

# TE Vwgh Erkenntnis 1992/4/28 92/04/0027

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.04.1992

## Index

50/01 Gewerbeordnung;

## Norm

BefNWV Masseur §4 Abs1;

GewO 1973 §22 Abs8;

GewO 1973 §28 Abs6;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Mag. Kobzina und die Hofräte Dr. Griesmacher, Dr. Weiss, DDr. Jakusch und Dr. Gruber als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Paliege, über die Beschwerde des P in W, vertreten durch Dr. R, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 25. November 1991, Zl. MA 63-P 480/91, betreffend Nachsicht von den Voraussetzungen für die Zulassung zu einer Prüfung, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 3.035,- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 25. November 1991 wurde im Verwaltungsrechtszug ausgesprochen, daß das am 15. April 1991 bei der Erstbehörde eingelangte Nachsichtsansuchen des Beschwerdeführers abgewiesen und daß die angestrebte Nachsicht von den Voraussetzungen für die Zulassung zur Befähigungsprüfung für das gebundene Gewerbe "Masseur" gemäß § 28 Abs. 6 GewO 1973 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 Z. 4 und Abs. 2 der Verordnung des Bundesministers für Handel, Gewerbe und Industrie vom 4. März 1986, BGBl. Nr. 175, über den Befähigungsnachweis für das gebundene Gewerbe der Masseur verweigert wird.

Zur Begründung wurde ausgeführt,

der Beschwerdeführer habe die Wiener Schule für Körperpflege am 30. Juni 1989 erfolgreich abgeschlossen. Eine fachliche Tätigkeit im Sinne der Verordnung BGBl. Nr. 175/1986 habe jedoch nicht nachgewiesen werden können. Der Beschwerdeführer mache jedoch geltend, daß er mit Kollegen gemeinsam eine Übungspraxis betrieben habe, die unter Aufsicht eines Ausbildners über die schulischen Praxisstunden hinaus der Erarbeitung umfangreicher praktischer Kenntnisse gedient habe. Alle "Übungskunden" wären über die besonderen Umstände informiert und

seien in einer Kartei erfaßt worden, die im einzelnen alle für die fachliche Beurteilung erforderlichen Inhalte sowie die Anzahl, die Umstände und die Besonderheiten der Behandlung enthalten habe. Im Berufungsverfahren seien auch Zeugnisse von insgesamt sechs "Übungskunden" vorgelegt worden. Weiters sei ein Zeugnis von Dr. X vom 25. September 1991 vorgelegt worden. Darin werde ausgeführt, daß der Beschwerdeführer in der Zeit vom September 1989 bis Mai 1990 den von Dr. X geleiteten Ausbildungskurs für Heilbademeister und Heilmasseur am Städtischen Theresienbad besucht und am 18. Mai 1990 mit ausgezeichnetem Erfolg abgeschlossen habe; neben umfangreichen praktischen Übungen im Kurs selbst seien die Hörer dieses Kurses angehalten worden, auch im privaten Bereich soviel wie möglich zu üben; deshalb sei er auch gerne dem Wunsch des Beschwerdeführers auf Kontrolle und Supervision solcher Übungen entgegengekommen. Durch Einsichtnahme ins Zentralgewerberegister sei festgestellt worden, daß Dr. X keine Gewerbeberechtigung zur Ausübung des gebundenen Gewerbes Masseur besitze.

Die Tätigkeit von Sanitätshilfsdiensten (Heilbademeister und Heilmasseur im Sinne des § 44 lit.i des Krankenpflegegesetzes) sei zufolge § 2 Abs. 1 Z. 11 GewO 1973 vom Geltungsbereich der Gewerbeordnung 1973 ausgenommen, sodaß die vom Beschwerdeführer ausgeübte Tätigkeit, möge sie auch nach der schulischen Ausbildung gelegen sein, keinesfalls eine fachliche Tätigkeit im Sinne vorgenannter Gesetzesstelle darstelle. Weiters dürfe nicht unberücksichtigt bleiben, daß zwischen der erfolgreich abgelegten schulischen Ausbildung und dem Zeitpunkt der Erlassung des gegenständlichen Bescheides vom 25. November 1991 nicht einmal ein Zeitraum von zweieinhalb Jahren gelegen sei, in welchem der Beschwerdeführer eine Tätigkeit hätte ausüben können, die die erfolgreiche Ablegung der Prüfung erwarten lasse. Die Behörde vertrete daher die Auffassung, daß wegen des Fehlens von zwei Voraussetzungen für die Zulassung zur Befähigungsprüfung, nämlich keine fachliche Tätigkeit und eine deutliche Unterschreitung der Mindestpraxiszeit, eine erfolgreiche Ablegung der Befähigungsprüfung nicht erwartet werden könne. Aufgrund der vorliegenden Sachlage sei daher der Berufung der Erfolg zu versagen und der erstinstanzliche Bescheid zu bestätigen gewesen.

Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag auf Abweisung der Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die vorliegende Beschwerde enthält folgende Erklärung über

die Beschwerdepunkte:

"Ich erhebe nunmehr Beschwerde wegen Verletzung meiner Rechte in folgenden Punkten:

- 1) Nach Art. 18 Staatsgrundgesetz vom 21.12.1867, RGBl. Nr. 142, i.d.F. BGBl. Nr. 684/1988, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger habe ich das Recht auf die Freiheit meiner Berufswahl.
- 2) Nach § 28 (6) GewO 1973 habe ich das Recht auf Stattgabe meines Antrages auf Nachsicht von den Zulassungsbedingungen zur Befähigungsprüfung für Masseur."

Der Beschwerdeführer trägt in Ausführung dieser Beschwerdepunkte vor, er behaupte, sich für den Beruf des Masseurs ordentlich ausgebildet zu haben, und leite daraus das Recht ab, in diesem Beruf auch arbeiten zu dürfen. Er habe drei Jahre lang, nämlich vom Sommer 1987 bis zum Sommer 1990, nichts anderes getan als massiert und Massage gelernt. Zwar könne er keine dem Buchstaben der Verordnung BGBl. Nr. 175/1986 entsprechende hauptberufliche fachliche Tätigkeit im Rahmen einer befugten Berufsausübung nachweisen, doch habe er sich die zur erfolgreichen Ablegung der Prüfung erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten durch die absolvierten Schulen, Kurse und Übungen erwerben können. Seine Ausbildung stelle mit Rücksicht auf seine besondere Lage ausreichenden Ersatz für die in der zitierten Verordnung geforderte fachliche Tätigkeit dar.

In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage über eine GewO 1972, 395 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates, XIII. GP, sei u.a. folgendes ausgeführt:

"Der Gang der gewerblichen Ausbildung ist im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen genau geplant und zumeist durch in Prüfungsordnungen festgelegte Prüfungsforderungen näher umrissen; die Regelung der Ausbildung ist in jahrzehntelangen Erfahrungen entwickelt worden. Es ist erwünscht, daß der Berufanwärter diesen erprobten Weg

nimmt. Es ist nun nicht zu leugnen, daß unter Umständen auf einem anderen Weg derselbe Ausbildungsstand erreicht werden kann; ... Wird der tatsächliche Berufswunsch erst später erkannt oder versperren besondere Umstände den normalen Ausbildungsweg, so darf die auf anderem Wege erreichte Befähigung nicht mißachtet werden."

Weiters werde im Durchführungserlaß des Bundesministeriums für Handel, Gewerbe und Industrie zur GewO 1973 u.a. folgendes ausgeführt:

"Nachsichten von den Voraussetzungen für die Zulassung zur Meisterprüfung (§ 28 Abs. 6) wären grundsätzlich erst nach Zurücklegung von zwei Jahren der ... vorgeschriebenen Verwendungszeit zu erteilen. Diese Regelung kann allerdings nur auf solche Nachsichtswerber angewendet werden, die lediglich eine "vorzeitige" Ablegung der Meisterprüfung anstreben. Nachsichtswerbern, die ihre Befähigung für die Ablegung der Prüfung auf andere Weise als durch den ... vorgesehenen Regelfall der Ausbildung nachweisen wollen, kann selbstverständlich nicht entgegengehalten werden, sie hätten noch keine zweijährige Verwendungszeit zurückgelegt."

Diesen Erläuterungen stimme der Beschwerdeführer vollinhaltlich zu. Er wolle deshalb seine behauptete Befähigung einer Prüfung durch die zuständige Prüfungskommission unterzogen wissen, nicht aber der Auffassung der zuständigen Verwaltungsbehörde.

Der angefochtene Bescheid übersehe auch, daß der Besuch der Wiener Schule für Körperpflege (Dr. H) nach der Verordnung des Bundesministers für Handel, Gewerbe und Industrie BGBl. Nr. 95/1989 einen Teil der erforderlichen fachlichen Tätigkeit ersetze. Die Auffassung des angefochtenen Bescheides, daß keine fachliche Tätigkeit vorliege, werde dadurch und durch den vom Beschwerdeführer erbrachten Nachweis über die Führung einer Übungspraxis widerlegt und rechtfertige keinesfalls die Annahme, daß eine erfolgreiche Ablegung der Befähigungsprüfung nicht erwartet werden könne. Im gegenständlichen Verwaltungsverfahren wolle der Beschwerdeführer ja lediglich erreichen, zu dieser Prüfung zugelassen zu werden, damit seine Befähigung überprüft werden könne.

Im angefochtenen Bescheid werde das Vorbringen im Antrag vom 8. April 1991 mit Stillschweigen übergangen, daß sich der Beschwerdeführer seit dem Sommer 1987 um eine einschlägige Beschäftigung bemüht habe, jedoch über das Arbeitsamt, bei dem er seither nur durch eine Krankheit unterbrochen als arbeitslos gemeldet gewesen sei, eine solche Beschäftigung nicht vermittelt habe werden können. Diese Behauptung hätte durch eine entsprechende Anfrage beim Arbeitsamt verifiziert werden können und sei jedenfalls nicht durch eine Äußerung der Landesinnung Wien der Fußpfleger, Kosmetiker und Masseur zu widerlegen, die auch nicht zur Vermittlung von Arbeitskräften befugt sei. Diesbezüglich verweise der Beschwerdeführer auf seine Stellungnahme vom 3. Juni 1991.

Mit diesem Vorbringen vermag der Beschwerdeführer keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides darzutun.

Gemäß § 28 Abs. 6 GewO 1973 ist die Nachsicht von den Voraussetzungen für die Zulassung zur Meisterprüfung oder zu einer Prüfung im Sinne des § 22 Abs. 1 Z. 3 zu erteilen, wenn nach dem Bildungsgang und der bisherigen Tätigkeit des Nachsichtswerbers eine erfolgreiche Ablegung der Prüfung erwartet werden kann.

Im Grunde des § 4 Abs. 1 der Verordnung des Bundesministers für Handel, Gewerbe und Industrie vom 4. März 1986, BGBl. Nr. 175, über den Befähigungsnachweis für das gebundene Gewerbe der Masseur ist zur Prüfung zuzulassen, wer durch Zeugnisse nachweist

1. den erfolgreichen Besuch der Studienrichtung Medizin an einer inländischen Universität und eine mindestens zweijährige fachliche Tätigkeit oder
2. die erfolgreich abgelegte Lehrabschlußprüfung im Lehrberuf Masseur und eine nachfolgende mindestens zweijährige fachliche Tätigkeit oder
3. die erfolgreiche Ausbildung zum diplomierten Assistenten für physikalische Medizin und eine mindestens zweijährige fachliche Tätigkeit oder
4. den erfolgreichen Besuch des in der Anlage 1 festgesetzten Lehrganges für Masseur und eine mindestens dreijährige fachliche Tätigkeit oder
5. die erfolgreiche Ausbildung zum Heilbademeister und Heilmasseur und eine nachfolgende mindestens vierjährige fachliche Tätigkeit.

Nach § 4 Abs. 2 der Verordnung BGBl. Nr. 175/1986 ist unter einer fachlichen Tätigkeit im Sinne des Abs. 1 eine hauptberufliche nicht im Rahmen eines Lehrverhältnisses zurückgelegte Beschäftigung im Rahmen einer befugten

Berufsausbildung zu verstehen; diese Beschäftigung muß überwiegend die im § 2 Abs. 3 genannten Massagetätigkeiten zum Gegenstand haben.

Gemäß § 2 Abs. 3 der zitierten Verordnung, in der Fassung der Verordnung BGBl. Nr. 397/1989, hat sich der zweite Teil der Prüfung auf die für die selbständige Ausübung des Gewerbes der Masseur notwendigen Kenntnisse der klassischen Massage sowie auf Kenntnisse der Reflexzonenmassage, Segmentmassage, Bindegewebsmassage, asiatischer Massagetechniken (z.B. Akupunktmassage), der Lymphdrainage sowie sonstiger gebräuchlicher Massagen zu erstrecken.

Die im § 28 Abs. 6 GewO 1973 vorgesehene Nachsicht von den Voraussetzungen für die Zulassung zur Meisterprüfung ist zwar nicht von der vollständigen Erfüllung der auf Grund des § 22 Abs. 8 GewO 1973 festgelegten Voraussetzungen abhängig, weil ansonst der Regelungsbereich der Bestimmung des § 28 Abs. 6 GewO 1973 inhaltsleer würde. Dennoch ist bei Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen dieser Bestimmung, um eine verfassungskonforme Gleichbehandlung von Zulassungs- und Nachsichtswerbern zu garantieren, inhaltlich dergestalt auf die Zulassungsvoraussetzungen abzustellen, daß anhand dieser die Frage zu prüfen ist, ob nach dem Bildungsgang und der bisherigen Tätigkeit des Nachsichtswerbers eine erfolgreiche Ablegung der Prüfung erwartet werden kann (vgl. hiezu sinngemäß die hg. Erkenntnisse vom 24. Jänner 1989, Zl. 88/04/0157, und vom 5. November 1991, Zl. 91/04/0153).

Was den in Ansehung der Tatbestandsmerkmale nach § 28 Abs. 6 GewO 1973, nämlich der Merkmale des Bildungsganges und der bisherigen Tätigkeit, maßgebenden Sachverhalt anlangt, folgte die belangte Behörde mit ihren Feststellungen betreffend den erfolgreichen Abschluß der Wiener Schule für Körperpflege am 30. Juni 1989, den Besuch des Ausbildungskurses für Heilbademeister und Heilmasseur in der Zeit vom September 1989 bis Mai 1990 und die Abhaltung der vom Beschwerdeführer geschilderten "Übungspraxis" dem im Verwaltungsverfahren erstatteten Vorbringen des Beschwerdeführers.

Zunächst vermag der Beschwerdeführer mit seinem Hinweis auf die Verordnung BGBl. Nr. 95/1989 (Änderung der Verordnung BGBl. Nr. 356/1985 über den Ersatz der Lehrabschlußprüfung und der Lehrzeit auf Grund schulmäßiger Ausbildung) für sich nichts zu gewinnen. Es handelt sich nämlich um eine auf § 28 des Berufsausbildungsgesetzes gestützte Regelung, derzufolge der erfolgreiche Besuch der zweiten Schulstufe der Wiener Schule für Körperpflege im Lehrberuf Masseur die Lehrzeit im Ausmaß von einem Jahr ersetzt. Der Beschwerdeführer übersieht, daß die belangte Behörde nicht etwa über eine Zulassung zu einer Lehrabschlußprüfung (vgl. § 23 des Berufsausbildungsgesetzes) zu entscheiden, sondern eine Entscheidung in Ansehung der Voraussetzungen für die Zulassung zur Befähigungsprüfung, also jener Prüfung, die vor Antritt des gebundenen Gewerbes der Masseur abzulegen ist, zu treffen hatte.

In den Akten des Verwaltungsverfahrens erliegt ein Abdruck des Zeugnisses vom 18. Mai 1990, demzufolge sich der Beschwerdeführer der Ausbildung gemäß der Ausbildungs- und Prüfungsordnung für die Sanitätshilfsdienste unterzogen, die vorgeschriebene Kursabschlußprüfung mit ausgezeichnetem Erfolg abgelegt und hiedurch die Befähigung zur Ausübung des Berufes als Heilbademeister und Heilmasseur in entsprechender Weise dargetan habe; der Beschwerdeführer sei berechtigt, auf Grund dieses Zeugnisses Tätigkeiten, welche sich auf die Anwendung der Thermo-, Hydro- und Balneotherapie sowie der Heilmassage im beschränkten Umfang erstrecken, auszuüben.

Wie vorstehend zur Rechtslage bereits dargelegt, ist nach § 4 Abs. 1 der Verordnung über den Befähigungsnachweis für das gebundene Gewerbe der Masseur, BGBl. Nr. 175/1986, zur Prüfung u. a. zuzulassen, wer durch Zeugnisse nachweist (Z. 5) die erfolgreiche Ausbildung zum Heilbademeister und Heilmasseur und eine nachfolgende mindestens vierjährige fachliche Tätigkeit. Im Hinblick auf diese in der Regelung der formellen Voraussetzungen für die Zulassung zur Befähigungsprüfung enthaltene Verknüpfung von Ausbildung und nachfolgender fachlicher Tätigkeit im Ausmaß von mindestens vier Jahren, liegt darin, daß die belangte Behörde in der Ausbildung zum Heilbademeister und Heilmasseur für sich allein keinen Umstand erblickte, demzufolge im Sinne des § 28 Abs. 6 GewO 1973 nach dem Bildungsgang und der bisherigen Tätigkeit eine erfolgreiche Ablegung der Befähigungsprüfung zu erwarten gewesen wäre, keine Rechtswidrigkeit.

Der Beschwerdeführer begleitete nach seinem Vorbringen die an der Wiener Schule für Körperpflege abgelegte Schulausbildung und die angeführte kursmäßige Ausbildung mit der von ihm ins Treffen geführten "Übungspraxis"; im Anschluß an die kursmäßige Ausbildung als Heilbademeister und Heilmasseur übte er nach seinem Vorbringen keine fachliche Tätigkeit aus. Es ist nicht als rechtswidrig zu erkennen, wenn die belangte Behörde ausgehend von den in § 4 der Verordnung BGBl. Nr. 175/1986 als Zulassungsvoraussetzungen festgelegten formellen Nachweisen an die

erwähnte "Übungspraxis" auch in Verbindung mit dem erfolgreichen Abschluß der Wiener Schule für Körperpflege und in Verbindung mit der Ausbildung zum Heilbademeister und Heilmasseur nicht die Erwartung der erfolgreichen Ablegung der Befähigungsprüfung im Sinne der in § 28 Abs. 6 GewO 1973 vorgesehenen Tatbestandsmerkmale des Bildungsganges und der bisherigen Tätigkeit knüpfte.

Die vorliegende Beschwerde enthält Hinweise auf die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu einer Gewerbeordnung 1972 und auf den Durchführungserlaß des Bundesministeriums für Handel, Gewerbe und Industrie zur Gewerbeordnung 1973. Diese Ausführungen der Erläuterungen und des Durchführungserlasses sind keine Rechtsnormen, die allein den Maßstab für die Prüfung durch den Verwaltungsgerichtshof im Sinne der Art. 129 ff B-VG bilden. Im Hinblick auf den im gegebenen Zusammenhang klaren Wortlaut des § 28 Abs. 6 GewO 1973 kommen die Ausführungen in den zitierten Erläuterungen auch nicht als Interpretationshilfsmittel zur Gesetzesauslegung in Betracht. Der Verwaltungsgerichtshof vermag nicht zu erkennen, daß der Beschwerdeführer mit den erwähnten allgemein gehaltenen Hinweisen eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzuzeigen in der Lage sei.

Insoweit der Beschwerdeführer auf seine Bemühungen um eine einschlägige Beschäftigung hinweist, vermag er keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides darzutun, weil es sich um keinen Umstand handelt, der für die Entscheidung nach § 28 Abs. 6 GewO 1973 von rechtlicher Relevanz gewesen wäre.

Dem Verwaltungsgerichtshof ist es schließlich aus Gründen seines Zuständigkeitsbereiches im Hinblick auf Art. 133 Z. 1 B-VG verwehrt, auf die Behauptung des Beschwerdeführers, in dem auf Art. 18 des Staatsgrundgesetzes RGBl. Nr. 142/1867 gestützten verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht verletzt worden zu sein, einzugehen.

Die vorliegende Beschwerde erweist sich somit zur Gänze als unbegründet. Sie war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen

Von der Durchführung der beantragten Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG abgesehen werden.

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 104/1991.

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

ECLI:AT:VWGH:1992:1992040027.X00

#### **Im RIS seit**

28.04.1992

**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)