

Bundeskanzleramt  
Ballhausplatz 2  
1014 Wien

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen, BearbeiterIn	Klappe (DW)	Fax (DW)	Datum
BKA-600.883/0050-V/A/8/2005	MagAch/Fr	245/262	552	01.09.2005

## **Bundesvergabegesetz 2006**

Der Österreichische Gewerkschaftsbund dankt für die Übermittlung des o.a. Gesetzesentwurfes und nimmt hierzu wie folgt Stellung:

Anlässlich einer Neuerlassung des Bundesvergabegesetzes hätte sich der Österreichische Gewerkschaftsbund wirksame Maßnahmen zur Bekämpfung der organisierten illegalen Beschäftigung und des Sozialbetruges erwartet.

Der ÖGB hätte sich – selbstverständlich im Rahmen der strengen Vergaberichtlinien seitens der EU – erwartet, dem Gesetzesentwurf soziale und ökologische Überlegungen zu Grunde zu legen und nicht nur ein Regelwerk für das ansonsten freie Spiel der wirtschaftlichen Kräfte sein zu wollen.

Zum Beispiel hat der Europäische Gerichtshof bereits ausdrücklich festgestellt, dass die Förderung von Langzeitarbeitslosen auch im Wege der Auftragsvergabe zulässig ist, sofern die entsprechenden Bedingungen allen Unternehmen im Binnenmarkt offen stehen. Das gilt natürlich in gleicher Weise für die Förderung anderer Maßnahmen, wie z.B. Ausbildungsmaßnahmen für Arbeitnehmer oder Jugendliche durchzuführen. Ferner muss es auch möglich sein, ernsthafte ökologische Anforderungen zu stellen, wie etwa die Einhaltung moderner Emissionsstandards bei Produktionsverfahren. All das fehlt im vorliegenden Entwurf leider gänzlich.

Die §§ 70ff sehen zwar eine Überprüfung der am Ausschreibungsverfahren beteiligten Unternehmen hinsichtlich ihrer „Gesetzestreue“ vor, die Einhaltung arbeits- und sozialrechtlicher Vorschriften spielt dabei aber leider eine untergeordnete Rolle.

Wünschenswert wäre, dass Unternehmen die Sozialversicherungsbeiträge nicht abführen, ArbeitnehmerInnenschutzbestimmungen nicht einhalten oder die systema-

## Seite - 2 -

tisch gegen andere arbeitsrechtlichen Bestimmungen verstoßen ausnahmslos von der Auftragsvergabe ausgeschlossen werden.

Im Hinblick darauf, dass der vorliegende Entwurf in seinen dienstrechtlichen Bestimmungen sowie in seinen verfahrensrechtlichen Bestimmungen Regelungen beabsichtigt, die die Rechtsstellung der derzeit bestellten und auch der künftig bestellten Senatsvorsitzenden des Bundesvergabeamts mehrfach unbefriedigend bzw. teilweise auch verfassungsgerichtlich bedenklich regeln bzw. das Verfahren für die Senatsvorsitzenden unnötig erschweren ist darüber hinaus Folgendes anzumerken:

A) Zur zwingend getrennten Beurteilung zwischen dem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis und der Funktion als Senatsvorsitzender auf Basis des BVergG 2002 (im Folgenden: BVergG).

1. Im Entwurf inklusive der dazu mitversandten Erläuterungen sind Bestimmungen enthalten, die die dienstrechtliche Stellung aller derzeitigen Senatsvorsitzenden des Bundesvergabeamts nachteilig treffen könnten; und die Befürchtung, man könnte bei bereits bestellten Senatsvorsitzenden mangels unbefristeter Funktionsernennung iS des § 136 Abs 4 BVergG deren unbefristetes Beamtendienstverhältnis zum Bund enden lassen, offensichtlich begründet erscheinen lassen.

2. Dienstrechtliche Ausgangslage für die derzeitigen, auf fünf Jahre bestellten Senatsvorsitzenden, insbesondere im Lichte des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes:

a) Die derzeit 16 Senatsvorsitzenden des Bundesvergabeamts wurden alle auf Grund des BVergG vorerst für die Dauer von fünf Jahren in diese Funktion ernannt, wobei § 155 Abs 1 BVergG anordnet, dass gleichzeitig mit der Ernennung zum Senatsvorsitzenden ein öffentlich - rechtliches Dienstverhältnis zum Bund begründet wird, so ein solches nicht bereits bestünde.

Auf Basis dieser Norm wurde zum Stichtag 1.9.2002 für fünf Senatsvorsitzende ein Beamtendienstverhältnis begründet.

b) Schon die Gesetzssystematik des BVergG zeigt, dass der Bundesgesetzgeber 2002 Funktion und Dienstverhältnis als zwei verschieden zu beurteilende Rechtsbereiche normierte; sind doch die Bestimmungen betreffend die Funktionsernennung im fünften Teil des BVergG im 1. Hauptstück, 1. Abschnitt geregelt, während die dienst- und besoldungsrechtlichen Regelungen sich im 3. Abschnitt befinden.

c) § 155 Abs 1 BVergG normiert die Begründung eines Bundesbeamtendienstverhältnisses im Zeitpunkt der erstmaligen Ernennung als Senatsvorsitzender, soweit ein solches zu diesem Zeitpunkt nicht bereits besteht. Das Beamtendienstverhältnis war also zwingende Rechtsfolge der Ernennung in die Funktion, bzw ist zwingende Voraussetzung für die Ausübung dieser Funktion (arg: wird ... begründet, soweit ein solches nicht bereits besteht). Damit ist der erste Beweis der zwingend getrennten Beurteilung zwischen Funktion und Dienstverhältnis erbracht, denn ansonsten wäre diese Regelung über die Begründung eines Dienstverhältnisses überflüssig gewesen. Tatsächlich ist zB diese Norm Grundlage für die Einbeziehung jener fünf Senatsvorsitzenden in das Beamtensozialversicherungssystem gewesen

## Seite - 3 -

oder war zB Ursache für die Erlassung von Bescheiden über die Festsetzung eines Vorrückungstichtags gemäß Gehaltsgesetz.

Diese Trennung zwischen Funktion einerseits und Dienstverhältnis andererseits ist zB im Bundesbereich auch für die Mitglieder des unabhängigen Bundesasylsenats vorgesehen. Dort normiert § 13 gleichfalls die Begründung eines Bundesbeamten-dienstverhältnisses zum Zeitpunkt der Ernennung als Ubas - Mitglied, sofern ein solches zum Ernennungszeitpunkt nicht bereits besteht.

In etwa gleich sieht auch § 16 UFSG eine derartige Trennung zwischen Funktion und Beamtendienstverhältnis vor.

d) § 155 Abs 2 BVergG regelt genau, welche Bestimmungen des BDG auf alle Senatsvorsitzenden nicht zur Anwendung kommen, differenziert also nicht zwischen denjenigen, die von extern kommend als Senatsvorsitzende ernannt wurden und denjenigen, die bereits vor ihrer Ernennung in diese Funktion Bundesbeamte waren.

Vielmehr dokumentiert diese Bestimmung zB durch die Unanwendbarkeit der §§ 10 bis 12 BDG, dass jeder Senatsvorsitzende ab seinem Ernennungszeitpunkt unbefristet ernannter Bundesbeamter ist. Denn ansonsten wären auch vormalig definitive Beamte durch ihre vorläufig befristete Betrauung mit der Funktion als Senatsvorsitzende ihrer Definitivstellung verlustig gegangen.

Auf die vergleichbaren Regelungen im UbasG und im UFSG sei hier nochmals ausdrücklich hingewiesen.

e) § 155 Abs 3 BVergG normiert, dass die von der Dienstbehörde vorzunehmende Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit erst dann zulässig wird, wenn die Vollversammlung des Bundesvergabeamts (zuvor) die Amtsenthebung ausgesprochen hat. Damit ist wieder bewiesen, dass das Schicksal der befristeten Funktionsernennung aus 2002 getrennt vom Schicksal des (2002 bei fünf Kollegen neu begründeten) Bundesbeamtenverhältnisses zu sehen ist.

Diese Regelung entspricht zB wieder § 13 Abs 4 UbasG. Letzterer bindet die Pensionierung des Ubas - Mitglieds gemäß § 14 BDG an die vorherige Enthebung von der Funktion als Ubas - Mitglied durch die Vollversammlung; siehe wiederum parallel auch § 16 Abs 5 UFSG.

f) § 21 Abs 5 Z 1 B-VG normiert auf Verfassungsebene, dass durch ein einfaches Gesetz vorgesehen werden kann, dass Beamte befristet ernannt werden können, sieht also den Typus des befristeten Beamten nur bei ausdrücklicher Schaffung durch ein einfaches Gesetz vor.

Im Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG) hat der Bundesgesetzgeber gerade nicht von einer derartigen Befristungsmöglichkeit Gebrauch gemacht, da sämtliche Senatsvorsitzenden im Gesetz außer bei der Dienstverhältnisbegründung gleich behandelt werden.

## Seite - 4 -

g) Gegenteilig hat zB der steiermärkische Landesgesetzgeber bei der Regelung der dienstrechtlichen Stellung der Mitglieder des UVS Steiermark - also einem dem Bundesvergabeamt vergleichbaren Tribunal - das Schicksal der erstmalig befristeten Funktionsernennung als UVS - Mitglied synchron mit einem befristeten Beamten-dienstverhältnis geregelt.

aa) In § 3 Abs 2 stmk UVS-G ist vorgesehen, dass UVS - Mitglieder erstmalig grundsätzlich für sechs Jahre befristet in die Funktion als (judizierendes) UVS - Mitglied ernannt werden; wobei nach der befristeten Ersternennung eine definitive Ernennung in diese Funktion möglich ist.

bb) § 18 Abs 2 dieses Landesgesetzes sieht vor, dass mit der Bestellung als UVS - Mitglied ein Beamten-dienstverhältnis zum Land Steiermark begründet wird, so ein solches nicht zum Zeitpunkt der Bestellung (=Ernennung) bereits bestanden hat.

cc) Der grundsätzliche Regelungsunterschied zum BVergG aus dem Jahr 2002 liegt nunmehr darin, dass bei einer befristeten Ernennung als UVS - Mitglied der stmk Landesgesetzgeber in § 18 Abs 2 Satz 2 jedwedes Landesbeamten-dienstverhältnis ausdrücklich auf 6 Jahre befristet hat.

Fazit: Der stmk Landesgesetzgeber hat von seiner Ermächtigung gemäß Art 21 Abs 5 Z 1 B-VG Gebrauch gemacht und den befristeten Beamten für erstmalig auf sechs Jahre ernannte UVS - Mitglieder geschaffen.

Der Bundesgesetzgeber hat dies mit dem BVergG 2002 aus nicht nachvollziehbaren Gründen nicht getan. Im Bundesbeamten-dienstrecht ist auch gemäß den Regelungen im UbasG und im UFSG davon auszugehen, dass der Bundesgesetzgeber bislang bei der Schaffung weisungsfreier Tribunale für die weisungsfreien hauptberuflichen Organwalter keine zwingend an die Dauer der Funktionsausübung gekoppelten Dienstverhältnisse schaffen wollte, sondern den Bestand des jeweiligen Beamten-dienstverhältnisses jeweils getrennt von der Ausübung der weisungsfreien Funktion gesehen hat.

dd) Ähnlich wie in der Steiermark regeln zB auch die Bundesländer Salzburg und Kärnten „das befristete Landesbeamten-dienstverhältnis einer erstmalig in die Funktion eines UVS - Mitglieds ernannten Person“; wobei jedes Mal das Landesgesetz ausdrücklich von der Möglichkeit der Dienstverhältnisbefristung gemäß Art 21 Abs 5 Z 1 B-VG Gebrauch gemacht hat.

h) Zwischenergebnis:

Der Bundesgesetzgeber hat 2002 davon abgesehen, das Beamten-dienstverhältnis der Senatsvorsitzenden des Bundesvergabeamts synchron mit einer vorläufig befristeten Funktionsbetrauung mit dem allfälligen Ablauf dieser Funktionsbetrauung enden zu lassen. Denn ansonsten hätte dies der Bundesgesetzgeber gemäß Art 21 Abs 5 Z 1 B-VG im Kalenderjahr 2002 in den Gesetzestext aufnehmen müssen, wie dies rechtsvergleichend in manchen UVS - Landesgesetzen geschehen ist.

Sämtliche derzeit tätigen Senatsvorsitzenden sind daher jedenfalls ab 1.9.2002 unbefristete Bundesbeamte.

3. Die Bestimmungen des Entwurfs im Lichte der Erläuterungen des BKA - VfD; und vor dem Hintergrund der vorangehenden Beurteilung

## Seite - 5 -

a) § 311 Abs 5 des nunmehr versandten Entwurfs differenziert nunmehr zwischen jenen Beamten, die vor ihrer Ernennung bereits Bundesbeamte waren, und jenen, die dies erst durch ihre Ernennung wurden.

b) Diese Differenzierung soll dadurch geschehen, dass für jene (erstmalig und befristet bestellten) Senatsvorsitzenden, die einen Antrag auf unbefristete Ernennung stellen, aber nicht unbefristet ernannt werden, gehaltsrechtlich dahingehend abgesichert werden, dass die Nicht-Ernennung vom Beamten nicht zu vertreten ist; allerdings nur bei jenen, die zum Zeitpunkt ihrer erstmalig - befristeten Ernennung in einem öffentlich - rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund standen.

Daraus wollen dann die vom BKA - VfD mitversandten Erläuterungen schließen, dass jene nicht unbefristet ernannten Senatsvorsitzenden, welche zum Zeitpunkt ihrer erstmalig - befristeten Ernennung in keinem öffentlich - rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund standen, dienstrechtlich derart zu beurteilen sind, dass deren Beamtenverhältnis nach Ablauf ihrer befristeten Bestellung automatisch enden soll.

c) Mit der vorstehenden Differenzierung (siehe Entwurf der Erläuterungen zu BVergG 2006 zu den §§ 311 bis 315, Seite 106) wird der Gleichheitsgrundsatz insbesondere auch für künftige Senatsvorsitzende bedenklich berührt, obwohl eine berufliche Flexibilität innerhalb juristischer Berufsgruppen anerkanntes politisches Ziel ist - siehe zB das Berufsprüfungsanrechnungsgesetz BGBl 523/1987 idF BGBl 21/1993 oder auch die Kraft Freizügigkeit und Verbot der Inländerdiskriminierung gewährleistete Flexibilität als Selbständiger bzw als Unselbständiger; bzw auch die Verfassungsgarantie des Art 3 StGG 1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger.

d) Der für Senatsvorsitzende durch den Text des BVergG aus 2002 geschaffene Vertrauensschutz hinsichtlich einer Mindestexistenzabsicherung in Form eines Beamtenverhältnisses, eben für nach dem BVergG aus 2002 bestellte Senatsvorsitzende, dahingehend, dass mangels unbefristeter Ernennung zum Senatsvorsitzenden zumindest ein definitives Beamtenverhältnis als Existenzgrundlage bleibt, wird aber durch die Übergangsbestimmungen nicht gewahrt.

§ 359 Abs 6 des Entwurfs sieht nämlich nur vor, dass die Ernennungserfordernisse für nach dem Bundesvergabegesetz 2002 bestellte Senatsvorsitzende auch im zeitlichen Geltungsbereich des künftigen Gesetzes nicht geändert werden; mit anderen Worten bleiben die geplant strengeren Bestimmungen gemäß § 306 Abs 7 des Entwurfs für diese bereits bestellten Senatsvorsitzenden unanwendbar.

Daraus ergibt sich aber, dass die Bestimmungen betreffend Senatsvorsitzende iS des Entwurfs ansonsten zur Gänze auf die Senatsvorsitzenden mit einer erstmaligen Bestellung gemäß dem Bundesvergabegesetz 2002 Anwendung finden.

Konklusio: Damit soll offenbar die in den Erläuterungen zum Entwurf vertretene Dienstverhältnisbefristung für die Dauer der Funktionsausübung insbesondere bei einem Teil der derzeitigen Senatsvorsitzenden argumentativ gestützt werden.

e) Dies widerspricht klar dem verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz und verstößt weiters gegen Art 21 Abs 5 Z 1 B-VG, der wie aufgezeigt für eine derartige Rechtsfolge der Dienstverhältnisbefristung eine entsprechende Regelung im Bundesvergabegesetz 2002 verlangt hätte.

## Seite - 6 -

Mit einer derartigen Regelungsabsicht wird daher mehrfach verfassungsrechtlich Bedenkliches entworfen. Es wird gegen Art 21 Abs 5 Z 1 B-VG verstoßen, der Gleichheitsgrundsatz und auch der Art 3 StGG werden verletzt; wozu noch kommt, dass diese Grundrechtsverletzungen nur äußerst versteckt sowie teilweise mittels einer „Materialienauslegungshilfe“ rückwirkend eingeführt werden sollen. Im Bundesvergabegesetz 2002 samt dessen Materialien findet sich dazu kein einziger Hinweis.

f) Um im Einzelfall nicht ausjudizieren zu müssen, dass es im BVergG aus dem Kalenderjahr 2002 keine zwei Kategorien von Senatsvorsitzenden gibt, wird daher gefordert,

dass in § 311 Abs 5 des Entwurfs der 2. Halbsatz

„ ..., das bereits vor seiner Ernennung in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund stand, ...“

entfällt.

Mit einer solchen Streichung wird für alle Senatsvorsitzenden die durch diese Regelung beabsichtigte verstärkte Mindestexistenzabsicherung klargestellt und außerdem gewährleistet, dass es - dienstrechtlich - keine zwei Kategorien von Senatsvorsitzenden gibt.

Damit wäre die Gleichstellung der nach dem Bundesvergabegesetz 2002 bestellten Senatsvorsitzenden auch im Gesetzeswortlaut des Entwurfs realisiert. Ein mehrfach verfassungsrechtlich bedenklicher Eingriff in unbefristete Beamtendienstverhältnisse - dies mangels Inanspruchnahme der legislatischen Möglichkeiten im Jahr 2002 - wäre dann nicht einmal mehr entfernt argumentierbar.

B) Zu den Bestimmungen über die unbefristete Ernennung an sich samt den einschlägigen Übergangsregeln

1. In § 359 Abs 6 des Entwurfs finden sich - wie oben bereits angesprochen - Bestimmungen, die die „Überleitung“ bereits nach dem Bundesvergabegesetz 2002 bestellter Senatsvorsitzender als solche nach dem künftigen Gesetz regeln.

2. Da die derzeitigen Senatsvorsitzenden ein gerechtfertigtes Interesse daran haben, möglichst bald Klarheit darüber zu haben, ob sie künftig unbefristete Senatsvorsitzende sein werden oder als Beamte anderweitig zu verwenden sein werden, sind im September 2005 Anträge auf unbefristete Ernennung gemäß § 136 Abs 4 Bundesvergabegesetz 2002 geplant. Da aber in den Übergangsbestimmungen des Entwurfs, der seinerseits grundsätzlich am 1.2.2006 gültiges Gesetz sein soll, das verfahrensrechtliche Schicksal dieser im September 2005 geplanten und nach dem Gesetz aus 2002 zu beurteilenden Anträge nicht klar geregelt wird, bestehen hier jedenfalls Rechtsunsicherheiten, wenn nicht überhaupt die Gefahr, dass die Anträge gemäß dem Gesetz aus 2002 mit dessen Außerkrafttreten ins Leere laufen.

2. In der Übergangsbestimmung des § 359 Abs 6 wäre daher im Dienstnehmerinteresse zu ergänzen, um das verfahrensrechtliche Schicksal der im September 2005 geplanten Verlängerungsanträge klarzustellen:

Anträge auf unbefristete Ernennung als Senatsvorsitzender gemäß § 136 Abs 4 Bundesvergabegesetz 2002 sind nach dem genannten Bundesgesetz zu be-

## Seite - 7 -

handeln, wobei dadurch eine (weitere) Antragstellung auf unbefristete Ernennung nach diesem Gesetz nicht ausgeschlossen wird. Eine unbefristete Ernennung gemäß dem Bundesvergabegesetz 2002 ist auch eine solche gemäß diesem Gesetz.

C) Dienstprüfung für den rechtskundigen Verwaltungsdienst („A-Prüfung“) sowie Ergänzungsprüfung

Das Bundesvergabegesetz 2002 und der Entwurf sehen gleichheitskonform mit den UVS - Organisationsgesetzen der Länder einerseits und dem UbasG bzw dem UFSG andererseits davon ab, eine Beamtendienstprüfung als Bestellungs voraussetzung für Senatsvorsitzende zu normieren.

Da aber die berufliche Flexibilität anerkanntes politisches Ziel (siehe zB das Berufsprüfungs-Anrechnungsgesetz) ist, wäre § 311 Abs 2 des Entwurfs um folgende Passage zu erweitern, um den Senatsvorsitzenden weiter berufliche Perspektiven zu eröffnen:

„Der vorstehende Satz steht aber nicht entgegen, dass ein Senatsvorsitzender freiwillig eine Ergänzungsprüfung zur Erlangung der Dienstprüfung der Verwendungsgruppe A (der Dienstprüfung für den rechtskundigen Verwaltungsdienst) durch Ablegung einer Zusatzprüfung in den Fächern „Beamtendienstrecht sowie Haushalts- und Budgetrecht des Bundes“ ablegt, sofern dieser Senatsvorsitzende bereits eine juristische Berufsprüfung gemäß § 1 Berufsprüfungs-Anrechnungsgesetz BGBl 523/1987 idF BGBl 21/1993 erfolgreich abgelegt hat; einem solchen Senatsvorsitzenden ist die für die Ergänzungsprüfung sowie für deren Vorbereitung erforderliche Freizeit zu gewähren. Einem Senatsvorsitzenden ohne juristische Berufsprüfung steht es gleichfalls frei, die vorgenannte (gesamte) Dienstprüfung im Rahmen einer zu beantragenden und zu gewährenden Dienstzuteilung, nachzuholen.“

D) Da kein sachlich gerechtfertigter Grund ersichtlich ist, dass bereits einmal bestellte Senatsvorsitzende bei Inanspruchnahme von Karenzzeit entsprechend dem Mutterschutzgesetz bzw. nach dem Väter-Karenz-Gesetz ihre Wiederbestellungsmöglichkeit zu verlieren drohen, wäre in § 306 Abs 3 des Entwurfs im zweiten Satz der zweiten Halbsatz zu ändern wie folgt: „Zeiten eines Karenzurlaubs nach dem Mutterschutzgesetz bzw nach dem Väter - Karenz-Gesetz sowie Zeiten des gesetzlichen Mutterschutzes gelten gleichfalls als tatsächliche Dienstzeit.“

E) Der Entwurf sieht nunmehr in § 321 das Organ „Bedienstetenversammlung“ vor, welches ua als Organ bei der Amtsenthebung und in Disziplinarsachen tätig zu werden hätte. Die bisher dafür zuständige Vollversammlung bleibt weiterhin als Organ für weitere organisationsinterne Regelungen im Rahmen des Gesetzes zuständig, welche insbesondere hinsichtlich Geschäftsordnung und Geschäftsverteilung jeden Senatsvorsitzenden täglich betreffen.

Da es sich bei den gesetzlich vorgesehenen Kompetenzen dieser beiden Gremien daher jeweils um zentrale Angelegenheiten für die Dienstnehmer handelt, wäre eine Vorschrift in etwa wie folgt vorzusehen:

„Ein Senatsvorsitzender (der stellvertretende Vorsitzende) kann mit Unterstützung vier weiterer Mitglieder des jeweiligen Organs die Einberufung des jeweiligen Organs

## Seite - 8 -

(entweder der Vollversammlung oder aber der Bedienstetenversammlung) beim Vorsitzenden des Bundesvergabeamts verlangen. Der Vorsitzende hat einem derartigen Verlangen unverzüglich zu entsprechen.

Die jeweiligen Organe beschließen generell oder im Einzelfall über die eigenen Abstimmungsmodalitäten.“

Der Österreichische Gewerkschaftsbund ersucht um Berücksichtigung seiner Stellungnahme. Diese wurde ebenfalls an das Präsidium des Nationalrates übermittelt.

Fritz Verzetnitsch  
Präsident

Dr. Richard Leutner  
Leitender Sekretär