

VERFASSUNGSRECHTLICHE PROBLEME DES VORARLBERGER LANDESDIENSTRECHTS IM LICHT DES „BEAMTENVORBEHALTS“ FÜR DIE BESTELLUNG DES LANDESAMTSDIREKTORS

Barbara Weichselbaum

ABSTRACT

Mit der B-VG-Novelle 2008 BGBl I 2008/2 wurde die Zulässigkeit der Verwaltungsführung durch „vertraglich bestellte Organe“ im Wege einer entsprechenden Ergänzung des Art 20 Abs 1 B-VG in der österreichischen Bundesverfassung festgeschrieben. Art 106 B-VG sieht jedoch für das Amt des Landesamtsdirektors nach wie vor die Bestellung eines „rechtskundigen Verwaltungsbeamten“ vor. In Vorarlberg wurde mit 1.10.2010 die Stelle des Landesamtsdirektors mit einem Verwaltungsbeamten neu besetzt. Da das Vorarlberger Landesdienstrecht seit dem 1.1.2001 keine Neuaufnahmen in ein Beamtenverhältnis mehr ermöglicht und Art 51 Vbg Landesverfassung seit der Novelle LGBl 2007/34 für die Bestellung des Landesamtsdirektors die Auswahl eines rechtskundigen „Bediensteten“ vorsieht, geht der Beitrag der Frage nach, ob die Vorarlberger Rechtslage insofern bundesverfassungswidrig ist.

I. AUSGANGSLAGE

Im Land Vorarlberg gelangte dieses Jahr die Stelle des Landesamtsdirektors zur Ausschreibung. Aufgrund dieser Ausschreibung wurde sie mit Wirksamkeit vom 1. Oktober 2010 neu besetzt. Beim nunmehrigen Landesamtsdirektor handelt es sich um einen Vorarlberger Landesbediensteten, der sich in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Land Vorarlberg stehend um diese Position beworben hat.¹

Art 106 B-VG lautet:

„Zur Leitung des inneren Dienstes des Amtes der Landesregierung wird ein rechtskundiger Verwaltungsbeamter als Landesamtsdirektor bestellt. Er ist auch in den Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung das Hilfsorgan des Landeshauptmannes.“²

¹ Vgl. auch <http://vorarlberg.orf.at/stories/448351/> (abgerufen am 5. 10. 2010).

² Hervorhebung nicht im Original.

Aus dieser Bestimmung ergibt sich somit klar, dass zum Landesamtsdirektor nur eine Person bestellt werden kann, die bereits Beamter ist.³ Insofern war der vorgenommene Bestellungsakt verfassungskonform. Allerdings wird die Zahl der Landesbeamten und damit jener Landesbediensteten, die nach dem Wortlaut des Art 106 B-VG für eine Bestellung zum Landesamtsdirektor in Frage kommen, von Jahr zu Jahr geringer. Gemäß § 2 Abs 3 des am 1.1.2001 in Kraft getretenen Vbg Landesbedienstetengesetz 2000, LGBl 2000/50 idgF, sind Beamte im Vorarlberger Landesdienst nämlich jene „Dienstmehmer, deren Dienstverhältnis vor dem 1. Jänner 2001 durch Ernennung begründet wurde, unkündbar ist und Anspruch auf Ruhe- und Versorgungsgenuss nach diesem Gesetz gewährt.“

Können seit dem 1.1.2001 daher keine Beamtenverhältnisse mehr begründet werden, so stellt sich die Frage, ob das Vorarlberger Landesdienstrecht in dieser Hinsicht Vorgaben der österreichischen Bundesverfassung widerspricht.

Die Fragestellung gliedert sich dabei in zwei Aspekte:

1. Widerspricht die im Vorarlberger Landesdienstrecht fehlende Möglichkeit, Landesbedienstete in ein Beamtenverhältnis aufzunehmen, allgemeinen Vorgaben des B-VG für die Ausgestaltung des Landesdienstrechts?
2. Wie ist das Vorarlberger Landesdienstrecht im Hinblick auf die punktuellen Beamtenvorbehalte des Bundesverfassungsrechts zu beurteilen?

³ Siehe auch § 8 Abs 5 lit a S 2 ÜG 1920: „Der zur Leitung des inneren Dienstes berufene rechtskundige Verwaltungsbeamte (Landesamtsdirektor; Artikel 106 des Bundes-Verfassungsgesetzes) ist aus den Beamten der bisherigen autonomen oder politischen Verwaltung, die den Vorschriften über die Befähigung zur Ausübung des politischen Dienstes entsprechen, durch die Landesregierung mit Zustimmung der Bundesregierung zu bestellen.“

II. ZU DEN FRAGESTELLUNGEN

A. Allgemeine Vorgaben des B-VG

In der Lehre war es lange Zeit umstritten, in welchem Umfang und auf welche Weise die österreichische Bundesverfassung den Einsatz von Vertragsbediensteten neben Beamten ermöglicht. Dabei wurde unter anderem sogar die Auffassung vertreten, dass Art 20 Abs 1 B-VG mit „ernannte berufsmäßige Organe“ auch Vertragsbedienstete und nicht nur die aufgrund bescheidmäßiger Ernennung in der Verwaltung tätigen Berufsbeamten meine.⁴

Mit der B-VG-Novelle 2008 BGBl I 2008/2 wurde Art 20 Abs 1 B-VG einer maßgeblichen Änderung zugeführt. Art 20 Abs 1 erster Satz B-VG normiert seitdem: „Unter der Leitung der obersten Organe des Bundes und der Länder führen nach den Bestimmungen der Gesetze auf Zeit gewählte Organe, ernannte berufsmäßige Organe oder vertraglich bestellte Organe die Verwaltung.“ Die Ergänzung um „vertraglich bestellte Organe“ wurde ohne Anhaltspunkt im Entwurf der Expertengruppe für Staats- und Verwaltungsreform im Bundeskanzleramt vom 23. Juli 2007⁵ und nur mit der lapidaren Kommentierung in den Verfassungstext aufgenommen, dass „die Aufzählung des Art. 20 Abs. 1 erster Satz B-VG um einen Verweis auf die Vertragsbediensteten ergänzt werden (soll)“.⁶

Damit wurde klargestellt, dass bis dahin die Vertragsbediensteten in Art 20 Abs 1 B-VG nicht vorgekommen waren. Auch der mit derselben B-VG-Novelle ins B-VG neu aufgenommene Art 81c B-VG betreffend die Universitäten, der von „ernannten berufsmäßigen Universitätsangehörigen“ spricht, zeigt umso mehr, dass mit „ernannten berufsmäßigen Organen“ in Art 20 Abs 1 B-VG immer nur Beamte gemeint sein konnten.

Dass Vertragsbedienstete jetzt in Art 20 Abs 1 B-VG Erwähnung finden, ist als Anpassung des Verfassungstextes an die realen Gegebenheiten zu sehen, nämlich einen umfassenden Einsatz von Vertragsbediensteten sowohl in der Privatwirtschafts- als auch in der Hoheitsverwaltung. Die Verwendung von Vertragsbediensteten in beiden Verwaltungsbereichen ist durch die Novellierung des Art 20 Abs 1 B-VG daher nunmehr *grundsätzlich verfassungsrechtlich gedeckt*, zumal Art 20 Abs 1 B-VG durch die Verwendung des Wortes „oder“ zum Ausdruck bringt, dass Vertragsbedienstete *alternativ zu Berufsbeamten* zum Einsatz kommen können. Fraglich bleibt jedoch, ob Vertragsbedienstete auch in allen Funktionen bzw auf allen Funktionsebenen der

⁴ Dazu näher Weichselbaum, Berufsbeamtentum und Verfassung (2003), 100 ff.

⁵ Siehe die von der Expertengruppe vorgeschlagene Fassung des Art 20 Abs 1 und 2 B-VG im Ministerialentwurf betreffend ein Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert und ein Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz erlassen wird, 94/ME 23. GP, 2.

⁶ RV 314 BlgNR 23. GP, 8.

Verwaltung tätig werden dürfen. Dies soll im Folgenden geklärt werden.

B. Punktuelle Beamtenvorbehalte im Bundesverfassungsrecht

Enthält die Bundesverfassung keinen allgemeinen Funktionsvorbehalt für die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben durch Beamte, so ist es doch bemerkenswert, dass sie an nicht wenigen Stellen für gewisse Funktionen ausdrücklich die verpflichtende Verwendung von Beamten vorsieht.⁷ Diese spezifischen *Funktionsvorbehalte* setzen naturgemäß voraus, dass es auch Bedienstete in Beamtenverhältnissen gibt und implizieren sohin gleichzeitig eine *Institutionengarantie*.⁸

Im Hinblick auf die Ausgestaltung des Landesdienstrechts ist es daher von besonderem Interesse, dass neben Art 106 B-VG betreffend den Landesamtsdirektor auch § 1 Abs 3 und § 2 Abs 3 BVG ÄmterLReg von Beamten als stellvertretender Landesamtsdirektor bzw als Abteilungs- und Gruppenleiter im Amt der Landesregierung sprechen. § 3 Abs 3 BVG ÄmterLReg führt darüber hinaus im Hinblick auf die Möglichkeit der Vertretung von Landeshauptmann, Landesregierung oder deren Mitglieder auch „einzelne den Abteilungen zugeteilte Beamte“ an.

In jüngerer Zeit hat *Kucsko-Stadlmayer* zum Thema „punktuelle Beamtenvorbehalte“ mit deutlichen Worten festgehalten:

„Soweit die Funktionsvorbehalte reichen, darf das Beamtentum somit nicht abgeschafft und durch einen – dienstrechtlich wie auch immer abgesicherten – Vertragsbediensteten ersetzt werden. Die Reichweite der Institutionengarantie ist somit davon abhängig, wo die Grenzen des Funktionsvorbehalts für das Berufsbeamtentum gezogen werden. Selbst unter Zugrundelegung der restriktivsten Auffassung, die nur die vom Bundesverfassungsrecht ausdrücklich angeordneten Funktionsvorbehalte anerkennt, kann das Berufsbeamtentum als Institu-

⁷ Vgl die Aufzählung bei *Kucsko-Stadlmayer*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für eine Dienstrechtsreform, in: Potacs/Rondo-Brovetto (Hrsg), Öffentlicher Dienst in Kärnten (2006), 1 (6 f).

⁸ Vgl *Weichselbaum*, Berufsbeamtentum, 31 f mwN, speziell zu den punktuellen Funktionsvorbehalten in jüngerer Zeit *Kucsko-Stadlmayer*, Rahmenbedingungen, 13; siehe auch schon die zahlreichen Nachweise bei *Weichselbaum*, 93 f, Fn 229, 97, Fn 243 und 162, Fn 508; aA, allerdings ohne nähere Begründung, *Wieser*, Die einstweilige Bundesregierung (1994), 56, der konkret in Hinblick auf Art 71 B-VG die Auffassung vertritt, dass unter den Begriff „leitende Beamte“ auch mit Leitungsfunktionen betraute Vertragsbedienstete fallen; vgl auch *Bußjäger*, Organisationsrechtliche Rahmenbedingungen einer Verwaltungsreform aus Sicht des Verfassungsrechts, in: Potacs/Rondo-Brovetto (Hrsg), Beiträge zur Reform der Kärntner Landesverwaltung (2001) 81 (88), der ebenfalls ohne nähere Begründung davon ausgeht, dass der Bundesverfassungsgesetzgeber im BVG ÄmterLReg, ebenso wie in Art 106 B-VG und Art 117 Abs 7 B-VG, durch die Verwendung des Begriffs „Beamter“ bzw „Verwaltungsbeamter“ nur zum Ausdruck bringen wollte, dass „die Spitzenbürokratie im Bereich der Länder von professionellen, im Verwaltungsdienst stehenden Organen geführt werden muss“. Siehe dazu auch noch unten bei Fn 11.

tion somit nicht völlig abgeschafft werden. Verfassungsrechtlich bedenklich ist daher das Vbg LBG, L 2000/50, das die Neuaufnahme von Landesbeamten überhaupt nicht mehr ermöglicht“.⁹

Diesen Feststellungen von *Kucsko-Stadlmayer* könnte nun entgegengehalten werden, dass sie vor der B-VG-Novelle 2008 BGBl I 2008/2 erfolgten, sodass die angeführten Bestimmungen im Lichte dieser Novelle weit und damit auch Vertragsbedienstete umfassend zu interpretieren wären. Dem ist jedoch Folgendes entgegenzuhalten:

In Art 20 Abs 1 B-VG ist nach wie vor von „ernannten berufsmäßigen Organen“ die Rede; jedenfalls seit dieser B-VG-Novelle steht außer jeglichem Zweifel, dass damit nur Beamte gemeint sind. Sie finden somit in dieser Bestimmung nach wie vor ausdrücklich Erwähnung und haben daher als eigene Bedienstetenkategorie immer noch ihren festen Platz in der Bundesverfassung. Wäre gewollt gewesen, die zuvor angesprochenen punktuellen Beamtenevorhalte der Bundesverfassung zu beseitigen, so wäre dies gleichzeitig mit der Novellierung des Art 20 Abs 1 B-VG durch eine sehr einfache Adaptierung dieser Bestimmungen (Verwendung des Begriffs „Bedienstete“ statt „Beamte“) möglich gewesen.

Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass das BVG ÄmterLReg von dem mit dieser B-VG-Novelle in Zusammenhang stehenden und daher im gleichen BGBl enthaltenen 1. Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz (1. BVRBG) sogar zweifach betroffen war: So wurden mit § 1 Abs 3 Z 2 1. BVRBG § 1 Abs 1 zweiter Satz und § 5 BVG ÄmterLReg als nicht mehr geltend festgestellt. Im Übrigen blieb das BVG ÄmterLReg jedoch unberührt.

Hat der Bundesverfassungsgesetzgeber mit der Novellierung des Art 20 Abs 1 B-VG zum Ausdruck gebracht, dass in der Verwaltung sowohl Beamte als auch Vertragsbedienstete tätig sein dürfen, die auf Beamte bezogenen Bestimmungen jedoch unverändert beibehalten, so ist umso eher jene in der Literatur vertretene Auffassung in Zweifel zu ziehen, die von einem weiten, auch Vertragsbedienstete umfassenden Verständnis des Begriffs „Beamter“ in der Bundesverfassung ausgeht.¹⁰ Konsequenterweise dürfte die Novellierung des Art 20 Abs 1 B-VG bzw die Novelle BGBl I 2008/2 damit insgesamt sogar eine Stärkung des Berufsbeamtentums in gewissen Bereichen bewirkt haben, dies dahin gehend, dass der – insbesondere der regelmäßige – Einsatz von Vertragsbediensteten in Spitzenpositionen der Verwaltung nunmehr aufgrund der eindeutigen Differenzierung im Verfassungstext klar als verfassungswidrig zu bewerten ist.

Speziell zum Vorarlberger Landesdienstrecht ist im Hinblick auf die gegenständliche Verfassungsproblematik auch

⁹ *Kucsko-Stadlmayer*, Rahmenbedingungen, 13 und 13, Fn 46 (Hervorhebungen nicht im Original).

¹⁰ Siehe die Nachweise oben in Fn 8 sowie unten bei Fn 11.

auf folgendes Spezifikum hinzuweisen: Mit LGBl 2007/34 wurde Art 51 Abs 4 Vbg Landesverfassung dahin gehend geändert, dass zum Landesamtsdirektor ein rechtskundiger „Bediensteter“ zu bestellen ist, es muss sich dieser Bestimmung zufolge daher seither nicht mehr um einen „Beamten“ handeln. Des Weiteren bezieht sich die Regelung des Art 51 Abs 5 Vbg Landesverfassung betreffend die Vertretung des Landeshauptmannes, der Landesregierung oder einzelner ihrer Mitglieder seitdem ebenfalls nicht nur auf „Beamte“, sondern auf „Bedienstete“.

In den einschlägigen Gesetzesmaterialien wird dies aus bundesverfassungsrechtlicher Sicht wie folgt beurteilt:

„Nach Art. 99 Abs. 1 B-VG kann die durch Landesverfassungsgesetz zu erlassende Landesverfassung, insoweit dadurch die Bundesverfassung nicht berührt wird, durch ein Landesverfassungsgesetz abgeändert werden.

Der Art. 106 des Bundes-Verfassungsgesetzes i.V.m. § 8 Abs. 5 lit. a des Übergangsgesetzes 1920 bestimmt, dass zur Leitung des inneren Dienstes des Amtes der Landesregierung von der Landesregierung mit Zustimmung der Bundesregierung ein rechtskundiger Verwaltungsbeamter als Landesamtsdirektor bestellt werden muss.

§ 1 Abs. 3 des Bundesverfassungsgesetzes vom 30. Juli 1925 betreffend Grundsätze für die Einrichtung und Geschäftsführung der Ämter der Landesregierungen außer Wien (kurz: BVG Ämter LReg) normiert, dass der Landesamtsdirektor im Falle der Verhinderung durch einen rechtskundigen Beamten des Amtes der Landesregierung zu vertreten ist.

Zufolge der Bestimmung des § 2 Abs. 3 BVG Ämter LReg stehen Beamte den Abteilungen und Gruppen des Amtes der Landesregierung vor.

Gemäß § 3 Abs. 3 BVG Ämter LReg ist in der Geschäftsordnung zu regeln, inwieweit der Landeshauptmann, die Landesregierung oder einzelne Mitglieder derselben sich durch den Landesamtsdirektor, die Gruppenvorstände und Abteilungsvorstände oder ausnahmsweise auch einzelne den Abteilungen zugeteilte Beamte vertreten lassen können.

Vereinzelt ist in der Literatur die Meinung anzutreffen, dass der in den genannten Bestimmungen des Bundesverfassungsrechts verwendete Beamtenbegriff nicht auf eine Pragmatisierung abstellt (vgl dazu Peter Bußjäger, Zur Konstruktion des verfassungsrechtlich vorgegebenen Beamtenbildes, ÖJZ 1997, 681 ff.). Die überwiegende Lehre hält jedoch am Erfordernis eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses fest. Unter Zugrundelegung dieser Auffassung bedeutet dies, dass Art. 51 Abs. 4 und 5 der Landesverfassung bundesverfassungskonform zu vollziehen sein wird. Solange eine Änderung auf bundesverfassungsrechtlicher Ebene nicht erfolgt, ist daher insbesondere davon auszugehen, dass die Bundesregierung der Bestellung eines Landesamtsdirektors sowie dessen Stellvertre-

*ters nur dann zustimmen wird, wenn es sich hierbei um einen Bediensteten handelt, der in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis steht.*¹¹

Diese Erläuternden Bemerkungen zur gegenständlichen Novelle zeigen, dass sich der Vorarlberger Landesgesetzgeber offenkundig voll und ganz bewusst war, dass die gegenständliche Landesverfassungsnovelle im Widerspruch zur österreichischen Bundesverfassung steht, trotzdem hat er sie in dieser Form erlassen. Die Annahme, dass hier eine bundesverfassungskonforme (einschränkende) Interpretation möglich sei, ist jedenfalls mehr als fragwürdig, wird mit dieser Novelle doch explizit das Wort „Beamte“ durch den weiteren Begriff „Bedienstete“ ersetzt, sodass unzweifelhaft ist, dass nicht nur Beamte, sondern auch Vertragsbedienstete angesprochen sein sollen.

Gerade in diesem Widerspruch zwischen Gesetzesmaterialien zu und -wortlaut des Art 51 Vbg Landesverfassung zeigt sich deutlich das Dilemma der Vorarlberger Dienstrechtssituation in ihrer jetzigen Gestalt. Da für Leitungsfunktionen, insb auch die Funktion des Landesamtsdirektors, keine Möglichkeit der Verbeamtung von Vertragsbediensteten vorgesehen ist, verlässt der Vorarlberger Landesgesetzgeber den Rahmen des ihm durch die Bundesverfassung vorgegebenen Handlungsspielraums. Das Vorarlberger Landesbedienstetengesetz 2000 in seiner derzeitigen Gestalt ist daher bundesverfassungswidrig. Entsprechendes gilt für die Novelle zu Art 51 Vbg Landesverfassung, da sie im Widerspruch zu den bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben für die Bestellung des Landesamtsdirektors steht.

III. Ergebnis und Lösungsvorschläge

Das Vorarlberger Landesdienstrecht verstößt nicht gegen Art 20 Abs 1 B-VG, da diese Bestimmung seit der B-VG-Novelle 2008 BGBl I 2008/2 die Möglichkeit eröffnet, Vertragsbedienstete – alternativ zu auf Zeit gewählten und ernannten berufsmäßigen Organen – sowohl in der Privat- als auch in der Hoheitsverwaltung einzusetzen. Da der österreichischen Bundesverfassung jedoch nach wie vor auch Beamtenvorbehalte für Leitungsfunktionen in der Landesverwaltung immanent sind (Landesamtsdirektor und sein Stellvertreter, Gruppenleiter, Abteilungsleiter und wegen § 3 Abs 3 BVG ÄmterLReg wohl zumindest deren Stellvertreter) und derzeit auch keine Anzeichen erkennbar sind, dass sich dies in absehbarer Zeit ändern wird, wird der Vorarlberger Landesdienstrechtsgesetzgeber nicht umhin kommen, die bestehenden Bestimmungen dahin gehend zu adaptieren, dass eine Verbeamtung von für diese Funktionen vorgesehenen Bediensteten wieder möglich ist.

Es liegt dabei – wie sich aus Art 20 Abs 1 B-VG ergibt – in seinem rechtspolitischen Gestaltungsspielraum, ob er über die punktuellen Beamtenvorbehalte hinaus gehend öffent-

lich-rechtliche Dienstverhältnisse vorsehen möchte oder nicht. Anreiz dafür könnte sein, dass damit im Hinblick auf den Wortlaut des Art 106 B-VG, der voraussetzt, dass Bewerber bereits „verbeamtet“ sind, ein größerer Pool an potentiellen Bewerbern um die Stelle des Landesamtsdirektors geschaffen wird. Aus Gründen der Sachgerechtigkeit erscheint es allerdings ausgeschlossen, Verbeamtungen (auch) zum einzigen Zweck vorzusehen, einem Bewerber den „Sprung“ auf die Stelle des Landesamtsdirektors zu ermöglichen.

Über die Autorin:

Ass.-Prof. Mag. Dr. Barbara Weichselbaum ist am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien tätig.

Kontaktadresse:

Hörlgasse 6, Top 8, A-1090 Wien

E-Mail:

barbara.weichselbaum@univie.ac.at

¹¹ XXVIII. Vbg LT, RV 15/2007, 3 (Hervorhebung nicht im Original).