

# TE Vwgh Erkenntnis 1996/3/19 95/04/0147

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.03.1996

## Index

40/01 Verwaltungsverfahren;

50/01 Gewerbeordnung;

## Norm

AVG §37;

AVG §39 Abs2;

BefNWV Masseur 1993;

GewO 1994 §28 Abs1 Z1;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Griesmacher und die Hofräte DDr. Jakusch, Dr. Gruber, Dr. Stöberl und Dr. Blaschek als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Marihart, über die Beschwerde des Mag. F in S, vertreten durch Dr. N, Rechtsanwalt in S, gegen den Bescheid des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 29. September 1993, Zl. 314.549/1-III/4/93, betreffend Verweigerung der Nachsicht vom Befähigungsnachweis, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 4.565,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid vom 29. September 1993 wurde dem Beschwerdeführer die Nachsicht von der Erbringung des Befähigungsnachweises für das gebundene Gewerbe der Masseur gemäß § 28 Abs. 1 GewO 1973 in der Fassung der Gewerberechtsnovelle 1992 verweigert.

Zur Begründung wurde im wesentlichen ausgeführt, in seinem Ansuchen habe der Beschwerdeführer vorgebracht, daß er nach abgelegter Reifeprüfung das Studium der Sportwissenschaft absolviert habe. Während der Studienzeit habe er sich zum Diplommasseur ausbilden lassen und praktische Erfahrung als Masseur durch die Massagetätigkeit bei einem Fußball-Bundesligaverein "Y" gesammelt, wobei in Zusammenarbeit mit einem Arzt sein Hauptaufgabengebiet die "therapeutische Verletzungsnachsorge" gewesen sei. Seit 1980 sei er Universitätslektor am Institut für Sportwissenschaften an der Universität Salzburg, wo er Vorlesungen und Übungen über Sportmassage halte. Seit 1989 sei er Leiter der Forschungsstelle für Bewegungs- und Leistungsdiagnosen mit Schwerpunkt Massage am Institut für Sportwissenschaften. Es sei aus dieser sowohl wissenschaftlichen als auch praktischen Tätigkeit auch

eine Publikation unter seiner Autorenschaft mit dem Titel "Massage, Aktivierung und Schmerzlinderung" hervorgegangen. Neben seiner weiteren Tätigkeit als Mittelschullehrer für Leibeserziehung betreibe er als Alleingeschäftsführer die X-Ges.m.b.H; einen Schwerpunkt der Tätigkeit dieses Fitness-Centers bilde die rehabilitative Behandlung von Patienten nach Verletzungen des Stütz- und Bewegungsapparates, welche in Zusammenarbeit mit dem Salzburger Unfallkrankenhaus und Fachärzten erfolge. Eine weitere Betriebsstätte des Fitness-Centers solle nunmehr die Kunden auch im Bereich der Massage betreuen können, wofür er die Gewerbeberechtigung benötige. Die fachlich zuständige Landesinnung habe sich in ihren Stellungnahmen vom 16. Oktober 1989 und vom 29. November 1989 gegen die beantragte Nachsicht ausgesprochen, weil aufgrund einer fehlenden differenzierten Praxis (der Nachsichtswerber habe weder eine Lehre vorzuweisen noch habe er einen der gesetzlich vorgeschriebenen Kurse besucht, er habe lediglich auf eine Praxis in Zusammenarbeit mit Fachärzten verwiesen) nicht angenommen werden könne, daß die nötigen Voraussetzungen gegeben seien. Aufgrund eines in der Folge gestellten Antrages des Beschwerdeführers auf Übergang der Entscheidungspflicht sei sodann namens des Landeshauptmannes von Salzburg mit Bescheid vom 4. April 1991 dem Ansuchen keine Folge gegeben worden. Das "Bundesministerium" habe sodann mit Bescheid vom 10. Oktober 1991 der Berufung keine Folge gegeben und den vorinstanzlichen Bescheid bestätigt. Aufgrund einer dagegen eingebrachten Beschwerde sei mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 17. Juni 1992, B 1374/91-6, der letztgenannte Bescheid wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes behoben worden. In dem damit beim Bundesministerium wieder anhängig gewordenen Berufungsverfahren habe der Leiter der vom Beschwerdeführer absolvierten Lehranstalt für Schönheitspflege "L-Kosmetik" Prim. Dr. L, mit Schreiben vom 9. November 1992 mitgeteilt, daß der Nachsichtswerber im Rahmen eines sechsmonatigen Kurses im Wintersemester 1977/78 insgesamt 60 Stunden in Anatomie, Physiologie und Pathologie, 30 Stunden in Fachkunde Massage und 75 Stunden in Massage-Praxis, Körperpflege und Sportmassage unterrichtet worden sei. Zum Nachweis seiner bisherigen Tätigkeit habe der Beschwerdeführer in der Folge eine Lehrauftragsbestätigung des Institutes für Sportwissenschaften der Universität Salzburg vorgelegt, aus der zu ersehen sei, daß er im Rahmen eines Ausbildungslehrganges im Bereich des "Fitness- und Freizeitsports" die Veranstaltungen in "Sportmassage I und II" sowie ein Praktikum geleitet habe. Ferner habe der Einschreiter insgesamt fünf Zeugen für seine bisherige Tätigkeit bei der X-Ges.m.b.H. namhaft gemacht und eine Bestätigung des "Vereins Y" vom 5. Februar 1993 vorgelegt, derzufolge er vom Juli 1979 bis Juni 1985 bei diesem Verein als Masseur tätig gewesen sei. Es sei den mit den benannten Zeugen aufgenommenen Niederschriften im wesentlichen bzw. zusammenfassend zu entnehmen, daß der Nachsichtswerber im Rahmen der von ihm abgehaltenen Massagekurse an der Universität Salzburg Anatomie, Physiologie, Indikationen und Kontraindikationen vorgetragen und im praktischen Teil insbesondere "klassische Sportmassagen" unterrichtet habe. Im "X-Club" habe es sich zum Teil um "Nachsorge von Kunden" nach einer abgeschlossenen Physiotherapie oder Abklärung des behandelnden Arztes gehandelt; ein Teil dieser Tätigkeit sei in Form verschiedener Massagetätigkeiten (z.B. Lymphdrainagen, Sportmassagen und normale klassische Massagen) durchgeführt worden. Der Beschwerdeführer selbst habe Sportmassagen sowie "Verletzungsmassagen" (nach einer Aussage auch "klassische Massagen" und andere, die der Zeuge nicht mehr habe benennen können) durchgeführt. Die fachlich zuständige Landesinnung habe in ihrer Stellungnahme vom 1. März 1993 weiterhin die Auffassung vertreten, daß der Beschwerdeführer nicht die nötigen fachlichen Kenntnisse und Fertigkeiten besitze, um selbständig das Masseurgewerbe ausüben zu können. Prim. Dr. L habe dem Beschwerdeführer bestätigt, daß er 60 Stunden in Anatomie, Physiologie und Pathologie, 30 Stunden in Fachkunde Massage sowie 75 Stunden in Massagepraxis/Sportmassage unterrichtet worden sei. Den niederschriftlich festgehaltenen Zeugenaussagen sei zusammenfassend lediglich zu entnehmen, daß der Beschwerdeführer eingeschränkte Massagetätigkeiten durchgeführt habe. Es gehe jedoch nicht hervor, daß er sämtliche in der Befähigungsnachweisverordnung festgehaltenen Massagearten ausreichend praktiziert habe. Dem bei Prim. Dr. L absolvierten Kurs sei gegenüberzustellen, daß während der zweijährigen Lehrzeit, die normalerweise die Grundlage für eine selbständige Massagetätigkeit bilde, in der Berufsschule ca. 320 Stunden an Fachkunde sowie 240 Stunden an praktischem Unterricht abgelegt würden. Hiezu käme noch während der Lehrzeit ca. 3000 Stunden an praktischer Tätigkeit in den Lehrbetrieben. Während der anschließend erforderlichen Praxiszeit würden insgesamt ca. 3800 Stunden an Massagepraxis "durchgemacht". Allein schon aus diesem Vergleich gehe hervor, daß der Nachsichtswerber über die fachlichen Kenntnisse und Fertigkeiten, die zur selbständigen Ausübung des Masseurgewerbes erforderlich seien, nicht verfügen könne. Es wäre unverantwortlich, insbesondere auch im Hinblick auf die Gesundheit der Kunden ohne tatsächlichen Nachweis der entsprechenden Befähigung die selbständige Ausübung des Masseurgewerbes zuzulassen.

Wie im Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 16. Juni 1992 (Slg. 13.094) diesbezüglich festgehalten sei, werde der in der jeweiligen Befähigungsnachweis-Verordnung vorgezeichnete Ausbildungsweg regelmäßig der einfachere sein und eine Nachsicht unter dem Aspekt der vollen Befähigung nur dann in Betracht kommen, wenn der Nachsichtswerber darzutun vermöge, daß er aufgrund eines von der Befähigungsnachweis-Verordnung zwar abweichenden, aber gleichwohl anspruchsvolleren Ausbildungsweges mindestens die gleiche Befähigung besitze, wie sie dort vorgezeichnet sei. Gemäß der den Befähigungsnachweis für das gegenständliche Gewerbe regelnden Verordnung, BGBl. Nr. 175/1986, in der Fassung BGBl. Nr. 397/1989, sei die Befähigung für das Gewerbe der Masseur durch das Zeugnis über die erfolgreich abgelegte Prüfung nach §§ 2 bis 8 dieser Verordnung nachzuweisen. Voraussetzung für die Zulassung zu dieser Prüfung sei neben der erfolgreichen Absolvierung des Medizinstudiums in Verbindung mit einer mindestens zweijährigen fachlichen Tätigkeit u.a. der erfolgreiche Besuch eines in der Anlage 1 der Verordnung festgesetzten Lehrganges für Masseur und eine mindestens dreijährige fachliche Tätigkeit. Aus der zitierten Anlage sei zu ersehen, daß sich ein solcher Lehrgang auf die Gegenstände allgemeine Anatomie und Physiologie (mindestens 30 Stunden), Hygiene (mindestens 25 Stunden), Anatomie und Pathologie - ausgerichtet auf die Massagetätigkeit (mindestens 30 Stunden), Massage-Grundkurs mit praktischen Übungen (mindestens 160 Stunden), Massage-Kurs mit praktischen Übungen über Reflexzonenmassage, Segmentmassage, Bindegewebsmassage, asiatische Massagetechniken (z.B. Akupunkturmassage) und Lymphdrainage (mindestens 300 Stunden), Wärme- und Kälteanwendungen (mindestens 35 Stunden), Kenntnisse über die bei Massagetätigkeiten verwendeten Präparate und Hilfsmittel (mindestens 20 Stunden), erste Hilfe (mindestens 20 Stunden), Arbeitshygiene und Unfallverhütung (mindestens 10 Stunden), zu erstrecken habe. Die Gesamtzahl der Lehrstunden des Lehrganges habe mindestens 650 zu betragen. Demgegenüber sei der Nachsichtswerber im Rahmen des von ihm absolvierten Kurses 60 Stunden in Anatomie, Physiologie und Pathologie, 30 Stunden in Fachkunde Massage und 75 Stunden in Massage-Praxis-Körperpflege - Sportmassage unterrichtet worden (dies ergebe eine Gesamtstundenzahl von lediglich 165 Stunden). Bei einem Vergleich des zeitlichen Ausmaßes der fachspezifischen Ausbildung des Beschwerdeführers mit jener des vorgeschriebenen obzitierten Lehrganges als Teil der Voraussetzungen für die Zulassung zur vorgeschriebenen Prüfung, wobei ein Nachweis über eine Ausbildung des Beschwerdeführers in den zitierten speziellen Massagearten gänzlich fehle, sei auch unter Bedachtnahme auf die Lektor-Tätigkeit des Beschwerdeführers am Institut für Sportwissenschaften im Bereich Sportmassage zu ersehen, daß der Beschwerdeführer hinsichtlich der wiedergegebenen (am ehesten vergleichbaren) Varianten des Befähigungsnachweises nicht einmal die Voraussetzungen für die Zulassung zu der für das gegenständliche Gewerbe vorgeschriebenen Prüfung erfülle. Auch die Tätigkeiten in der X-Ges.m.b.H. und beim Verein Y beschränkten sich erwiesenermaßen sowie nach eigenen Angaben des Beschwerdeführers zumindest im wesentlichen auf den Bereich "Sportmassage". Ergänzend werde auf die obzitierten Ausführungen der fachlich zuständigen Landesinnung in ihrer Stellungnahme vom 1. März 1993 verwiesen, aus denen gleichfalls eine auffallende Diskrepanz zwischen dem zeitlichen Ausmaß an Unterrichtsstunden im Rahmen einer der regulären Ausbildungsvarianten (Lehrabschlussprüfung) in Bezug auf Fachkunde und praktischen Unterricht und andererseits jenem der Ausbildung des Beschwerdeführers im Rahmen des von ihm absolvierten Kurses zu ersehen sei. Hierbei gingen die Einwände des Beschwerdeführers hinsichtlich der allgemeinbildenden Gegenstände ins Leere.

Der Beschwerdeführer erhob zunächst Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, der mit Beschluß vom 12. Juni 1995, B 1907/93-9, die Behandlung der Beschwerde abgelehnt und mit Beschluß vom 12. Juli 1995, B 1907/93-11, die Beschwerde dem Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 144 Abs. 3 B-VG zur Entscheidung abgetreten hat.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren erachtet sich der Beschwerdeführer in dem Recht "auf Erteilung der Nachsicht gemäß § 28 Abs. 1 GewO vom vorgeschriebenen Befähigungsnachweis für die Ausübung des Masseurgewerbes verletzt". In Ausführung des so bezeichneten Beschwerdepunktes bringt der Beschwerdeführer im wesentlichen vor, die belangte Behörde habe zu Unrecht angenommen, daß die vom § 28 Abs. 1 Z. 1 GewO 1973 in der Fassung der Gewerbeberechtigungsnovelle 1992 geforderte volle Befähigung des Beschwerdeführers für die Ausübung des Masseurgewerbes nicht vorliege. Er habe im durchgeführten Administrativverfahren dargetan, daß er aufgrund eines von der Befähigungsnachweis-Verordnung zwar abweichenden, aber gleichwohl anspruchsvolleren Ausbildungsweges mindestens die gleiche Befähigung besitze, wie sie dort, nämlich in der Befähigungsnachweis-Verordnung für das Masseurgewerbe vorgezeichnet sei. Jedenfalls hätten die im durchgeführten Administrativverfahren aufgenommenen

Beweise, insbesondere auch die Einvernahme verschiedener Zeugen, dies bestätigen können. Auf diese dabei zutage getretenen bzw. bewiesenen Fähigkeiten des Beschwerdeführers sei die belangte Behörde überhaupt nicht eingegangen. Die belangte Behörde habe stattdessen lediglich den Ausbildungsgang sowie den beruflichen Werdegang und Tätigkeitsbereich des Beschwerdeführers mit dem zeitlichen Ausmaß der in der Befähigungsnachweis-Verordnung geregelten "Normalausbildung" verglichen. Die belangte Behörde habe die akademische Ausbildung sowie die einschlägige theoretische Beschäftigung des Beschwerdeführers mit dem Problembereich Massage in ihre rechtliche Beurteilung überhaupt nicht "eingestellt". Im Hinblick auf das aufhebende Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes wäre die belangte Behörde auch verpflichtet gewesen, mit den ihr zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verfassungsgerichtshofes entsprechenden Rechtszustand herzustellen; sie hätte daher unverzüglich dem Nachsichtsantrag des Beschwerdeführers Folge geben und die Nachsicht im angestrebten Umfang erteilen müssen. Auch habe sich die belangte Behörde mit dem Ergebnis des Ermittlungsverfahrens überhaupt nicht auseinandergesetzt und keinerlei Überlegungen in der Richtung angestellt, ob die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Argumente und die von ihm im Administrativverfahren dargelegten Beweise eine volle Befähigung im Sinne des § 28 Abs. 1 Z. 1 leg. cit. darstellten oder nicht. Hätte sich die belangte Behörde damit auseinandergesetzt, wäre sie auch aus diesem Grund zu dem Ergebnis gekommen, daß die beantragte Nachsicht zu erteilen sei.

Dieses Vorbringen vermag die Beschwerde nicht zum Erfolg zu führen:

Gemäß § 28 Abs. 1 GewO 1973 in der Fassung der Gewerberechtsnovelle 1992 ist die Nachsicht vom vorgeschriebenen Befähigungsnachweis, sofern dieses Bundesgesetz oder eine Verordnung gemäß § 20 Abs. 4 oder § 22 Abs. 4 nichts Gegenteiliges bestimmt, zu erteilen, wenn

1. nach dem Bildungsgang und der bisherigen Tätigkeit des Nachsichtswerbers angenommen werden kann, daß er die für die Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen (volle Befähigung) besitzt und keine Ausschlußgründe gemäß § 13 vorliegen, oder

2. eine hinreichende tatsächliche Befähigung des Nachsichtswerbers angenommen werden kann, keine Ausschlußgründe gemäß § 13 vorliegen und

a) dem Nachsichtswerber die Erbringung des vorgeschriebenen Befähigungsnachweises wegen seines Alters, seiner mangelnden Gesundheit oder aus sonstigen, in seiner Person gelegenen wichtigen Gründe nicht zuzumuten ist, oder

b) wenn besondere örtliche Verhältnisse für die Erteilung der Nachsicht sprechen.

Zwischen den Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ist (lediglich) das Vorliegen der vollen Befähigung im Sinne des § 28 Abs. 1 Z. 1 leg. cit. strittig. Danach umfaßt die Nachsicht nicht die Befähigung (die für die Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen), sondern allein den - normativ - geforderten Nachweis dieser Befähigung. Hierbei bilden die den Befähigungsnachweis festlegenden Vorschriften den Maßstab dafür, ob die Nachsichtsvoraussetzungen des § 28 Abs. 1 Z. 1 leg. cit. vorliegen. Die Nachsicht darf sohin von vornherein nur erteilt werden, wenn die vom Nachsichtswerber absolvierte Ausbildung mindestens in gleicher Weise wie die in den den Befähigungsnachweis festlegenden Vorschriften geforderte Ausbildung das Ausbildungsziel verwirklichen läßt (vgl. etwa das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 30. Jänner 1996, Zl. 95/04/0124, und die dort zitierte Judikatur der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts).

Auf dem Boden dieser Rechtsprechung, von der abzugehen der Verwaltungsgerichtshof keinen Anlaß findet, wurde der Beschwerdeführer in seinen Rechten nicht verletzt. Die belangte Behörde ging (u.a.) davon aus, daß dem Beschwerdeführer eine Ausbildung in den "speziellen" Massagetechniken fehle. Schon im Hinblick darauf - sowie in Ansehung der den Befähigungsnachweis für das gegenständliche Gewerbe regelnden Verordnung BGBl. Nr. 175/1986 in der Fassung BGBl. Nr. 397/1989 - kann der belangten Behörde nicht entgegengetreten werden, wenn sie das Vorliegen der vollen Befähigung verneinte. Daß aber der Beschwerdeführer (auch) die genannten Ausbildungsziele ("spezielle" Massagetechniken) erreicht habe und ein dahingehendes Vorbringen im Verwaltungsverfahren erstattet habe - es ist nicht Aufgabe der Behörde, von Amts wegen alle Fakten zu erheben, die möglicherweise für eine Nachsichtserteilung sprechen (vgl. etwa das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 10. April 1984, Zl. 82/04/0211) -, wird in der Beschwerde (in konkretisierter Form) gar nicht behauptet; dies auch nicht mit dem Beschwerdehinweis auf die akademische Ausbildung sowie die "einschlägige theoretische Beschäftigung".

Insofern trifft es aber auch nicht zu, daß, wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht, die belangte Behörde, ohne auf die "zutage getretenen bzw. bewiesenen" Fähigkeiten des Beschwerdeführers einzugehen, lediglich das zeitliche Ausmaß der in der Befähigungsnachweis-Verordnung geregelten "Normalausbildung" mit jener des Beschwerdeführers verglichen habe.

Wenn der Beschwerdeführer weiters als Verfahrensrüge geltend macht, die belangte Behörde habe sich im angefochtenen Bescheid mit dem Ergebnis des Ermittlungsverfahrens überhaupt nicht auseinandergesetzt und keinerlei Überlegungen in der Richtung angestellt, ob die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Argumente und die von ihm im Administrativverfahren dargelegten Beweise eine volle Befähigung darstellten oder nicht, so trifft dies jedenfalls in einer derart allgemeinen Form nicht zu; davon abgesehen, wird die Wesentlichkeit des behaupteten Verfahrensmangels nicht dargetan.

Schließlich vermag auch das Beschwerdevorbringen hinsichtlich der behaupteten Bindungswirkung des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes vom 17. Juni 1992, B 1374/91, die Beschwerde nicht zum Erfolg zu führen. Besteht doch die Bindungswirkung des § 87 Abs. 2 VfGG nur insoweit, als sich die Rechtslage nicht verändert hat (vgl. etwa VfSlg. 7705; zur Prüfungsbefugnis des Verwaltungsgerichtshofes vgl. auch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 8. November 1976, SlgNF Nr. 9173/A). Selbst unter der Annahme, daß eine Bindungswirkung im Grunde des § 87 Abs. 2 VfGG gegeben wäre, weil die maßgebende Gesetzesbestimmung zwar neu erlassen worden sei, im relevanten normativen Bereich - und zwar hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale der vollen Befähigung - aber keine Änderung erfahren habe (vgl. VfSlg. 11.052), wurde der Beschwerdeführer in seinen Rechten nicht verletzt; eine die Verwaltungsbehörden bindende Rechtsanschauung in Ansehung des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen der vollen Befähigung hat der Verfassungsgerichtshof nicht geäußert.

Die vorliegende Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994.

#### **Schlagworte**

Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Beweismittel Parteienvernehmung Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung  
Mitwirkungspflicht

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1996:1995040147.X00

#### **Im RIS seit**

20.11.2000

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)