

TE Lvwg Erkenntnis 2016/7/5 VGW-101/020/7586/2016

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 05.07.2016

Entscheidungsdatum

05.07.2016

Index

82/03 Ärzte Sonstiges Sanitätspersonal

Norm

MABG §38 Abs4

MTF-SHD-G §57 Abs7

GuKG §108 Abs5

1. MABG § 38 heute
2. MABG § 38 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 80/2013
3. MABG § 38 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013
1. MTF-SHD-G § 57 gültig von 01.01.1993 bis 01.01.1993 aufgehoben durch BGBl. Nr. 872/1992
1. GuKG § 108 heute
2. GuKG § 108 gültig ab 25.04.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 54/2017
3. GuKG § 108 gültig von 01.01.2006 bis 24.04.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 90/2006
4. GuKG § 108 gültig von 06.07.2005 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 69/2005
5. GuKG § 108 gültig von 23.07.1999 bis 05.07.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 116/1999
6. GuKG § 108 gültig von 01.07.1998 bis 22.07.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 95/1998
7. GuKG § 108 gültig von 01.09.1997 bis 30.06.1998

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Dr. Schopf über die Beschwerde der Frau B. K., vertreten durch Dr. H., gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 40 - Soziales, Sozial- und Gesundheitsrecht, vom 12.05.2016, Zl. MA 40-GR-SA-320885-2016,

zu Recht erkannt:

- I. Die Beschwerde wird abgewiesen.römisch eins. Die Beschwerde wird abgewiesen.
- II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässigrömisch zwei. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

Entscheidungsgründe

Mit Schreiben vom 25.1.2013, bei der MA 40 am 12.6.2013 protokolliert, stellte die Beschwerdeführerin einen Antrag um Erteilung der Berechtigung zur Ausübung der Tätigkeiten nach § 38 Abs. 4 Medizinische Assistenzberufe-Gesetz (MABG). Darin ist ausgeführt, dass sie den medizinisch- technischen Fachdienst in den letzten acht Jahren vor dem 1.1.2013 30 bis 35 Monate in den Fachbereichen Durchführung von Schnittbilduntersuchungen mittels CT und Durchführung von Schnittbilduntersuchungen mittels MRT ausgeübt habe. Ersucht wurde um Erteilung der Berechtigung zur Ausübung dieser Tätigkeit auch nach dem 31.12.2016. Angeschlossen war ein MTF Diplom, eine Anmeldung zur kommissionellen Prüfung gemäß § 38 Abs. 4 MABG sowie eine Dienstgeberbestätigung vom 4.6.2013 der AUVA, Krankenhaus B. nach § 38 Abs. 2 und 4 MABG, worin allerdings eine entsprechende Tätigkeit in den letzten 8 Jahren nicht bestätigt wurde. Mit Schreiben vom 25.1.2013, bei der MA 40 am 12.6.2013 protokolliert, stellte die Beschwerdeführerin einen Antrag um Erteilung der Berechtigung zur Ausübung der Tätigkeiten nach Paragraph 38, Absatz 4, Medizinische Assistenzberufe-Gesetz (MABG). Darin ist ausgeführt, dass sie den medizinisch- technischen Fachdienst in den letzten acht Jahren vor dem 1.1.2013 30 bis 35 Monate in den Fachbereichen Durchführung von Schnittbilduntersuchungen mittels CT und Durchführung von Schnittbilduntersuchungen mittels MRT ausgeübt habe. Ersucht wurde um Erteilung der Berechtigung zur Ausübung dieser Tätigkeit auch nach dem 31.12.2016. Angeschlossen war ein MTF Diplom, eine Anmeldung zur kommissionellen Prüfung gemäß Paragraph 38, Absatz 4, MABG sowie eine Dienstgeberbestätigung vom 4.6.2013 der AUVA, Krankenhaus B. nach Paragraph 38, Absatz 2 und 4 MABG, worin allerdings eine entsprechende Tätigkeit in den letzten 8 Jahren nicht bestätigt wurde.

Mit 12.5.2016 erging der nunmehr angefochtene Bescheid mit folgendem Spruch:

„I.) Der Antrag vom 25.1.2013 von Frau B. K., geboren am ... 1976. um Erteilung der Berechtigung zur Ausübung der

- Durchführung von Schnittbilduntersuchungen mittels Computertomographie,
- Durchführung von Schnittbilduntersuchungen mittels Magnetresonanztomographie

wird abgewiesen

Rechtsgrundlage: § 38 Abs. 4 Bundesgesetz über medizinische Assistenzberufe und die Ausübung der Trainingstherapie (Medizinische Assistenzberufe-Gesetz - MABG), BGBl. I Nr. 89/2012 in der geltenden Fassung“
Rechtsgrundlage: Paragraph 38, Absatz 4, Bundesgesetz über medizinische Assistenzberufe und die Ausübung der Trainingstherapie (Medizinische Assistenzberufe-Gesetz - MABG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 89 aus 2012, in der geltenden Fassung“

Nach Darstellung der Rechtslage sowie des bisherigen Verfahrensverlaufes führt die Behörde weiter aus:

„Anlässlich eines Telefonats am 24.6.2013 mit der Magistratsabteilung 15 gab Frau B. K. bekannt, dass sie in den letzten acht Jahren in Karenz gewesen sei. Anlässlich eines Telefonats am 25.4.2016 der Magistratsabteilung 40 mit Frau B. K. wurde sie nochmals über den Sachverhalt - Abweisung des Antrags, da keine Dienstzeiten nachgewiesen wurden - informiert.

Wie bereits oben ausgeführt, können nach § 38 Abs. 4 MABG nur Personen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes die Berufsberechtigung im medizinisch-technischen Fachdienst gemäß § 52 Abs. 1 MTF-SHD-G besitzen und in den letzten acht Jahren mindestens 30 Monate einzelne Tätigkeiten des radiologisch-technischen Dienstes - im gegenständlichen Fall handelt es sich um die Durchführung von Schnittbilduntersuchungen mittels Computertomographie und mittels Magnetresonanztomographie - eine Prüfung gemäß Abs. 8 absolvieren. Entgegen den Angaben im Antrag - die nicht durch die dem Antrag beiliegende Dienstgeberbestätigung belegt wurden - gab Frau B. K. anlässlich der Telefonate an, in den letzten 8 Jahren vor Inkrafttreten des Gesetzes im Karenzurlaub gewesen zu sein. Wie bereits oben ausgeführt, können nach Paragraph 38, Absatz 4, MABG nur Personen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes die Berufsberechtigung im medizinisch-technischen Fachdienst gemäß Paragraph 52, Absatz eins, MTF-SHD-G besitzen und in den letzten acht Jahren mindestens 30 Monate einzelne Tätigkeiten des radiologisch-technischen Dienstes - im gegenständlichen Fall handelt es sich um die Durchführung von Schnittbilduntersuchungen mittels Computertomographie und mittels Magnetresonanztomographie - eine Prüfung gemäß Absatz 8, absolvieren. Entgegen den Angaben im Antrag - die nicht durch die dem Antrag beiliegende Dienstgeberbestätigung belegt wurden - gab Frau B. K. anlässlich der Telefonate an, in den letzten 8 Jahren vor Inkrafttreten des Gesetzes im Karenzurlaub gewesen zu sein.

Ein Nachweis, dass Frau B. K. zu irgendeinem Zeitpunkt vor dem im MABG angeführten Zeitraum von acht Jahren vor

Inkrafttreten des Gesetzes Schnittbilduntersuchungen mittels Computertomographie und mittels Magnetresonanztomographie durchgeführt hat wurde nicht vorgelegt und hätte auch am Resultat (Abweisung des Antrages) nichts geändert. Den gesetzlichen Bestimmungen ist nicht zu entnehmen, dass Zeiten eines Karenzurlaubes nach dem Mutterschutzgesetz 1979 oder dem Väter-Karenzgesetz, BGBl. Nr. 651/1989 in der geltenden Fassung, die in die achtjährige Frist fallen, diese Frist verlängern, wie dies z.B. in § 108 Abs. 5 Z 2 GuKG der Fall ist.“Ein Nachweis, dass Frau B. K. zu irgendeinem Zeitpunkt vor dem im MABG angeführten Zeitraum von acht Jahren vor Inkrafttreten des Gesetzes Schnittbilduntersuchungen mittels Computertomographie und mittels Magnetresonanztomographie durchgeführt hat wurde nicht vorgelegt und hätte auch am Resultat (Abweisung des Antrages) nichts geändert. Den gesetzlichen Bestimmungen ist nicht zu entnehmen, dass Zeiten eines Karenzurlaubes nach dem Mutterschutzgesetz 1979 oder dem Väter-Karenzgesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 651 aus 1989, in der geltenden Fassung, die in die achtjährige Frist fallen, diese Frist verlängern, wie dies z.B. in Paragraph 108, Absatz 5, Ziffer 2, GuKG der Fall ist.“

Dagegen richtet sich die innerhalb offener Frist eingebrachte Beschwerde, mit welcher zunächst übermäßig lange Verfahrensdauer geltend gemacht und im Weiteren zusammengefasst ausgeführt wird, die Beschwerdeführerin habe ursprünglich den Beruf einer medizinischen technischen Fachkraft nach § 37 MTF-SHD-G erlernt. Die Ausbildung sei im März 1996 mit Diplom beendet worden, seither habe sie bis zum Beginn ihres Karenzurlaubes nach Mutterschutzgesetz in diesem Beruf und zwar überwiegend als Röntgenassistentin gearbeitet. Von Mai 2006 bis Oktober 2011 sei die Beschwerdeführerin durchgehend in Karenz gewesen. Seit Oktober 2012 arbeite sie wieder im selben Berufsfeld. Mit dem angefochtenen Bescheid sei der Antrag der Beschwerdeführerin auf Ausstellung einer Berechtigung zur Durchführung von Schnittbilduntersuchungen mittels Computertomographie und Durchführung von Schnittbilduntersuchungen mittels Magnetresonanztomographie mit der Begründung abgewiesen worden, die Beschwerdeführerin hätte im Beobachtungszeitraum 1.1.2005 bis 1.1.2013 nicht die verlangten 36 Monate einer Tätigkeit gemäß § 38 Abs. 7 oder Abs. 8 MABG nachgewiesen. Die Zeit der Karenz werde nicht aus dieser Frist herausgerechnet, da eine entsprechende Bestimmung im MABG nicht enthalten sei. Der belangten Behörde sei insofern Recht zu geben, als das MABG keine Bestimmung enthalte, dass Zeiten zB eines Karenzurlaubes nach dem Mutterschutzgesetz die 8-jährige Frist des § 38 verlängern würden. Ähnliche Bestimmungen seien in anderen Gesetzen wie etwa dem GUKG in § 108 enthalten. Damit beinhalte das MABG in diesem Punkt eine planwidrige Unvollständigkeit, die zu einer Diskriminierung nach dem Geschlecht führe. Wenn Mütter (oder auch Väter) die ihnen nach dem Gesetz zustehenden Karenzzeiten in Anspruch nehmen, den gleichen Betrachtungszeitraum von unverrückbaren 8 Jahren hätten, wie Personen, die derartige Zeiten nicht in Anspruch nehmen, sei dies eine unsachliche Differenzierung. Bei Betrachtung des Regelungsinhaltes des § 108 GUKG ergebe sich die planwidrige Unvollständigkeit des MABG, denn Abs. 5 des § 108 GUKG besage in weiterer Folge, dass der

8-jährige dort geregelte Zeitraum eben um Zeiten des Karenzurlaubes nach dem Mutterschutzgesetz verlängert werde. Es sei kein Grund ersichtlich, warum bei ähnlichem Regelungsinhalt das MABG eine derartige Anrechnung des Karenzurlaubes nicht regle. Dagegen richtet sich die innerhalb offener Frist eingebrachte Beschwerde, mit welcher zunächst übermäßig lange Verfahrensdauer geltend gemacht und im Weiteren zusammengefasst ausgeführt wird, die Beschwerdeführerin habe ursprünglich den Beruf einer medizinischen technischen Fachkraft nach Paragraph 37, MTF-SHD-G erlernt. Die Ausbildung sei im März 1996 mit Diplom beendet worden, seither habe sie bis zum Beginn ihres Karenzurlaubes nach Mutterschutzgesetz in diesem Beruf und zwar überwiegend als Röntgenassistentin gearbeitet. Von Mai 2006 bis Oktober 2011 sei die Beschwerdeführerin durchgehend in Karenz gewesen. Seit Oktober 2012 arbeite sie wieder im selben Berufsfeld. Mit dem angefochtenen Bescheid sei der Antrag der Beschwerdeführerin auf Ausstellung einer Berechtigung zur Durchführung von Schnittbilduntersuchungen mittels Computertomographie und Durchführung von Schnittbilduntersuchungen mittels Magnetresonanztomographie mit der Begründung abgewiesen worden, die Beschwerdeführerin hätte im Beobachtungszeitraum 1.1.2005 bis 1.1.2013 nicht die verlangten 36 Monate einer Tätigkeit gemäß Paragraph 38, Absatz 7, oder Absatz 8, MABG nachgewiesen. Die Zeit der Karenz werde nicht aus dieser Frist herausgerechnet, da eine entsprechende Bestimmung im MABG nicht enthalten sei. Der belangten Behörde sei insofern Recht zu geben, als das MABG keine Bestimmung enthalte, dass Zeiten zB eines Karenzurlaubes nach dem Mutterschutzgesetz die 8-jährige Frist des Paragraph 38, verlängern würden. Ähnliche Bestimmungen seien in anderen Gesetzen wie etwa dem GUKG in Paragraph 108, enthalten. Damit beinhalte das MABG in diesem Punkt eine planwidrige Unvollständigkeit, die zu einer Diskriminierung nach dem Geschlecht führe. Wenn Mütter (oder auch Väter) die ihnen nach dem Gesetz zustehenden Karenzzeiten in Anspruch nehmen, den gleichen Betrachtungszeitraum von unverrückbaren 8 Jahren hätten, wie Personen, die derartige Zeiten nicht in Anspruch nehmen, sei dies eine

unsachliche Differenzierung. Bei Betrachtung des Regelungsinhaltes des Paragraph 108, GUKG ergebe sich die planwidrige Unvollständigkeit des MABG, denn Absatz 5, des Paragraph 108, GUKG besage in weiterer Folge, dass der , 8-jährige dort geregelte Zeitraum eben um Zeiten des Karenzurlaubes nach dem Mutterschutzgesetz verlängert werde. Es sei kein Grund ersichtlich, warum bei ähnlichem Regelungsinhalt das MABG eine derartige Anrechnung des Karenzurlaubes nicht regle.

Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte die belangte Behörde zum Ergebnis kommen müssen, dass die Karenzzeiten der Beschwerdeführerin die 8-jährige Frist des § 38 MABG verlängerten, der Beobachtungszeitraum nach § 38 MABG somit am 1.1.1998 beginne, und die Beschwerdeführerin seit diesem Zeitraum bei weitem mehr als 36 Monate einzelne Tätigkeiten des Radiologisch Technischen Dienstes ausgeübt habe. Ihrem Antrag hätte daher stattgegeben werden müssen. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte die belangte Behörde zum Ergebnis kommen müssen, dass die Karenzzeiten der Beschwerdeführerin die 8-jährige Frist des Paragraph 38, MABG verlängerten, der Beobachtungszeitraum nach Paragraph 38, MABG somit am 1.1.1998 beginne, und die Beschwerdeführerin seit diesem Zeitraum bei weitem mehr als 36 Monate einzelne Tätigkeiten des Radiologisch Technischen Dienstes ausgeübt habe. Ihrem Antrag hätte daher stattgegeben werden müssen.

Beantragt wurde daher die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie die Stattgabe der Beschwerde und die Aufhebung des angefochtenen Bescheides sowie der Entscheidung im Sinne des Antrages vom 25.1.2013, in eventu der Stattgabe der Beschwerde und Rückverweisung an die Behörde.

Unbestritten, und auch dem Vorbringen in der Beschwerde zugrunde gelegt, ist die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin in dem in § 38 genannten 8-jährigen Zeitraum keine 36 bzw. 30 Monate Berufstätigkeit aufzuweisen hat. Vor Prüfung der weiteren Voraussetzungen war daher zunächst der Frage nachzugehen, ob, wie die Beschwerdeführerin meint, das MABG eine echte Gesetzeslücke aufweist, eine planwidrige Unvollständigkeit, die durch Analogie insoweit zu schließen ist, als in den achtjährigen Zeitraum unter anderem Zeiten eines Karenzurlaubes nach dem Mutterschutzgesetz zu einer Verlängerung der Frist führen. Unbestritten, und auch dem Vorbringen in der Beschwerde zugrunde gelegt, ist die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin in dem in Paragraph 38, genannten 8-jährigen Zeitraum keine 36 bzw. 30 Monate Berufstätigkeit aufzuweisen hat. Vor Prüfung der weiteren Voraussetzungen war daher zunächst der Frage nachzugehen, ob, wie die Beschwerdeführerin meint, das MABG eine echte Gesetzeslücke aufweist, eine planwidrige Unvollständigkeit, die durch Analogie insoweit zu schließen ist, als in den achtjährigen Zeitraum unter anderem Zeiten eines Karenzurlaubes nach dem Mutterschutzgesetz zu einer Verlängerung der Frist führen.

Folgende Rechtslage war gegenständlich zu beurteilen:

§ 38 Medizinische Assistenzberufe-Gesetz lautet: Paragraph 38, Medizinische Assistenzberufe-Gesetz lautet:

„Medizinisch-technischer Fachdienst – gehobene medizinisch-technische Dienste

§ 38. (1) Personen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes die Berufsberechtigung im medizinisch-technischen Fachdienst gemäß § 52 Abs. 1 MTF-SHD-G besitzen und in den letzten acht Jahren mindestens 36 Monate Paragraph 38, (1) Personen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes die Berufsberechtigung im medizinisch-technischen Fachdienst gemäß Paragraph 52, Absatz eins, MTF-SHD-G besitzen und in den letzten acht Jahren mindestens 36 Monate

1.

einzelne Tätigkeiten des medizinisch-technischen Laboratoriumsdienstes gemäß Abs. 7 oder des radiologisch-technischen Dienstes gemäß Abs. 8 oder einzelne Tätigkeiten des medizinisch-technischen Laboratoriumsdienstes gemäß Absatz 7, oder des radiologisch-technischen Dienstes gemäß Absatz 8, oder

2.

den medizinisch-technischen Fachdienst ohne Aufsicht

ausgeübt haben, sind berechtigt, diese Tätigkeiten nach ärztlicher Anordnung in einem Dienstverhältnis gemäß § 52 Abs. 3 MTF-SHD-G bis 31. Dezember 2014 weiterhin auszuüben. ausgeübt haben, sind berechtigt, diese Tätigkeiten nach ärztlicher Anordnung in einem Dienstverhältnis gemäß Paragraph 52, Absatz 3, MTF-SHD-G bis 31. Dezember 2014 weiterhin auszuüben.

(2) Der/Die Landeshauptmann/Landeshauptfrau hat Personen gemäß Abs. 1 auf Antrag die Berechtigung zur Ausübung der Tätigkeiten gemäß Abs. 1 auch nach dem 31. Dezember 2014 auszustellen. Voraussetzung für die Berechtigung ist, dass die Durchführung von Tätigkeiten gemäß Abs. 1 nachgewiesen wird. (2) Der/Die Landeshauptmann/Landeshauptfrau hat Personen gemäß Absatz eins, auf Antrag die Berechtigung zur Ausübung der Tätigkeiten gemäß Absatz eins, auch nach dem 31. Dezember 2014 auszustellen. Voraussetzung für die Berechtigung ist, dass die Durchführung von Tätigkeiten gemäß Absatz eins, nachgewiesen wird.

(3) Personen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes die Berufsberechtigung im medizinisch-technischen Fachdienst gemäß § 52 Abs. 1 MTF-SHD-G besitzen und in den letzten acht Jahren mindestens 30 Monate (3) Personen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes die Berufsberechtigung im medizinisch-technischen Fachdienst gemäß Paragraph 52, Absatz eins, MTF-SHD-G besitzen und in den letzten acht Jahren mindestens 30 Monate

1.

einzelne Tätigkeiten des medizinisch-technischen Laboratoriumsdienstes gemäß Abs. 7 oder des radiologisch-technischen Dienstes gemäß Abs. 8 oder einzelne Tätigkeiten des medizinisch-technischen Laboratoriumsdienstes gemäß Absatz 7, oder des radiologisch-technischen Dienstes gemäß Absatz 8, oder

2.

den medizinisch-technischen Fachdienst ohne Aufsicht

ausgeübt haben, sind berechtigt, diese Tätigkeiten nach ärztlicher Anordnung in einem Dienstverhältnis gemäß § 52 Abs. 3 MTF-SHD-G bis 31. Dezember 2016 weiterhin auszuüben. ausgeübt haben, sind berechtigt, diese Tätigkeiten nach ärztlicher Anordnung in einem Dienstverhältnis gemäß Paragraph 52, Absatz 3, MTF-SHD-G bis 31. Dezember

2016 weiterhin auszuüben.

(4) Der/Die Landeshauptmann/Landeshauptfrau hat Personen gemäß Abs. 3 auf Antrag die Berechtigung zur Ausübung der Tätigkeiten gemäß Abs. 1 auch nach dem 31. Dezember 2016 auszustellen. Voraussetzung für die Berechtigung ist,(4) Der/Die Landeshauptmann/Landeshauptfrau hat Personen gemäß Absatz 3, auf Antrag die Berechtigung zur Ausübung der Tätigkeiten gemäß Absatz eins, auch nach dem 31. Dezember 2016 auszustellen. Voraussetzung für die Berechtigung ist,

1.

dass die Durchführung von Tätigkeiten gemäß Abs. 3 nachgewiesen wird, und dass die Durchführung von Tätigkeiten gemäß Absatz 3, nachgewiesen wird, und

2.

ein Zeugnis über die erfolgreiche Absolvierung der kommissionellen Prüfung gemäß Abs. 6 über den entsprechenden Fachbereich.ein Zeugnis über die erfolgreiche Absolvierung der kommissionellen Prüfung gemäß Absatz 6, über den entsprechenden Fachbereich.

(5) Der/Die Landeshauptmann/Landeshauptfrau hat Personen, die die Ausbildung im medizinisch-technischen Fachdienst gemäß MTF-SHD-G erfolgreich absolviert haben, auf Antrag die Berechtigung zur Ausübung von Tätigkeiten gemäß Abs. 7 Z 1 bis 7 oder Abs. 8 Z 1 und 2 auszustellen. Voraussetzung für die Berechtigung ist ein Zeugnis über die erfolgreiche Absolvierung der kommissionellen Prüfung gemäß Abs. 6 über den entsprechenden Fachbereich.(5) Der/Die Landeshauptmann/Landeshauptfrau hat Personen, die die Ausbildung im medizinisch-technischen Fachdienst gemäß MTF-SHD-G erfolgreich absolviert haben, auf Antrag die Berechtigung zur Ausübung von Tätigkeiten gemäß Absatz 7, Ziffer eins bis 7 oder Absatz 8, Ziffer eins und 2 auszustellen. Voraussetzung für die Berechtigung ist ein Zeugnis über die erfolgreiche Absolvierung der kommissionellen Prüfung gemäß Absatz 6, über den entsprechenden Fachbereich.

(6) Die kommissionellen Prüfungen gemäß Abs. 4 und 5 sind beim Amt der jeweiligen Landesregierung bis spätestens 31. Dezember 2016 durchzuführen. Der Prüfungskommission gehören folgende Personen an:(6) Die kommissionellen Prüfungen gemäß Absatz 4 und 5 sind beim Amt der jeweiligen Landesregierung bis spätestens 31. Dezember 2016 durchzuführen. Der Prüfungskommission gehören folgende Personen an:

1.

ein/e Vertreterin des/der Landeshauptmannes/Landeshauptfrau als Vorsitzende/r,

2.

ein/e von der Österreichischen Ärztekammer namhaft gemachte/r Facharzt/-ärztin des jeweiligen Sonderfaches,

3.

ein/e von einem Fachhochschul-Bachelorstudiengang im entsprechenden gehobenen medizinisch-technischen Dienst namhaft gemachter Berufsvertreter/in und

4.

ein/e fachkundige/r Vertreter/in der gesetzlichen Interessenvertreter/in der Arbeitnehmer/innen.

Der/Die Bundesminister/in für Gesundheit hat durch Verordnung nähere Bestimmungen über die Durchführung der Prüfung einschließlich der Festsetzung der Höhe der Prüfungsgebühren festzulegen.

(7) Unter Tätigkeiten des medizinisch-technischen Laboratoriumsdienstes gemäß Abs. 1 und Abs. 3 fallen (7) Unter Tätigkeiten des medizinisch-technischen Laboratoriumsdienstes gemäß Absatz eins und Absatz 3, fallen

1.

die Assistenz bei Untersuchungen auf dem Gebiet der Elektro-Neuro-Funktionsdiagnostik und der Kardio-Pulmonalen-Funktionsdiagnostik,

2.

die Durchführung von Verfahren in der speziellen klinischen Chemie,

3.

die Durchführung von Verfahren in der speziellen Hämatologie,

4.

die Durchführung von Verfahren in der speziellen Hämostaseologie,

5.

die Durchführung von Verfahren in der speziellen Immunhämatologie und Transfusionsmedizin,

6.

die Durchführung von Verfahren in der speziellen Immunologie,

7.

die Durchführung von Verfahren in der speziellen Histologie,

8.

die Durchführung von Verfahren in der Zytologie,

9.

die Durchführung von Verfahren in der molekularen Diagnostik.

(8) Unter Tätigkeiten des radiologisch-technischen Dienstes gemäß Abs. 1 und Abs. 3 faller(8) Unter Tätigkeiten des radiologisch-technischen Dienstes gemäß Absatz eins und Absatz 3, fallen

1.

die Assistenz in der interventionellen Radiologie,

2.

die Durchführung von Ultraschalluntersuchungen,

3.

die Durchführung von nuklearmedizinischen Verfahren,

4.

die Durchführung von strahlentherapeutischen Verfahren,

5.

die Durchführung von Schnittbilduntersuchungen mittels Computertomographie,

6.

die Durchführung von Schnittbilduntersuchungen mittels Magnetresonanztomographie.

(9) Der/Die Landeshauptmann/Landeshauptfrau hat dem/der Bundesminister/in für Gesundheit bis spätestens 30. Juni 2017 die Anzahl der ausgestellten Berechtigungen gemäß Abs. 2, 4 und 5 unter Anführung der jeweiligen Sparten und Tätigkeiten zu übermitteln.(9) Der/Die Landeshauptmann/Landeshauptfrau hat dem/der Bundesminister/in für Gesundheit bis spätestens 30. Juni 2017 die Anzahl der ausgestellten Berechtigungen gemäß Absatz 2, 4 und 5 unter Anführung der jeweiligen Sparten und Tätigkeiten zu übermitteln.

(10) Personen gemäß Abs. 1, 3 und 5 haben sich über die neuesten Entwicklungen und Erkenntnisse der medizinischen

und anderer berufsrelevanter Wissenschaften, die für die Ausübung der betreffenden Tätigkeiten gemäß Abs. 7 und 8 maßgeblich sind, regelmäßig fortzubilden. Das Mindestmaß dieser Fortbildungsverpflichtung beträgt 40 Stunden innerhalb von fünf Jahren.⁽¹⁰⁾ Personen gemäß Absatz eins, 3 und 5 haben sich über die neuesten Entwicklungen und Erkenntnisse der medizinischen und anderer berufsrelevanter Wissenschaften, die für die Ausübung der betreffenden Tätigkeiten gemäß Absatz 7 und 8 maßgeblich sind, regelmäßig fortzubilden. Das Mindestmaß dieser Fortbildungsverpflichtung beträgt 40 Stunden innerhalb von fünf Jahren.

...

Dazu ist in den Erläuterungen folgendes festgehalten:

Im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Gesetzesentwurf hat das Land Niederösterreich mitgeteilt, dass in niederösterreichischen Krankenanstalten derzeit ca. 550 Bedienstete des medizinisch-technischen Fachdienstes arbeiten, deren Arbeitsfelder über die im derzeitigen MTF-SHD-G festgelegten Regelungen hinausgehen. Dies sowohl hinsichtlich der Abgrenzung gegenüber den gehobenen medizinisch-technischen Diensten als auch hinsichtlich der ärztlichen Aufsicht. Eine ähnliche Problematik stellt sich auch in einigen anderen Bundesländern.

Zur Lösung dieser Problematik wurden für die betroffenen Berufsangehörigen entsprechende Übergangsregelungen im Rahmen eines allgemeinen Begutachtungsverfahrens zur Diskussion gestellt. Im Gegenzug wurde seitens des Landes Niederösterreich zugesichert, die Zahl der Ausbildungsplätze in den gehobenen medizinisch-technischen Diensten (insbesondere im radiologisch-technischen Dienst und im medizinisch-technischen Laboratoriumsdienst) an Fachhochschulen zu erhöhen und auch für Angehörige des medizinisch-technischen Fachdienstes vorzusehen. Entsprechende Maßnahmen auch in den anderen Bundesländern wären zur Sicherung der Versorgung erforderlich.

Die Übergangsbestimmung des § 38 sieht Folgendes vor: Die Übergangsbestimmung des Paragraph 38, sieht Folgendes vor:

Diplomierte medizinisch-technische Fachkräfte, die in den letzten acht Jahren mindestens 36 Monate einzelne Tätigkeiten des medizinisch-technischen Laboratoriumsdienstes oder des radiologisch-technischen Dienstes, die vom Berufsbild des medizinisch-technischen Fachdienstes nicht erfasst sind, bzw. ihren Beruf ohne ärztliche Aufsicht ausgeübt haben, können die Berechtigung zur künftigen Ausübung dieser Tätigkeiten beim/bei der Landeshauptmann/-frau beantragen, die durch diesen/diese mit Bescheid zu erteilen ist. Klargestellt wird, dass der Erwerb der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten durch Berufserfahrung nur im Rahmen einer qualifizierten Berufstätigkeitmöglichkeit ist und nicht nur durch gelegentliche Ausübung einzelner in Frage kommenden Tätigkeiten erfüllbar ist. Voraussetzung dafür ist, dass nachgewiesen wird, dass in diesem Zeitraum die einzelnen Tätigkeiten des entsprechenden gehobenen medizinisch-technischen Dienstes (siehe Abs. 7 und 8) durchgeführt wurden. Diplomierte medizinisch-technische Fachkräfte, die in den letzten acht Jahren mindestens 36 Monate einzelne Tätigkeiten des medizinisch-technischen Laboratoriumsdienstes oder des radiologisch-technischen Dienstes, die vom Berufsbild des medizinisch-technischen Fachdienstes nicht erfasst sind, bzw. ihren Beruf ohne ärztliche Aufsicht ausgeübt haben, können die Berechtigung zur künftigen Ausübung dieser Tätigkeiten beim/bei der Landeshauptmann/-frau beantragen, die durch diesen/diese mit Bescheid zu erteilen ist. Klargestellt wird, dass der Erwerb der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten durch Berufserfahrung nur im Rahmen einer qualifizierten Berufstätigkeitmöglichkeit ist und nicht nur durch gelegentliche Ausübung einzelner in Frage kommenden Tätigkeiten erfüllbar ist. Voraussetzung dafür ist, dass nachgewiesen wird, dass in diesem Zeitraum die einzelnen Tätigkeiten des entsprechenden gehobenen medizinisch-technischen Dienstes (siehe Absatz 7 und 8) durchgeführt wurden.

Von der im Rahmen des Begutachtungsverfahrens zur Diskussion gestellten Absolvierung einer entsprechenden Ergänzungsausbildung wird Abstand genommen, zumal diese auf Grund der unterschiedlichen in Betracht kommenden Tätigkeiten schwer durchführbar und auch mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden wäre und darüber hinaus die Kompetenzen im Rahmen der jahrelangen qualifizierten Berufserfahrung erworben wurden. Es handelt sich hierbei nur um einzelne Tätigkeiten des medizinisch-technischen Laboratoriumsdienstes oder des radiologisch-technischen Dienstes. Die Personen erhalten keine Berechtigung, den jeweiligen gehobenen medizinisch-technischen Dienst auszuüben (Abs. 1 und 2). Von der im Rahmen des Begutachtungsverfahrens zur Diskussion gestellten Absolvierung einer entsprechenden Ergänzungsausbildung wird Abstand genommen, zumal diese auf Grund der unterschiedlichen in Betracht kommenden Tätigkeiten schwer durchführbar und auch mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden wäre und darüber hinaus die Kompetenzen im Rahmen der jahrelangen qualifizierten

Berufserfahrung erworben wurden. Es handelt sich hierbei nur um einzelne Tätigkeiten des medizinisch-technischen Laboratoriumsdienstes oder des radiologisch-technischen Dienstes. Die Personen erhalten keine Berechtigung, den jeweiligen gehobenen medizinisch-technischen Dienst auszuüben (Absatz eins und 2).

Personen, die in den letzten acht Jahren mindestens 30 Monate einzelne Tätigkeiten des medizinisch-technischen Laboratoriumsdienstes oder des radiologisch-technischen Dienstes, die vom Berufsbild des medizinisch-technischen Fachdienstes nicht erfasst sind, bzw. ihren Beruf ohne ärztliche Aufsicht ausgeübt haben, können die Berechtigung zur Ausübung dieser Tätigkeiten durch Absolvierung einer kommissionellen Prüfung beim Amt der jeweiligen Landesregierung erwerben. Eine entsprechende Verordnungsermächtigung des/der Bundesministers/-in für Gesundheit hinsichtlich der Durchführungsbestimmungen betreffend die kommissionelle Prüfung ist vorgesehen (Abs. 3, 4 und 6). Personen, die in den letzten acht Jahren mindestens 30 Monate einzelne Tätigkeiten des medizinisch-technischen Laboratoriumsdienstes oder des radiologisch-technischen Dienstes, die vom Berufsbild des medizinisch-technischen Fachdienstes nicht erfasst sind, bzw. ihren Beruf ohne ärztliche Aufsicht ausgeübt haben, können die Berechtigung zur Ausübung dieser Tätigkeiten durch Absolvierung einer kommissionellen Prüfung beim Amt der jeweiligen Landesregierung erwerben. Eine entsprechende Verordnungsermächtigung des/der Bundesministers/-in für Gesundheit hinsichtlich der Durchführungsbestimmungen betreffend die kommissionelle Prüfung ist vorgesehen (Absatz 3, 4 und 6).

Im Rahmen dieser Prüfung sind sowohl die für die Ausübung erforderlichen theoretischen Grundlagen als auch die praktischen Fertigkeiten nachzuweisen.“

§ 57 Abs. 7 MTF-SHD-G lautet: Paragraph 57, Absatz 7, MTF-SHD-G lautet:

„Eine der im § 44 angeführten Tätigkeiten in den Sanitätshilfsdiensten darf berufsmäßig bereits vor Ablegung der in den §§ 45 bis 50 vorgesehenen kursmäßigen Ausbildung ausgeübt werden. Die erfolgreiche Absolvierung dieser Ausbildung ist innerhalb von zwei Jahren ab Berufsantritt nachzuweisen. Kann nach Ablauf der zweijährigen Frist die erfolgreiche Absolvierung der Ausbildung nicht nachgewiesen werden, erlischt die Berechtigung zur weiteren berufsmäßigen Ausübung der Tätigkeit im Sanitätshilfsdienst. Die Unterbrechung einer Tätigkeit in den Sanitätshilfsdiensten infolge Präsenzdienstleistung nach dem Wehrgesetz 1990, BGBl. Nr. 305, in der jeweils geltenden Fassung, infolge Ableistung des Zivildienstes gemäß Zivildienstgesetz 1986, BGBl. Nr. 679, in der jeweils geltenden Fassung, infolge Karenzurlaubes nach dem Mutterschutzgesetz 1979, BGBl. Nr. 221, in der jeweils geltenden Fassung, oder infolge einer länger als drei Monate dauernden Erkrankung hemmt den Lauf der zweijährigen Frist.“ „Eine der im Paragraph 44, angeführten Tätigkeiten in den Sanitätshilfsdiensten darf berufsmäßig bereits vor Ablegung der in den Paragraphen 45 bis 50 vorgesehenen kursmäßigen Ausbildung ausgeübt werden. Die erfolgreiche Absolvierung dieser Ausbildung ist innerhalb von zwei Jahren ab Berufsantritt nachzuweisen. Kann nach Ablauf der zweijährigen Frist die erfolgreiche Absolvierung der Ausbildung nicht nachgewiesen werden, erlischt die Berechtigung zur weiteren berufsmäßigen Ausübung der Tätigkeit im Sanitätshilfsdienst. Die Unterbrechung einer Tätigkeit in den Sanitätshilfsdiensten infolge Präsenzdienstleistung nach dem Wehrgesetz 1990, Bundesgesetzblatt Nr. 305, in der jeweils geltenden Fassung, infolge Ableistung des Zivildienstes gemäß Zivildienstgesetz 1986, Bundesgesetzblatt Nr. 679, in der jeweils geltenden Fassung, infolge Karenzurlaubes nach dem Mutterschutzgesetz 1979, Bundesgesetzblatt Nr. 221, in der jeweils geltenden Fassung, oder infolge einer länger als drei Monate dauernden Erkrankung hemmt den Lauf der zweijährigen Frist.“

§ 108 GU-KG lautet: Paragraph 108, GU-KG lautet:

„§ 108. (1) Angehörige des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege, die auf Grund § 57b Krankenpflegegesetz eine Sonderausbildung für Spezialaufgaben erfolgreich absolviert haben, sind berechtigt, die entsprechenden Spezialaufgaben auszuüben.“ „§ 108. (1) Angehörige des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege, die auf Grund Paragraph 57 b, Krankenpflegegesetz eine Sonderausbildung für Spezialaufgaben erfolgreich absolviert haben, sind berechtigt, die entsprechenden Spezialaufgaben auszuüben.

(2) Der Landeshauptmann hat Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege, die in den letzten acht Jahren vor Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes mindestens fünf Jahre vollbeschäftigt oder entsprechend länger bei Teilzeitbeschäftigung Spezialaufgaben nach dem Krankenpflegegesetz ausgeübt haben, ohne eine entsprechende Sonderausbildung absolviert zu haben, auf Antrag eine Bestätigung über die absolvierte Berufspraxis auszustellen. Diese Bestätigung berechtigt zur Ausübung der entsprechenden Spezialaufgaben.

(3) Angehörige des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege, die in den letzten fünf Jahren vor Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes mindestens drei Jahre vollbeschäftigt oder entsprechend länger bei Teilzeitbeschäftigung Spezialaufgaben nach dem Krankenpflegegesetz ausgeübt haben, ohne eine entsprechende Sonderausbildung absolviert zu haben, sind berechtigt, diese Aufgaben bis 31. Dezember 2006 auszuüben. Ab 1. Jänner 2007 dürfen diese Personen Spezialaufgaben nur nach erfolgreicher Absolvierung der entsprechenden kommissionellen Prüfung gemäß § 65 Abs. 7 ausüben.

(3) Angehörige des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege, die in den letzten fünf Jahren vor Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes mindestens drei Jahre vollbeschäftigt oder entsprechend länger bei Teilzeitbeschäftigung Spezialaufgaben nach dem Krankenpflegegesetz ausgeübt haben, ohne eine entsprechende Sonderausbildung absolviert zu haben, sind berechtigt, diese Aufgaben bis 31. Dezember 2006 auszuüben. Ab 1. Jänner 2007 dürfen diese Personen Spezialaufgaben nur nach erfolgreicher Absolvierung der entsprechenden kommissionellen Prüfung gemäß Paragraph 65, Absatz 7, ausüben.

(4) Angehörige des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege, die Spezialaufgaben nach dem Krankenpflegegesetz ausgeübt haben, ohne die Voraussetzungen der Abs. 1 bis 3 zu erfüllen, sind berechtigt, diese Aufgaben bis 31. Dezember 2008 auszuüben. Ab 1. Jänner 2009 dürfen diese Personen Spezialaufgaben nur nach erfolgreicher Absolvierung der entsprechenden Sonderausbildung ausüben.

(4) Angehörige des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege, die Spezialaufgaben nach dem Krankenpflegegesetz ausgeübt haben, ohne die Voraussetzungen der Absatz eins bis 3 zu erfüllen, sind berechtigt, diese Aufgaben bis 31. Dezember 2008 auszuüben. Ab 1. Jänner 2009 dürfen diese Personen Spezialaufgaben nur nach erfolgreicher Absolvierung der entsprechenden Sonderausbildung ausüben.

(5) Zeiten

1. der Beschäftigungsverbote nach dem Mutterschutzgesetz 1979, BGBl. Nr. 221, 1. der Beschäftigungsverbote nach dem Mutterschutzgesetz 1979, Bundesgesetzblatt Nr. 221,

2. eines Karenzurlaubes nach dem Mutterschutzgesetz 1979 oder dem Väter-Karenzgesetz, BGBl. Nr. 651/1989,

2. eines Karenzurlaubes nach dem Mutterschutzgesetz 1979 oder dem Väter-Karenzgesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 651 aus 1989,,,

3. des Präsenzdienstes gemäß dem Wehrgesetz 1990 oder

4. des Zivildienstes gemäß dem Zivildienstgesetz 1986, BGBl. Nr. 679, 4. des Zivildienstes gemäß dem Zivildienstgesetz 1986, Bundesgesetzblatt Nr. 679,

die in die achtjährige beziehungsweise fünfjährige Frist der Abs. 2 und 3 fallen, verlängern diese entsprechend. Die in die achtjährige beziehungsweise fünfjährige Frist der Absatz 2 und 3 fallen, verlängern diese entsprechend.“

Eine echte Gesetzeslücke, die zur Anwendung der Analogie auch im Bereich des Verwaltungsrechtes berechtigt, liegt vor, wenn zwar eine anzuwendende Rechtsvorschrift vorhanden, diese aber in eine bestimmte Richtung nicht präzisiert (lückenhaft) ist. Eine unechte Lücke ist gegeben, wenn man von einem bestimmten Standpunkt aus eine bestimmte Regelung eines Sachverhaltes erwartet, eine solche aber fehlt. Analoge Rechtsanwendung ist in diesem Fall ausgeschlossen.

Auch der Verwaltungsgerichtshof musste sich in seiner Rechtsprechung mehrfach dem Problem der Abgrenzung einer echten von einer unechten Gesetzeslücke stellen und hat dabei folgende Rechtssätze aufgestellt:

Eine analoge Anwendung des § 3 Abs. 1 Z 5 lit. d EStG 1988 auch auf diese Landesförderung würde aber das Vorliegen einer echten Gesetzeslücke, also das Bestehen einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes, voraussetzen. Ein Abweichen vom Gesetzeswortlaut ist nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs nur dann zulässig, wenn eindeutig feststeht, dass der Gesetzgeber etwas anderes gewollt hat, als er zum Ausdruck gebracht hat, so beispielsweise wenn den Gesetzesmaterialien mit eindeutiger Sicherheit entnommen werden kann, dass der Wille des Gesetzgebers tatsächlich in eine andere Richtung gegangen ist, als sie in der getroffenen Regelung zum Ausdruck kommt; im Zweifel ist das Bestehen einer Gesetzeslücke nicht anzunehmen (VwGH 30.04.2015, 2013/15/0086 mit Hinweis auf die Erkenntnisse vom 25. November 2009, 2007/15/0252, VwSlg 8493 F/2009, sowie vom 30. März 2011, 2008/13/0053, je mwN). Eine analoge Anwendung des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 5, Litera d, EStG 1988 auch auf diese Landesförderung würde aber das Vorliegen einer echten Gesetzeslücke, also das Bestehen einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes, voraussetzen. Ein Abweichen vom Gesetzeswortlaut ist nach der Judikatur des

Verwaltungsgerichtshofs nur dann zulässig, wenn eindeutig feststeht, dass der Gesetzgeber etwas anderes gewollt hat, als er zum Ausdruck gebracht hat, so beispielsweise wenn den Gesetzesmaterialien mit eindeutiger Sicherheit entnommen werden kann, dass der Wille des Gesetzgebers tatsächlich in eine andere Richtung gegangen ist, als sie in der getroffenen Regelung zum Ausdruck kommt; im Zweifel ist das Bestehen einer Gesetzeslücke nicht anzunehmen (VwGH 30.04.2015, 2013/15/0086 mit Hinweis auf die Erkenntnisse vom 25. November 2009, 2007/15/0252, VwSlg 8493 F/2009, sowie vom 30. März 2011, 2008/13/0053, je mwN).

Die bloße Meinung, eine fehlende Regelung wäre rechtspolitisch wünschenswert, reicht zur Annahme einer Gesetzeslücke nicht hin (VwGH 24.03.2015, Ro 2014/03/0073 mit Hinweis auf das Erkenntnis vom 3. Juli 2002, 2002/08/0127).

Ein Analogieschluss setzt das Vorliegen einer echten Gesetzeslücke, also das Bestehen einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes, voraus. Ein Abweichen vom Gesetzeswortlaut ist nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nur dann zulässig, wenn eindeutig feststeht, dass der Gesetzgeber etwas anderes gewollt hat, als er zum Ausdruck gebracht hat, so beispielsweise wenn den Gesetzesmaterialien mit eindeutiger Sicherheit entnommen werden kann, dass der Wille des Gesetzgebers tatsächlich in eine andere Richtung gegangen ist, als sie in der getroffenen Regelung zum Ausdruck kommt; im Zweifel ist das Bestehen einer Gesetzeslücke nicht anzunehmen (VwGH 28.03.2014, 2014/02/0033 mit Hinweis auf die Erkenntnisse vom 27. April 2005, 2001/14/0114, VwSlg 8029 F/2005, und vom 15. November 2005, 2004/14/0106, VwSlg 8083 F/2005).

Bei einer Gesetzeslücke handelt es sich um eine planwidrige und daher durch Analogie zu schließende Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts, gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung. Eine Lücke ist demnach nur dort anzunehmen, wo das Gesetz, gemessen an der mit seiner Erlassung verfolgten Absicht und seiner immanenten Teleologie unvollständig, also ergänzungsbedürftig ist und wo seine Ergänzung nicht etwa einer vom Gesetz gewollten Beschränkung widerspricht (VwGH 11.12.2013, 2012/08/0079 mit Hinweis auf das Erkenntnis vom 3. Juli 2002, Zl. 2002/08/0127).

Ein Analogieschluss setzt das Vorliegen einer echten Gesetzeslücke, also das Bestehen einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes, voraus. Ein Abweichen vom Gesetzeswortlaut ist nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nur dann zulässig, wenn eindeutig feststeht, dass der Gesetzgeber etwas anderes gewollt hat, als er zum Ausdruck gebracht hat, so beispielsweise wenn den Gesetzesmaterialien mit eindeutiger Sicherheit entnommen werden kann, dass der Wille des Gesetzgebers tatsächlich in eine andere Richtung gegangen ist, als sie in der getroffenen Regelung zum Ausdruck kommt; im Zweifel ist das Bestehen einer Gesetzeslücke nicht anzunehmen (VwGH 20.03.2013, 2009/13/0101 mit Hinweis auf die Erkenntnisse vom 27. April 2005, 2001/14/0114, VwSlg 8029 F/2005, und vom 15. November 2005, 2004/14/0106, VwSlg 8083 F/2005).

Im Zweifel ist das Unterbleiben einer bestimmten Regelung im Bereich des öffentlichen Rechts als beabsichtigt anzusehen (VwGH 27.09.2011, 2010/12/0120 mit Hinweis auf das Erkenntnis vom 30. September 1994, Zl. 93/08/0254).

Gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG kann, soweit durch Bundes- oder Landesgesetz nicht anderes bestimmt ist, das Verwaltungsgericht ungeachtet eines Parteiantrags von einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und einem Entfall der Verhandlung weder Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389 entgegenstehen. Gemäß Paragraph 24, Absatz 4, VwGVG kann, soweit durch Bundes- oder Landesgesetz nicht anderes bestimmt ist, das Verwaltungsgericht ungeachtet eines Parteiantrags von einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und einem Entfall der Verhandlung weder Artikel 6, Absatz eins, der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Bundesgesetzblatt Nr. 210 aus 1958,, noch Artikel 47, der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389 entgegenstehen.

Vorliegend sind sowohl der Wortlaut der gestellten Anträge als auch der bekämpften Entscheidung unbestritten, auch das objektive Fehlen der geforderten und in Rede stehenden Voraussetzung wurde nicht in Abrede gestellt. Es war daher allein die Rechtsfrage zu klären, ob im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes von einer

echten Gesetzeslücke auszugehen und eine entsprechende Lückenschließung durch Analogie vorzunehmen ist. Diesbezüglich hätte auch eine Erörterung in einer mündlichen Verhandlung nichts an den festgestellten und unbestrittenen Tatsachen geändert. Von der Durchführung einer Verhandlung konnte daher abgesehen werden.

Zur Frage des rechtspolitischen Entscheidungsspielraumes hat der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 13.12.1982, B 193/77;

G 85/77 ausgeführt, dass die rechtspolitische Gestaltungsfreiheit nicht unbegrenzt ist. Rechtspolitische Erwägungen des Gesetzgebers unterliegen – außer im Falle eines Exzesses – nicht der Kontrolle durch den VfGH und sind insoweit auch nicht mit den aus dem Gleichheitsgebot ableitbaren Maßstäben zu messen (Verweis auf VfSlg. 6030/1969, 6152/1970, 6191/1970, 6929/1972, 9280/1981). Innerhalb dieser Grenzen sei die Rechtskontrolle nicht zu einem Urteil in Angelegenheit der Rechtspolitik berufen (Verweis auf VfSlg. 5692/1968, 6033/1969, 6533/1971, 7359/1974, 7864/1976). Ein Exzess wäre zum Beispiel dann gegeben, wenn durch eine differenzierende Vorschrift ein anderes Grundrecht, etwa die Freiheit der Erwerbsausübung, im Wesen geschmälert würde. Zur Frage des rechtspolitischen Entscheidungsspielraumes hat der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 13.12.1982, B 193/77; , G 85/77 ausgeführt, dass die rechtspolitische Gestaltungsfreiheit nicht unbegrenzt ist. Rechtspolitische Erwägungen des Gesetzgebers unterliegen – außer im Falle eines Exzesses – nicht der Kontrolle durch den VfGH und sind insoweit auch nicht mit den aus dem Gleichheitsgebot ableitbaren Maßstäben zu messen (Verweis auf VfSlg. 6030 aus 1969,, 6152 aus 1970,, 6191 aus 1970,, 6929 aus 1972,, 9280 aus 1981,). Innerhalb dieser Grenzen sei die Rechtskontrolle nicht zu einem Urteil in Angelegenheit der Rechtspolitik berufen (Verweis auf VfSlg. 5692 aus 1968,, 6033 aus 1969,, 6533 aus 1971,, 7359 aus 1974,, 7864 aus 1976,). Ein Exzess wäre zum Beispiel dann gegeben, wenn durch eine differenzierende Vorschrift ein anderes Grundrecht, etwa die Freiheit der Erwerbsausübung, im Wesen geschmälert würde.

Zunächst ist festzustellen, dass es sich bei dem von der Beschwerdeführerin ins Treffen geführten, als „Karenzzeiten“ bezeichneten Zeiträume nicht ausschließlich um solche, in den Übergangsbestimmungen des GUKG oder des MTF-SHD-G genannten Zeiten eines Karenzurlaubes nach dem Mutterschutzgesetz oder dem Väterkarenzgesetz handelt, sondern dass darunter auch Zeiten fallen die als „Sonderurlaub“, wenn auch unter Bezugnahme auf die notwendige Erziehung eines Kindes konsumiert wurden.

Im Lichte der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes war zunächst zu prüfen, ob der Gesetzgeber tatsächlich etwas anderes gewollt hat, als er zum Ausdruck gebracht hat bzw. ob eine planwidrige durch Analogie zu schließende Unvollständigkeit, gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtslage anzunehmen ist.

Die vom Verwaltungsgerichtshof unter anderem als Maßstab herangezogenen Gesetzesmaterialien geben für eine derartige Annahme nichts her. Weder den Materialien zum MABG noch den Gesetzesmaterialien zu § 108 Abs. 5 GU-KG lässt sich entnehmen, dass eine entsprechende Anrechnung in jedem Fall zwingend zu erfolgen hat und nicht auch durch andere Schritte des Gesetzgebers für die angesprochene Problematik vorgesorgt werden könne. Die vom Verwaltungsgerichtshof unter anderem als Maßstab herangezogenen Gesetzesmaterialien geben für eine derartige Annahme nichts her. Weder den Materialien zum MABG noch den Gesetzesmaterialien zu Paragraph 108, Absatz 5, GU-KG lässt sich entnehmen, dass eine entsprechende Anrechnung in jedem Fall zwingend zu erfolgen hat und nicht auch durch andere Schritte des Gesetzgebers für die angesprochene Problematik vorgesorgt werden könne.

Aber auch ein Vergleich der oben zitierten Bestimmungen lässt nicht erkennen, dass ein Analogieschluss zur Schließung einer unbeabsichtigten Gesetzeslücke erforderlich ist, weil die im § 108 GU-KG und in § 57 Abs. 7 MTF-SHD-G nachzuweisenden Tätigkeiten eine viel kürzere Restdauer auf die jeweilige Frist von 8 bzw. 2 Jahren lässt. So hat der Gesetzgeber in § 38 MABG dadurch, dass er für einen 8-jährigen Zeitraum eine Tätigkeitsdauer von lediglich 36 bzw. 30 Monaten fordert, hinreichend Zeit für die Einrechnung der in § 108 Abs. 5 GU-KG genannten Zeiten gegeben, verbleibt doch eine Restdauer von 5 Jahren bzw.

5 ½ Jahren. Aber auch ein Vergleich der oben zitierten Bestimmungen lässt nicht erkennen, dass ein Analogieschluss zur Schließung einer unbeabsichtigten Gesetzeslücke erforderlich ist, weil die im Paragraph 108, GU-KG und in Paragraph 57, Absatz 7, MTF-SHD-G nachzuweisenden Tätigkeiten eine viel kürzere Restdauer auf die jeweilige Frist von 8 bzw. 2 Jahren lässt. So hat der Gesetzgeber in Paragraph 38, MABG dadurch, dass er für einen 8-jährigen Zeitraum eine Tätigkeitsdauer von lediglich 36 bzw. 30 Monaten fordert, hinreichend Zeit für die Einrechnung der in Paragraph 108, Absatz 5, GU-KG genannten Zeiten gegeben, verbleibt doch eine Restdauer von 5 Jahren bzw. , 5 ½ Jahren.

Ein Vergleich mit der geltenden Rechtsordnung zeigt daher, dass der Gesetzgeber hier von dem ihm zustehenden Gestaltungsspielraum Gebrauch gemacht hat und für eine ähnliche Problemstellung wie in anderen Gesetzesbestimmungen eine andere Lösung getroffen hat.

Gegen die Annahme einer unbeabsichtigten Gesetzeslücke spricht aber auch, dass sowohl die Bestimmung des § 57 Abs. 7 MTF-SHD-G wie auch die Bestimmung des § 108 GU-KG im Zeitpunkt des Beschlusses des MABG dem Gesetzgeber bekannt waren, und er dennoch eine entsprechende Zusatzbestimmung wie im § 108 Abs. 5 GU-KG nicht erlassen hat. Gegen die Annahme einer unbeabsichtigten Gesetzeslücke spricht aber auch, dass sowohl die Bestimmung des Paragraph 57, Absatz 7, MTF-SHD-G wie auch die Bestimmung des Paragraph 108, GU-KG im Zeitpunkt des Beschlusses des MABG dem Gesetzgeber bekannt waren, und er dennoch eine entsprechende Zusatzbestimmung wie im Paragraph 108, Absatz 5, GU-KG nicht erlassen hat.

Selbst wenn man somit Zweifel hinsichtlich des Bestehens einer Gesetzeslücke haben sollte, so ist in diesem Fall nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes im Bereich des öffentlichen Rechtes von der Annahme einer beabsichtigten Gesetzeslücke auszugehen und kann auch die bloße Meinung, die „fehlende Regelung“ wäre rechtspolitisch wünschenswert nicht dar zu dienen, eine Gesetzeslücke anzunehmen.

Liegt aber keine Gesetzeslücke vor, kann es somit nicht zu einer Anrechnung der ins Spiel gebrachten Karenzzeit nach dem Mutterschutzgesetz kommen, liegt doch bereits eine unabdingbare Voraussetzung zu einem Vorgehen nach § 38 MABG nicht vor, weshalb die weiteren Voraussetzungen auch nicht mehr zu prüfen waren. Liegt aber keine Gesetzeslücke vor, kann es somit nicht zu einer Anrechnung der ins Spiel gebrachten Karenzzeit nach dem Mutterschutzgesetz kommen, liegt doch bereits eine unabdingbare Voraussetzung zu einem Vorgehen nach Paragraph 38, MABG nicht vor, weshalb die weiteren Voraussetzungen auch nicht mehr zu prüfen waren.

Der Antrag wurde daher von der Behörde zu Recht abgewiesen, weshalb der Beschwerde dagegen auch nicht stattzugeben war.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu den Voraussetzungen für die Annahme einer echten Gesetzeslücke ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu den Voraussetzungen für die Annahme einer echten Gesetzeslücke ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Echte Gesetzeslücke; Analogie; Karenzurlaub; rechtspolitischer Gestaltungsspielraum; unbeabsichtigte Gesetzeslücke; Karenzzeit; Mutterschutz

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2016:VGW.101.020.7586.2016

Zuletzt aktualisiert am

07.04.2017

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at