



REPUBLIK ÖSTERREICH
OBERSTER GERICHTSHOF
DIE PRÄSIDENTIN

509 Präs 41/20f

Stellungnahme des Obersten Gerichtshofs

**zum Ministerialentwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979, das Gehaltsgesetz 1956, das Vertragsbedienstetengesetz 1948, das Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz, das Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz, das Land- und forstwirtschaftliche Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz, das Landesvertragslehrpersonengesetz 1966, das Land- und forstwirtschaftliche Landesvertragslehrpersonengesetz, das Land- und Forstarbeiter-Dienstrechtsgesetz, das Bundeslehrer-Lehrverpflichtungsgesetz, die Reisegebührenvorschrift 1955, das Bundes-Gleichbehandlungsgesetz, das Pensionsgesetz 1965, das Bundestheaterpensionsgesetz, das Bundesbahn-Pensionsgesetz, das Bundesbahngesetz, das Bundespensionsamtübertragungs-Gesetz, das Ausschreibungsgesetz 1989, das Bundes-Personalvertretungsgesetz, das Bundes-Bedienstetenschutzgesetz, das Überbrückungshilfengesetz, das Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984, das Mutterschutzgesetz 1979, das Väter-Karenzgesetz, das Poststrukturgesetz, das Auslandszulagen- und -hilfeleistungsgesetz, das Militärberufsförderungsgesetz 2004, das UmsetzungsG-RL 2014/54/EU, das Bundes-Sportförderungsgesetz 2017, das Anti-Doping-Bundesgesetz 2007, die 41. Gehaltsgesetz-Novelle, das Rechtspraktikantengesetz, das Bundeshaushaltsgesetz 2013 und das Prüfungstaxengesetz geändert werden
(Dienstrechts-Novelle 2020)**

Gegen die geplanten Änderungen im Dienstrecht bestehen aus Sicht des Obersten Gerichtshofs grundsätzlich keine Bedenken.

Im Einzelnen wird angemerkt:

Zu Art. 4 Z 1 (Art IIa RStDG)

Beim Verweis in Art. IIa Abs. 3 auf § „78e“ liegt wohl ein Redaktionsversehen vor, zumal es einen solchen § nicht gibt; möglicherweise dürfte § 76e gemeint sein.

Zu Art. 4 Z 10 bis 12 (§ 39 RStDG)

Fortan soll bei Personensenatswahlen die Zulässigkeit der Bevollmächtigung eines anderen nicht mehr von einer Verhinderung wegen Erkrankung, Beurlaubung oder dienstlicher Abwesenheit abhängig sein. Während bisher die Bevollmächtigung auf die Ausübung des Stimmrechts lautete, ist nunmehr nur mehr eine Bevollmächtigung zur Ausübung des „Wahlrechts gemäß Abs. 3“ vorgesehen (§ 39 Abs. 2 RStDG idF des Entwurfs). Intention dessen ist, wie in den Erläuterungen auf S. 15 ausgeführt, dass die bevollmächtigte RichterIn oder der bevollmächtigte Richter „nicht wie bisher (auch) den Stimmzettel für die vertretene RichterIn oder den vertretenen Richter ausfüllen, sondern lediglich den bereits ausgefüllten und in das Wahlkuvert gesteckten Stimmzettel samt schriftlicher Vollmacht an die Wahlkommission übergeben [soll]“.

Diese in den Erläuterungen niedergelegte und zur Sicherung einer persönlichen Wahl durchaus sinnvolle Auffassung findet so aber weder im Text des § 39 Abs. 2 noch im Text des § 39 Abs. 3 RStDG eine Entsprechung. Zudem ist zu bedenken, dass nicht nur für die persönliche, sondern auch für die geheime Wahl Vorsorge zu treffen ist. Einen geeigneten Ansatzpunkt bietet grundsätzlich § 60 Abs 2 Satz 1 bis 3 NRWO („Hierzu hat der Wähler den von ihm ausgefüllten amtlichen Stimmzettel in das beige-farbene Wahlkuvert zu legen, dieses zu verschließen und in die Wahlkarte zu legen. Sodann hat er auf der Wahlkarte durch eigenhändige Unterschrift eidesstattlich zu erklären, dass er den amtlichen Stimmzettel persönlich, unbeobachtet und unbeeinflusst ausgefüllt hat. Anschließend hat er die Wahlkarte zu verschließen.“).

Es wird daher angeregt, § 39 Abs. 2 RStDG wie folgt zu fassen:

„(2) Die Wahl ist geheim. Das Wahlrecht ist persönlich auszuüben. Die RichterIn oder der Richter kann eine wahlberechtigte RichterIn oder einen wahlberechtigten Richter zur Ausübung des Wahlrechts gemäß Abs. 3 schriftlich bevollmächtigen. Der Stimmzettel ist in diesem Fall von der RichterIn oder dem Richter persönlich, unbeobachtet und unbeeinflusst auszufüllen, in das Wahlkuvert zu legen und dieses von ihr oder ihm verschlossen der bevollmächtigten Person zu übergeben. Diese hat das Wahlkuvert samt Vollmacht der Wahlkommission zu übergeben. Die Vollmacht ist zu den Wahlakten zu nehmen.“

Zu Art. 4 Z 5 (§ 33a RStDG):

Die Zielsetzung, die Besetzung von Richter- und Richterinnenplanstellen transparenter zu gestalten, wird begrüßt.

In Abs. 1 der dafür vorgesehenen neuen Bestimmung des § 33a RStDG könnte klargestellt werden, dass die Bundesministerin oder der Bundesminister für Justiz die Erwägungen mitzuteilen hat; die Formulierung im Entwurf „so ist dies [...] mitzuteilen“ ist insoweit unscharf.

Wenngleich aus den Erläuterungen und aus § 33a Abs. 3 RStDG („Abweichung von der Reihung“) hervorzugehen scheint, dass ein Abweichen von einer Erst-(Lebend-)Reihung gemeint ist, könnte der Wortlaut des § 33a Abs. 1 RStDG auch so verstanden werden, dass eine Einholung ergänzender Stellungnahmen nur erforderlich ist, wenn die Bundesministerin oder der Bundesminister einen Nichtgereihten zur Ernennung vorschlagen will. Eine entsprechende Klarstellung wäre zu befürworten.

Es wird aus den genannten Gründen angeregt, § 33a Abs. 1 RStDG wie folgt zu fassen:

„Beabsichtigt die Bundesministerin oder der Bundesminister für Justiz, eine Bewerberin oder einen Bewerber zur Ernennung vorzuschlagen oder zu ernennen, die oder der in keinem Besetzungsvorschlag besser gereiht ist als die nicht zum Zug kommenden Mitbewerberinnen und Mitbewerber, so hat sie oder er dies unter Darlegung der wesentlichen Erwägungen den betroffenen Personalsenaten schriftlich mitzuteilen.“

Ungenügend im Sinne der vom Entwurf angestrebten Transparenz ist § 33a Abs. 2 RStDG. Es fehlt eine Vorschrift, die der Bundesministerin oder dem Bundesminister die Offenlegung ihrer oder seiner Erwägungen gegenüber den betroffenen Personalsenaten für den Fall abverlangt, dass sie oder er auch nach Vorliegen einer Stellungnahme iSd Abs. 2 dabei bleibt, keinem der Besetzungsvorschläge der Personalsenate zu folgen. Auch und gerade im Fall einer unmittelbaren Ernennung durch die Bundesministerin oder den Bundesminister (vgl. *Fellner/Nogratnig*, RStDG – GOG⁴ Anhang IV.A. und B) sollten dem (den) betroffenen Personalsenat(en) die Erwägungen der Bundesministerin oder des Bundesministers hierfür mitgeteilt werden.

Es wird daher angeregt, § 33a Abs. 2 wie folgt zu ergänzen:

„Jeder auf diese Weise befasste Personalsenat kann binnen einer Frist von 14 Tagen eine schriftliche Stellungnahme dazu abgeben. Im Fall der Abgabe einer solchen gilt Abs. 1 sinngemäß. Eine neuerliche Stellungnahme eines Personalsenats ist nicht zulässig.“

Für den Fall der Übernahme der vorgeschlagenen Abänderungen oder sinngleicher Adaptierungen der Abs. 1 und 2 wäre Abs. 3 nicht zu beanstanden. Anderenfalls erschiene die Fassung des Abs. 3 jedoch ungenügend. Dessen Satz 2 sieht vor, dass die Personalsenate „darüber“ schriftlich in Kenntnis zu setzen sind, also darüber, dass (siehe Abs. 3 Satz 1) die Bundesministerin oder der Bundesminister bei Vorlage ihres oder seines Ernennungsvorschlags an die Bundespräsidentin oder den Bundespräsidenten allfällige Stellungnahmen nach Abs. 2 sowie die Erwägungen nach Abs. 1, die zu einer Abweichung von der Reihung der Personalsenate geführt haben, angeschlossen hat. Die Benachrichtigung der Personalsenate

über die bloße Tatsache des Anschlusses der genannten Dokumente bei Vorlage an die Präsidentschaftskanzlei allein wäre kein Beitrag zur angestrebten Transparenz.

Entfallen lassen könnte man bei Abs. 3 allenfalls die Wortfolge „nach Abs. 1“.

Zu Art. 4 Z 3 (§ 32 Abs. 4 RStDG)

Die Erreichung der vom Entwurf angestrebten Transparenz bei der Besetzung von richterlichen Planstellen ist gerade bei den höchsten Planstellen vonnöten. Das richterliche Ernennungsverfahren ist im Allgemeinen sehr ausgewogen: Richterliche Personalsenate erstatten Vorschläge, auf deren Grundlage dann die zuständigen Organe (Justizministerin oder Justizminister, Bundesregierung, Bundespräsidentin oder Bundespräsident) die Entscheidung treffen. Nur für die Planstellen der Präsidentin oder des Präsidenten und der Vizepräsidentinnen oder der Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs macht § 32 Abs. 4 RStDG eine – in Art. 86 Abs. 1 B-VG nicht vorgesehene – Ausnahme.

Der Verfassungsgerichtshof hat die Verfassungskonformität des (damals) § 32 Abs. 4 RDG im Jahr 1979¹ bejaht, und zwar mit dem – allerdings unzutreffenden² – Argument, bereits in der Monarchie habe es eine entsprechende Ausnahmebestimmung gegeben. Die verfassungsrechtliche Literatur ist insbesondere im Hinblick auf den klaren Wortlaut von Art. 86 Abs. 1 B-VG gegenteiliger Auffassung.³

Zur Stärkung des für den Rechtsstaat ganz wesentlichen Vertrauens der Bürgerinnen und Bürger in die Unabhängigkeit der Rechtsprechung und nicht zuletzt im Hinblick auf europarechtliche Vorgaben⁴ wäre ein Personalsenatsvorschlag gerade bei den höchsten Funktionsposten in der Gerichtsbarkeit wünschenswert. Die Vollversammlung des Obersten

¹ VfGH G 104/78 VfSlg 8524.

² Vgl *Bröll*, Die Besetzungsvorschläge für die Stellen des Präsidenten und der Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes, RZ 1980, 117 ff: tatsächlich war über das Ende der Monarchie hinaus auch für die Planstelle des Präsidenten und des (damals einzigen) Vizepräsidenten ein Besetzungsvorschlag des aus wenigstens 15 Mitgliedern des Gerichtshofs bestehenden Plenarsenats einzuholen.

³ *Walter*, Die Gerichtsbarkeit, in *Schambeck*, Das Österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung (1980) 443 (465 FN 80); *Piska in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art. 86 B-VG (14. Lfg. 2018) Rz 13, insb FN 24; *Mayer/Muzak*, B-VG⁵ (2015), Art. 86 Anm. III.1.

⁴ Vgl dazu die *Rule of Law Checklist* der Venedig Kommission des Europarats vom 11./12. 3. 2016, CDL-AD(2016)007, Rz 81 f, wonach ein unabhängiger Richterrat entscheidenden Einfluss auf die Ernennung der Richter haben soll; vgl auch den Zeitungsbericht vom 29. April 2019 über eine Beanstandung des Beirats europäischer Richter (CCJE) beim Europarat bezüglich der ohne richterliche Mitwirkung erfolgenden Bestellung des Präsidenten des Verwaltungsgerichts Wien, abrufbar unter:

<https://www.diepresse.com/5619645/bdquounabhangigkeit-der-justiz-gefahrdetldquo>

Gerichtshofs hat daher am 27. März 2019 die Anregung an den Gesetzgeber beschlossen, auch für diese Planstellen Personalsenatsvorschläge vorzusehen. Dieses Ziel ließe sich durch Streichung der Ausnahme in § 32 Abs. 4 RStDG einfach erreichen. Sowohl den politischen Entscheidungsträgern als auch den zu Präsidentinnen oder Präsidenten oder Vizepräsidentinnen oder Vizepräsidenten ernannten Richterinnen und Richtern bliebe dadurch der – objektiv in aller Regel ohnehin unberechtigte – Verdacht parteipolitischer Einflussnahme erspart. Die dadurch gewährleistete Transparenz liegt im Interesse aller Beteiligten und ist mit Sicherheit ein Gewinn für den Rechtsstaat.

Es wird daher angeregt, in § 32 Abs. 4 RStDG die Wortfolge „ausgenommen die der Vizepräsidenten und des Präsidenten“ entfallen zu lassen.

Zu Art. 4 Z 25 (§ 180 Abs. 4 bis 6 RStDG):

Die Anregungen des Obersten Gerichtshofs zu Art. 4 Z 5 (§ 33a RStDG) gelten sinngemäß für die vorgesehenen parallelen Bestimmungen in § 180 Abs. 4 bis 6 RStDG zur Nichtbefolgung des Besetzungsvorschlags der Personalkommission.

Wien, am 30. September 2020

Dr. Lovrek

Elektronisch gefertigt.