

20/SN-320/ME 1 von 23

**PRÄSIDIUM DER  
FINANZPROKURATUR**

1011 Wien, Singerstraße 17 - 19

Tel. 711 67 / 4083 DW

Fax.: 513 89 70

PSK-Kto.Nr.: 5500.017 DVR: 0057169

Zl. 1010-Präs./1993

An das  
Präsidium des Nationalrates  
Dr. Karl Renner-Ring 3  
1017 Wien

61	WURF
30.9.93	93
Datum: 30. SEP. 1993	
Verteilt: 30.9.93 Sef	

*Dr. Murrer*

Betr. **Besoldungsreform-Gesetz**  
Begutachtungsverfahren  
25-fach

Die Prokuratur beehnt sich, 25 Ausfertigungen ihrer Stellungnahme zu dem vom Bundeskanzleramt mit GZ 921.301/1-II/A/1/93 versendeten Entwurf des Besoldungsreform-Gesetzes zu übermitteln.

Wien, am 28. September 1993

Der Vizepräsident:



Dr. Kremser

**PRÄSIDIUM DER  
FINANZPROKURATUR**

1011 Wien, Singerstraße 17 - 19

Tel. 711 67 / 4083 DW

Fax.: 513 89 70

PSK-Kto.Nr.: 5500.017 DVR: 0057169

Zl. 1010-Präs./1993

An das

Bundeskanzleramt

Ballhausplatz 2

1014 Wien

Betr. **Besoldungsreform-Gesetz 1993;**  
**Begutachtungsverfahren**  
zu GZ 921.301/1-II/A/1/93  
zweifach

Die Prokuratur beehrt sich, zum übermittelten Entwurf des Besoldungsreform-Gesetzes 1993 wie folgt Stellung zu nehmen:

I.

Vorweg sei festgehalten, daß durch das Gesetzesvorhaben in der vorliegenden Form die Erreichung der angekündigten Ziele, wie insbesondere Transparenz des dienst- und besoldungsrechtlichen Systems, leistungsgerechte Abgeltung verantwortungsvoller Tätigkeit und Mobilität, wenn überhaupt dann nur mit großen Einschränkungen gewährleistet ist (vgl dazu die Kritik zu einzelnen Punkten des Gesetzesvorhabens).

Transparenz ist jedenfalls so lange nicht gegeben, so lange die Bewertung und Zuordnung der Arbeitsplätze zu den Funktionsgruppen nicht vorliegt. Erst wenn dies erfolgt ist, ist jeder betroffene Beamte, aber auch jeder Ressortminister in der Lage, die Konsequenzen des Besoldungsreform-Gesetzes zu überblicken und abzuschätzen. Allerdings wäre auch dann die angestrebte Transparenz nur sehr eingeschränkt gewährleistet. Die

vorgesehenen Regelungen der §§ 137 und 143 enthalten rein deskriptive Begriffe, die noch dazu - ungeachtet der sprachlichen Inbezugsetzung zu Arbeitsplätzen - eher auf die persönlichen Fähigkeiten des Arbeitsplatzinhabers abstellen (z.B. Kontakt- und Kommunikationsfähigkeit, Führungsqualität und Verhandlungsgeschick). Vor allem aber soll die Bewertung der einzelnen Kriterien nach einem Punktesystem erfolgen, das weder dem Gesetzestext, noch den Erläuterungen entnommen werden kann und dessen Publikmachung offenbar auch sonst nicht beabsichtigt ist. Es ist nicht auszuschließen, daß - je nach Verhandlungsgeschick und Durchsetzungsvermögen des mitwirkenden Ressortleiters - auch an sich durchaus vergleichbare Arbeitsplätze in verschiedenen Ressorts unterschiedlich zugeordnet werden. Dazu kommt, daß im Unterschied zum gegebenen Dienstklassensystem ein allgemeiner Überblick, welchen Funktionsgruppen konkrete Arbeitsplätze in den verschiedenen Ressorts zugeordnet sind, nur dann gewährleistet wäre, wenn die Bewertung und Zuordnung durch kundzumachende Verordnungen erfolgt (was offenbar primär nicht vorgesehen ist). Dieser allgemeine und zuverlässige Überblick über die Bewertung und Zuordnung neu zu besetzender Planposten ist aber auch für die angestrebte Mobilität unabdingbare Voraussetzung. Ob diese Voraussetzung in Zukunft erfüllt werden soll, kann jedenfalls dem Gesetzestext nicht entnommen werden.

Was die angekündigte unmittelbare und leistungsgerechte Abgeltung hervor gehobener und verantwortungsvoller Tätigkeiten betrifft, sei an dieser Stelle nur darauf verwiesen, daß die nicht der Abgeltung zeitlicher Mehrleistungen dienende Komponente der Funktionszulage in der Funktionsgruppe 5 zum Teil niedriger ist als die Funktionszulage in der Funktionsgruppe 4.

Auch die Regelung der Zulagen ist im Entwurf keineswegs übersichtlicher als im geltenden System.

In der nachstehenden Stellungnahme gelten die Anmerkungen zu einzelnen Regelungen des Allgemeinen Verwaltungsdienstes auch für die (wörtlich gleichlautenden) Regelungen für den Exekutivdienst.

*Die besonders den Dienst bei der Finanzprokuratur betreffenden Anmerkungen sind kursiv gesetzt.*

## II.

zu Artikel I - **Änderung des BDG 1979 :**zu Punkt 5. **§ 11 Abs 2 :**

Grundsätzlich sollen Dienst- und Ausbildungszeiten in die Zeit des provisorischen Dienstverhältnisses nur eingerechnet werden können, "soweit sie zur Gänze für die Festsetzung des Vorrückungstichtages berücksichtigt worden sind". Gemäß § 12 Abs 3 Gehaltsgesetz 1956 können "sonstige Zeiten" einer Tätigkeit oder eines Studiums insoweit zur Gänze berücksichtigt werden, als sie "für die erfolgreiche Verwendung des Beamten von besonderer Bedeutung" sind. Der Tatbestand der Vollanrechnung gemäß § 12 Abs 3 Gehaltsgesetz 1956 umfaßt somit bereits die Erfüllung des Sachverhaltsmomentes der "besonderen Bedeutung", liegt dies nicht vor, kommt eine Vollanrechnung nicht in Betracht. Es ist daher entbehrlich, das Sachverhaltsmoment der "besonderen Bedeutung" - neben der Vollanrechnung gemäß § 12 Abs 3 Gehaltsgesetz - in § 11 Abs 2 BDG nochmals zu fordern.

zu Punkt 8. **§ 22 :**

Die Neuregelung ist im Zusammenhang mit den in den §§ 82 Abs 2 und 87 Abs 6 iVm 41 a Abs 2 BDG vorgesehenen Änderungen zu sehen.

In den Erläuterungen zur RV des BDG 1979 hat der Gesetzgeber die Entlassung eines Beamten (an Stelle der bis dahin vorgesehenen Regelungen der Dienstpragmatik) u.a. ausdrücklich nur deshalb als gerechtfertigt angesehen, weil "die Feststellung, daß ein Beamter den von ihm zu erwartenden Arbeitserfolg trotz Ermahnung nicht aufweist, in einem Verfahren zu treffen ist, das sowohl verfahrensrechtlich als auch hinsichtlich seines Ergebnisses der vollen Überprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof unterliegt". Der nunmehr vorgesehene Ausschluß der Anrufung des Verwaltungsgerichtshofes (§§ 87 Abs 6 iVm 41 a Abs 2) in Verbindung mit der vorgesehenen Verkürzung des Beurteilungszeitraumes (§ 82 Abs 2) bedeutet ohne Zweifel einen gewichtigen Eingriff in die Rechtsstellung des Beamten (vgl dazu auch die Ausführungen zu § 41 a ff BDG).

Es ist überdies zu bezweifeln, daß tatsächlich - wie im Entwurf der Erläuterungen ausgeführt - das vor einer Entlassung durchzuführende Verfahren Vorgesetzte und Dienstbehörden von der Einleitung dieses Schrittes abgehalten hat. Ausschlaggebend dürfte vielmehr in der Mehrzahl der Fälle eine Bedachtnahme auf die sozialen und gesellschaftlichen Konsequenzen der Entlassung gewesen sein. Die vorgesehenen Verfahrensänderungen haben aber auf derartige Erwägungen keinen Einfluß, zumal das Verfahren selbst (d.h. abgesehen von der Dauer des Beurteilungszeitraumes) tatsächlich nicht beträchtlich verkürzt werden dürfte (Berufungskommission statt Verwaltungsgerichtshof).

Es ist wohl im Gegenteil damit zu rechnen, daß von einer negativen Leistungsfeststellung, bzw von einer Ermahnung unter Berücksichtigung der nunmehr noch schwerwiegenden Konsequenzen dieser Maßnahmen in Zukunft auch dort Abstand genommen wird, wo sie am Platz und bei derzeitiger Rechtslage auch ausgesprochen worden wären.

Die beträchtliche Verkürzung des Beurteilungszeitraumes führt dazu, daß dem betroffenen Beamten in vielen Fällen keine angemessene Möglichkeit für eine positive Leistungsentwicklung offen steht. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn die erste negative Leistungsfeststellung zum Anlaß für eine Versetzung (§ 38 BDG) genommen wird, woraus zusätzlich Probleme der Umstellung und Einarbeitung resultieren können.

Die vorgesehene Neuregelung verursacht überdies auch verfahrensrechtliche Probleme:

Voraussetzung der Entlassung ist die zweimal aufeinanderfolgende negative Leistungsfeststellung. Eine negative Leistungsfeststellung ist die rechtsverbindliche (d.h. unter Einhaltung des vorgesehenen Verfahrens erstellte und in Rechtskraft erwachsene) Feststellung, daß der Beamte im vorangegangenen Kalenderjahr den zu erwartenden Arbeitserfolg trotz Ermahnung nicht aufgewiesen hat (§ 81 Abs 1 BDG). Selbst bei Einhaltung, aber weitgehender Ausschöpfung der in den §§ 85 Abs 1 und 2, 87 Abs 1, 3 und 5 vorgesehenen Fristen und auch bei Entscheidung der Berufungskommission innerhalb der in § 41 a Abs 2 nicht zwingend vorgeschriebenen Zweimonatsfrist wird das Verfahren über die erste negative Leistungsfeststellung den Zeitraum von 6 Monaten beträchtlich überschreiten. Ergreift der Beamte (aus welchen Gründen auch immer) gegen die zweite Feststellung die vorgesehenen Rechtsbehelfe nicht, so kann der Fall eintreten, daß Rechtskraft der zweiten Feststellung vor Rechtskraft der ersten Feststellung gegeben ist. In diesem Fall kann wohl die vorgesehene Rechtsfolge der Rechtskraft der zweiten Feststellung (Entlassung) nicht eintreten.

Letztlich ist darauf zu verweisen, daß in § 22 Rechtsfolgen an die - nicht weiter qualifizierte - Ermahnung geknüpft werden, während § 81 Abs 1 Z 3 die "nachweisliche Ermahnung" fordert.

zu Punkt 11. § 38 Abs 6 :

Besonders im Falle einer Versetzung wegen Änderungen der Verwaltungsorganisation (aber auch in den meisten anderen denkbaren Fällen eines wichtigen dienstlichen Interesses an einer Versetzung) ist diese Notwendigkeit im Normalfall bereits längere Zeit vor ihrem Aktuellwerden absehbar. Der ungeachtet dessen vorgesehene Ausschluß der aufschiebenden Wirkung einer Berufung stellt sich daher als sachlich ungerechtfertigter Eingriff in Rechtsschutzinteressen des Beamten dar und widerspricht auch der Fürsorgepflicht des Dienstgebers. Wie der Verfassungsgerichtshof erst jüngst

(28.2.1992 G 293/91, G 342/91, G 344/91, ÖJZ 1993, 173) unter Hinweis auf Vorjudikate ausgesprochen hat, "geht es unter dem Aspekt des rechtsstaatlichen Prinzips nicht an, den Rechtsschutzsuchenden generell einseitig mit den Folgen einer potentiell rechtswidrigen behördlichen Entscheidung solange zu belasten, bis sein Rechtsschutzgesuch endgültig erledigt ist". Diese bloß den Aufschub der Entrichtung von Geldleistungen betreffende Rechtsansicht muß ohne Zweifel für einen derart gravierenden Eingriff, wie dies eine Versetzung zu einer anderen Dienststelle darstellt, in weit höherem Maße zutreffen. Die Einräumung des Rechtes auf Rückkehr an den früheren Arbeitsplatz kann die während der Dauer des Verfahrens vor der Berufungskommission bereits eingetretenen belastenden Wirkungen der Versetzung nicht mehr aus der Welt schaffen.

Es muß auch bezweifelt werden, ob mit der vorgesehenen Regelung den Interessen der Verwaltung tatsächlich gedient ist. Es wird in vielen Fällen für die doch relativ kurze Dauer des Verfahrens bis zur Rechtskraft des Versetzungsbescheides weder der vom Versetzten innegehabte Arbeitsplatz adäquat besetzt werden können, noch wird der Versetzte auf dem neuen Arbeitsplatz voll einsetzbar sein (Einarbeitungsphase).

**zu Punkt 11. § 38 a :**

*Die vorgesehene Freigabepflicht bei Ressortwechsel kann gerade für eine höchst spezialisierte Dienststelle wie die Finanzprokuratur zu beträchtlichen Problemen bis zur Beeinträchtigung des Dienstbetriebes führen. Bereits derzeit nimmt die Finanzprokuratur - neben ihrem sonstigen gesetzlichen Wirkungsbereich - de facto die Funktion einer Ausbildungsstelle für den Verwaltungs- und Richterdienst wahr. Diese bereits in der Vergangenheit mehrmals nahezu die Aufrechterhaltung des Dienstbetriebes bedrohende Personalfluktuaton würde durch die vorgesehene Regelung erleichtert und würde sich daher verstärken.*

**zu Punkt 14. § 41 a bis f :**

Anstelle des in der Bundesverfassung zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten berufenen unabhängigen Höchstgerichtes soll eine - jedenfalls von der Organisation her - nicht unabhängige Kommission geschaffen werden, bei der die Mehrzahl der Senatsmitglieder nicht dem Richterstand angehört (§ 41 c Abs 1). Die Zusammensetzung der Berufungskommission ist nicht näher definiert, die Bestellung der einzelnen Kommissionsmitglieder erfolgt nicht in einem Ausschreibungsverfahren unter Festlegung entsprechender Qualifikationsmerkmale, anders als etwa bei der Besetzung der Disziplinarcommissionen ist kein Vorschlagsrecht der Dienstnehmerseite vorgesehen. Der Abstimmungsmodus läßt ein Überstimmen der richterlichen Mitglieder zu. Die Bestreitung des

Sach- und Personalaufwandes erfolgt durch jene Dienststelle, der bei Vollziehung des BDG maßgebliche Kompetenzen zukommen (§ 41 a Abs 3, § 41 e), Berichterstatter ist jenes Senatsmitglied, das dem Ressort des Berufungswerbers angehört und damit auch der Dienstbehörde, deren Bescheid angefochten wird, nahesteht (§ 41 c Abs 2).

zu Punkt 17. §§ 45 a und 45 b :

Wie dem Entwurf der Erläuterungen entnommen werden kann, baut das **Mitarbeitergespräch** nicht auf gegebene Verwaltungsstrukturen, sondern informelle, "organisatorisch nicht ausgewiesene" Arbeitsgruppierungen auf. Da aber die Durchführung der Mitarbeitergespräche letztlich verpflichtend vorgesehen ist ("hat einmal jährlich . . . . zu führen"), erscheint der persönliche Anwendungsbereich des § 45 a nicht ausreichend determiniert. Überdies ist unklar, ob nur die in den Erläuterungen angeführten "Fachvorgesetzten, die für eine Leitungsspanne bis zu zehn Personen informell zuständig sind", Mitarbeitergespräche zu führen haben, oder auch die Fachvorgesetzten der Erstenannten mit diesen. Letzlich kann der Gesetzeswortlaut bei weiter Auslegung auch dienststellenübergreifende Mitarbeitergespräche erfordern. Nähere Klarstellungen des persönlichen Anwendungsbereiches dieser Bestimmung sind somit geboten.

Praktisch erscheint jedenfalls der erste Teil des Mitarbeitergespräches in der vorgesehenen Form nur dort durchführbar, wo die Organisationseinheit zum Großteil ihrer Art, ihres Umfangs und ihrer Menge nach vorhersehbare Aufgaben zu bewältigen hat und wo der meßbare Erfolg dieser Aufgabenbewältigung in erster Linie eigenbestimmt ist. Ist dies nicht der Fall, ist bereits die Erstellung von Arbeitszielen und die Vereinbarung von Aufgaben zur Erreichung dieser Arbeitsziele unmöglich, bzw kann sich nur auf untergeordnete und für die Bewältigung der zentralen Aufgaben nebensächliche Bereiche beziehen.

*Soll beispielsweise bei der Finanzprokurator mit einem Prokuratorsanwalt vereinbart werden, daß er fünf im nächsten Jahr anfallende Prozesse für die Mandantschaft erfolgreich zu führen oder fünf zutreffende Rechtsgutachten zu erstatten habe, wenn weder Umfang, Schwierigkeitsgrad noch Erfolgsaussichten in Zukunft anfallender Gerichtsverfahren abzuschätzen, noch die Rechtsprechung der Gerichte mit ausreichender Sicherheit vorherzusagen ist und wenn sich die Richtigkeit von Rechtsgutachten erst in späterer Zukunft erweist ?*

Im Rahmen des Mitarbeitergespräches "sind zumindest zwei, höchstens jedoch fünf Aufgaben des Mitarbeiters zu vereinbaren". "Vereinbarung" ist ein Synonym für "Vertrag", somit ein Begriff mit jedenfalls zivilrechtlich festumrissenem Inhalt. Damit ist jedenfalls die Qualifikation dieser "Aufgabenzuteilung" als Weisung ausgeschlossen. Es ist vielmehr in jedem Fall eine Willensübereinstimmung und damit die Zustimmung des Beamten erforderlich. Ist diese nicht erzielbar, können die vorgesehenen Vereinbarungen nicht zustande gebracht werden. Die für den Fall einer Nichteinigung in Abs 4 vorgesehene

Rechtsfolge ("Entscheidung" durch den nächsthöheren Vorgesetzten) läßt nicht klar erkennen, ob nunmehr die Ebene einer Vereinbarung von Aufgaben verlassen wird und mit Dienstanweisungen vorzugehen ist. Auch ist nicht ersichtlich, ob und inwieweit derartige "Vereinbarungen" den Regelungen des bürgerlichen Rechtes über Verträge, deren analoge Anwendbarkeit auch für den Bereich des öffentlichen Rechtes nicht ausgeschlossen ist, unterliegen oder nicht unterliegen sollen (z.B. Anfechtbarkeit wegen Irrtums und dgl mehr; vgl dazu VwGH SlgNF Nr. 8860/A).

Die im "Arbeitsplatz" zusammengefaßten Tätigkeiten werden bereits durch den dienstrechtlichen Übertragungsakt zur persönlichen Leistungsverpflichtung des Beamten. Dienstbehördliche Maßnahmen, die die Verwendung ändern, sind nach der derzeit gegebenen (vgl § 36 Abs 3 und 4, §§ 37 bis 40 BDG) und auch nach der künftigen Rechtslage an bestimmte dienstrechtliche Voraussetzungen gebunden. Bei der "Vereinbarung von Aufgaben" (was darunter inhaltlich zu verstehen sein könnte, kann auch den Erläuterungen nicht entnommen werden) kann es sich somit nur entweder um eine (nochmalige und daher entbehrliche) Festschreibung handeln, daß der Beamte oder Vertragsbedienstete Tätigkeiten, die ohnehin zu seinem Arbeitsplatz gehören, zu erfüllen hat, oder aber es soll sich um eine Übertragung von Agenden handeln, die weder durch die Dienstbehörde ("informeller Fachvorgesetzter") erfolgen muß, noch zu den Aufgaben des Arbeitsplatzes gehört. Der Gesetzestext schließt beispielsweise keinesfalls aus, daß der Abteilungsleiter einer Zentralstelle mit einer Schreibkraft "vereinbart", daß diese/r in Zukunft Bescheide textiert !

Da diese Vereinbarungen keine Weisungen darstellen, ist auch die in § 1 Abs 1 Z 9 Dienstrechtsverfahrensverordnung zur Verbesserung des Rechtsschutzes der Dienstnehmer des Bundes eingeführte Überprüfung ausgeschlossen, ob die Erfüllung dieser Aufgaben zu den Dienstplichten gehört. Ob diese Dienstplichtenfeststellung an sich "eine ganz allgemeine Handhabe gegen gesetzwidrige Weisungen" bietet (Novak, Grenzen und Möglichkeiten des Legalitätsprinzips, ÖAV 1970, 1) oder was sonst Gegenstand einer Dienstplichtenfeststellung ist, ist zwar in der Literatur nach wie vor umstritten (vgl dazu die Auflistung bei Davy, ZfV 1991, 560), doch wird überwiegend die nachprüfende Kontrolle von Weisungen darunter verstanden. Die "Vereinbarung" von Aufgaben wird sicherlich nicht darunter fallen, da der Dienstauftrag - anders als der zivilrechtliche Auftrag - gerade Willensübereinstimmung nicht voraussetzt.

Es muß aber auch bezweifelt werden, ob die in § 45 a des Entwurfes offenbar vorgesehene Willensübereinstimmung ein ausreichendes Korrektiv für den Entfall der in § 1 Abs 1 Z 9 Dienstrechtsverfahrensverordnung vorgesehenen Dienstplichtenfeststellung darstellt. Das gesamte Individualarbeitsrecht steht Vereinbarungen zwischen Dienstgebern und Dienstnehmern im Arbeitsverhältnis mit Vorbehalt gegenüber, wenn die kollektive Vertretung des Dienstnehmers ausgeschaltet wird, da zu berücksichtigen ist, daß derartige Vereinbarungen selten völlig frei geschlossen werden, vielmehr ein gewisser "Druck" von



Seiten des Dienstgebers befürchtet wird. Eine Mitwirkung der Personalvertretung wird aber durch die konkrete Ausgestaltung des vorgesehenen Mitarbeitergespräches geradezu ausgeschlossen.

Es muß auch in Frage gestellt werden, ob die im Entwurf der Erläuterungen angeführte "Abkoppelung des Mitarbeitergespräches von der Leistungsfeststellung" - die im Gesetzestext selbst keinen Niederschlag findet - in der Praxis durchführbar ist. Ein inhaltlicher Unterschied zwischen "Nichtaufweisen des zu erwartenden Arbeitserfolges" (§ 81 Abs 1 Z 3) und "Nichterfüllen der vereinbarten Aufgaben" (§ 45 a Abs 2 Z 1 b) kann denklogischerweise nur dann bestehen, wenn die vereinbarten Aufgaben nicht zum "zu erwartenden Arbeitserfolg" zählen, was wohl nicht Ziel und Zweck des Mitarbeitergespräches sein kann. Nach dem Wortlaut der vorgesehenen Regelung müßte daher jede Feststellung des Vorgesetzten, daß die vereinbarten Aufgaben nicht erfüllt wurden, diesen bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen zu einer Berichterstattung gemäß § 84 veranlassen, dies insbesondere dann, wenn eine "Entscheidung" des nächsthöheren Vorgesetzten vorliegt. Damit mündet aber das Mitarbeitergespräch direkt in ein Leistungsbeschreibungungsverfahren, es entstünde ein offensichtlicher Widerspruch zwischen § 87 Abs 1 (Erhebungspflicht der Dienstbehörde) und § 45 a Abs 5 (Verbot der Weitergabe der Niederschriften).

Was die in § 45 b vorgesehene **Teamarbeitsbesprechung** betrifft, muß darauf hingewiesen werden, daß die Regelung des Abs 3 große Bedeutung in Amtshaftungsverfahren (Direkt- und Regreßansprüche), aber auch in Regreßverfahren nach OrgHG und DHG gewinnen könnte. Werden notwendige oder zweckmäßige Maßnahmen trotz schriftlicher Bekanntgabe nicht durchgeführt und resultiert aus dieser Nichtdurchführung ein Schade für einen Dritten, so wird die Annahme eines Organisationsverschuldens nur schwer zu entkräften und jedenfalls eine Regreßnahme beim direkt schadensverursachenden Organ ausgeschlossen sein.

zu Punkt 19. und 22. §§ 82 Abs 2 und 87 Abs 6 :

Vgl. die Ausführungen zu Punkt 8. (§ 22).

zu Punkt 23. § 137 :

Gemäß § 137 Abs 2, aber auch Abs 5 obliegen **Arbeitsplatzbewertung und Zuordnung der Arbeitsplätze zu Verwendungsgruppen, bzw Grundlaufbahn oder Funktionsgruppen dem Bundeskanzler im Einvernehmen mit dem zuständigen Bundesminister**. Diese Form der Mitwirkung ist bei Verordnungen durchaus anerkannt (vgl Art 55 B-VG), wobei aber in Lehre und Judikatur nach wie vor strittig ist, was inhaltlich darunter

zu verstehen ist. Der Verfassungsgerichtshof versteht darunter überwiegend "Zustimmung" (vgl dazu Aichleiter, Österreichisches Verwaltungsrecht, Bd I, 392).

Wie dem Entwurf der Erläuterungen entnommen werden kann, ist aber primär nicht beabsichtigt, diese Zuordnung von Planstellen im Wege der Erlassung von Verordnungen durchzuführen. Aus der Vermeidung der Bezeichnung "Verordnung" kann allerdings nicht gefolgert werden, daß die Bewertung und Zuordnung gerade nicht als solche zu betrachten sind. Verordnungen sind per definitione hoheitliche, außenwirksame Allgemeinregelungen ("von Verwaltungsbehörden erlassene, generelle Rechtsnormen" - Adamovich-Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup>, 245; vgl die Vielzahl von Begriffselementen bei Aichleiter, a.a.O., Bd I, 29 ff). Die Bezeichnung eines bestimmten Verwaltungsaktes als Verordnung ist keine Gültigkeitsvoraussetzung. Verordnungen treten unter einer Reihe von verschiedenen Bezeichnungen auf (z.B. "... Erlaß, Verlautbarung, Rundschreiben, Anordnung, Bekanntmachung, Gutachten [vgl VfSlg 4394/1963], Verfügung, Plan ..., EntschlieÙung, Satzung, Richtlinie, Programm": Aichleiter aaO, 154 FN 12).

Soll die vorgesehene Bewertung und Zuordnung von Arbeitsplätzen nicht in Form von Verordnungen erfolgen, so muß im Hinblick auf das verfassungsrechtlich festgelegte Legalitätsprinzip dann allerdings die Frage gestellt werden, in welcher Rechtsform des Verwaltungshandelns diese Bewertung und Zuordnung von Arbeitsplätzen erfolgt. Da die Rechtsform des Bescheides und die an sich ebenfalls von der Verfassung institutionell garantierte Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt hier nicht in Betracht kommen, könnte es sich nur um generelle Weisungen (zur Regelung von internen Rechtsverhältnissen der Verwaltung) handeln.

Zur geltenden Rechtslage hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, daß dem öffentlich-rechtlichen Bediensteten ein subjektives, aus dem Beamtenverhältnis erwachsendes Recht auf Verleihung einer Planstelle oder auf Überstellung in eine höhere Verwendungsgruppe nicht zukommt (VwGH 10.1.1979, SlgNF 9734/A mwN) und daß auch aus Beförderungsrichtlinien ein Anspruch auf Beförderung nicht abgeleitet werden kann, da sie keine allgemein verbindlichen Normen sind (VwGH 24.2.1983, ZfVB 1983/2024, mwN). Auch der Verfassungsgerichtshof nimmt zwar grundsätzlich diese Rechtsposition ein (vgl etwa VfSlg 6.806; 7.843; 8.558), erklärt aber etwa im Erk VfSlg 12.102 für die Beurteilung, wann und inwieweit im einzelnen Fall die Beteiligung an einer Sache vermöge eines Rechtsanspruches oder eines rechtlichen Interesses iSd § 8 AVG 1950 - und damit Parteistellung - gegeben sei, die anzuwendenden Vorschriften des materiellen Verwaltungsrechtes für maßgebend ("Es kann der Grundsatz, daß Bewerbern im dienstrechtlichen Ernennungsverfahren Parteistellung fehlt, nur in jenen Fällen gelten, in denen die Auslegung der für die Ernennung maßgeblichen Vorschriften nicht zum Ergebnis führt, daß im Ernennungsverfahren subjektive Rechte der Bewerber unmittelbar berührt

werden"). Im Anlaßfall hat der Verfassungsgerichtshof den in einen Besetzungsvorschlag aufgenommenen Bewerbern Parteistellung im dienstrechtlichen Verfahren zugebilligt.

Durch die nunmehr vorgesehenen Regelungen, insbesondere durch die Einräumung eines Optionsrechtes für Beamte des Dienststandes (§ 253 des Entwurfes) erfährt die Rechtslage, auf deren Grundlage die vorzitierten Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes ergangen sind, ohne Zweifel eine gewichtige Änderung. Im Zusammenhang mit diesem Optionsrecht muß davon ausgegangen werden, daß die Bewertung und Zuordnung von Arbeitsplätzen **unmittelbar die dienst- und besoldungsrechtliche Stellung von Amtswaltern im öffentlichen Dienst regelt**. Dies gilt zufolge der vorgesehenen Regelung des § 253 jedenfalls für Beamte des Dienststandes.

Die Überleitung des Beamten des Dienststandes in den Allgemeinen Verwaltungsdienst soll mit dessen schriftlicher Erklärung von Gesetzes wegen wirksam werden. Es handelt sich somit um ein durch Gesetz eingeräumtes **subjektives öffentliches Recht** in Form eines Gestaltungsrecht (der Entwurf der Erläuterungen verwendet mehrfach den Rechtsbegriff "Option"), mit dem durch einseitige Erklärung ein inhaltlich vorausbestimmtes Rechtsverhältnis wirksam wird. Wie sich aber aus dem Gesetz (und auch aus dem Entwurf der Erläuterungen) eindeutig ergibt, optiert der Beamte nicht etwa für den Allgemeinen Verwaltungsdienst schlechthin, sondern für "eine der Verwendungsgruppen A 1 bis A 7 (§ 253 Abs 1), bzw auf "eine Planstelle jener Verwendungsgruppe des Allgemeinen Verwaltungsdienstes, die seiner Verwendung entspricht" (somit sogar für eine konkrete Planstelle in einer bestimmten Funktionsgruppe). Dem Wesen eines Gestaltungsrechtes (einer Option) entsprechend, muß somit eindeutig festgelegt und und auch klar erkennbar sein, welches Rechtsverhältnis mit welcher konkreten inhaltlichen Ausgestaltung durch Abgabe der Erklärung rechtswirksam wird. Diese inhaltliche Vorausbestimmung erfolgt allerdings nach dem Entwurf nicht durch das Gesetz selbst, sondern durch das in § 137 Abs 2 vorgesehene Verwaltungshandeln. Dieses - und nicht das Gesetz - konkretisiert somit den Inhalt des durch Erklärung des Beamten wirksam werdenden Rechtsverhältnisses und gestaltet damit die künftigen dienstrechtlichen Beziehungen. Die Gestaltung dienstrechtlicher Beziehungen kann aber nicht durch (generelle) Weisung, sondern nur durch Gesetz, Verordnung oder Bescheid (bzw durch privatrechtliches Rechtsgeschäft) erfolgen (Adamovich - Funk, Österr. Verfassungsrecht<sup>3</sup>, 258).

Die in § 137 Abs 2 und Abs 5 vorgesehenen Bewertungen und Zuordnungen von Arbeitsplätzen können aus diesem Grund nicht als bloß intern wirksame Weisungen qualifiziert werden, sie richten sich vielmehr an Rechtsunterworfene, gestalten das dienstrechtliche Verhältnis der Angewiesenen und berühren damit deren subjektive Rechte (Walter - Mayer, Grundriß des österr Bundesverfassungsrechtes<sup>7</sup>, Rz 614). Sie müßten daher - wie übrigens auch im Entwurf der Erläuterungen als Alternative dargestellt und in

§ 35 Abs 8 GG sogar ausdrücklich vorgesehen - **durch Erlassung von (Rechts)Verordnungen erfolgen.**

Es muß auch darauf hingewiesen werden, daß der VfGH in ständiger Rechtsprechung (vgl VfSlg 5598/1967, 8649/1979, 8807/1980, zuletzt 15.6.1991, V 603,604/91, JBl 1992, 104) im Interesse der Rechtssicherheit auch generelle Weisungen als nicht gehörig kundgemachte Rechtsverordnungen behandelt, wenn sie materielle Regelungen über subjektive Rechte und Pflichten enthalten (Adamovich - Funk, a.a.O., 256). Für diese somit dem VfGH im Wege der Verwaltungsprüfung zukommende Kontrolle, ob die Bewertung und Zuordnung konkreter Arbeitsplätze den im Gesetz selbst vorgegebenen Kriterien entspricht, ist nach Auffassung der Prokuratur auch die vorgesehene Verfassungsbestimmung des § 38 Abs 4 GG nicht von Bedeutung. Durch diese Verfassungsbestimmung wird sichergestellt, daß auch eine Arbeitsleistung, die nach den Kriterien des § 137 Abs 3 an sich Anspruch auf eine der in § 38 Abs 4 GG angeführten Zulagen auslösen würde, tatsächlich nur dann anspruchsbegründend ist, wenn der Arbeitsplatz, auf dem sie erbracht ist, bereits zugeordnet und bewertet ist. Es kann aus dieser Bestimmung aber wohl nicht abgeleitet werden, daß die gemäß § 137 Abs 2 vorgenommenen Bewertungen und Zuordnungen den in § 137 Abs 3 angeführten Kriterien nicht entsprechen müßten (vgl dazu die Stellungnahme zu § 38 Abs 4 GG).

Auch unter Außerachtlassung der vorstehend zur Debatte gestellten Frage, wie die Arbeitsplatzbewertung und -zuordnung zu qualifizieren ist (in welcher Form des Verwaltungshandelns diese richtigerweise erfolgen muß), stellt sich die Frage, ob § 137 Abs 3 des Entwurfes dem Gebot der Bestimmtheit von Gesetzen (Art 18 B-VG) genügt.

Grundanforderung an ein Gesetz ist, daß es inhaltlich soweit determiniert ist, daß Verwaltungsakte nachvollziehbar sind. Verordnungen sind jedenfalls gemäß Art 18 Abs 2 B-VG nur "auf Grund der Gesetze" zu erlassen; eine Verordnung darf bloß präzisieren, was in wesentlichen Konturen bereits im Gesetz selbst vorgezeichnet wurde (Ringhofer, Die österreichische Bundesverfassung 82). Die Grenze zwischen einer ausreichenden materiellen Bestimmtheit des Gesetzes und einer **formalgesetzlichen** Delegation ist nicht immer leicht bestimmbar. Entscheidungskriterium ist stets die Frage, ob die im Verordnungsweg getroffene (Durchführungs)Regelung auf ihre inhaltliche Gesetzmäßigkeit überprüft werden kann. Dabei sind zur Ermittlung des Inhaltes des Gesetzes zwar alle zur Verfügung stehenden Auslegungsmöglichkeiten auszuschöpfen, läßt sich dann aber immer noch nicht beurteilen, was im konkreten Fall rechtens ist, verletzt die Norm die in Art 18 B-VG statuierten rechtsstaatlichen Erfordernisse (vgl VfSlg 8.395; 10.296; 12.118 uvm). Es müssen nicht nur die Befugnisse der Behörde im einzelnen im Gesetz festgelegt werden, sondern auch die Mittel zur Handhabung dieser Befugnisse, die Festlegung der Zuständigkeit allein genügt nicht (VfSlg 2740).

Diesen Anforderungen entspricht aber die vorgesehene Regelung offensichtlich nicht, zumal es sich schon bei den Bewertungskriterien weitgehend um inhaltlich nicht

determinierte Begriffe handelt (wie sind etwa "Tiefe und Breite" der "erworbenen Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten" abzustufen, in welchen Fällen sind "Aufgabengebiete begrenzt oder komplex", nach welchen Abstufungen ist "Kontakt- und Kommunikationsfähigkeit" zu berücksichtigen usw). Auch wenn die Abstufung innerhalb der Bewertungskriterien und damit die Differenzierung der Stellen nach einem objektiven und praxisbewährten Katalog erfolgt, kann dieser weder dem Gesetz noch den Erläuterungen entnommen werden. Dieser Katalog ist weder transparent, noch kommt ihm - mangels rechtsförmlicher Kundmachung - die erforderliche Bestandsgarantie zu. Da die vorgesehene Bewertung allein auf Grund des Gesetzes unmöglich bewerkstelligt werden kann, ist dieses nicht ausreichend determiniert.

Noch problematischer erscheint die Zuordnung der bewerteten Stellen zu Verwendungsgruppen, Grundlaufbahn und Funktionsgruppen. Diese Zuordnung setzt eine Umsetzung der differenzierten Bewertungsergebnisse in ein Punktesystem (unter Anwendung von Berechnungsfaktoren) voraus, ferner ist es erforderlich, den Verwendungs- und Funktionsgruppen eine Bandbreite von Punkten zuzuordnen. Weder diese Umrechnungskriterien, noch die Zuordnung der Ergebnisse der Umrechnung zu einzelnen Verwendungs- und Funktionsgruppen sind im Gesetz festgelegt. Die Anführung einzelner Richtverwendungen kann diese mangelnde Determinierung schon deshalb nicht beheben, da auch nicht ersichtlich ist, welche Abstufung der Bewertungskriterien konkret zur Einordnung einer bestimmten Richtverwendung in die vorgesehene Funktionsgruppe führt.

Ein weiteres Problem des Reformvorhabens resultiert daraus, daß - in Bezug auf die Beamten des Dienststandes - durch die in § 137 Abs 2 vorgesehene Bewertung und Zuordnung nicht neue Arbeitsplätze geschaffen und durch Bescheid verliehen, sondern daß bereits bestehende Arbeitsplätze neu bewertet werden. Dadurch wird in bestehende Rechtspositionen eingegriffen, woran auch durch die Einräumung eines Gestaltungsrechtes nichts geändert wird. Aus diesem Grund muß wohl hinsichtlich jener Beamtendienstverhältnisse, die bei Inkrafttreten des Reformvorhabens bereits begründet sind, auch der Schutz wohlerworbener Rechte durch die österreichische Verfassungsordnung bedacht werden.

Im Falle einer "verschlechternden Zuordnung" des Arbeitsplatzes eines bereits im Dienststande befindlichen Beamten läge wohl eine "unechte rückwirkende" gesetzliche Regelung vor, die auf eine gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Rechtsbeziehung für die Zukunft einwirkt. Der Verfassungsgerichtshof war mit dieser im Spannungsverhältnis von Vertrauensschutz und gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit angesiedelten Problematik zwar bereits des öfteren befaßt, hat aber "bisher dem einfachen Gesetzgeber keine mit Nachdruck betonten Grenzen dafür gesetzt, in erworbene Rechtspositionen einzugreifen" (Runggaldier - Steindl [Hrsg] Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung [1987] 117, 139). Es entspricht vielmehr ständiger Judikatur des Verfassungsgerichts-

hofes, daß es keine Bestimmung der Bundesverfassung gäbe, die dem einfachen Gesetzgeber derartige Eingriffe verwehren würde (VfSlg 3665; 3768; 3836; 7423; 8195), wobei aber immer der Gleichheitsgrundsatz als Eingriffsschranke hervorgehoben wird. Allerdings ist dem Verfassungsgerichtshof der Grundsatz von Treu und Glauben als Instrument des Vertrauensschutzes gegenüber überraschendem Vollzugsverhalten nicht fremd und steht auch dort immer im engsten Konnex zum gleichheitsrechtlichen Willkürverbot (vgl etwa VfSlg 6258; 8606; 8725).

Es muß deshalb zur Debatte gestellt werden, ob eine derartige Minderung wohlerworbener Rechte durch eine "verschlechternde Zuordnung" im Hinblick auf die nicht ausreichende Determinierung der Bewertungs- und Zuordnungskriterien in einem allfälligen Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof in erforderlichem Maße sachlich begründet werden kann. Diese Bedenken gelten im besonderen Maße auch für die vorgesehene Regelung des § 137 Abs 5.

zu Punkt 23. § 139 :

Während für den Allgemeinen Verwaltungsdienst der Entfall der bisherigen **Amtstitel** vorgesehen ist, werden diese durch § 230 BDG für die Beamten der Post- und Telegraphenverwaltung beibehalten, obwohl die im Entwurf der Erläuterungen für den Entfall gegebene - und auch inhaltlich nicht überzeugende - Begründung für beide Fälle zutrifft. Eine sachliche Begründung für diese aus gleichheitsrechtlicher Sicht bedenkliche Differenzierung ist nicht ersichtlich.

Aus § 35 Abs 8 GG folgt, daß für Stellvertreter mit ständig mit dieser Funktion verbundenen Aufgaben eine Zuordnung dieses Arbeitsplatzes zu einer bestimmten Funktionsgruppe vorgesehen ist. Folgerichtig müßte daher für derartige Funktionen auch eine eigene Verwendungsbezeichnung vorgesehen werden.

zu Punkt 25. § 140 :

Gegen die vorgesehene Regelung der zeitlich begrenzten Funktion müssen in ihrer Gesamtheit Bedenken geltend gemacht werden, da Regelungen (Vereinbarungen) mit vergleichbarem Inhalt bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen in mehrfacher Hinsicht gesetzwidrig wären :

Abgesehen vom Sonderfall des "freien Dienstvertrages" - dessen Anwendungsfall hier ohne jeden Zweifel nicht gegeben ist - führt das Aneinanderreihen von befristeten Dienstverhältnissen bei einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis zur Annahme eines Kettendienstvertrages, welcher wie ein einheitlicher Dienstvertrag auf unbestimmte Zeit behandelt wird (vgl dazu Krejci in Rummel, ABGB I<sup>2</sup>, Rz 83 zu §§ 1158 bis 1159 c).

Die in Abs 5 vorgesehene Überleitung nach Ablauf der befristeten Ernennung wäre im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis als verschlechternde Versetzung zu

qualifizieren. Da auch "hohe Leitungsfunktionen" im Allgemeinen Verwaltungsdienst zweifellos nicht den in § 36 Abs 2 ArbVG angeführten Vertretungsorganen einer juristischen Person, und jedenfalls nicht alle Leitungsfunktionen den dort genannten leitenden Angestellten gleichgestellt werden können (vgl dazu etwa ZRS 1977, 161; Arb 10.130; WBI 1992, 366), wären vergleichbare Dienstnehmer in der Privatwirtschaft als "Arbeitnehmer im Sinne des II. Teiles" des ArbVG anzusehen. Dies bedeutet, daß bei einer verschlechternden Versetzung eines vergleichbaren Dienstnehmers in der Privatwirtschaft die Zustimmung des Betriebsrates erforderlich wäre (bzw die Überprüfung der sachlichen Rechtfertigung durch das Gericht). Die allein eingeräumte Möglichkeit der Befassung der Weiterbestellungs-kommission kann zweifellos nicht als gleichwertiger Rechtsschutz qualifiziert werden. Auch eine Verschlechterung der Entgeltsituation durch eine Versetzung ist dem privaten Dienstgeber ohne Einschaltung des Betriebsrates verwehrt (vgl beispielsweise OGH 29.6.1988, 9 Ob A 49/88, DRdA 1991/5).

Es ist somit gerade bei den zeitlich begrenzten Funktionen eine doch ins Gewicht fallende Verschlechterung gegenüber vergleichbaren Bediensteten außerhalb des öffentlichen Dienstes vorgesehen, die in gleichheitsrechtlicher Sicht bedenklich sein könnte, zumal der außerhalb des öffentlichen Dienstes bei Minderung des Bestandschutzes regelmäßige gegebene gehaltsmäßige Ausgleich hier nicht gegeben ist. Zwar judiziert der Verfassungsgerichtshof (besonders im Steuerrecht), daß unterschiedliche Regelungen verschiedener Rechtsinstitute in gleichheitsrechtlicher Hinsicht nur innerhalb des jeweiligen Institutes zu prüfen seien (VfSlg 5727; 8938), was auch für den Vergleich der verschiedene Berufsgruppen betreffende Regelungen gilt. Immerhin hat aber der Verfassungsgerichtshof bereits die unterschiedliche Regelung der Überstunden- und Mehrleistungvergütung für Lehrer und Beamte der allgemeinen Verwaltung offenbar als ein und demselben Rechtsinstitut zugehörig betrachtet (Slg 8976). Der vorgesehene Abbau der bisher die öffentlich Bediensteten gegenüber anderen Dienstnehmer begünstigenden Regelungen (insbesondere im Zusammenhang mit dem Bestandsschutz) könnte daher den Verfassungsgerichtshof durchaus veranlassen, die Vergleichsbasis auf Dienstnehmer außerhalb des öffentlichen Dienstes auszudehnen.

zu Punkt 25. § 140 Abs 1 :

Nach dem Entwurf der Erläuterungen sollen hohe Leitungsfunktionen in Zukunft "nur mehr auf fünf Jahre befristet" vergeben werden. Demgegenüber spricht zwar der Gesetzestext (§ 140 Abs 1) von einer befristeten Ernennung "für einen fünf Jahre nicht übersteigenden Zeitraum", während es in § 253 Abs 3 wieder heißt "für einem Zeitraum von fünf Jahren". Eine Klarstellung ist somit erforderlich.

zu Punkt 25. § 140 Abs 4 und 5 :

Im Falle der Nichtweiterbestellung nach Ausübung einer zeitlich befristeten Funktion ist die Ernennung in jene Verwendungs- und Funktionsgruppe vorgesehen, "die der Beamte unmittelbar vor seiner bisherigen Verwendung erfolgreich ausgeübt hat", oder aber die Ernennung in die Funktionsgruppe 4 der Verwendungsgruppe A 1.

Mit dieser Bestimmung wird eine neue Bewertungskategorie, nämlich die "erfolgreiche Ausübung einer Verwendung" eingeführt, ohne daß ersichtlich wäre, welche Sachverhalte diesen Tatbestand erfüllen. Da im Zweifel wohl davon auszugehen ist, daß Planstellen der Funktionsgruppen 6 bis 9 nur mit Beamten besetzt werden, die eine Leistungsfeststellung gemäß § 81 Abs 1 Z 1 aufweisen und daher "erfolgreich" sind, hat dieses Erfordernis der "erfolgreichen Ausübung" entweder keinen normativen Gehalt, oder es bedeutet eine neue, nicht näher normierte Kategorie der Leistungsbeschreibung.

Zur sprachlichen Klarstellung sollte der Ausdruck "vor seiner bisherigen Verwendung" durch "vor Ausübung der zeitlich begrenzten Funktion" ersetzt werden (die "bisherige" Verwendung ist bereits jene vor der zeitlich begrenzten Funktion, die "vor der bisherigen" Verwendung liegende ist somit eine zeitlich noch frühere Verwendung).

Da Abs 5 eine Überleitung kraft Gesetzes vorsieht (mindestens Funktionsgruppe 4 der Verwendungsgruppe A 1) kann wohl kaum erwartet werden, daß der nicht wiederbestellte Funktionsträger seine Zustimmung zur Ernennung in eine niedrigere Verwendung gibt. Die Regelung des Abs 5 steht im Widerspruch zu § 230 a Abs 4 BDG, der unverändert bleibt und eine Überleitung in die höchste unbefristete Funktionsgruppe vorsieht. Eine sachliche Begründung für diese offensichtliche Ungleichbehandlung ist nicht ersichtlich.

Es sei auch darauf hingewiesen, daß nach dem Vorblatt des Entwurfes der Erläuterungen offen bleibt, ob zu den auf Zeit zu bestellenden Spitzenfunktionären auch die "Leiter besonders wichtiger Abteilungen bedeutender nachgeordneter Dienststellen" oder nur die "Leiter bedeutender nachgeordneter Dienststellen" zählen. Die Erläuterungen zu § 140 (Besonderer Teil) sind in diesem Punkt jedenfalls unvollständig.

zu Punkt 44. § 253 :

Im Entwurf der Erläuterungen wird für die in § 253 Abs 1 vorgesehene schriftliche Erklärung des Beamten, die von Gesetzes wegen die Überleitung in das neue Schema bewirken soll, zutreffend die Bezeichnung "Option" verwendet. Durchaus vergleichbar dieser Rechtsfigur des bürgerlichen Rechtes (vgl E.Nrn 50 bis 60 zu § 861 in Dittrich - Tades, MGA des ABGB<sup>33</sup>; Koziol - Welser, Bürgerliches Recht I<sup>8</sup>, 112) wird durch die vorgesehene Regelung dem Beamten ein Gestaltungsrecht eingeräumt, durch seine



einseitige Erklärung ein Rechtsverhältnis wirksam werden zu lassen. Unabdingbare Voraussetzung ist allerdings, daß der Inhalt dieses Rechtsverhältnisses vorausbestimmt, bekannt und daher auch vom Willen des Inhabers des Gestaltungsrechtes umfaßt sein kann. Diese Grundvoraussetzung wäre nur dann erfüllt, wenn der Anbietende verbindlich festlegt, welches Rechtsverhältnis durch die Erklärung rechtswirksam werden soll. Diese Festlegung kann nur durch das Gesetz selbst, durch Verordnung oder allenfalls durch Bescheid erfolgen.

Insbesondere durch die vorgesehene Regelung des Abs 7 ist diese verbindliche Festlegung des Inhaltes des zu gestaltenden Rechtsverhältnisses nicht gewährleistet. Zufolge dieser Regelung ist der Fall, daß der Wille des Optierenden auf eine andere Verwendung gerichtet ist, als ihm nach den gemäß § 137 Abs 2 vorgenommenen Bewertungen und Zuordnungen von Arbeitsplätzen dann tatsächlich zukommt, durchaus denkbar. In diesem Fall kann der Option die in § 253 Abs 1 vorgesehene Rechtsfolge nicht zukommen, sie wäre rechtsunwirksam (Dissens), bzw auch gegebenenfalls wegen Irrtums anfechtbar (VwGH SlgNF Nr. 8860/A).

zu Punkt 51. Anlage 1 Z 1 bis 11 :

Gemäß § 137 Abs 2 sind die Arbeitsplätze auf Grund einer Bewertung "und unter Bedachtnahme auf die Richtverwendungen" zuzuordnen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, daß das Ergebnis der Bewertung eines Arbeitsplatzes nach den in § 137 Abs 3 angeführten Kriterien mit dem in Anlage 1 angeführten Katalog von Richtverwendungen nicht in Einklang zu bringen ist. Zu diesem Ergebnis dürften auch bisher durchgeführte Bewertungen geführt haben, wird doch im Entwurf der Erläuterungen ausdrücklich ausgesagt, daß "ein Quervergleich von Stellen der gleichen hierarchischen Ebene zu stark unterschiedlichen Ergebnissen führen kann". Bei einer "Bedachtnahme auf Richtverwendungen" handelt es sich aber unvermeidlicherweise um einen derartigen "Quervergleich". Es kann aber weder dem Gesetzestext, noch dem Entwurf der Erläuterungen entnommen werden, nach welchen Grundsätzen die Bewertung in derartigen Fällen zu erfolgen hat (geht das Ergebnis der Bewertung nach den Kriterien des § 137 Abs 3 oder die Bedachtnahme auf Richtverwendungen vor ?).

zu Punkt 51. Anlage 1 Z 1.19 :

*Es ist vorgesehen, daß von dem in Punkt 1.17 der Anlage 1 für den Dienst bei der Finanzprokurator angeführten besonderen Ernennungserfordernissen Nachsicht erteilt werden kann. Der Finanzprokurator obliegt es ausschließlich, die Republik Österreich vor Gerichten zu vertreten, die nunmehr in zunehmenden Maße vorgesehene fakultative Vertretung ausgegliederter Rechtspersonen erfordert verstärkt ein auch von einer privaten Anwaltskanzlei abzuverlangendes Agieren. Dienst bei der Finanzprokurator ist somit Anwaltsdienst. Auch der Amtsleiter und sein Vertreter verrichten im Hinblick auf die ange-*

*spannte Personalsituation gerade in besonders qualifizierten Fällen laufend anwaltliche Tätigkeit. Unter Berücksichtigung dieser Gegebenheiten ist es untunlich, Funktionsposten in A 1 bei der Finanzprokurator mit Beamten zu besetzen, die etwa den für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes vorgeschriebenen akademischen Grad nicht aufweisen, oder aber die Rechtsanwaltsprüfung nicht abgelegt haben. Es sollte daher in Z 1.19 auch die Z 1.17 angeführt werden.*

**zu Artikel II - Änderung des Gehaltsgesetzes 1956**

**zu Punkt 9. § 12 b Abs 4 :**

Diese vorgesehene Regelung ist zweifellos der als vorrangiges Ziel der Besoldungsreform dargestellten Mobilität im Bundesdienst nicht förderlich.

**zu Punkt 11. § 30 Abs 1 und Abs 4 :**

Ab Funktionsgruppe 5 der Verwendungsgruppe A 1 und Funktionsgruppe 8 der Verwendungsgruppe A 2 werden durch die Funktionszulage auch alle Mehrleistungen des Beamten abgegolten, wobei die Hälfte dieser Funktionszulage als Abgeltung der zeitlichen Mehrleistungen gilt. Dies bedeutet, daß lediglich die Hälfte dieser Funktionszulagen die mit der Ausübung des höher bewerteten Arbeitsplatzes verbundenen Anforderungen im Sinne des § 137 Abs 3 BDG abgelten soll. Tatsächlich ist allerdings die Hälfte der Funktionszulage in den in § 30 Abs 4 angeführten Verwendungen nur in der 1. Funktionsstufe geringfügig höher, in der 2. Funktionsstufe etwa gleich hoch und in der 3. und 4. Funktionsstufe niedriger als die Funktionszulage in der jeweils niedrigeren Funktionsgruppe. Dieses Ergebnis kann keineswegs als "leistungsgerechte Abgeltung hervorgehobener und verantwortungsvollerer Tätigkeit" bezeichnet werden.

Dazu kommt, daß die zusätzliche Abgeltung zeitlicher Mehrleistungen bis Funktionsgruppe 4 (etwa in Form eines höheren Überstundenpauschales) in vielen Fällen dazu führen wird, daß der Beamte der Funktionsgruppe 4 höhere Zulagen bezieht, als der altersmäßig vergleichbare Beamte der Funktionsgruppe 5. Die durch die Reform angestrebte leistungsgerechte Abgeltung verantwortungsvollerer Tätigkeit wird in diesen Fällen nicht erreicht.

*Ein nach der derzeit gegebenen Personalstruktur für die Finanzprokurator typischer Vertreter eines Abteilungsleiters erhält in A/V/3 ein Überstundenpauschale von rund S 8.950,00, was zusammen mit der Funktionszulage einen Betrag von S 12.276,00*

*ergäbe. Dem stünde die Funktionszulage in Funktionsgruppe 5, Stufe 1 in Höhe von S 8.316,00 gegenüber.*

zu Punkt 11. § 30 Abs 5 und Abs 6 :

Im Gesetzestext wird auf Gründe für die Abberufung abgestellt, die "der Beamte zu vertreten, bzw nicht zu vertreten hat". Abweichend davon sprechen die Erläuterungen zu § 31 Abs 10 GG (der auf § 30 Abs 5 bis 10 verweist) von einer "verschuldeten oder unverschuldeten Abberufung". Da eine ganze Reihe von Gründen denkbar sind, die der Beamte zwar (weil in seiner Sphäre gelegen) zu vertreten, aber nicht verschuldet hat (etwa eine vorübergehende Leistungsminderung im Sinne des § 84 Abs 2 BDG), wäre - auch unter Berücksichtigung der gravierenden Rechtsfolgen - eine Klarstellung dringend geboten.

zu Punkt 11. § 30 Abs 7 :

Die in § 30 Abs 6 vorgesehene Ergänzungszulage erlischt u.a. dann bereits vor Ablauf von drei Jahren nach der Abberufung, "wenn der Beamte einer Aufforderung der Dienstbehörde, sich um eine bestimmte ausgeschriebene Funktion zu bewerben, nicht nachkommt". Lediglich dem Entwurf der Erläuterungen kann entnommen werden, daß es sich um eine "vergleichbare" Funktion handeln muß. Da aber der Wortlaut des Gesetzes in diesem Punkt völlig eindeutig ist ("eine bestimmte ausgeschriebene Funktion"), ist eine Auslegung des Gesetzestextes nicht erforderlich, womit nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen fraglich ist, ob überhaupt auf die Erläuterungen rekurriert werden kann. Die Absicht des Gesetzgebers sollte somit im Gesetzestext selbst eindeutig zum Ausdruck gebracht werden. Auch die Festlegung, daß es sich um eine "vergleichbaren" Funktion handeln muß, erscheint aber nicht ausreichend, da nicht ersichtlich ist, ob die ausgeschriebene Funktion derjenigen vergleichbar sein muß, aus der der Beamte abberufen wurde, oder derjenigen, der der Beamte nach der Abberufung angehört.

Dazu kommt, daß zwar bei einer Versetzung an einen anderen Dienstort nach § 38 Abs 3 BDG "die persönlichen, familiären und sozialen Verhältnisse des Beamten zu berücksichtigen sind", nicht aber bei der Aufforderung, "sich um eine bestimmte ausgeschriebene Funktion zu bewerben". Unterläßt also ein in Eisenstadt wohnhafter Beamter infolge Vorliegens der in § 39 Abs 3 BDG angeführten Gründe die Bewerbung um eine in Bregenz ausgeschriebene Funktion, soll er mit dem sofortigen Verlust der Ergänzungszulage bestraft werden, obwohl er nicht versetzt werden könnte.

zu Punkt 11. § 31 Abs 7 :

Das im Entwurf der Erläuterungen angeführte Beispiel (Wechsel von Funktionsgruppe A 1/5 in Funktionsgruppe A 1/6 ist nicht nachvollziehbar, da die Funktion A 1/5 nicht zeitlich begrenzt, der Absatz 7 des § 31 daher nicht anwendbar ist.

zu Punkt 11. § 31 Abs 10 :

Durch den 2. Satz wird der Verlust einer befristeten Funktion stets einer Abberufung, die der Beamte zu vertreten hat (so der Text des § 30 Abs 5), bzw die der Beamte verschuldet hat (so der Entwurf der Erläuterungen) gleich gesetzt, d.h. es gebührt auch dann keine Ergänzungszulage, wenn der Beamte den Verlust nicht zu vertreten (bzw nicht verschuldet) hätte. Da die Regelungen der §§ 30 Abs 6 und 32 Abs 7 für denselben Sachverhalt (Verlust der bzw Abberufung von der Funktion aus nicht zu vertretenden Gründen) den Anspruch auf eine Ergänzungszulage vorsehen, ist § 31 Abs 10 in verfassungsrechtlicher Hinsicht (Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes) bedenklich. Der im Entwurf der Erläuterungen unternommene Versuch, diese Ungleichbehandlung zu erklären, ist schon deshalb nicht überzeugend, da dabei der Verlust der befristeten Funktion gemäß § 31 Abs 10 mit der "verschuldeten Abberufung von einer Funktion (§ 30 Abs 5)" verglichen wird. Dieser Vergleich ist nicht aussagekräftig, da im Falle einer "verschuldeten" Abberufung oder eines "verschuldeten" Verlustes der Funktion in keinem Fall eine Ergänzungszulage gebührt. Zu vergleichen sind aber die Rechtsfolgen einer "nicht verschuldeten" bzw "nicht zu vertretenden" Abberufung oder Nichtweiterbestellung. Die angeführte Begründung ist aber auch deshalb nicht einsichtig, weil zufolge § 32 Abs 6 auch die dienstrechtlichen Folgen einer Nichtweiterbestellung eines Beamten mit Fixgehalt exakt geregelt sind, diesem aber sehr wohl eine Ergänzungszulage zuerkannt wird.

zu Punkt 11. § 35 Abs 3 :

Nach dem Gesetzeswortlaut gebührt dem Beamten, der auf einem Arbeitsplatz der Funktionsgruppe 6 oder 7 verwendet wird, die Funktionsabgeltung gemäß § 31 Abs 2 Z 1 (Funktionsstufe 1). Lediglich aus den Erläuterungen ist ersichtlich, daß auch der in § 31 Abs 4 vorgesehene prozentuelle Zuschlag Anwendung finden soll. Dies müßte im Gesetzestext klargestellt werden.

Der letzte Satz des Abs 6 wiederholt die Regelung des Abs 3 und sollte daher entfallen.

zu Punkt 11. § 35 Abs 8 :

Hier ist zutreffenderweise die Zuordnung von Arbeitsplätzen durch Zuordnungsverordnungen vorgesehen. Es sei allerdings darauf verwiesen, daß im Rahmen der Richt-

verwendungen keine einzige "Stellvertreter-Funktion" ausgewiesen ist, eine generelle Bindung dieser Stellvertreter-Funktionen an die Funktion des Vertretenen erscheint angebracht.

zu Punkt 11. **§ 36 Abs 2 :**

Die vorgesehene Regelung ist ohne Zuhilfenahme der Erläuterungen kaum verständlich. Jedenfalls ist aus dem Gesetzestext nicht ersichtlich, daß bei Vorliegen des geregelten Sachverhaltes eine Funktionsabgeltung nicht gebühren soll. Vielmehr bezieht sich Abs 2 ausdrücklich nur auf die Ermittlung der Höhe der Verwendungszulage gemäß Abs 1 (und läßt seinem Wortlaut nach § 35 unberührt).

zu Punkt 11. **§ 38 Abs 2 :**

Nach dem Wortlaut des 1. Satzes schließt jede der in den §§ 35 bis 37 vorgesehenen Zulagen jede andere dieser Zulagen aus. Dies ist allerdings wie sich aus dem Entwurf der Erläuterungen ergibt, nicht beabsichtigt. Eine Klarstellung im Gesetzestext ist daher erforderlich.

zu den Punkte 11. und 12. **§ 38 Abs 3 und 4 :**

Es ist (auch aus dem Entwurf der Erläuterungen) nicht ersichtlich, wie die Regelung des § 40 Abs 1 BDG mit der Regelung des § 38 Abs 3 GG in Einklang gebracht werden soll. Es ist vorhersehbar, daß in vielen Fällen für einen abberufenen Beamten ein zugeordneter Arbeitsplatz (insbesondere ein den Kriterien des § 140 Abs 4 und 5 BDG entsprechender Arbeitsplatz) in seiner Dienststelle nicht verfügbar ist.

Die im Entwurf der Erläuterungen zum Ausdruck gebrachten Bedenken, daß die vorgesehene Regelung des § 38 Abs 4 eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Grundrechtes auf Gleichbehandlung beeinhaltet, sind durchaus berechtigt. Die prinzipielle Anwendbarkeit der Grundrechte auf das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis wird in Österreich nahezu einhellig bejaht (Davy, Die Feststellung der Dienstpflichten, ZfV 1991, 560 ff). Ist durch die in mehreren Stufen durchzuführende Überprüfung der Einhaltung des Gleichbehandlungsgebotes festgestellt, "daß wesentlich Gleiches ungleich oder wesentlich Ungleiches gleich behandelt wird und damit eine Ungleichbehandlung im Rechtssinn vorliegt, so ist die Frage der sachlichen Rechtfertigung dieser differenzierenden (oder nicht differenzierenden) Behandlung zu stellen. Sachlich gerechtfertigt sind dabei nach der Judikatur Ungleichbehandlungen grundsätzlich dann, wenn sie in der Verschiedenheit der objektiven Lebensverhältnisse ihren Grund finden. Gesetzliche Differenzierungen, die nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt sind, widersprechen dem Gleichheitsgrundsatz" (Korinek, Gedanken zur Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitsgrundsatz nach der Judikatur des VfGH, FS Melichar [1983] 45).

Die vorgesehene Regelung sanktioniert eine ohne jeden Zweifel dem Gleichbehandlungsgebot widersprechende unterschiedliche Behandlung von Beamten, die vergleichbare Leistungen erbringen. Läge für diese rechtliche Differenzierung eine sachliche Rechtfertigung vor, bedürfte es keiner Regelung im Verfassungsrang. Auf die in der Lehre wiederholt und massiv (vgl zuletzt Loebenstein, Von der Verfassungskultur zur Verfassungsunkultur, ÖJZ 1993, 433, mit zahlreichen weiteren Nachweisen) geübte Kritik an der zunehmenden Praxis des Gesetzgebers, durch Erlassung von Verfassungsbestimmungen in einfachen Gesetzen die Kontrolle durch den Verfassungsgerichtshof auszuschließen, wird hingewiesen.

Diese Bedenken sind im vorliegenden Fall umso mehr am Platz, als nicht einmal der Versuch ersichtlich ist, für die vorgesehene Ungleichbehandlung eine sachliche Rechtfertigung anzubieten. Vielmehr soll mit der vorgesehenen Verfassungsbestimmung erklärtermaßen ein angestrebtes Verhalten der Verwaltung, nämlich eine "ordnungsgemäße Planstellenbewirtschaftung" sichergestellt werden, der damit bewirkte Eingriff in verfassungsrechtlich garantierte Rechte wird quasi als Nebeneffekt in Kauf genommen. Die Begründung für diese Vorgangsweise, daß nämlich "in vergleichbarer Weise wirksame Korrektive" nicht zur Verfügung stünden, ist nicht überzeugend und kann nicht als sachliche Rechtfertigung der in Aussicht genommenen Ungleichbehandlung angesehen werden. Die Rechtsordnung sieht vom OrgHG bis zur Anklage gemäß Art 142 B-VG eine ganze Reihe von Möglichkeiten vor, mit Hilfe derer gesetzwidriges Verhalten von Organwaltern geahndet werden kann. Es ist aber ohne Zweifel sachlich nicht zu rechtfertigen, an eine gesetzwidrige Vorgangsweise (nämlich die § 38 Abs 3 widersprechende Verwendung eines Beamten auf einem nicht zugeordneten Arbeitsplatz) nicht Sanktionen gegen den gesetzwidrig Handelnden, sondern Sanktionen gegen das "Objekt" dieser gesetzwidrigen Vorgangsweise zu knüpfen.

zu Punkt 39. Erläuterungen zu § 107 :

Irrtümliche Anführung des § 248 BDG anstatt § 252 BDG.

zu Artikel IV - Änderung des Bundes-Personalvertretungsgesetzes :

zu Punkt 1. § 9 Abs 1 lit p :

Das vorgesehene Mitwirkungsrecht der Personalvertretung erscheint insoferne gegenstandslos, als für die Inhaber von Richtfunktionen und für die Inhaber unmittelbar vergleichbarer Funktionen eine Zuordnung bereits durch das Gesetz gegeben ist, ohne daß eine Mitwirkung der Personalvertretung noch in Betracht käme.

Vom Gewicht und der Bedeutung der sachlich vom Mitwirkungsrecht umfaßten Maßnahmen wäre ohne Zweifel die Normierung eines Mitwirkungsrechtes gemäß § 9 Abs 2 PVG (da alle Dienstnehmer einer Dienststelle, bzw eines Ressorts betreffend) angebracht, da die bisher in § 9 Abs 1 PVG angeführten Mitwirkungsfälle hauptsächlich einzelne Bedienstete (bzw einzelne Gruppen von Bediensteten) betreffen. Diese somit sachlich nicht berechnete Reduzierung des Mitwirkungsrechtes der Personalvertretung deutet ebenfalls in die Richtung, daß die in § 137 Abs 2 vorgesehene Bewertung und Zuordnung von Arbeitsplätzen inhaltlich als Verordnung zu qualifizieren ist, als Akt der heteronomen Rechtssetzung, bei dem Mitspracherechte anderer Personen (insbesondere der Betroffenen oder von Interessensverbänden) nur insoweit zulässig sind, als dadurch die Entscheidungsfunktion der Behörde nicht beeinträchtigt wird (Adamovich - Funk, a.a.O., 246). Sollte es sich aber bei dieser Bewertung und Zuordnung nicht um Verordnungen handeln, so bestünden keine rechtlichen Bedenken, der Personalvertretung die nach dem sachlichen Gewicht der zu treffenden Maßnahmen eher gebotene Form des Mitwirkungsrechtes gemäß § 9 Abs 2 PVG einzuräumen.

zu Punkt 2. § 10 Abs 5 :

Da ein etappenweises Inkrafttreten der Besoldungsreform zu derzeit nicht einmal feststehenden Zeitpunkten vorgesehen ist, ist eine besondere Dringlichkeit der Bewertung und Zuordnung von Arbeitsplätzen, die eine Aufnahme dieses Mitwirkungsfallles in die Aufzählung des § 10 Abs 5 letzter Satz rechtfertigen könnte, nicht erkennbar. Eine zeitliche Limitierung der Verzögerung beabsichtigter Maßnahmen durch Ausübung des Mitwirkungsrechtes ist durch die Fristsetzungen des § 10 Abs 5 gewährleistet. Der Wahrung der Rechte der Dienstnehmer kommt ohne Zweifel gleiches Gewicht zu wie "budgetären, wirtschaftlichen und arbeitsmarktpolitischen Gegebenheiten", die als Gründe für das nur etappenweise Inkrafttreten der Besoldungsreform angeführt werden.

III.

Die Prokuratur hat 25 Ausfertigungen dieser Stellungnahme dem Präsidium des Nationalrates zugeleitet.

Wien, am 28. September 1993

Der Vizepräsident:



Dr. Kremser