

Verwaltungsgerichtshof

Zl. A 2010/0044-1

(2010/11/0053)

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gall und den Hofrat Dr. Schick sowie die Hofrätin Dr. Pollak als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Trefil, in der Beschwerdesache der XXXX AG in W, vertreten durch Dr. Friedrich Schulz, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Stock im Eisenplatz 3/3/29, gegen den Bescheid der Berufungskommission beim Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz vom 28. September 2009, Zl. 44.140/29-7/08, betreffend Zurückweisung einer Berufung i.A. Zustimmung zur Kündigung nach dem Behinderteneinstellungsgesetz (mitbeteiligte Partei: P H in W; weitere Partei: Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), den

### B e s c h l u s s

gefasst:

Gemäß Art. 140 Abs. 1 B-VG wird an den Verfassungsgerichtshof der Antrag gestellt,

den durch die Novelle BGBl. Nr. 313/1992 eingefügten § 19a Abs. 2a erster Satz des Behinderteneinstellungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1970,

in eventu § 8 Abs. 2 des Behinderteneinstellungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1970 in der Fassung BGBl. I Nr. 17/1999, als verfassungswidrig aufzuheben.

### B e g r ü n d u n g :

1. Mit Bescheid des Behindertenausschusses, errichtet beim Bundessozialamt, Landesstelle Niederösterreich, vom 9. Juli 2008 wurde über den Antrag der beschwerdeführenden Partei auf Zustimmung zur Kündigung des Mitbeteiligten dahin entschieden, dass die gemäß § 8 Abs. 2

(14. September 2010)

Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG) erforderliche Zustimmung nicht erteilt werde.

Die dagegen erhobene Berufung der beschwerdeführenden Partei wies die Berufungskommission beim Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz mit Bescheid vom 28. September 2009 zurück.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet.

2. Aus Anlass der Behandlung der Beschwerde sind beim Verwaltungsgerichtshof, der die angefochtenen Bestimmungen bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides anzuwenden hat, Bedenken ob deren Verfassungsmäßigkeit entstanden.

Im Beschwerdeverfahren Zl. 2009/11/0203 hat der Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 22. Juni 2010, A 2010/0020, diese Bedenken wie folgt dargelegt:

*"1.2. Die Bestimmungen des BEinstG, BGBl. Nr. 22/1970 in der im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides (nach der Aktenlage: 13. August 2009) maßgebenden Fassung BGBl. I Nr. 67/2008, lauten auszugsweise (wobei der angefochtene § 19a Abs. 2a erster Satz BEinstG schon durch die Novelle BGBl. Nr. 313/1992 eingefügt wurde und der in eventu angefochtene § 8 Abs. 2 BEinstG die hier maßgebende Fassung durch BGBl. I Nr. 17/1999 erhielt):*

#### *"Kündigung*

*§ 8. (1) ...*

*(2) Die Kündigung eines begünstigten Behinderten (§ 2) darf von einem Dienstgeber erst dann ausgesprochen werden, wenn der Behindertenausschuss (§ 12) nach Anhörung des Betriebsrates oder der Personalvertretung im Sinne des Bundes-Personalvertretungsgesetzes bzw. der entsprechenden landesgesetzlichen Vorschriften sowie nach Anhörung des zur Durchführung des Landes-Behindertengesetzes jeweils zuständigen Amtes der Landesregierung zugestimmt hat; dem Dienstnehmer kommt in diesem Verfahren Parteistellung zu. Eine Kündigung*

*ohne vorherige Zustimmung des Behindertenausschusses ist rechtsunwirksam, wenn dieser nicht in besonderen Ausnahmefällen nachträglich die Zustimmung erteilt.*

(3) ...

#### *Behindertenausschuss*

*§ 12. (1) Bei jeder Landesstelle des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen wird ein Behindertenausschuss errichtet, der in den von diesem Bundesgesetz bestimmten Fällen zu entscheiden (§ 8) oder Stellung zu nehmen (§ 8a) hat.*

(2) ...

#### *Berufungskommission*

*§ 13a. Beim Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales wird die Berufungskommission errichtet, die in den von diesem Bundesgesetz bestimmten Fällen (§ 19a Abs. 2a) zu entscheiden hat. Die Berufungskommission hat in Senaten zu entscheiden. ...*

#### *Rechtsmittel*

*§ 19a.*

*...*

*(2a) Über Berufungen gegen Bescheide des Behindertenausschusses (§ 8) entscheidet die Berufungskommission. Über Berufungen gegen Bescheide der Bezirksverwaltungsbehörde (§ 21) entscheidet der unabhängige Verwaltungssenat.*

*..."*

*Das B-VG in der Fassung der im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides geltenden Novelle BGBl. I Nr. 2/2008 lautet auszugsweise:*

#### *"Artikel 20.*

*(1) 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. Sie sind den ihnen vorgesetzten Organen für ihre amtliche Tätigkeit verantwortlich und, soweit in Gesetzen gemäß Abs. 2 nicht anderes bestimmt ist, an deren Weisungen gebunden. Das nachgeordnete Organ kann die Befolgung einer Weisung ablehnen, wenn die Weisung entweder von einem unzuständigen Organ erteilt wurde oder die Befolgung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde.*

*(2) Durch Gesetz können Organe*

*1. zur sachverständigen Prüfung,*

*2. zur Kontrolle der Wahrung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sowie zur Kontrolle in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens,*

3. zur Entscheidung in oberster Instanz, wenn sie kollegial eingerichtet sind, ihnen wenigstens ein Richter angehört und ihre Bescheide nicht der Aufhebung oder Abänderung im Verwaltungsweg unterliegen,

4. mit Schieds-, Vermittlungs- und Interessenvertretungsaufgaben,

5. zur Sicherung des Wettbewerbs und zur Durchführung der Wirtschaftsaufsicht,

6. zur Durchführung einzelner Angelegenheiten des Dienst- und Disziplinarrechts,

7. zur Durchführung und Leitung von Wahlen, oder,

8. soweit dies nach Maßgabe des Rechts der Europäischen Union geboten ist, von der Bindung an Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe freigestellt werden. Durch Landesverfassungsgesetz können weitere Kategorien weisungsfreier Organe geschaffen werden. Durch Gesetz ist ein der Aufgabe des weisungsfreien Organs angemessenes Aufsichtsrecht der obersten Organe vorzusehen, zumindest das Recht, sich über alle Gegenstände der Geschäftsführung der weisungsfreien Organe zu unterrichten, und - soweit es sich nicht um Organe gemäß den Z 2, 3 und 8 handelt - das Recht, weisungsfreie Organe aus wichtigem Grund abuberufen.

...

#### Artikel 151.

(1) ...

(38) ... Art. 20 Abs. 1 und 2 ... in der Fassung des Bundesverfassungsgesetzes BGBl. I Nr. 2/2008 treten mit 1. Jänner 2008 in Kraft. Die zur Anpassung an die Art. 20 Abs. 2 letzter Satz und Art. 120b Abs. 2 erforderlichen Bundes- und Landesgesetze sind spätestens bis zum Ablauf des 31. Dezember 2009 zu erlassen."

2.1. Im Beschwerdefall hat der Verwaltungsgerichtshof § 8 Abs. 2 und § 19a Abs. 2a erster Satz BEinstG anzuwenden.

Zunächst ist im Hinblick auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 11. Dezember 1991, VfSlg. 12933, davon auszugehen, dass § 8 Abs. 2 BEinstG ein "civil right" im Sinne des Art. 6 EMRK einräumt und die Betrauung einer Verwaltungsbehörde ohne Eröffnung des Zugangs zu einem Tribunal, das in der Sache entscheidet, unzulässig ist (sog. Kernbereich des traditionellen Zivilrechts).

2.2. Die für Fälle wie den vorliegenden gemäß § 19a Abs. 2a erster Satz BEinstG zuständige Berufungskommission war ursprünglich als Tribunal eingerichtet, weil sie auch den Anforderungen des Art. 20 Abs. 2 B-VG - in der

*Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 2/2008 - hinsichtlich der Weisungsfreiheit entsprach:*

*Die Berufungskommission hat in Senaten zu entscheiden (§ 13a zweiter Satz BEinstG), die jeweils aus einem Vorsitzenden und vier Beisitzern bestehen, wobei der Vorsitzende ein in Arbeits- und Sozialrechtssachen tätiger oder tätig gewesener Richter des Dienststandes sein muss (§ 13b Abs. 1 leg. cit.). Die Mitglieder der Berufungskommission und ihre Stellvertreter sind für eine Amtsdauer von fünf Jahren zu berufen (§ 13b Abs. 3 leg. cit.), vor Ablauf der Bestelldauer kann ein Mitglied nur in den in § 13c Abs. 1 BEinstG geregelten Fällen seines Amtes enthoben werden. Die Berufungskommission entscheidet in letzter Instanz, ihre Entscheidungen unterliegen weder der Aufhebung noch der Abänderung im Verwaltungswege (§ 13g Abs. 8 leg. cit.).*

*Beim Verwaltungsgerichtshof bestehen allerdings seit dem Inkrafttreten der B-VG-Novelle BGBl. I Nr. 2/2008 Bedenken gegen die Annahme, dass die belangte Behörde (Berufungskommission beim Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz) weiterhin als Tribunal zu qualifizieren sei:*

*Mit BGBl. I Nr. 2/2008 wurde unter anderem Art. 20 Abs. 2 B-VG dahin geändert, dass seit dem Inkrafttreten dieser Novelle (1. Jänner 2008) näher umschriebene Organe von der Bindung an Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe "durch Gesetz ... freigestellt werden" können.*

*Nach der Z 3 des genannten Artikels zählen zu diesen Organen auch solche, die zur Entscheidung in oberster Instanz kollegial eingerichtet sind, denen wenigstens ein Richter angehört und deren Bescheide nicht der Aufhebung oder Abänderung im Verwaltungsweg unterliegen (Diese Voraussetzungen treffen offenbar - §§ 13a ff BEinstG - auf die belangte Behörde zu).*

*Die genannte Verfassungsgesetznovelle scheint daher zur Folge zu haben, dass Mitglieder von sog. Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag nicht mehr ex constitutione von Weisungen entbunden sind, sondern - ausdrücklich durch das*

*Gesetz - weisungsfrei gestellt werden müssen, widrigenfalls ihre Weisungsfreiheit geendet hat (vgl. Wiederin in Lienbacher/Wielinger, Öffentliches Recht - Jahrbuch 2008, S. 53). Der Verfassungsgesetzgeber hat nämlich in die genannte Novelle keine Regelung aufgenommen, nach der im Zeitpunkt des Inkrafttretens der genannten B-VG-Novelle 2008 bereits eingerichtete, gemessen an der früheren Verfassungslage weisungsfreie Behörden - auch ohne ausdrückliche einfachgesetzliche Regelung - weisungsfrei blieben. Eine diesbezügliche Absicht des Verfassungsgesetzgebers wird auch in den Erläuterungen (RV 314 BlgNR XXIII. GP) nicht zum Ausdruck gebracht und kann auch dem Abänderungsantrag (AA-67 XXIII. GP) betreffend die Übergangsbestimmung des Art. 151 Abs. 38 B-VG, der eine Frist für die Anpassung (lediglich) an den letzten Satz des Art. 20 Abs. 2 B-VG (somit lediglich hinsichtlich des Aufsichtsrechts) vorsieht, nicht entnommen werden.*

*Daher kann nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes für die Beurteilung, ob eine vor der Novelle BGBl. I Nr. 2/2008 eingerichtete Kollegialbehörde auch nach dem Inkrafttreten dieser Novelle weisungsfrei ist, nicht einfach die außer Kraft getretene Fassung des Art. 20 Abs. 2 B-VG zu Grunde gelegt werden. Da sich die Weisungsfreistellung der nichttrichterlichen Mitglieder von Kollegialbehörden vor der Novelle BGBl. I Nr. 2/2008 ex constitutione bei Vorliegen bestimmter in Art. 20 Abs. 2 B-VG genannter Voraussetzungen ergab, hätte eine Aufrechterhaltung dieser verfassungsgesetzlich unmittelbaren Wirkung, die nach Art. 133 Z 4 B-VG auch für einen Ausschluss von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes Bedeutung hat, einer positivrechtlichen Anordnung bedurft. So vertritt auch der Verfassungsgerichtshof beispielsweise bei Verordnungen, die auf der Grundlage einer früheren gesetzlichen Regelung erlassen wurden, nur dann die Auffassung, dass sie gesetzmäßig sind, wenn sie in der geänderten Gesetzeslage ihre Deckung finden.*

*Auch aus der bisherigen Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu Art. 20 Abs. 2 B-VG in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 2/2008 ist, soweit ersichtlich, keine Aussage erkennbar, wonach sich trotz des Wortlautes der zuletzt zitierten*

*Bestimmung ("Durch Gesetz können ... freigestellt werden") bei Organen, die bislang ausschließlich unmittelbar auf Grund der Bundesverfassung (Art. 20 Abs. 2 B-VG in der Fassung vor der genannten Novelle) weisungsfrei gestellt waren, eine einfachgesetzliche Weisungsfreistellung erübrige. Zu dieser Frage ist insbesondere auch aus dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 17. Dezember 2009, B 103/09, nichts zu gewinnen, weil es dort um die rechtliche Stellung der Telekom-Control-Kommission ging, für die allerdings (gegenteilig zur Berufungskommission nach dem BEinstG) die Weisungsfreistellung ausdrücklich durch § 116 Abs. 3 TKG 2003 einfachgesetzlich angeordnet ist.*

*Eine (einfache) Gesetzesbestimmung, durch welche die gemäß § 13a BEinstG eingerichtete Berufungskommission weisungsfrei gestellt wird, ist für den Verwaltungsgerichtshof nicht ersichtlich und wurde im Übrigen auch von den Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens im Rahmen der ihnen gemäß § 41 VwGG gebotenen Möglichkeit zur Äußerung nicht ins Treffen geführt. Beim Verwaltungsgerichtshof bestehen daher Bedenken, dass die Weisungsfreiheit der belangten Behörde zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides nicht mehr gegeben war und diese durch die Novelle BGBl. I Nr. 2/2008 ihren Tribunalcharakter verloren hat. Diese Meinung wird im Übrigen auch von der belangten Behörde geteilt.*

*2.3. Daran scheint auch Art. 151 Abs. 38 letzter Satz B-VG in der Fassung der genannten Novelle nichts zu ändern, weil die dort normierte Übergangsfrist (bis 31. Dezember 2009) nur die Anpassung an Art. 20 Abs. 2 letzter Satz B-VG (somit die Normierung des Aufsichtsrechts) erfasst (vgl. auch dazu Wiederin, aaO, FN 46).*

*Der Umstand, dass der Verfassungsgesetzgeber die Novelle BGBl. I Nr. 2/2008 hinsichtlich Art. 20 Abs. 2 B-VG nicht gänzlich ohne Übergangsbestimmungen in Kraft gesetzt hat (sowie der Umstand, dass diese - was die in Rede stehenden weisungsfreien Organe betrifft - nur das diesen Organen gegenüber auszuübende Aufsichtsrecht betreffen), bestärkt sogar die Bedenken, dass*

*hinsichtlich jener Anforderungen an weisungsfreie Organe, für die keine Übergangsbestimmungen normiert sind - darunter auch die ausdrückliche Weisungsfreistellung durch das Gesetz - ein Wirksamwerden des neuen Regimes ohne Übergangsfrist stattfinden sollte.*

*Nicht überzeugend ist in diesem Zusammenhang das von der mitbeteiligten Partei ins Treffen geführte Argument, es könne nicht ernsthaft angenommen werden, dass der Verfassungsgesetzgeber zwar für die Regelung der Aufsicht Übergangsbestimmungen vorgesehen hat, aber ungeachtet dessen für gerade die von der Übergangsbestimmung betroffenen Kollegialbehörden die Weisungsfreistellung habe beseitigen wollen. Die mitbeteiligte Partei übersieht nämlich, dass die in Rede stehende Übergangsbestimmung sämtliche sog. Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag betrifft, darunter auch solche, für die schon vor der Novelle BGBl. I Nr. 2/2008 eine Weisungsfreistellung auf einfachgesetzlicher Ebene normiert war. Daher ist der Übergangsbestimmung, auch wenn sie im gegebenen Zusammenhang bloß das Aufsichtsrecht der in Art. 20 Abs. 2 B-VG genannten Behörden regelt, keineswegs der Anwendungsbereich entzogen.*

*Zusammenfassend hegt der Verwaltungsgerichtshof daher Bedenken, dass das BEinstG hinsichtlich der Zulässigkeit der Kündigung eines begünstigten Behinderten die Entscheidung durch eine letztinstanzliche Behörde vorsieht, der seit dem Inkrafttreten des BGBl. I Nr. 2/2008 mangels Weisungsfreistellung kein Tribunalcharakter (mehr) zukommt, was mit Art. 6 EMRK nicht vereinbar sein dürfte. Nach der ständigen Judikatur des Verfassungsgerichtshofes kann auch die Zulässigkeit der Anrufung der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts daran nichts ändern.*

*2.4. Der Sitz dieser Verfassungswidrigkeit dürfte in § 19a Abs. 2a erster Satz BEinstG liegen, weil diese Bestimmung für die genannten Entscheidungen die Zuständigkeit der Berufungskommission normiert, die nach dem Gesagten seit der B-VG-Novelle BGBl. I Nr. 2/2008 kein Tribunal mehr zu sein scheint.*

*Indes wird nicht übersehen, dass der Verfassungsgerichtshof im zitierten Erkenntnis VfSlg. 12933 den Sitz der Verfassungswidrigkeit in § 8 Abs. 2 BEinstG*

*erblickt hat , weil - damals - eine Aufhebung jener Bestimmung des BEinstG, welche die Zuständigkeit des Landeshauptmannes als Berufungsbehörde vorgesehen hat, im Hinblick auf den den Instanzenzug in der mittelbaren Bundesverwaltung regelnden Art. 103 Abs. 4 B-VG nicht zielführend gewesen wäre, zumal der Landeshauptmann auf Grund der letztgenannten Verfassungsbestimmung weiterhin Berufungsbehörde geblieben wäre.*

*Die letztgenannte Überlegung ist zwar nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes nicht auf die vorliegende Rechtslage übertragbar, weil die im BEinstG geregelten Angelegenheiten des Kündigungsschutzes begünstigter Behinderter zwischenzeitig (vgl. die Verfassungsbestimmungen des Art. I Abs. 2, BGBl. Nr. 721/1988 und des Art. I BGBl. Nr. 313/1992) unmittelbar von Bundesbehörden versehen werden können - der einfache Gesetzgeber hat in § 12 Abs. 1 BEinstG die Zuständigkeit des Behindertenausschusses des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen zur Entscheidung in Fällen des § 8 BEinstG (Zustimmung zur Kündigung) vorgesehen -, sodass Art. 103 Abs. 4 B-VG in diesem Zusammenhang nicht mehr von Bedeutung sein dürfte."*

Dieselben Bedenken treffen im vorliegenden Beschwerdefall zu: Auch der vorliegend angefochtene Bescheid wurde nach Inkrafttreten des BGBl. I Nr. 2/2008 erlassen und damit zu einem Zeitpunkt, zu dem der belangten Behörde kein Tribunalcharakter (mehr) zukommt.

Der Eventualantrag wird - auch hier - für den Fall gestellt, dass der Verfassungsgerichtshof den Verstoß gegen Art. 6 EMRK in § 8 Abs. 2 BEinstG und nicht in § 19a Abs. 2a erster Satz BEinstG sehen sollte.

Dieser Beschluss konnte in dem gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 VwGG gebildeten Senat gefasst werden.

W i e n , am 14. September 2010