Lizenziert für Universität Wien am 08.02.2022 um 12:37 Uhr

Verwaltung im demokratischen Rechtsstaat

Festschrift für Harald Stolzlechner zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Karim Giese
Gerhart Holzinger
Clemens Jabloner

Redaktion:
Karim Giese, Andreas W. Wimmer

VERLAG ÖSTERREICH

Verlag Österreich

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V

Förderer VII

AutorInnenverzeichnis XIII

Gerhart Holzinger, Wien
Geleitwort XIX

Ludwig Adamovich, Wien
Gleichheitsgrundsatz und Gerechtigkeit 1

Gerhard Baumgartner, Klagenfurt
Der Geschäftsverteilungsausschuss des Verwaltungsgerichts Wien 17

Wilhelm Bergthaler/Kerstin Holzinger, Wien
Mobile Maschinen im Anlagen- und Immissionsschutzrecht – dargestellt am Beispiel der Off-RoadV 37

Walter Berka, Salzburg
Die menschenrechtliche Verantwortung des Staates für den Schutz vor Katastrophen 57

Peter Bußjäger, Vaduz
Mieders in Vorarlberg? Überlegungen zu Gemeindegut und Agrargemeinschaften in Vorarlberg 71

Harald Eberhard, Wien
Selbstverwaltung und weisungsfreie Verwaltung 89

Rudolf Feik, Salzburg
Rektorat versus entscheidungsbefugte Senatskommissionen: Im UG 2002 vorgesehene Schnittstellen und ungelöste Problemfelder 107

Anna Gamper, Innsbruck
Verfassungsrechtliche Voraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Richteramts in Österreich und Europa 137

Verlag Österreich

Lizenziert für Universität Wien am 08.02.2022 um 12:37 Uhr

Karim Giese, Salzburg
Sonderwidmungen im Raumordnungrecht 155

Gunther Gruber, Wien
Die Transferierung der Pokerspielsalons in das Glücksspielmonopol des Bundes . 191

Meinrad Handstanger, Wien
Schlüssigkeit versus Richtigkeit 207

Andreas Hauer, Linz
Der Fristsetzungsantrag nach der Verwaltungsgerichtsbarkeitsreform 2012..... 223

Johannes Hengstschläger, Linz
Zuständigkeitskonkurrenzen. Erörtert am Beispiel gewerbebehördlicher Betriebsanlagengenehmigungsverfahren 243

Michael Holoubek, Wien
Das „Zertifizierungsrechtsverhältnis" – Überlegungen zu „Staat" und „Privat" im Wirtschaftsrecht 259

Thomas Horvath, Wien
Energieeffizienzvorschriften für gewerbliche Betriebsanlagen und Kompetenzverteilung 275

Clemens Jabloner, Wien
„Streitigkeiten in dienstrechtlichen Angelegenheiten der öffentlich Bediensteten" nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 291

Dietmar Jahnel, Salzburg
Verfassungsrechtliche Fragen der elektronischen Gesundheitsakte (ELGA)..... 307

Arno Kahl, Innsbruck
Grenzenlose Normung? 329

Ferdinand Kerschner, Linz
Artikel 6 EMRK noch nicht voll erfüllt: Zu den neuen Verwaltungsgerichten 347

Reinhard Klaushofer, Salzburg
Das System der Nebenrechte in der GewO 363

Benjamin Kneihs, Salzburg
Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie 381

Mario Kostal, Salzburg
Audits und Zertifizierungen an öffentlichen Universitäten..... 411

Georg Lienbacher, Wien
Die dynamische Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union und ihre Grenzen – Eine Gedankenskizze 423

Lizenziert für Universität Wien am 08.02.2022 um 12:37 Uhr

Siegbert Morscher, Innsbruck
Zu Versäumnissen der Allgemeinen Staatslehre 451

Hans Neuhofer, Linz
Gemeindeselbstverwaltung und die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit..... 461

Sylvia Paliege-Barfuß, Wien
Das „rechte Maß" bei betriebsanlagenrechtlichen Maßnahmen 475

Otto Pfersmann, Paris
Die Auflösung der Normbegründung als Technik der extrasystematischen Systemänderung 487

Rainer Pitschas, Speyer
Neues Verwaltungsrecht im reflexiven sozialen Rechtsstaat 509

Michael Potacs, Wien
Gewerbebegriff in wirtschaftlicher Betrachtungsweise 531

Bernhard Raschauer, Wien
„Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln" 547

Nicolas Raschauer, Linz
Überlegungen zu den Mautaufsichtsorganen gemäß BStMG.
Zahnlose Akteure oder wertvolle Aufsichtshelfer? 561

Robert Rebhahn, Wien
Zur finanziellen Krise eines Bundeslandes – Eine Skizze..... 585

Kurt Schmoller, Salzburg
Der OGH in Strafsachen: „Wahrer einheitlicher Rechtsauslegung" oder „Schulmeister der Anwälte"? 607

Rolf Stober, Berlin
Corporate Compliance und Corporate Security. Der Kontext von Compliance zur Sicherheitswirtschaft und zur Unternehmenssicherheit 627

Karl Stöger, Graz
„Einsendeleistungen" in der Fondsfinanzierung der Krankenanstalten..... 641

Michael Thaler, Salzburg
Das Verhältnis von Recht und Moral und die Grundlage rechtswissenschaftlicher Betrachtung..... 655

Mathias Vogl, Wien
Der neue Menschenrechtsbeirat bei der Volksanwaltschaft..... 679

Karl Weber/Sebastian Schmid, Innsbruck
Die Rechtsmittelbefugnis von Umweltorganisationen in Umweltverfahren..... 705

Lizenziert für Universität Wien am 08.02.2022 um 12:37 Uhr

Harald Wendl, Salzburg
Der Nachbarschutz im gewerblichen Betriebsanlagenrecht in Theorie und Praxis – Ein Überblick 725

Ewald Wiederin, Wien
Die öffentliche Hand als Partei und Behörde 741

Andreas W. Wimmer, Innsbruck
Die Entschädigung im Sicherheitsverwaltungsrecht 759

Roland Winkler, Salzburg
Der Nachbar im vereinfachten Genehmigungsverfahren nach § 359b GewO zwischen Verwaltungsrecht, Verfassungsrecht und zivilrechtlichem Nachbarrecht 783

Ulrich E. Zellenberg, Wien
Sportanlagen zwischen Gewerbekompetenz und Veranstaltungswesen 799

Lebenslauf 821

Schriftenverzeichnis 823

Lizenziert für Universität Wien am 08.02.2022 um 12:37 Uhr

„Streitigkeiten in dienstrechtlichen Angelegenheiten der öffentlich Bediensteten“ nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012

Clemens Jabloner

Lizenziert für Universität Wien am 08.02.2022 um 12:37 Uhr

Übersicht

I. Einleitung und Rückblick
II. Das Auslegungsproblem
A. Eine Vorfrage
B. Methodischer Ausgangspunkt
C. Variante 1: Harmonisierung
D. Variante 2: Art 130 B-VG geht vor
E. Variante 3: Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Dienstvertrages
F. Fazit
III. Ausklang

I. Einleitung und Rückblick

1. Art 130 Abs 2 Z 3 B-VG in der am 1. Jänner 2014 in Kraft tretenden Fassung[1] sieht vor, dass durch „Bundes- oder Landesgesetz“ „sonstige Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung über … Streitigkeiten in dienstrechtlichen Angelegenheiten der öffentlich Bediensteten“ vorgesehen werden können. Da für dienstrechtliche Streitigkeiten, die bescheidmäßig erledigt werden, die Verwaltungsgerichte schon nach Art 130 Abs 1 Z 1 und 3 B-VG zuständig sind, ermächtigt Art 130 Abs 2 Z 3 B-VG zunächst prima vista dazu, die Vollziehung auch des Dienstvertragsrechts des Bundes und der Länder den Verwaltungsgerichten zu übertragen. Doch steht diese Bestimmung – so verstanden – in einem Spannungsverhältnis zu Art 21 Abs 1 letzter Satz B-VG: Danach entscheiden über Streitigkeiten aus vertraglichen Dienstverhältnissen die ordentlichen Gerichte. Auch diese Bestimmung wurde mit der B-VG-Novelle 2012 geändert, erst seither ist von den „ordentlichen“ Gerichten die Rede.

Nun beschäftigt die Einordnung des öffentlichen Dienstrechts in das Gefüge der Staatsfunktionen die österreichische Rechtspolitik und Judikatur schon bald

[1] BGBl I 2012/51.

Verlag Österreich

200 Jahre. Wer dachte, man sei 2012 damit ins Reine gekommen, wird also eines Besseren belehrt. In der Tat steht das hier exponierte Auslegungsproblem in einer langen Tradition kniffliger Kompetenzfragen. Dies rechtfertigt es, die verfassungsrechtliche Entwicklung gerafft nachzuerzählen, dies zumal einzelne Elemente für unser Problem unmittelbar relevant sind. Im Grunde haben wir es mit zwei einander überlagernden Themen zu tun: Zunächst ging und geht es darum, die streitige Vollziehung des Dienstrechts einem bestimmten Organkomplex zuzuordnen. Kandidaten dafür sind erstens die Verwaltung mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit, zweitens die ordentliche Gerichtsbarkeit und drittens die Kausalgerichtsbarkeit des Reichsgerichts/VfGH. Seit der bundesstaatlichen Einrichtung Österreichs stülpt sich darüber die Frage der Verbandskompetenz zur Gesetzgebung und Vollziehung.

2. In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurden Dienstverhältnisse der Beamten noch als privatrechtliche Vertragsverhältnisse betrachtet, über die im Streitfall die ordentlichen Gerichte entschieden. Danach verfügte das Hofdekret vom 16. August 1841, JGS 555, dass Streitigkeiten aus dem Dienstverhältnis im administrativen Weg auszutragen seien. Indessen nahm das Reichsgericht 1871 – noch vor der 1875 erfolgten Einrichtung des VwGH – die Zuständigkeit, über dienstrechtliche Ansprüche der Beamten zu entscheiden, für sich in Anspruch. Als Rechtsgrundlage galt dem Reichsgericht Art 3 lit a StGG über die Einsetzung des Reichsgerichts, RGBl 1867/143. Diese Bestimmung erfasste die Durchsetzung von Ansprüchen gegen das Reich und dessen Bestandteile, die nicht zivilrechtlicher Natur waren. Ob der Staatsgrundgesetzgeber wirklich die Absicht hatte, dem Reichsgericht die Dienstrechtszuständigkeit zuzuweisen, war mehr als zweifelhaft.[2] Da sich in der Folge auch der VwGH für zuständig erachtete, über dienstrechtliche Streitigkeiten zu entscheiden, entstand eine Kompetenzkonkurrenz, die in den Worten von *Neumann-Ettenreich* „die Gestalt eines förmlichen Kampfes" annahm.[3] Zwar entschied der sog „Austrägalsenat"[4] in der Regel zu Gunsten des Reichsgerichts, der Streit blieb aber bestehen.[5]

Bei dieser Unklarheit blieb es auch unter der Geltung des B-VG, obzwar – wie *Kelsen* hervorhebt – infolge der 1920 geschaffenen, allgemeinen reformatorischen Kompetenz des VwGH[6] nun überhaupt keine Rechtsschutzlücke mehr

---

2 Verneinend *Hans Kelsen,* Der Rechtsschutz für die dienstrechtlichen Ansprüche der Staatsbeamten, Gerichts-Zeitung 1923, 73 (74); ebenfalls zweifelnd, die schließlich in Anspruch genommene Kompetenz aber zur Kenntnis nehmend *Robert Neumann-Ettenreich,* Der Rechtsschutz für die dienstrechtlichen Ansprüche der Staatsbeamten, ZfV 1923, 1.

3 Vgl *Neumann-Ettenreich,* ZfV 1923, 6.

4 Für Kompetenzkonflikte zwischen den beiden Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts wurde mit RGBl 1876/37 ein spezieller paritätisch besetzter Senat unter dem Vorsitz des Präsidenten des OGH eingerichtet.

5 Vgl *Neumann-Ettenreich,* ZfV 1923, 9.

6 Art 133 Abs 3 B-VG in der Stammfassung (BGBl 1920/1).

Lizenziert für Universität Wien am 08.02.2022 um 12:37 Uhr

offen war, die der VfGH nach Art 137 B-VG zu schließen gehabt hätte.[7] Dennoch hielt der VfGH an seiner Zuständigkeit fest und blieb bis zur B-VG-Novelle 1929 das „ausschließliche Beamtendienstgericht".[8] Die quantitative Bedeutung dieser Streitigkeiten war sehr hoch, machten sie doch mehr als die Hälfte der Judikatur des VfGH aus. So enthält der Band VfSlg 1923 von 123 Entscheidungen 64 aus dem Gebiet des Dienstrechts, VfSlg 1927 von 137 Entscheidungen deren 99.[9]

Die B-VG-Novelle 1929 reduzierte einerseits die Kausalgerichtsbarkeit auf wechselseitige Ansprüche der Rechtsträger und übertrug die Zuständigkeit für individuelle Ansprüche gegen Rechtsträger nach Art 131 B-VG dem VwGH. Andererseits wurde im damaligen Art 132 B-VG angeordnet, dass der VwGH „in Streitfällen", die sich aus dem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis ergeben, meritorisch erkennt. Die Parteien konnten den VwGH also sowohl durch eine Klage, womit ein vermögensrechtlicher Anspruch geltend gemacht wurde, als auch durch eine Beschwerde, die die Rechtswidrigkeit des Bescheids der Verwaltungsbehörde geltend machte, anrufen.

Diese Kompetenzabgrenzung fand allerdings nicht Eingang in die verfassungsrechtliche Ordnung der Zweiten Republik. Zwar wurde das B-VG grundsätzlich in der Fassung der Novelle 1929 rezipiert, für die Verwaltungsgerichtsbarkeit galt aber eine besondere Überleitung. Zufolge *Ringhofer* hat man sich „mehr an die einheitlichere, straffere Regelung des Gegenstandes durch die Verfassung 1934" gehalten.[10] Zwar wurde mit der neuen Säumnisbeschwerde ein gerade auch für Beamtenansprüche wesentliches Rechtsschutzinstrument übernommen, aber eben nicht auch die Kompetenzkonzentration beim VwGH. Die schon zwischen dem Reichsgericht und dem VwGH bestandene Konkurrenz wurde so reanimiert, aber nur theoretisch. Aus zwei Gründen verlor sie ihre praktische Virulenz: Zum einen bezieht sich die Kausalgerichtsbarkeit ja auf Ansprüche aus einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis, die nicht im Einzelfall zuzuerkennen sind, sondern unmittelbar von Gesetzes wegen zustehen.[11] Durch die zunehmende Verrechtlichung des Beamtendienstverhältnisses besonders seit der Schaffung des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1958 wurde ein dienstrechtliches „Außenverhältnis" konturiert, in das nur mehr durch einen Bescheid eingegriffen werden kann, gegen dessen Nichterlassung oder Rechtswidrigkeit der Weg zum VwGH offen steht.[12] Damit reduziert sich die Zuständigkeit des VfGH

7 Vgl *Kelsen,* Gerichts-Zeitung 1923, 77.
8 Vgl *Ludwig Adamovich,* Grundriss des österreichischen Staatsrechtes (1927) 350.
9 Zum Ganzen vgl auch *Ulrich Zellenberg,* Art 137 B-VG, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (7. Lfg 2005) Rz 3.
10 Vgl näherhin *Kurt Ringhofer,* Der Verwaltungsgerichtshof (1955) 102.
11 Vgl *Kurt Ringhofer,* Die österreichische Bundesverfassung (1977) 433.
12 Vgl *Gabriele Kucsko-Stadlmayer,* Das Disziplinarrecht der Beamten[4] (2010) 10.

Lizenziert für Universität Wien am 08.02.2022 um 12:37 Uhr

auf die seltenen „Liquidationsfälle".[13] Zum Verrechtlichungseffekt tritt noch der erfreuliche wirtschaftliche Umstand, dass es die Finanzlage des Staates in der Zweiten Republik grundsätzlich erlaubte, die Beamten auch tatsächlich zu besolden.

3. Daneben gab es stets durch Vertrag bestellte Angestellte, die hauptsächlich in der Wirtschaftsverwaltung der Gebietskörperschaften Verwendung fanden.[14] Kompetenzgrundlage waren - auf der Basis des B-VG – bis 1974 allein die Tatbestände des „Zivilrechtswesens" und des „Arbeitsrechts".[15] Streitigkeiten aus diesen Dienstverhältnissen waren vor den ordentlichen Gerichten auszutragen. Umstritten war allerdings, ob Art 20 Abs 1 B-VG eine „Führung der Verwaltung" durch Vertragsbedienstete überhaupt zuließ. Diese Frage beantwortete die B-VG-Novelle 1974, denn seitdem ist in Art 21 Abs 1 B-VG ausdrücklich vom „Dienstvertragsrecht" die Rede; zugleich wurden legislative Möglichkeiten auch für den Landesgesetzgeber geschaffen.[16] Mit der B-VG-Novelle 1999[17] wurde die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder von den zuvor gegebenen Schranken befreit.

In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass der VfGH beginnend mit VfSlg 8830/1980 aus dem bis zur B-VG-Novelle 1999 geltenden „Homogenitätsgebot" eine Rechtsprechung entwickelte, die den „Typenzwang" des öffentlichen Dienstverhältnisses verfassungsrechtlich verfestigte. Demnach konnte ein Dienstverhältnis nur entweder öffentlich-rechtlich oder dienstvertraglich sein. Seit 1999 bestehen nur mehr Reste dieses Typenzwangs:[18] Das klassische hoheitliche Beamtenverhältnis muss bis heute zumindest in Reservaten weiter bestehen,[19] ein Dienstvertragsrecht kann – aber freilich nur bis zum Inkrafttreten der B-VG-Novelle 2012 – nur gerichtlich vollzogen werden.

4. Mit der B-VG-Novelle 2012 soll den Ländern – jedenfalls auf der Basis des Art 130 B-VG – anscheinend nun auch eine gewisse Kompetenz auf dem Gebiet

---

[13] Vgl *Erwin Melichar,* Beamtendienstrecht und die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, in FS Schmitz (1967) 178 (188).

[14] Vgl *Adamovich,* Grundriss 210.

[15] Art 10 Abs 1 Z 6 und 11 B-VG. Vgl *Rudolf Thienel,* Öffentlicher Dienst und Kompetenzverteilung (1990) 14. Zum Begriff des „öffentlichen Dienstverhältnisses" vgl *Ferdinand Maultaschl,* Das „öffentlich-rechtliche" Dienstverhältnis, Die Versicherungsrundschau 1953, 366 (366).

[16] Der Landesgesetzgeber durfte allerdings nur Regelungen „über die Begründung und Auflösung des Dienstverhältnisses sowie über die sich aus diesem ergebenden Rechte und Pflichten" treffen. Zur neueren Entwicklung der dienstrechtlichen Zuständigkeiten vgl *Gabriele Kucsko-Stadlmayer,* Art 21 B-VG, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2. Lfg 1999) Rz 1 ff, 26 f.

[17] BGBl I 1999/8.

[18] Vgl *Kucsko-Stadlmayer* in Korinek/Holoubek Art 21 B-VG Rz 7.

[19] Vgl *Clemens Jabloner,* Verfassungsrechtliche Fragen des „Bundesmitarbeitergesetzes", in: GÖD (Hrsg), Positionen zum Bundesmitarbeitergesetz (2006) 14.

Lizenziert für Universität Wien am 08.02.2022 um 12:37 Uhr

der Vollziehung des Dienstvertragsrechts[20] eingeräumt werden. Sie können von der Ermächtigung Gebrauch machen, die Vollziehung auf die Verwaltungsgerichte zu übertragen. Die in den vielen Änderungen des Art 21 B-VG zum Ausdruck kommende wechselvolle Geschichte der Verbandskompetenzen und Vollzugszuständigkeiten hätte es nahelegt, die neue Kompetenz in den Materialien in irgendeine Richtung zu kommentieren. Dies ist aber nicht erfolgt: Weder der „Expertenentwurf" 2007,[21] noch der Ministerialentwurf des BKA-VD, der der Regierungsvorlage voranging,[22] enthielten die neuen Kompetenz. Erst die Regierungsvorlage zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle weist plötzlich die in Frage stehende Vorschrift auf, erläutert sie aber nicht.[23] Für die subjektive Interpretation finden sich also keine unmittelbaren Anhaltspunkte – eine tabula rasa.

Lizenziert für Universität Wien am 08.02.2022 um 12:37 Uhr

II. Das Auslegungsproblem

A. Eine Vorfrage

Vor dem Eingehen auf das hier zentrale Auslegungsproblem ist noch die Vorfrage zu beantworten, ob sich Art 21 Abs 1 letzter Satz B-VG – wenn er sich auf das Dienstvertragsrecht bezieht – dann nur auf jenes der Länder, oder auch auf jenes des Bundes bezieht. Nimmt man allein den Wortlaut in den Blick, so könnte auch das Dienstvertragsrecht des Bundes darunter fallen, da eben neutral vom „Dienstvertragsrecht" die Rede ist. Dagegen spricht sowohl die systematische Stellung des Satzes als auch die Entwicklung der Vorschrift. Art 21 Abs 1 B-VG ist heute eine an die Länder gerichtete Kompetenzbestimmung. Die Kompetenzgrundlage für das Bundesdienstrecht findet sich hingegen in Art 10 Abs 1 Z 16 B-VG „Dienstrecht und Personalvertretungsrecht der Bundesbediensteten". Nach der Auflassung der Grundsatzkompetenz des Bundes in Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG mit der B-VG-Novelle 1974 sollten die Länder eine gleichwertige Kompetenzgrundlage erhalten.[24] Von daher gesehen hat die Einschränkung der Zuständigkeit in Art 21 Abs 1 letzter Satz B-VG auch nur für den Landesgesetzgeber eine Bedeutung. Art 21 Abs 1 letzter Satz B-VG hindert somit den Bundesge-

---

[20] Nicht gemeint sind hier die jedenfalls in der Landesverwaltung verbleibenden Befugnisse im Rahmen der Diensthoheit (Art 21 Abs 3 B-VG) – vgl dazu *Kucsko-Stadlmayer* in Korinek/Holoubek Art 21 B-VG Rz 27 ff.

[21] Abgedruckt in Holoubek/Lang (Hrsg), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2008) 387.

[22] 129/ME 24. GP.

[23] RV 1618 BlgNR 24. GP. Wie weit die bereits vorhandene Erklärung, besonders zum Tatbestand „Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens" ergiebig ist, wird noch in Frage zu stellen sein.

[24] Vgl etwa *Thienel*, Öffentlicher Dienst 15.

setzgeber nicht, Angelegenheiten seines Dienstvertragsrechts den Verwaltungsgerichten zu übertragen. Freilich ohne die Ermächtigung in Art 130 Abs 2 Z 3 B-VG wäre er dazu nicht im Stande: Zwar war der Bundesgesetzgeber immer schon frei, innerhalb der Schranken des Art 6 EMRK auch eine Angelegenheit des Zivilrechts an die Verwaltung – und die Verwaltungsgerichtsbarkeit – zu übertragen, doch fehlt es bis zum Wirksamwerden der B-VG-Novelle 2012 an einem Beschwerdegegenstand, der vor dem VwGH hätte geltend gemacht werden können. Der Bundesgesetzgeber hätte also nur die Möglichkeit gehabt, dem Art 6 EMRK entsprechende „Tribunale" über Streitigkeiten in Dienstvertragsangelegenheiten zu schaffen. Die Frage, welchem Verwaltungsgericht das Dienstvertragsrecht des Bundes zu übertragen ist, beantwortet Art 131 Abs 2 letzter Satz B-VG: Demnach erkennt das Verwaltungsgericht des Bundes – und nicht etwa das örtlich zuständige Landesverwaltungsgericht – „über Streitigkeiten in dienstrechtlichen Angelegenheiten der öffentlich Bediensteten des Bundes", wenn der Bundesgesetzgeber eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte gem Art 130 Abs 2 Z 3 B-VG vorsieht.

B. Methodischer Ausgangspunkt

Die folgenden Überlegungen beruhen auf einer relativen Skepsis gegenüber den Möglichkeiten der juristischen Interpretation.[25] Verneint wird die Auffassung, dass es grundsätzlich – und daher nur mit ganz seltenen Ausnahmen – für jedes Auslegungsproblem die eine richtige Lösung gäbe. Die Energien der (wissenschaftlichen) Rechtsdogmatik sind daher nicht auf die Findung und Immunisierung dieser „richtigen" Lösung zu richten. Vielmehr kann die Aufgabe der Rechtsdogmatik nur darin liegen, die möglichen Auslegungen, also den „Auslegungsrahmen", für eine Rechtsvorschrift – rsp für eine aus mehreren Rechtsvorschriften gebildete Rechtslage – zu ermitteln.[26] Dies schließt es keineswegs aus, manchmal[27] eine bestimmte Auslegung als richtige, weil anscheinend allein mögliche, auszumachen. Die rechtsdogmatische Ermittlung des Interpretationsrahmens kann als ein falsifikatorisches Unternehmen im Popperschen Sinn aufgefasst werden.[28] Demnach hat sich der Interpret darum zu bemühen, möglichst viele mögliche Auslegungen zu argumentieren, um gerade damit dem rechtsan-

[25] Vgl im Einzelnen *Clemens Jabloner,* Die Gesetzesmaterialien als Mittel der historischen Auslegung, in FS Schambeck (1994) 441 (442) mwN.

[26] Vgl *Hans Kelsen,* Reine Rechtslehre[2] (1960) 346.

[27] Genau genommen ist jede Vorschrift – auch die klarste – „auszulegen". Aber dieses simple „lesen und verstehen" wird von den Juristen zweckmäßigerweise noch nicht als „auslegen" verstanden.

[28] Vgl *Michael Thaler,* Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung (1982) 152; *Rudolf Thienel,* Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz (1991) 187.

Lizenziert für Universität Wien am 08.02.2022 um 12:37 Uhr

wendenden Organ zur Hand zu gehen. In jedem Fall kann aber die rechtswirksame Antwort nur im Rechtsanwendungsweg mittels einer – von *Kelsen* sog „authentischen Interpretation" – bestimmt werden.[29]

Freilich ist es nicht unproblematisch, den Interpretationsrahmen „nach außen" hin abzugrenzen. Würde man keinen relativen, sondern einen radikalen Interpretationsskeptizismus vertreten, ein „anything goes", so könnte eine solche Grenze überhaupt nicht bestimmt werden.[30] Ein solcher Standpunkt, der auf die Dekonstruktion des Rechts hinausläuft, wird hier aber keineswegs eingenommen. Vielmehr ist die Erlassung von Rechtsvorschriften in eine – allgemeinere – Kommunikation zwischen Menschen eingebettet, woraus sich bereits ein Grundgerüst von Interpretationsregeln ergibt.[31] Zudem enthält jede Rechtsordnung üblicherweise selbst explizite und implizite Interpretationsregeln, etwa die Regel „lex posterior derogat legi priori", von der noch die Rede sein wird.

Auf dem Boden dieser methodischen Festlegung zeigen sich – freilich unter dem Vorbehalt der Falsifikation durch eine später gefundene, hinzutretende Auslegungsvariante – drei Möglichkeiten, unseren – vielleicht nur scheinbaren – Normenkonflikt zu lösen:[32]

Demnach könnten Art 21 Abs 1 letzter Satz und Art 130 Abs 2 Z 3 B-VG zunächst in Einklang gebracht werden,[33] indem die Ermächtigung, die Vollziehung des Dienstvertragsrechts den Verwaltungsgerichten zu übertragen, auf den Bundesgesetzgeber reduziert wird. Die zweite Möglichkeit besteht darin, Art 130 Abs 2 Z 3 B-VG eine „derogative" Funktion zu geben. Drittens könnte die in Art 130 Abs 2 Z 3 B-VG enthaltene Ermächtigung möglicherweise auch so verstanden werden, dass bisher zweifelhafte Formen „hybrider" Dienstverhältnisse außer Streit gestellt werden.

---

[29] Besser wäre es, von einer „Entscheidung" zu sprechen, da zur wissenschaftlichen Klärung ein Willensakt hinzutritt – vgl *Robert Walter/Heinz Mayer/Gabriele Kucsko-Stadlmayer,* Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts[10] (2007) Rz 124.

[30] Vgl die Haltung der „American Critical Legal Studies", beschrieben bei *Roger Cotterrell,* The Politics of Jurisprudence[2] (2003) 202.

[31] Vgl dafür zuletzt etwa *Michael Potacs,* Erkenntnisinteresse und Methodenwahl, in FS Mayer (2011) 539 (547).

[32] Da die Interpretation ergeben kann, dass ein „Normenkonflikt" im strengen Sinn gar nicht vorliegt, ist es besser, den Begriff Normenkonflikt eben unter Anführungszeichen zu setzen oder es bei der vagen Bezeichnung als „Spannungsverhältnis zwischen Normen" zu belassen.

[33] Dies ist notwendig, weil dem B-VG konkurrierende Kompetenzen grundsätzlich fremd sind. Dass der Verfassungsgesetzgeber einen Normenkonflikt sehenden Auges wollte, ist zwar rechtstheoretisch möglich, aber dogmatisch wohl nicht anzunehmen.

Lizenziert für Universität Wien am 08.02.2022 um 12:37 Uhr

C. Variante 1: Harmonisierung

Zunächst könnte der Normenkonflikt vermieden werden, indem man beide Bestimmungen harmonisiert liest: Art 130 Abs 2 B-VG wird mit den Worten „Durch Bundes- oder Landesgesetz" eingeleitet, dann ist als dritter Tatbestand von den „Streitigkeiten in dienstrechtlichen Angelegenheiten der öffentlich Bediensteten" die Rede, die den Verwaltungsgerichten überwiesen werden können. Bleibt man dem noch möglichen Wortsinn treu, sind zwei Wege gangbar: Man kann die Bestimmung zunächst als eine Reihe durchgehender Konjunktionen verstehen, dh es wäre angeordnet, dass in jedem Fall die Ermächtigung sowohl durch den Bundesgesetzgeber als auch durch den Landesgesetzgeber ausgeübt werden kann (Variante 1a). Die Bestimmung könnte aber auch so verstanden werden, dass für die folgenden Tatbestände auch allenfalls nur der Bundesgesetzgeber oder nur der Landesgesetzgeber zuständig wäre. Im Falle der hier relevanten „Streitigkeiten" wäre dann eben – weil Art 21 Abs 1 letzter Satz B-VG die lex specialis ist – allein eine Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers gegeben (Variante 1b). Eine solche Auslegung findet im Wortlaut des Art 130 B-VG noch Platz.

Von der Sache her wirkt die reduzierende Auslegung nicht besonders überzeugend: Zwar könnte der Bundesverfassungsgesetzgeber die Harmonisierung des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses und des Dienstvertragsrechts allein für die Bundesbediensteten im Blick haben, auch um den Preis, dass die bisher einheitliche, weil von den Arbeits- und Sozialgerichten besorgte Vollziehung des Dienstvertragsrechts des Bundes und der Länder dann auseinanderfiele (Variante 1b). Allerdings würde dieser Zerfall auch eintreten, wenn nur der Bund oder nur die Länder oder nur einzelne Länder von der Ermächtigung Gebrauch machten (Variante 1a). Viel lässt sich aus solchen Überlegungen also nicht gewinnen.

D. Variante 2: Art 130 B-VG geht vor

a) Das österreichische Verfassungsrecht lässt materielle Derogationen zu, bis zu einem bestimmten Grad sind sie – namentlich in der Dimension generell/speziell – sogar unvermeidbar. Quantitativ zu viele Fälle von materiellen Derogationen sind also ein rechtstechnisches, kein verfassungsrechtliches Problem.

An der legistischen Oberfläche könnte man zunächst meinen, es läge die Situation vor, dass die spätere – auf der Grundlage der verfassungsrechtlichen Ermächtigung erlassene – Kompetenzzuweisung an ein Landesverwaltungsgericht dem Art 21 Abs 1 letzter Satz B-VG derogiere. Nun ist dies zwar zutreffend, aber trivial: Auch wenn dem Landesgesetzgeber die Zuständigkeit fehlte, bestünde die Regelung doch im Rahmen des Fehlerkalküls des Art 140 Abs 1 B-VG bis zu einer etwaigen Aufhebung durch den VfGH. Dem Art 21 Abs 1 letzter Satz

Lizenziert für Universität Wien am 08.02.2022 um 12:37 Uhr

B-VG wäre zwar nicht endgültig derogiert, er wäre aber durch das Landesgesetz als „lex posterior“ zurückgedrängt.[34]

Eine nicht triviale Anwendung der „lex posterior-Regel“ wäre daher nur im Verhältnis der beiden Ermächtigungsnormen zueinander möglich, dh man hätte anzunehmen, dass die insgesamt später eingeführte Bestimmung des Art 130 B-VG dem bisher uneingeschränkten zeitlichen Geltungsbereich des Art 21 Abs 1 letzter Satz B-VG derogiert hätte, mit der Folge, dass die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte zur Entscheidung über dienstvertragsrechtliche Streitigkeiten der Länder nur so lange bestünde, bis der (ein) Landesgesetzgeber diese Materien den Verwaltungsgerichten zuweist. Mit diesem Sinngehalt müsste die Regelung des Art 21 Abs 1 letzter Satz legistisch korrekt etwa: „… entscheiden, solange der Bundes- oder der Landesgesetzgeber nicht anderes vorsehen …“ lauten.

Die Anwendung der „lex posterior Regel“[35] hat aber zur Voraussetzung, dass sukzessive Rechtsetzungsakte vorliegen, aus denen die Änderung der Willensrichtung des Normsetzers geschlossen werden kann. Eine solche Konstellation liegt im gegebenen Fall aber gerade nicht vor, eben weil Art 21 Abs 1 letzter Satz B-VG, und zwar im hier ganz relevanten Teil, ja gleichzeitig mit der B-VG-Novelle 2012 geändert wurde. Rechtstheoretisch ist jede Änderung einer Vorschrift zugleich ihre Neuerlassung: eine Trennung zwischen einem „eigentlichen“ Rechtsetzungsakt, der sich auf die Verwaltungsgerichte bezieht, und einem bloßen „Rechtsanpassungsakt“, der sich auf die korrekte Benennung der Gerichte bezieht, erscheint doch allzu künstlich.[36]

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass unser Auslegungsproblem mit Hilfe der „lex posterior-Regel“ nicht gelöst werden kann.

b) Intuitiv mag die Lesart richtig erscheinen, wonach es die Absicht des Bundesverfassungsgesetzgebers 2012 gewesen wäre, in Art 21 Abs 1 letzter Satz B-VG nur den aktuellen Rechtsbestand fortzuschreiben und – wie dies ja auch

---

[34] Vgl *Robert Walter,* Können Verordnungen Gesetzen derogieren? ÖJZ 1961, 2.

[35] Der Auslegungsgrundsatz „lex posterior derogat legi priori“ ist kein normlogischer Grundsatz, wie dies vom traditionellen juristischen Denken lange angenommen wurde. Die Trägheit einmal erlassener Rechtsnormen, ihre „Unabänderlichkeit“, kann also nur durch eine positivrechtliche Zusatzregelung überwunden werden – vgl grundlegend *Adolf Merkl,* Die Unveränderlichkeit von Gesetzen – ein normlogisches Prinzip, JBl 1917, 97, 109, und *Hans Kelsen,* Allgemeine Theorie der Normen (1979) 102 –, die im Regelfall als implizite Verfassungsnorm auftritt: Die in entwickelten Rechtsordnungen vorgesehenen Verfahren zur Erzeugung von Rechtsnormen in bestimmten Rechtssatzformen lassen den Schluss darauf zu, dass die Rechtsordnung soweit als grundsätzlich abänderlich entworfen ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn eine spätere Rechtsvorschrift in derselben Rechtssatzform erzeugt wird. Der Stufenbau nach der derogatorischen Kraft spielt dann keine Rolle.

[36] Dafür spräche allenfalls, dass mit der B-VG Novelle 2012 in der Tat nur das Wort: „ordentlichen“ eingefügt wurde (siehe oben I.).

Verlag Österreich

Lizenziert für Universität Wien am 08.02.2022 um 12:37 Uhr

sonst bei Ermächtigungskonstruktionen oft der Fall ist – an den künftigen Gesetzgeber die Änderung der Rechtslage zu delegieren. Man denke nur an die Bedarfsgesetzgebung oder an die Verordnungskompetenzen des Bundespräsidenten nach Art 18 Abs 3 bis 5 B-VG. Allein in diesen Fällen wird das Verhältnis zwischen der Festlegung einer Kompetenzlage und der Ermächtigung zur Änderung dieser ganz deutlich gemacht, genau diese „Betriebsanordnung" fehlt hier aber.

Die auf den Willen des Normsetzers abstellende „subjektiv-historische Interpretation" zielt auf den Rechtsetzungswillen ab, der den an der Normsetzung im formellen Sinn beteiligten Menschen zugesonnen werden kann. Die – allenfalls (verfassungs)rechtlich vorgesehenen – parlamentarischen Materialien dienen dazu, die für die historische Auslegung maßgebenden Quellen zu beschränken und zu formalisieren.[37] Es ist eine Neuerung des parlamentarischen Prozesses, dass nunmehr auch Ministerialentwürfe im Informationsmedium des Parlaments veröffentlicht werden, samt den zu diesen Entwürfen eingelangten Äußerungen. Man könnte darin einen Schritt sehen, den Kreis der formellen Gesetzesmaterialien zu erweitern. Aber weiter lässt sich der Kreis nicht ziehen: Im Grunde des B-VG kann die „subjektiv-historische Interpretation" wohl nicht als ein Auftrag zur historischen Forschung verstanden werden. Es kann also nicht darum gehen, die an den Entwürfen beteiligten Beamten des Bundeskanzleramtes – der Dienstrechtssektion und des Verfassungsdienstes – nach ihren Vorstellungen zu befragen. Eine solche Erkundung könnte ja nicht bei diesen Beamten stehen bleiben, es müssten vielmehr die Hintergründe des faktischen politischen Prozesses, der zur Gesetzgebung führte, beleuchtet werden.[38]

In der Tat haben wir es hier mit einem Spannungsfeld zu tun: Einerseits ist die Anknüpfung an naturalistische Rechtsetzungsakte (Willensakte) ein rechtspositivistisches Argument für die grundsätzliche Praevalenz der historisch-subjektiven Methode. Andererseits erweist sich der Inhalt dieses Willensaktes als empirisch gerade nicht feststellbar, sondern wiederum nur mittels einer Zurechnungskonstruktion verfügbar.[39] Wie soll also der für unseren Fall relevante Rechtsetzungswille gefunden werden, wenn einerseits keine empirischen Erkundungen zulässig sind, andererseits aber die Materialien schweigen? Die Antwort lautet, dass wir uns nicht mehr (allein) auf dem Boden einer subjektiv-historischen, sondern bereits auf dem Boden einer systematischen Interpretation bewegen. Nun ist es eine juristische Erfahrung, dass sich die Interpretationsmethoden nicht wie die einzelnen Werkzeuge in einer Kiste säuberlich voneinander unterscheiden lassen, viel-

[37] Vgl *Jabloner* in FS Schambeck 448.

[38] Obwohl dies eine dankbare Aufgabe für eine empirische Politikwissenschaft wäre, zeigt sie dafür selten Interesse.

[39] Vgl *Robert Walter,* Die Interpretationslehre im Rahmen der Wiener Schule der Rechtstheorie, in FS Leser (1993) 191 (199).

Lizenziert für Universität Wien am 08.02.2022 um 12:37 Uhr

mehr scheinen sie – in konkreten Anwendungsfällen – ineinander zu greifen. Ob man nämlich davon geleitet ist, dass die Herstellung des „Systems" im Kopf des Interpreten stattfindet (objektive Interpretation), oder wiederum eine Zusinnung eines historischen Rechtsetzungswillens darstellt (subjektive Interpretation), ist bloß eine Frage der Deutung, die der Interpret seinen Überlegungen gibt.[40]

c) In diesem Sinn kann also die Auslegung 2 mit einer systematischen Überlegung gestützt werden, und zwar dergestalt, dass man das „System" auf die Abgrenzung der zeitlichen Anwendungsbereiche der in Rede stehenden Rechtsnormen bezieht.[41] Ebenso wie die Auslegungsvariante 1 hat auch diese These einen schalen Beigeschmack: Es bereitet Unbehagen, wenn man sich über den Wortlaut einer Verfassungsbestimmung hinwegsetzt.

Nun fällt auf, dass ein analoges Phänomen – freilich eine Rechtserzeugungsstufe tiefer – zu Ende der 1970er-Jahre *Harald Stolzlechner* zu einer scharfen literarischen Intervention veranlasste: Dem Kenner des materiellen Verwaltungsrechts fiel auf, dass manche gesetzliche Verordnungsermächtigungen die Verwaltungsbehörde zu einer – nicht bloß temporären – Änderung des Gesetzestextes ermächtigten.[42] So setzte § 3 Abs 1 des Erdöl-Bevorratungs- und -Meldegesetzes jenen Prozentsatz des importierten Erdöls gesetzlich fest, der als Pflichtnotstandsreserve zu halten ist. Gemäß Abs 3 dieser Bestimmung konnte der Bundesminister die Höhe der Pflichtnotstandsreserven durch Verordnung „abweichend von Absatz 1 neu festsetzen", wenn dies zur Wiederauffüllung der Lager notwendig war. Diese Regelung erschien dem Autor verfassungswidrig, weil sie den Verordnungsgeber zur Durchbrechung des Gesetzgebungsmonopols des Nationalrats ermächtigte. Für *Stolzlechner* lag daher eine verfassungswidrige „gesetzändernde Verordnung" vor.[43] Dieser Ansicht trat *Walter* entgegen: Die Änderung des Wortlauts des Gesetzes sei von der gesetzlichen Ermächtigung umfasst, diese daher nicht verfassungswidrig.[44]

Die gegenständliche Rechtslage weist eine ähnliche Struktur auf: Der Verfassungsgesetzgeber ermächtigt – und zwar ohne nähere „Betriebsanordnung" – den Gesetzgeber zur Änderung des Art 21 Abs 1 letzter Satz B-VG. Man könnte diese Konstruktion daher als „verfassungsändernde Gesetzgebung" bezeichnen.

---

[40] Vgl etwa *Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk,* Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre[7] (2013) Rz 145.

[41] In diesem Sinn deutet *Rudolf Thienel*, Die Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte erster Instanz durch den Verwaltungsgerichtshof, in: Holoubek/Lang (Hrsg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 313 (335), Art 130 Abs 2 Z 3 B-VG als lex specialis.

[42] Vgl *Harald Stolzlechner,* Die Verordnung als Instrument flexibler Rechtsgestaltung, ZfV 1977, 573.

[43] Vgl *Stolzlechner,* ZfV 1977, 583.

[44] Vgl *Robert Walter,* Gibt es wirklich „Durchführungsverordnungen mit gesetzänderndem Charakter"? ZfV 1978, 377 und dagegen wiederum *Harald Stolzlechner,* Neuerlich: Zur Frage der Durchführungsverordnungen mit gesetzänderndem Charakter, ZfV 1978, 379.

Lizenziert für Universität Wien am 08.02.2022 um 12:37 Uhr

Der Unterschied liegt in Folgenden: Während im Verhältnis von Gesetz und Verordnung mit der Qualifikation als „gesetzändernd" auch ausgesprochen wird, dass dafür eine besondere verfassungsrechtliche Grundlage vorliegen muss, bewegen wir uns hier zur Gänze auf verfassungsrechtlichem Boden. Es ist – abgesehen von einer versuchten Gesamtänderung – keinesfalls verfassungswidrig, wenn der Verfassungsgesetzgeber selbst zur Änderung des B-VG ermächtigt. Die Frage, ob man die Konstruktion als „verfassungsänderndes Gesetz" bezeichnet, bleibt hier allein eine der zweckmäßigen Begriffsbildung: Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Bundes- oder Landesgesetzgeber die Ermächtigung an die Verwaltungsgerichte auch wieder zurücknehmen kann. Daran sieht man, dass wir es nicht mit einer Derogation im Sinne einer endgültigen Aufhebung der Verfassungsnorm zu tun haben, sondern mit deren Zurückdrängung. Besser wäre es daher, von einem „verfassungsverdrängenden" Gesetz zu sprechen.

E. Variante 3: Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Dienstvertrages

Vielleicht haben sich unsere Auslegungsversuche zu früh darauf festgelegt, die Ermächtigung in Art 130 Abs 2 Z 3 B-VG auf das „Dienstvertragsrecht" zu beziehen, was an sich ja naheliegt. Denn den Streitigkeiten aus dem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis liegt ein Bescheid zugrunde, der bei den Verwaltungsgerichten nach Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG, seine Nichterlangung gegebenenfalls mit Säumnisbeschwerde nach Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG, bekämpft werden kann. Also muss sich Art 130 Abs 2 Z 3 B-VG auf etwas anderes beziehen.

Nun ist aber in Art 130 Abs 2 Z 3 B-VG gar nicht vom „Dienstvertragsrecht" oder den „Vertragsbediensteten" die Rede, sondern von „Streitigkeiten in dienstrechtlichen Angelegenheiten der öffentlich Bediensteten". Diese gehen jedenfalls über Streitigkeiten aus dem Dienstvertrag hinaus und erfassen zudem etwa die Einhaltung von Arbeitnehmerschutzvorschriften.[45] Könnten aber damit – viel weitergehend – nicht sogar öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse gemeint sein, die nicht bescheidförmig vollzogen werden, also öffentliche-rechtliche Dienstverträge? Allerdings sind verwaltungsrechtliche Verträge, zu denen diese Dienstverträge zählten, verfassungsrechtlich unverändert unzulässig. Eine – allgemeine – Öffnung der verwaltungsrechtlichen Handlungsformen lag aber möglicherweise auf der Linie des Ministerialentwurfs aus 2007,[46] erst die Regierungsvorlage lehnt sie ausdrücklich ab.[47] Könnte es sein, dass Art 130 Abs 2 Z 3 B-VG implizit eine solche Zuständigkeit partiell – nur für öffentlich-rechtliche Dienstverträge

[45] Vgl *Thienel,* Öffentlicher Dienst 139.

[46] Vgl *Michael Holoubek,* Der Beschwerdegegenstand vor dem Verwaltungsgericht erster Instanz, in Holoubek/Lang (Hrsg), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2008) 213 (218).

[47] Vgl 1618 BlgNR 24. GP, 13.

Lizenziert für Universität Wien am 08.02.2022 um 12:37 Uhr

– doch einführt und daher überhaupt nicht auf das Dienstvertragsrecht des Bundes und der Länder abzielt?

Dafür sprechen zwei Argumente: Die Rechtsnatur des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses als einseitig begründetes Rechtsverhältnis war lange Zeit keineswegs so klar, wie es uns heute erscheint. Für den monistisch argumentierenden *Kelsen* war der Mehrwert der öffentlich-rechtlichen Begründung des Dienstverhältnisses ohnedies nicht erkennbar: „Warum wertet die Rechtsordnung Staat und Untertan bei einem zwischen beiden abgeschlossenen Kaufvertrag gleich, bei einer vom Staate vorgenommenen Beamtenernennung aber ungleich, *wenn* die gewünschten Rechtswirkungen in beiden Fällen von der erklärten Willensübereinstimmung beider abhängen?“[48] Auch *Neumann-Ettenreich* leitet seinen schon zitierten Beitrag mit der Überlegung ein, dass die Meinungen darüber geteilt seien, ob der Akt der Ernennung nur die Folge eines besonderen öffentlich-rechtlichen Vertrages ausdrückt oder ob die Ernennung ein einseitiger staatlicher Hoheitsakt sei.[49] Der Autor hält dann die Konstruktion der Ernennung als einseitigen Verwaltungsakt für die bessere. Zwar werde der Akt nicht ohne vorhergegangene Zustimmung des Ernannten gesetzt, der Ernannte sei aber nicht bloß den derzeit geltenden, sondern allen künftigen Normen unterworfen, die ganz einseitig durch staatliche Maßnahmen zustande kämen. Das Argument *Neumann-Ettenreichs* ist zwar im Grunde zutreffend, wenn es sich bei den Dienstverträgen in der Tat um Verträge mit statischem Inhalt handelte. Tatsächlich enthalten diese Verträge aber dynamische Verweisungen auf die einschlägige Gesetzgebung, was den Unterschied zu öffentlich-rechtlichen Ernennungen fast vollständig relativiert.[50] Entscheidend für die heutige Qualifikation des Beamtenverhältnisses als – insgesamt – öffentlich-rechtlich ist vielmehr der bereits geschilderte Prozess seiner auf dem Verwaltungsgleis erfolgenden Verrechtlichung. Der fehlende Rechtsanspruch ist ja eine Erinnerung an die seinerzeitige ambivalente Natur des Beamtenrechts.[51]

Seit längerem gibt es Bestrebungen zur Vereinheitlichung des öffentlichen Dienstrechts, die Auflassung des starren Homogenitätsgebots 1999 – vgl oben I.C. – war ein wichtiger Schritt. Ein tiefer Einschnitt erfolgte dann mit der Auf-

[48] Vgl *Hans Kelsen,* Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, Archiv des öffentlichen Rechts 31 (1913) 53, 190 (227).

[49] Vgl *Neumann-Ettenreich*, ZfV 1923, 1. Vgl auch *Maultaschl*, Die Versicherungsrundschau 1953, 367.

[50] Dabei wird nicht übersehen, dass das Dienstvertragsrecht – abgesehen von seiner schablonenhaften Anwendung – erheblich individuellere Gestaltungsmöglichkeiten bietet als das Beamtendienstrecht.

[51] Hingegen nimmt *Gabriele Kucsko-Stadlmayer,* Beamtenernennung im Rechtsstaat, in FS Walter (1991) 387, einen solchen Rechtsanspruch aus rechtsstaatlichen Erwägungen an, eben um die Verrechtlichung des Beamtendienstverhältnisses zu perfektionieren.

Lizenziert für Universität Wien am 08.02.2022 um 12:37 Uhr

lassung des öffentlich-rechtlichen Pensionssystems;[52] Versuche, ein neues einheitliches Dienstrecht der Bundesbeamten zu schaffen, blieben indessen bisher Programm.[53] Dabei besteht einigermaßen Einigkeit darüber, dass die Arbeitsverhältnisse der privaten Wirtschaft nicht ohne weiteres auf den öffentlichen Dienst übertragen werden können, sollen die traditionellen Werte des Beamtendienstes, besonders die wechselseitige Treuepflicht und die Verpflichtung zur Gesetzmäßigkeit, nicht geopfert werden. Es liegt nahe, eine Konstruktion zu suchen, die diese Werte bewahrt, aber flexibler ist.[54] Vor allem kann ein Disziplinarrecht wohl nur in einem öffentlich-rechtlichen Kontext bestehen. Die rechtspolitischen Aspekte können hier aber dahingestellt bleiben.

Dieses dritte Auslegungsergebnis hätte den Vorteil, das Spannungsverhältnis zwischen den beiden hier in Rede stehenden Verfassungsnormen vollkommen zu entschärfen: Die B-VG-Novelle 2012 hätte mit dem Dienstvertragsrecht sowohl des Bundes als auch der Länder nichts zu tun, dessen Vollziehung verbliebe unverändert in der Zuständigkeit der ordentliche Gerichte. Auch hier spricht wieder das Argument dagegen, dass eine so bedeutsame Änderung wohl irgendeinen Niederschlag in den parlamentarischen Materialien hätte finden müssen. Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage[55] kommentieren die Z 1 des Art 130 Abs 2 („Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Verwaltungsbehörde in Vollziehung der Gesetze“) dahingehend, dass hier „sog. verwaltungsrechtliche Verträge“ nicht in Betracht kämen. In den Angelegenheiten der Z 2 („öffentliches Auftragswesen“) könnten die Verwaltungsgerichte hingegen unabhängig von der Rechtsform des überprüfenden Verhaltens, „also auch zur Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Private“ zuständig werden. Der einzige Hinweis, der sich daraus für die – fehlende – Erläuterung zur Z 3 ergibt, geht dahin, dass sich das Verdikt gegen die „sog. verwaltungsrechtlichen Verträge“ jedenfalls nicht auf die Tatbestände der Z 2 und 3 bezieht.

F. Fazit

Versuchen wir eine vorsichtige Bewertung der drei Auslegungsvarianten, so bietet sich nun folgendes Bild: Die „Harmonisierungsthese“ (Variante 1) lässt sich relativ leicht argumentieren, wirkt von der Sache her allerdings nicht stimmig. Die These vom „verfassungsverdrängenden Gesetz“ (Variante 2) dürfte am ehesten den Intentionen entsprechen, zumindest ergibt sie einen gewissen Sinn. Akzeptiert man sie, muss man allerdings einen gravierenden verfassungstechni-

[52] Pensionsharmonisierungsgesetz BGBl I 2004/142. Vgl näherhin *Kucsko-Stadlmayer,* Disziplinarrecht[4] 2 f, mwH.

[53] Vgl das Regierungsprogramm 2008.

[54] Vgl näher *Harald Eberhard,* Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005) 396 mwH.

[55] 1618 BlgNR 24. GP, 13 f.

Lizenziert für Universität Wien am 08.02.2022 um 12:37 Uhr

schen Mangel in Kauf nehmen. Die These vom nunmehr zulässigen „öffentlich-rechtlichen Dienstvertrag" (Variante 3) ist mit dem Wortlaut vereinbar und interessant, weil sie auf einer erkennbaren Linie der Rechtsentwicklung läge.[56] Ob sie dem Verfassungsgesetzgeber 2012 in der Tat zusinnbar ist, bleibt allerdings fraglich.

III. Ausklang

Es war nicht das Ziel dieser Arbeit, die eine „richtige" Lösung zu argumentieren. Freilich hätte es auch ein Interpret, der auf einem anderen methodischen Boden steht, nicht leicht. Ob nach Zuweisung der Vollziehung des Dienstvertragsrechts an ein Verwaltungsgericht oder der gesetzlichen Begründung öffentlich-rechtlicher Dienstverträge der VfGH in die Lage kommen wird, die Verfassungsmäßigkeit solcher Gesetze zu prüfen, bleibt abzuwarten. Von seiner „authentischen Interpretation" wird es abhängen, welche Auslegung rechtswirksam wird.

Es sollte auch nicht aus dem Blick geraten, dass sich hinter den hier rein verfassungstechnisch abgehandelten Problemen rechtspolitische Weichenstellungen finden, die für die österreichische Arbeitswelt von großer Bedeutung sind: Löst man die Vertragsbediensteten aus der Zuständigkeit der – relativ arbeitnehmerfreundlichen – Arbeits- und Sozialgerichte zu Gunsten einer Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte, so könnte dies die Besonderheiten des öffentlichen Dienstes und damit Interessen des Dienstgebers stärker zur Geltung bringen. Die Schaffung eines öffentlich-rechtlichen Dienstvertragsverhältnisses schließlich könnte – bedachtsam durchgeführt – zu einer Modernisierung des öffentlichen Dienstes führen, ohne dass dieser Gefahr liefe, seine Eigenständigkeit einzubüßen.

[56] Denkmöglich wäre auch eine Kombination dieser Variante mit einer der beiden anderen Varianten, also eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für entweder alle Dienstvertragsstreitigkeiten oder nur für jene des Bundes plus einer – allgemeinen – Zuständigkeit für öffentlich-rechtliche Dienstverträge. Vgl auch *Thienel* in Holoubek/Lang, Verwaltungsgerichtsbarkeit (2013) 335.

Verlag Österreich

Lizenziert für Universität Wien am 08.02.2022 um 12:37 Uhr