommen werden kann, wenn die anderweitige Tätigkeit zeitmäßig so gering ist, dass die ordnungsgemäße Ausbildung des Rechtsanwaltsanwärters durch einen Rechtsanwalt nicht gefährdet wird.³⁵ Der VfGH wiederum attestierte der OBDK, ihre Annahme, § 2 Abs 1 RAO habe „schon“ idF des BGBl 1973/570 „das Erfordernis einer ganztägigen Beschäftigung bei einem Rechtsanwalt“ enthalten, sei weder denkunmöglich noch unterstelle sie dieser Norm einen verfassungswidrigen Inhalt.³⁶ Der VfGH geht dabei davon aus, dass „das Erfordernis der hauptberuflichen Tätigkeit gesetzlich ausreichend determiniert“ sei.³⁷ Es stelle „die umfassende Ausbildung des Rechtsanwaltsanwärters sicher[...]. Die hauptberufliche Tätigkeit erscheint insbesondere deshalb als erforderlich, weil durch eine solche Tätigkeit gewährleistet ist, daß der Rechtsanwaltsanwärter umfassend mit allen Facetten des Berufsbildes des Rechtsanwalts vertraut gemacht werden kann. Darüber hinaus wird dem ausbildenden Rechtsanwalt durch den mit der hauptberuflichen Beschäftigung des Rechtsanwaltsanwärters verbundenen intensiven persönlichen Kontakt die Möglichkeit eingeräumt, sich umfassend Kenntnis von den einzelnen Fähigkeiten des Rechtsanwaltsanwärters zu verschaffen und die Ausbildung entsprechend zu gestalten.“³⁸ Ganz in diesem Sinne heißt es in einer Entscheidung der OBDK, dass im Vordergrund, der für die Anrechenbarkeit entscheidenden Erwägungen zu stehen habe, „ob der Rechtsanwaltsanwärter in concreto hauptberuflich verwendet, sorgfältig ausgebildet und gewissenhaft beaufsichtigt wurde“.³⁹ Erst jüngst betonte der 19. Senat des OGH, dass „gerade der laufende persönliche Austausch von Wissen und praktischen Erfahrungen mit dem Ausbildungsanwalt unter dessen Anleitung und Kontrolle wesentlich“, die praktische Verwendung bei einem Rechtsanwalt schließlich kein „Fern- bzw Selbststudium“ sei, das man an Tagesrandzeiten und an Wochenenden ableisten könne; ein Abgehen von diesem Erfordernis würde jeglichen Manipulationsmöglichkeiten, insbesondere den von der Intention des RAPG verpönten „Scheinpraxiszeiten“, Tür und Tor öffnen. Die von § 2 RAO geforderte praktische Verwendung könne daher nicht dadurch erreicht werden, dass sie überwiegend außerhalb üblicher Kanzleizeiten, ansonsten zu Tagesrandzeiten und an Samstagen neben einer anderen, 20 bzw 25 Wochenstunden umfassenden beruflichen Tätigkeit absolviert werde.“⁴⁰

Damit wird „hauptberuflich“ wohl überwiegend als (nahezu) vollzeitbeschäftigt verstanden. Der Blick in andere Normen bestätigt prima vista diesen Befund.

Zu § 71 Abs 4 BSVG judiziert der 10. Senat des OGH beispielsweise, dass als „hauptberufliche Mitarbeit“ nur jene Tätigkeit anzusehen sei, „durch die die Arbeitskraft derart in Anspruch genommen wird, dass die Ausübung einer anderen Erwerbstätigkeit praktisch ausgeschlossen ist.“⁴¹ Im Kontext des DHG ließ es der 9. Senat genügen, dass die Organfunktionen „in einer Art und Weise hauptberuflich wahr[genommen werden], die zumindest in die Nähe einer Vollzeitbeschäftigung kommt“.⁴² Manche Normen setzen „hauptberuflich“ aber offenkundig nicht mit „vollzeitbeschäftigt“ gleich; andernfalls wäre beispielsweise die Wendung „hauptberufliche Vollzeitkapazitäten“ in § 2 Z 5 Erwachsenenschutzvereinsgesetz eine sinnlose Tautologie oder die Formulierung „regelmäßig und überwiegend ganztägig und in hauptberuflicher Stellung“ in § 72 Abs 4 Z 2 Tierärztegesetz⁴³ nicht erklärbar. Freilich betont die OBDK, dass angesichts „der spezifischen Erfordernisse des Rechtsanwaltsberufs [...] für die Ausbildung zum Rechtsanwalt nur jene Vorschriften maßgebend [seien], die hierfür normiert wurden, nicht aber Ausbildungskriterien für andere Berufe“.⁴⁴

Auch wenn man der vorhin grob skizzierten Auslegung der Höchstgerichte folgt, so erscheint nicht eindeutig, dass der Gesetzgeber das Kriterium „hauptberuflich“ als Verweis auf das AZG, also auf eine Vollzeitbeschäftigung iS dieses Gesetzes, verstanden wissen wollte. Entscheidend erscheinen vielmehr die zentrale Stellung der Rechtsanwaltsausbildung in der beruflichen Tätigkeit des Anwärters, dessen intensive Betreuung durch den Ausbildungsanwalt und umfassende Einbindung in den Kanzleibetrieb sowie die Verhinderung einer Scheinpraxis. In Zusammenschau mit diesen rationes legis stellt das Kriterium „ohne Beeinträchtigung durch eine [Nebentätigkeit]“ klar, dass nicht jede Nebentätigkeit schädlich ist. Es wurde aber auch explizit neben dem Erfordernis der Hauptberuflichkeit (arg: „und“) normiert, womit sich eine Interpretation verbietet, die bloß die fehlende Beeinträchtigung der Tätigkeit beim Rechtsanwalt durch eine andere berufliche Tätigkeit für die Kernzeit genügen ließe.⁴⁵

II. COVID-19-Kurzarbeit und § 2 RAO

1. Volle Anrechnung bei hauptberuflicher Tätigkeit

Bei COVID-19-Kurzarbeit kommt es jedenfalls faktisch zu einer Reduktion der Arbeitszeit; die Rechtsnatur dieses Instrumentariums ist allerdings durchaus umstritten.⁴⁶ Nach der Legaldefinition des § 19d Abs 1 AZG liegt Teilzeit vor, wenn die Normalarbeitszeit im Durchschnitt unterschritten wird. Bei der Kurzarbeit handelt es sich hingegen um eine aufgrund wirtschaftlicher Rückschläge des Unternehmens notwendig gewordene, bloß vorüber-

gehende Verkürzung der Normalarbeitszeit; sie wird daher auch oft als Gegensatz zur Teilzeitbeschäftigung gesehen.⁴⁷ Dies gilt speziell auch für die COVID-19-Kurzarbeit.⁴⁸

Ist COVID-19-Kurzarbeit nicht per se eine Teilzeitbeschäftigung, könnte sie – auch wenn das Maß der üblichen (Vollzeit-)Beschäftigung deutlich unterschritten wird – als hauptberufliche Tätigkeit gelten und damit voll anrechenbar sein, solange sie nicht durch eine „andere berufliche Tätigkeit“ beeinträchtigt wird. Die (unter anderem vom LVwG OÖ aufgeworfene) Frage nach einer Analogie würde sich erst gar nicht stellen. Angesichts des dargestellten Ausbildungsziels und der Notwendigkeit der Integration in den Kanzleibetrieb (siehe Punkt D.II.3.) erscheinen Phasen der COVID-19-Kurzarbeit, in denen die faktische Arbeitszeit deutlich unter das Niveau der sonst üblichen Beschäftigung fällt, aber keine „hauptberufliche“ Tätigkeit iSd § 2 RAO zu sein. Gerade der Fall vor dem LVwG OÖ zeigt, dass das vom Gesetz geforderte Ausbildungsziel nicht erreicht würde. Werden über mehrere Monate hinweg nur wenige Stunden pro Woche gearbeitet, wird schlicht keine ausreichende Erfahrung aus dem anwaltlichen Berufsleben gesammelt, um diese Zeit voll anzurechnen. Kommt es hingegen nur zu einer Reduktion der Normalarbeitszeit von 10 % (dem Mindestmaß, um als Kurzarbeit zu gelten)⁴⁹ oder etwas mehr, erscheint das Kriterium der „hauptberuflichen“ Tätigkeit weiterhin gewahrt, womit eine volle Anrechnung zu erfolgen hat. Ein solcher Blick auf die „tatsächlichen Gegebenheiten“ des Einzelfalls entspricht, soweit rekonstruierbar, auch der Absicht des Gesetzgebers (siehe Punkt D.I.1.).

2. Keine „volle“ Anrechnung qua Analogie

Die Berücksichtigung von Phasen der COVID-19-Kurzarbeit, die keine „hauptberufliche Tätigkeit“ ist, als Kernzeit ist vom Wortlaut nicht gedeckt und setzt folglich eine Analogie voraus. Damit stellt sich die Frage, ob nicht § 2 Abs 1 letzter Satz RAO durch das neue Instrument der COVID-19-Kurzarbeit, das – (soweit ersichtlich) im Gegensatz zu früheren Modellen der Kurzarbeit⁵⁰ – auch Rechtsanwaltskanzleien in Anspruch genommen haben, nachträglich lückenhaft geworden ist.

Sie wäre wohl schon dann zu bejahend zu beantworten, wenn die COVID-19-Kurzarbeit mit „Zeiten des gesetzlichen Urlaubs oder der Verhinderung wegen Krankheit, Unfalls oder eines Beschäftigungsverbots nach dem Mutterschutzgesetz“ (§ 2 Abs 1 RAO) hinreichend vergleichbar wäre. § 2 Abs 1 RAO stellt diesbezüglich seit dem BRÄG 2008⁵¹ klar, dass derartige Zeiten keine Unterbrechung der „hauptberuflichen Ausübung der Tätigkeit“ bewirken sollen.⁵² Die in § 117 Abs 5 NO

normierten Höchstgrenzen wurden allerdings nicht in § 2 Abs 1 RAO übernommen, sodass diese Bestimmung auch insofern die wünschenswerte Klarheit vermissen lässt. Das Ergebnis einer Gleichstellung (in Form einer Analogie) wäre die vollständige Verwertbarkeit der Zeiten einer COVID-19-Kurzarbeit als Kernzeit – und das ohne absolute Höchstgrenze, zumal in Zeiten der Coronakrise „besondere Umstände“ iSd § 37b Abs 4 AMSG vorliegen, sodass die darin vorgesehenen 24 Monate überschritten werden können. Unabhängig von der rechtlichen Einordnung der COVID-19-Kurzarbeit unterscheidet sich ein sich daraus ergebender längerer Zeitraum mit reduzierter Arbeitsleistung allerdings deutlich von einzelnen Wochen der Arbeitsunterbrechung zum Zwecke der Erholung, der Genesung oder zum Schutz der werdenden Mutter samt Leibesfrucht. Wie das LVwG OÖ zutreffend ausführt, ist die COVID-19-Kurzarbeit damit offenkundig nicht hinreichend vergleichbar, sodass sich mit dem Bestehen dieser Regelung nicht der Beweis der Lückenhaftigkeit von § 2 RAO führen lässt.

Die Praxis der Wiener RAK, Zeiten der COVID-19-Kurzarbeit in Analogie zur Verhinderung bei Krankenstand für die Dauer der Entgeltfortzahlungspflicht voll,



darüber hinausgehende Zeiten aliquot anzurechnen, erscheint zwar sehr „konzipientenfreundlich“. Aus methodologischer Sicht ist aber zumindest prima vista nicht ohne Weiteres nachvollziehbar, wieso derselbe Ausgangssachverhalt für einen bestimmten Zeitraum diesen, für weitere Phasen jenen Anrechnungsfall des § 2 RAO per analogiam verwirklichen soll.

3. Aliquote Anrechnung qua Analogie

§ 2 Abs 1 RAO sieht eine aliquote Anrechnung sowohl für Fälle der (vorübergehenden) Reduktion der Normalarbeitszeit als auch für solche der Teilzeit vor. Auch diesbezüglich ist nach einer planwidrigen Lücke zu fragen. Dafür streitet zunächst die in § 21b Abs 1 RAO ausdrückliche statuierte „Pflicht“⁵³ des Rechtsanwalts, den Rechtsanwaltsanwärter hauptberuflich zu beschäftigen und für eine umfassende Ausbildung Sorge zu tragen. Diese Norm will sicherstellen, dass der Rechtsanwaltsanwärter die Voraussetzung der hauptberuflichen praktischen Verwendung für die Erlangung der großen LU bzw für die Ausübung der Rechtsanwaltschaft auch tatsächlich erfüllen kann, ohne Gefahr zu laufen nicht als Auszubildender, sondern als „Dauerkonzipient“ wahrgenommen zu werden.⁵⁴ Diese Bestimmung ist in engem Zusammenhang mit §§ 2 und 15 RAO zu lesen.⁵⁵ Die Ausbildung eines Rechtsanwaltsanwärters in Form einer Teilzeitbeschäftigung hat die OBDK bereits als disziplinar qualifiziert.⁵⁶ Eröffnet man nun dem Rechtsanwalt angesichts der bislang beispiellosen Herausforderungen der Pandemie die Möglichkeit, für Rechtsanwaltsanwärter COVID-19-Kurzarbeit, die das Maß der hauptberuflichen Tätigkeit unterschreitet (siehe Punkt D.II.1.), anzuordnen und dabei – sei es durch teleologische Reduktion des § 21b RAO oder anhand des Verschuldenskriteriums gemäß § 1 DST – keine disziplinarrechtlichen Folgen fürchten zu müssen, und erfolgt dabei kein Ausgleich aufseiten des Auszubildenden, so geriete das Zusammenspiel des § 21b mit §§ 2, 15 RAO aus dem Gleichgewicht. Schließlich hätte es der Ausbildungsanwalt dann in der Hand, solange sich die Inanspruchnahme der COVID-19-Kurzarbeit mit betrieblichen Notwendigkeiten rechtfertigen lässt, das Ausbildungsverhältnis seines Rechtsanwaltsanwärters zu prolongieren. Besonders deutlich zeigt sich die Problematik bei solchen Rechtsanwaltsanwärtlern, die ihre 17-monatige Ersatzzeit bereits vor Beginn der Coronakrise (etwa als Universitätsassistenten) zur Gänze „verbraucht“ haben. Eine Tätigkeit bei einem Rechtsanwalt – die auch bei reduziertem Beschäftigungsausmaß jedenfalls auf die Ersatzzeit anzurechnen wäre⁵⁷ – im Rahmen der COVID-19-Kurzarbeit würde in einem solchen Szenario als Ausbildungszeit für die 5-jährige Berufsausbildung gar keine Berücksichtigung finden und wäre für den Rechtsanwaltsanwärter gleichsam „frustriert“. Insbesondere im Hinblick auf die Unabsehbarkeit der

Dauer der Coronakrise scheint ein solches Ergebnis fragwürdig.

Gegen eine Anrechnung der reduzierten Arbeitszeit könnte sprechen, dass sich ein Rechtsanwaltsanwärter während der Kernzeit täglich dem oft von Termin- und Fristendruck geprägten Arbeitsalltag stellen muss und mit dem gesamten Kanzleibetrieb vertraut werden soll. Befindet sich freilich die ganze Kanzlei in Kurzarbeit, verliert dieses Argument ab ovo an Gewicht. Ihm wird außerdem durch die bloß aliquote Berücksichtigung der Zeiten der COVID-19-Kurzarbeit Rechnung getragen.

Das LVwG OÖ hat die Analogie zu § 2 Abs 1 RAO insbesondere deshalb abgelehnt, weil die in § 2 Abs 1 RAO genannten Gründe jeweils Umstände betreffen, die in der Person des konkreten Rechtsanwaltsanwärters liegen würden, während die COVID-19-Kurzarbeit letztlich eine aufgrund wirtschaftlicher bzw betriebsbedingter Notwendigkeiten reduzierte Arbeitszeit darstelle; die im Gesetz aufgezählten Gründe seien mit der COVID-19-Kurzarbeit nicht hinreichend vergleichbar. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass auch die Anordnung



von COVID-19-Kurzarbeit durchaus im Interesse des Rechtsanwaltsanwärters liegen kann, besteht doch die Alternative für den Arbeitgeber womöglich in der Kündigung des Auszubildenden. Auch die Gründe für die verschiedenen positivierten Ausnahmetatbestände unterscheiden sich im Übrigen letztlich beträchtlich. Ihre inhaltliche Klammer lässt sich auch darin erblicken, dass sie bei Vorliegen wichtiger Gründe eine Partizipation an der Anwaltsausbildung (im Rahmen der Kernzeit) auch unter solchen Rahmenbedingungen ermöglichen sollen, unter denen eine hauptberufliche Tätigkeit nicht ausgeübt werden kann. Und so gewendet, liegt die COVID-19-Kurzarbeit geradezu im Herzen des gesetzgeberischen Anliegens.

E. Fazit

Die österreichische Anwaltschaft verfolgt bei der Anerkennung von Ausbildungszeiten als Kernzeit iSd § 2 Abs 2 RAO eine eher strenge Linie. Dies steht durchaus im Einklang mit den Intentionen des Gesetzgebers. Bei der Diskussion über die Einführung oder Anerkennung einschlägiger Ausnahmen wird freilich immer wieder mit der sprichwörtlichen „Büchse der Pandora“ und der Gefahr argumentiert, einer sukzessiven Verminderung der Ausbildungsqualität Tür und Tor zu öffnen.⁵⁸ Diese Gefahr besteht unseres Erachtens bei einer aliquoten Anrechnung von Zeiten der COVID-19-Kurzarbeit (auf die Kernzeit) nicht.

Kommt es durch die COVID-19-Kurzarbeit überhaupt nur zu einer Reduktion der Normalarbeitszeit von 10 % (oder etwas mehr)⁵⁹, bleibt das Kriterium der „hauptberuflichen“ Tätigkeit ohnehin gewahrt und die Ausbildungszeit voll anrechenbar. Im vom LVwG OÖ entschiedenen Ausgangsfall hat die Rechtsanwaltsanwältin im April 2020 aber beispielsweise insgesamt nur 40 Arbeitsstunden erbracht; die Anrechnung als volles Ausbildungsmonat widerspricht wohl den mit dem Kriterium „hauptberuflich“ verfolgten Intentionen des Gesetzgebers. Mit „Zeiten des gesetzlichen Urlaubs oder der Verhinderung wegen Krankheit, Unfalls oder eines Beschäftigungsverbots nach dem Mutterschutzgesetz“ (§ 2 Abs 1 RAO) ist die COVID-19-Kurzarbeit unseres Erachtens nicht hinreichend vergleichbar. Es spricht aber nichts dagegen und vieles dafür, etwa die 177 Arbeitsstunden, die die Rechtsanwaltsanwältin innerhalb von gut drei Monaten erbracht hat, aliquot und damit im Ergebnis als einen vollen Monat der praktischen Verwendung iSd § 2 (und damit des § 15) RAO anzurechnen.

Ein Blick in die Geschichte der taxativen Aufzählung anrechenbarer Zeiten in § 2 Abs 1 RAO zeichnet ein Bild der wiederholten Reformbedürftigkeit: Im Zuge des

Rechtsanwalts-BRÄG 1999⁶⁰ wurde etwa normiert, dass die praktische Verwendung bei einem Rechtsanwalt in Form einer Teilzeitbeschäftigung nach dem Mutterschutzgesetz oder dem Eltern-Karenzurlaubsgesetz anrechenbar ist, wenn sie zumindest die Hälfte der Normalarbeitszeit umfasst.⁶¹ Im Zuge des BRÄG 2008⁶² wurde schließlich klargestellt, dass Zeiten des gesetzlichen Urlaubs, der Verhinderung wegen Krankheit oder Unfalls oder eines Beschäftigungsverbots nach dem Mutterschutzgesetz anrechenbar sind. Davon wurde zwar schon ohnehin nach damaliger Rechtslage (hinsichtlich des Mutterschutzes nicht zuletzt auch aufgrund des Gemeinschaftsrechts) ausgegangen, der Gesetzgeber entschied sich jedoch letztendlich für eine Positivierung „der Klarheit halber“.⁶³ Damit hinkte § 2 Abs 1 RAO schon mehrfach den Realitäten und sich aus anderen Normen ergebenden Notwendigkeiten hinterher. Dies gilt auch für die COVID-19-Kurzarbeit, auch diesmal ist mittels Analogie zu reagieren.⁶⁴

Letzten Endes ist freilich auf eine Klarstellung des Gesetzgebers zu hoffen. Die erheblichen Unterschiede in der Anrechnungspraxis der Rechtsanwaltskammern belegen die große Rechtsunsicherheit auf diesem Gebiet. Eine rechtspolitische Entscheidung ist es dabei, ob auch Höchstgrenzen für die Anrechnung der COVID-19-Kurzarbeit vorgesehen werden sollen. Denn tauchen noch weitere Varianten von SARS-CoV-2 auf,⁶⁵ könnten sonst einzelne Anwärtler die gesamte Ausbildung zum Rechtsanwalt im Rahmen von Kurzarbeit absolvieren. Es bleibt zu hoffen, dass es sich hier um ein theoretisches Szenario handelt – das Gesetz sollte aber auch für den bloß möglichen Ernstfall eine Lösung parat halten.⁶⁶

Univ.-Prof. Mag. Dr. Andreas Geroldinger lehrt und forscht am Institut für Zivilrecht der Johannes Kepler Universität Linz und ist dort Vorstand des Instituts für Anwaltsrecht.



Univ.-Ass. Mag. Alexander Robl lehrt und forscht als Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht der Johannes Kepler Universität Linz und ist Mitarbeiter des Instituts für Anwaltsrecht.

