

# TE Vwgh Erkenntnis 1997/10/28 97/04/0120

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.10.1997

## Index

50/01 Gewerbeordnung;

## Norm

GewO 1994 §29;

GewO 1994 §31;

GewO 1994 §96;

## 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 der L in Graz, vertreten durch Dr. B, Rechtsanwalt in G, gegen den Bescheid des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 21. Mai 1997, Zl. 318.786/8-III/4/97, betreffend Entscheidung gemäß § 349 GewO 1994, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Antrag auf Zuerkennung von Aufwandsersatz wird abgewiesen.

## Begründung

Mit dem über Antrag des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark vom 20. November 1996 ergangenen Bescheid des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 21. Mai 1997 wurde gemäß § 349 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 nach Maßgabe des § 29 GewO 1994 entschieden, daß der Verkauf von Fertig-Lesebrillen, soweit er ohne begleitende Anpassung der Brille bzw. Brillenglasbestimmung erfolge, nicht dem Handwerk der Augenoptiker (§ 94 Z. 64 GewO 1994) vorbehalten sei, sondern auch in den Berechtigungsumfang des Handelsgewerbes § 124 Z. 11 GewO 1994) falle. Zur Begründung führte der Bundesminister nach Darstellung des Verfahrensganges und des Inhaltes der Bestimmungen der §§ 29 und 349 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 im wesentlichen aus, Gegenstand des anhängigen Umfang-Verfahrens sei nach Maßgabe des zugrunde liegenden Antrages das Anbieten von Fertig-Lesebrillen zum Verkauf. Weder aus dem Antrag noch aus dem zugrunde liegenden Verwaltungsstrafakt ergäben sich Anhaltspunkte dafür, daß neben bzw. in Verbindung mit der entgeltlichen Überlassung von Fertig-Lesebrillen Dienstleistungen, wie etwa die Brillenanpassung oder Brillenglasbestimmung, vorgenommen oder auch nur angeboten worden wären. Der Verkauf vorgefertigter Brillen sei nicht etwa ohne Bedachtnahme auf die spezifischen Gegebenheiten des zukünftigen Trägers undenkbar. Ungeachtet der Frage nach der Sinnhaftigkeit eines solchen Verhaltens in gesundheitlicher Hinsicht sei daher festzuhalten, daß der bloße Verkauf von Brillen keineswegs denknötwendig auch die Erbringung von für das

Augenoptikerhandwerk spezifischen Dienstleistungen, wie die Brillenanpassung, voraussetze. Wenn auch die Abgabe von Fertigbrillen in der Regel mit der Erbringung derartiger Dienstleistungen verbunden wäre, sei dies im Tatvorwurf des Anlaßverfahrens nicht enthalten und daher mit Rücksicht auf die Formulierung des Feststellungsantrages nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Im übrigen wäre zu berücksichtigen, daß ein reiner Handelsgewerbetreibender schon mit Rücksicht auf die Anschaffungskosten wohl kaum über die für die Vornahme von Brillenglasbestimmungen und Sehtests erforderlichen Geräte verfügen werde. Denkmöglich sei weiters, daß im Einzelfall dem Kunden die erforderlichen technischen Daten für einen Sehbehelf auf Grund augenärztlicher Untersuchung oder des bereits erfolgten Erwerbs einer individuell angepaßten Korrektionsbrille durchaus bekannt sein könnten, sodaß im Einzelfall der reine Verkauf einer Fertigbrille dennoch fachlich vertretbar wäre. Festzuhalten sei zunächst, daß die verfahrensgegenständliche Verkaufstätigkeit Handelsgeschäfte zum Inhalt habe und daher nur dann nicht der Ausübungsbefugnis des Handelsgewerbetreibenden zuzurechnen wäre, wenn diese Tätigkeit durch eine Spezialnorm ausdrücklich dem (engeren) Vorbehaltsbereich eines anderen Gewerbes zugeordnet sein sollte. Auszugehen sei von der Bestimmung des § 96 erster Satz GewO 1994, wonach Augenoptiker zur Anpassung und Abgabe von Korrektionsbrillen einschließlich der Brillenglasbestimmung berechtigt seien. Diese Formulierung sei (aus näher dargestellten Gründen) als Regelung eines Vorbehaltsbereiches zu verstehen. Bei den in Rede stehenden Fertig-Lesebrillen handle es sich auch (aus ebenfalls näher dargestellten Gründen) um Korrektionsbrillen. Es könne aber durch die Wortinterpretation des § 96 erster Satz GewO 1994 allein nicht abschließend geklärt werden, welcher Umfang dem Vorbehaltsbereich des Augenoptikerhandwerks zukomme. Nehme man eine semantische Interpunktion dahingehend vor, daß das Wort "einschließlich" äquivalent dem Gebrauch des Wortes "und" nach "Anpassung" gesetzt werde, so umfasse der Vorbehaltsbereich der Augenoptiker drei Bereiche, und zwar (erstens) die Brillenanpassung, (zweitens) die Abgabe von Korrektionsbrillen sowie (drittens) die Brillenglasbestimmung. Alternativ sei eine Gliederung dahingehend möglich, daß der Vorbehaltsbereich erstens die Brillenanpassung und zweitens die die Brillenglasbestimmung einschließende Abgabe von Korrektionsbrillen umfasse. Selbst wenn man von einem dreigliedrigen Vorbehaltsbereich ausgehe, bedeute dies aber nicht schon ipso iure, daß der Verkauf von als Korrektionsbrillen zu qualifizierenden Fertig-Lesebrillen schlechthin und in jedem Fall schon dem Augenoptikerhandwerk vorbehalten wäre. Die Reglementierung erwerbswirtschaftlicher Tätigkeiten bedürfe im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz sowie das Grundrecht der Erwerbsfreiheit generell einer sachlich-inhaltlichen Rechtfertigung. Unter dem Gesichtspunkt eines Befähigungsnachweiserfordernisses bedeute dies, daß nur jene Tätigkeiten einem reglementierten Beruf vorbehalten werden dürften, für die die bezüglichen fachspezifischen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen auch tatsächlich erforderlich seien. Diesem Gedanken habe der Gewerbeberichtsgesetzgeber durch § 31 GewO 1994 Rechnung getragen, nach welcher Bestimmung einfache Tätigkeiten von Handwerken oder gebundenen Gewerben, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordere, den betreffenden Gewerben nicht vorbehalten seien. Auch wenn der Gewerbeberichtsgesetzgeber (ausnahmsweise) einzelne Tätigkeitskategorien ausdrücklich bestimmten reglementierten Gewerben zuordne, schließe dies somit nicht aus, daß einzelne Tätigkeiten innerhalb dieser Kategorie auf Grund besonderer Umstände die Erbringung des vorgeschriebenen Befähigungsnachweises nicht erforderten. Die Bestimmungen des zweiten Abschnittes im zweiten Hauptstück der Gewerbeordnung hätten daher keineswegs generellen Vorrang (etwa als *leges speciales*) gegenüber jenen des sechsten Abschnittes im ersten Hauptstück. Für die Auslegung des § 96 erster Satz GewO 1994 bedeute dies, daß § 31 leg. cit. zwar nicht dazu herangezogen werden könne, um etwa generell den bloßen Verkauf ("Abgabe") von Korrektionsbrillen dem Vorbehaltsbereich des Augenoptikerhandwerkes zu entziehen. Es sei jedoch zu prüfen, ob die für die Schaffung dieses Vorbehaltes maßgeblichen Gesichtspunkte konkret auch im Hinblick auf den Teilbereich des Verkaufes von Fertig-Lesebrillen zuträfen, d.h. ob für den bloßen Verkauf von Fertigbrillen tatsächlich die Qualifikation eines Augenoptikers erforderlich sei und ob für einen solchen Verkauf die Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen eines Handelsgewerbetreibenden ausreichend seien. Es werde nicht verkannt, daß der Mißbrauch von Korrektionsbrillen geeignet sei, gesundheitsschädliche Wirkungen nach sich zu ziehen. Dies gelte freilich unabhängig davon, ob sie bei einem Handelsgewerbetreibenden oder bei einem Augenoptiker erworben worden seien. Der Berechtigungsumfang des Handelsgewerbes sei keineswegs auf Produkte beschränkt, die selbst bei mißbräuchlicher Verwendung keinerlei Gefahren für Leben und Gesundheit nach sich zu ziehen geeignet seien, wie dies etwa bei den im Selbstbedienungshandel gebräuchlichen Haushaltsreinigern etc. der Fall sei. Dem diesen Produkten immanenten Risiko werde in geeigneter Weise durch Gefahrenhinweise in der Gebrauchsinformation begegnet, sodaß auch im Falle

der Fertig-Lesebrillen eine bezügliche schriftliche Belehrung, wie sie im übrigen auch von der Ärztekammer empfohlen worden sei, durchaus ausreichend erscheine. Daß hiefür die Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen eines Augenoptikers erforderlich wären, sei nicht zu erkennen. Zum gleichen Ergebnis gelange man, wenn man von einer zweigliedrigen Vorbehaltsregelung des § 96 erster Satz GewO 1994 ausgehe. Zu den konkludenten vertraglichen Nebenpflichten des Verkäufers gehöre es in der Regel, den Käufer über Eignung, Verwendungsmöglichkeit oder besondere Gefahrenquellen der Ware aufzuklären. Diese Nebenleistungen einer Kundenberatung seien im allgemeinen auch durch den Umfang einer Handelsgewerbeberechtigung gedeckt. Durch eine zweigliedrige Interpretation des § 96 erster Satz GewO 1994 (die Brillenglasbestimmung einschließende Abgabe) werde sichergestellt, daß im speziellen Fall der Korrektionsbrillen Handelsgewerbetreibende nicht befugt seien, aus dem Titel der Kundenberatung den Augenoptikerbefähigungsnachweis erfordernde und daher diesem Gewerbe vorbehaltene Tätigkeiten zu verrichten. Über den Anlaßfall hinaus gewährleiste diese Auslegung, daß Händler nicht befugt seien, Sehtests durchzuführen und auf Grund der so gewonnenen Meßwerte eine bezüglich Pupillenabstand und Dioptrienzahl auf den Kunden individuell abgestellte Brille bei einem Erzeuger oder Großhändler zwecks Weiterveräußerung zu erwerben. Der bloße Verkauf von Fertig-Lesebrillen stelle sohin keine Verrichtung dar, die nur auf Grund der Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen eines Augenoptikers, nicht jedoch auch jener eines Handelsgewerbetreibenden, ordnungsgemäß verrichtet werden könnte. Ausgehend von diesen Erwägungen gelange der Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten zu der Auffassung, der Vertrieb von Fertig-Lesebrillen sei nur insoweit dem Augenoptikergewerbe vorbehalten, als der Verkauf im Zuge von diesem Gewerbe vorbehaltenen Dienstleistungen, wie einer augenoptischen Fachberatung, Sehtests oder Brillenglasbestimmung, erfolge. Da dies im Anlaßfall nicht zugetroffen sei, sei der Beschuldigte im Rahmen einer Handelsgewerbeberechtigung befugt gewesen, Fertig-Lesebrillen zu verkaufen bzw. zum Verkauf bereitzuhalten. Der Bundesminister verkenne nicht die von der Landesinnung der Augenoptiker relevierte gesundheitspolitische Bedeutung, die einer ordnungsgemäßen Versorgung von Sehbehinderungen zukomme und daß entsprechend dem eingeholten Sachverständigengutachten die Überbeanspruchung der Augen zu nachhaltigen Schädigungen führen könne. Gerade im Hinblick auf die Frage des Verkaufes von Fertig-Lesebrillen erweise sich dieses Gutachten aber insoweit als unschlüssig, als lediglich Arten und Symptome der Asthenopie (Überbeanspruchung des Auges) dargelegt würden. Sollten diese Symptome tatsächlich kausal auf den Gebrauch nicht angepaßter - und im übrigen auch nicht individuell anpaßbarer - Fertigbrillen zurückzuführen sein, wäre es zielführender, deren Vertrieb überhaupt zu untersagen. Im übrigen sei nach dem zitierten Gutachten davon auszugehen, daß eine Überbeanspruchung der Augen generell dann auftrete, wenn ein nicht korrigierter Sehfehler vorliege; dies sei schon nach der allgemeinen Lebenserfahrung auch dann der Fall, wenn jemand die Verwendung einer an sich erforderlichen Brille generell unterlasse. Von einer dem Gebrauch von Fertigbrillen zuzurechnenden Gesundheitsschädigung könnte daher nur dann gesprochen werden, wenn die Beeinträchtigungen durch den Gebrauch von immanent unvollständig korrigierenden Fertig-Lesebrillen regelmäßig die auf den völligen Verzicht eines Sehbehelfs zurückzuführenden Beschwerden übersteigen. Dies werde nicht einmal behauptet. Aus gesundheitspolitischen Erwägungen wären allgemein flächendeckende Vorsorgeuntersuchungen zweckmäßig. Ausgehend davon, daß eine Pflicht zur Duldung medizinischer Behandlungen bzw. therapeutischer Maßnahmen der österreichischen Rechtsordnung im allgemeinen fremd sei, biete dieser Gesichtspunkt im Hinblick auf das Grundrecht der Erwerbsfreiheit sowie den Gleichheitsgrundsatz keine hinreichende Grundlage dafür, den bloßen Vertrieb von Fertig-Lesebrillen den Augenoptikern vorzubehalten, zumal ein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen der Befugnis zum Vertrieb von Fertig-Lesebrillen einerseits und der Inanspruchnahme augenärztlicher (oder auch nur fachmännischer) Betreuung andererseits nicht erkannt werden könne. Wie der Europäische Gerichtshof im Erkenntnis vom 25. Mai 1993, Zl. C-271/92, ausgeführt habe, seien die Art. 30 und 36 EWG-Vertrag dahingehend auszulegen, daß sie nationalen Rechtsvorschriften entgegenstünden, die den Verkauf von Brillenartikeln und Korrekturgläsern den Inhabern eines Augenoptikerdiploms vorbehielten, sofern solche Vertriebsbeschränkungen nicht aus Gründen des Schutzes der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt seien (was hinsichtlich von Kontaktlinsen anerkannt worden sei). In weiterer Folge sei auf Gemeinschaftsebene mit der Richtlinie 93/42/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über Medizinprodukte eine Rechtsgrundlage für gesundheitspolitische Sicherheitsvorkehrungen geschaffen worden. In Umsetzung dieser Richtlinie sei das Medizinproduktegesetz erlassen worden. Diesem Bundesgesetz komme daher nicht nur als - im Hinblick auf gesundheitspolitische Erwägungen - *lex specialis*, sondern auch durch die Grundlegung der hierin getroffenen Regelungen im Unionsrecht insoweit Vorrang bzw. erhöhte Bestandsgarantie gegenüber den Regelungen der GewO 1994 zu, sodaß sich daher eine Präferenz für eine den Regelungsspielraum

dieses Gesetzes einengende Auslegung des § 96 erster Satz GewO 1994 schon gemäß dem Grundsatz des Gebotes einer verfassungs- und unionsrechtskonformen Interpretation verbiete. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend vorgebracht habe, seien die Bestimmungen des Medizinproduktegesetzes auf die verfahrensgegenständlichen Fertig-Lesebrillen anzuwenden. Dieses Gesetz sehe eine Vielzahl von abgestuften Sicherheitsvorkehrungen für den Verkehr mit Medizinprodukten vor. Diese reichten von Informations- und Kennzeichnungspflichten über Vertriebsbeschränkungen bis zum völligen Verbot des Inverkehrsbringens. Das Medizinproduktegesetz enthalte weiters Vorschriften über die zulässigen Formen der Werbung für Medizinprodukte, sodaß auch in dieser Hinsicht eine auf Täuschung des Konsumenten beruhende Gesundheitsgefährdung hintanzuhalten sei. Soweit also aus Sicherheitserwägungen Verkehrsbeschränkungen für Fertig-Lesebrillen erforderlich sein sollten, wären diese in Konformität mit dem Rechtsbestand der Europäischen Union im Wege der Vollziehung des Medizinproduktegesetzes zu verfügen, zumal das durch dieses Gesetz gebotene Instrumentarium in der Wahl der Maßnahmen erhebliche Differenzierungsmöglichkeiten biete und damit zu einem in sachlicher Hinsicht adäquaten Ergebnis führe.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerde geltend, die belangte Behörde habe entgegen der Anordnung des § 29 GewO 1994 über die historische Entwicklung und die Anschauungen und Vereinbarungen zur Beurteilung der Gewerbeberechtigung, wie sie in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestünden, nicht die geringsten Ermittlungen angestellt. Immerhin sei die das zugrunde liegende Strafverfahren auslösende Anzeige von der Wirtschaftskammer Steiermark erstattet worden, die, hätte sie nur den geringsten Zweifel gehegt, daß der Verkauf von Fertig-Lesebrillen nicht vom Vorbehaltsrecht der Augenoptiker umfaßt sei, den Vorfall gar nicht hätte behördlich verfolgen lassen. Dasselbe gelte auch für die zu beachtende historische Entwicklung, sei doch die Abgabe von Korrektionsbrillen, solange es Brillen und das Gewerbe der Augenoptiker gebe, diesen immer ausschließlich vorbehalten gewesen. Die Brille sei weiters seit jeher ein Heilbehelf und keine Handelsware, deren Abgabe daher umsomehr dem Fachmann zukommen solle. Da die belangte Behörde selbst mehrere denkmögliche Auslegungen des § 96 GewO 1994 einräume, hätte sie umsomehr alle weiteren Voraussetzungen des § 29 zweiter Satz GewO 1994 ermitteln müssen. Die belangte Behörde bagatellisiere auch das augenfachärztliche Gutachten, indem sie dieses als angeblich nicht schlüssig und verallgemeinernd abtue. Dieses Gutachten zeige aber die absolute Notwendigkeit einer fachkundigen Betreuung des beanspruchten Auges mit geeigneten Sehbehelfen auf. Wenn die belangte Behörde Zweifel an der Stichhaltigkeit dieses Gutachtens oder an den gesundheitlichen Gefahren gehabt habe, dann hätte sie von Amts wegen ein anderes medizinisches Gutachten einholen müssen. Die belangte Behörde habe es auch verabsäumt, zu klären, auf welchen Zeitpunkt sie ihre Umfangsentscheidung eigentlich zu beziehen hatte. Als solcher Zeitpunkt käme nur der Tatzeitpunkt (6. November 1993) oder allenfalls der Zeitpunkt der Fällung des erstinstanzlichen Bescheides in Betracht. Die belangte Behörde gehe hingegen offensichtlich von der Rechtslage aus, wie sie sie zur Zeit der Erlassung des angefochtenen Bescheides für anwendbar halte, was insbesondere aus der gegenwartsbezogenen generellen Formulierung des Spruches und aus dem Hinweis auf den EWG-Vertrag und das Medizinproduktegesetz 1996 hervorgehe. Es sei verfehlt gewesen, wenn die belangte Behörde darauf abgestellt habe, daß es nicht faktisch undurchführbar sei, vorgefertigte Brillen ohne Bedachtnahme auf die spezifischen Gegebenheiten des zukünftigen Trägers zu verkaufen. Mit diesem Argument könnte man ebenso den Verkauf von Waffen und Munition, Arzneimittel etc. als in den Berechtigungsumfang des Handelsgewerbes fallend einordnen. Es komme aber nicht auf die faktische Durchführbarkeit des Verkaufes, sondern auf die einschlägigen Rechtsvorschriften an. Der genannte Vergleich zeige deutlich auf, daß die Gewerbeordnung, wenn sie einen Vorbehalt normiere, mit ihren Normen nicht nur zu regelnde gewerbliche, sondern auch andere Ziele verfolge, wie eben auch im Interesse der Sicherheit, der Gesundheit, des Konsumentenschutzes und dgl. mehr. Daher könne auch § 96 GewO 1994 nicht unter gänzlicher Ausklammerung etwa des gesundheitlichen Regelungszieles gesehen werden. Der Kern des Rechtsirrtum der belangten Behörde liege eben gerade darin, daß sie diesen anderen Aspekt in ihrer Umfangsentscheidung gänzlich vernachlässigt habe. Die belangte Behörde irre in diesem Zusammenhang auch, wenn sie meine, der bloße Verkauf von Brillen setze keineswegs denknotwendig auch die Erbringung von für das Augenoptikerhandwerksgewerbe spezifischen Dienstleistungen voraus. Dies sei gänzlich unrichtig. Es müsse nämlich eine Brille zumeist auf das Auge und Gesicht des Käufers erst

angepaßt werden, um dessen optimale Sehfähigkeit zu gewährleisten bzw. Sehfehler, verursacht durch den nicht richtigen Sitz der Brille oder durch einen falschen Neigungswinkel oder durch unpassende Brillengläser, hintanzuhalten. Sollte aber im Einzelfall eine solche Anpassung einmal nicht notwendig sein, so bedürfe genau diese Entscheidung der fachmännischen Beurteilung des Augenoptikers. Die belangte Behörde übersehe, daß die Brillenglasbestimmung ein ganz wesentliches Vorbehaltsrecht der Augenoptiker gemäß § 96 GewO 1994 sei, das selbstredend auch die Beurteilung (= Bestimmung) des Brillenglases in einer Fertigbrille umfasse. Die Brillenglasbestimmung gehöre denknotwendig zu jedem Verkaufsfall. Erst der fachkundige Augenoptiker könne erkennen, wenn eine Fertigbrille für den Träger ungeeignet sei und dann vom Kauf abraten. Entgegen der Auffassung der belangten Behörde sei daher bei jedem Verkauf von Brillen, sollte das gesundheitspolitische Ziel dieser Regelung nicht völlig unter den Tisch gekehrt werden, denknotwendig entweder die Erbringung von für das Augenoptikerhandwerk spezifischen Dienstleistungen oder zumindest die fachkundige Beratung eines Augenoptikers erforderlich. Semantische Überlegungen, ob § 96 GewO 1994 einen dreigliedrigen oder zweigliedrigen Vorbehaltsbereich enthalte, erschienen überflüssig, wenn man das dahinterstehende Regelungsziel vor Augen habe, daß gesichert für den Träger nur absolut kompatible Brillen in den Verkauf (Verkehr) kommen. Es bestünde die Gefahr, daß viele Personen, ohne es zu wissen, eine nicht passende Brille tragen. Die gesundheitlichen Folgen wären unabsehbar. Der Gesetzgeber habe praktisch bei allen sensiblen Produkten, die den menschlichen Körper betreffen, auch den Handel mit diesen Produkten einer Bewilligungspflicht unterworfen, so etwa den Kleinhandel mit Kontaktlinsen (§ 223 GewO 1994), den Handel mit Injektionsspritzen und Infusionsgeräten (§ 219 leg. cit.), den Handel mit Giften, Präparaten für den menschlichen Körper, Verbandsmaterial und Arzneimittel (§§ 213, 215, 216 leg. cit.), den Handel mit medizinischem Naht- und Organersatzmaterial (§ 221 leg. cit.). Es entspreche genau dieser konsequenten und klaren Linie des Gesetzgebers, wenn er in § 96 GewO 1994 eben die Abgabe von Korrektionsbrillen den fachkundigen und zuverlässigen Augenoptikern anvertraue. Die Annahme der belangten Behörde, die gesundheitsschädlichen Wirkungen einer nicht angepaßten Fertig-Lesebrille träten unabhängig davon ein, ob die Brille bei einem Handelsgewerbetreibenden oder bei einem Augenoptiker erworben worden sei, gehe fehl, weil bei Abgabe der Brille durch den fachkundigen Augenoptiker eine Gesundheitsschädigung durch einen "Fehlbrillenkauf" praktisch ausgeschlossen sei, wogegen gerade die unkontrollierte Abgabe der Brille im Handel die genannten gesundheitsschädlichen Auswirkungen nach sich ziehen würde. Der Vergleich mit der angeblich möglichen mißbräuchlichen Verwendung von Haushaltsreinigern etc. sei schon im Ansatz unrichtig. Es sei heutzutage jedermann bewußt, daß er, wenn er z.B. einen Becher Haushaltsreiniger trinke, sich einer gesundheitlichen Gefahr aussetze. Bei der Brille bestehe aber die Gefahr, daß jemand unbewußt unrichtige oder unangepaßte Brillen trage, deren Fehlwirkungen ihm erst viel später in Form von Gesundheitsstörungen bewußt werden könnten. Der Gesetzgeber habe bewußt die Formulierung "Abgabe von Korrektionsbrillen einschließlich der Brillenglasbestimmung" gewählt, weil es eine Abgabe von Korrektionsbrillen ohne Brillenglasbestimmung nicht gebe. Hätte der Gesetzgeber die bloße Abgabe von Korrektionsbrillen nicht dem Vorbehaltsrecht der Augenoptiker unterwerfen wollen, dann hätte er dies etwa durch die Formulierung "die Abgabe von Korrektionsbrillen, soweit dabei eine Brillenglasbestimmung erforderlich ist", zum Ausdruck bringen können. § 31 GewO 1994 sei auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar, weil diese Bestimmung ausdrücklich normiere, daß die für ein Gewerbe typischen Kerntätigkeiten, welche die für die Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen voraussetzten, keinesfalls als einfache Tätigkeiten gelten. Die im § 96 GewO 1994 aufgezählten Tätigkeiten zählten zweifellos zu den Kerntätigkeiten eines Augenoptikers. Darüberhinaus seien mit der Abgabe einer Korrektionsbrille so viele fachkundige Tätigkeiten oder zumindest Beratungen verbunden, daß zweifelsohne keine einfachen Tätigkeiten gemäß § 31 leg. cit. vorlägen. Die Bezugnahme auf das zitierte Erkenntnis des Europäischen Gerichtshofes sei verfehlt, weil darin selbst der Europäische Gerichtshof erkenne, daß aus Gründen des öffentlichen Gesundheitsschutzes der Verkauf von Kontaktlinsen, auch wenn sie vorher durch einen Augenarzt verschrieben worden seien, nicht als eine kaufmännische Tätigkeit angesehen werden könne. Dasselbe gelte auch für die Abgabe von Korrektionsbrillen. Die belangte Behörde übersehe dabei gänzlich, daß zum Zeitpunkt des gegenständlichen Vorfalles (6. November 1993) Österreich noch gar nicht EU-Mitglied gewesen sei und daher schon deswegen auf Unionsrecht keine Rücksicht zu nehmen sei. Auch das Medizinproduktegesetz sei erst später in Kraft getreten. Der angefochtene Bescheid übersehe auch, daß § 4 Abs. 2 Medizinproduktegesetz ausdrücklich ausspreche, daß durch dieses Gesetz die GewO 1994 unberührt bleibe, weshalb auch § 96 GewO 1994 vollinhaltlich aufrecht geblieben sei. Sollten trotz allem noch Zweifel über den Umfang des Gewerberechtes verbleiben, dann wären diese jedenfalls im Sinne eines klaren Vorbehaltsrechtes zugunsten der

Augenoptiker ausgeräumt, wenn die belangte Behörde die historische Entwicklung und die Anschauungen und Vereinbarungen zur Beurteilung der Gewerbeberechtigung, wie sie in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestünden, berücksichtigt hätte, wie dies § 29 GewO 1994 zwingend vorsehe. Denn schon nach einer Entscheidung des Bundesministers für Handel und Wiederaufbau vom 9. Jänner 1957 werde der Verkauf von Korrektionsbrillen dem Optikergewerbe vorbehalten. Ihr sei der schiedsgerichtliche Ausschuß in einer Umfangsentscheidung der Wirtschaftskammer Wien vom 6. Juni 1968 gefolgt. Die Erläuterungen zur Gewerbeordnung führten ebenfalls aus, daß der Verkauf von Korrektionsbrillen dem Optikergewerbe vorbehalten sei. Handelsgewerbetreibende seien hiezu nicht befugt. Die Gewerberechtsnovelle 1992 habe daran ausdrücklich festgehalten. Und auch in einer RGp-Referenten-Sitzung der Bundeswirtschaftskammer im Jahr 1994 sei die gegenständliche Frage eindeutig zugunsten der Augenoptiker beantwortet und ein Recht der Handelsgewerbetreibenden verneint worden.

Gemäß § 29 GewO 1994 ist für den Umfang der Gewerbeberechtigung der Wortlaut des Gewerbescheines (§ 340) - sofern dieser noch nicht ausgestellt worden ist, der Gewerbeanmeldung (§ 339) - oder bei Gewerben, deren Ausübung an den Nachweis einer Bewilligung gebunden ist, des Bescheides, mit dem die Bewilligung erteilt worden ist, im Zusammenhalt mit den einschlägigen Rechtsvorschriften maßgebend. Im Zweifelsfall sind die den einzelnen Gewerben eigentümlichen Arbeitsvorgänge, die verwendeten Roh- und Hilfsstoffe sowie Werkzeuge und Maschinen, die historische Entwicklung und die in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen zur Beurteilung des Umfangs der Gewerbeberechtigung heranzuziehen.

Nach dem klaren Wortlaut dieser Gesetzesstelle ist in dieser Bestimmung eine Reihenfolge der für die Beurteilung des Umfangs einer Gewerbeberechtigung maßgebenden Kriterien normiert. Danach ist in erster Linie der Wortlaut des Gewerbescheines bzw. des Bewilligungsbescheides im Zusammenhalt mit den einschlägigen Rechtsvorschriften maßgebend. Nur wenn anhand dieser Kriterien Zweifel offen bleiben, sind die im zweiten Satz dieser Gesetzesstelle genannten Kriterien heranzuziehen.

Gemäß § 96 GewO 1994 in der hier anzuwendenden Fassung vor der Gewerberechtsnovelle 1997, BGBl. Nr. 63, sind Augenoptiker (§ 94 Z. 64) zur Anpassung und Abgabe von Korrektionsbrillen einschließlich der Brillenglasbestimmung berechtigt. Sie haben die genannten Arbeiten durch hierfür ausgebildete Fachkräfte ausführen zu lassen.

Im vorliegenden Fall hatte die belangte Behörde zur Beurteilung, ob der in Rede stehende Verkauf von Fertig-Lesebrillen in den Vorbehaltsbereich des Augenoptikers fällt, zunächst zu prüfen, ob es sich bei diesen Fertig-Lesebrillen um Korrektionsbrillen im Sinne des § 96 GewO 1994 handelt. Diese Frage wurde von ihr, - auch unter Heranziehung der im zweiten Satz des § 29 leg. cit. genannten Kriterien - von der Beschwerdeführerin unbekämpft, bejaht. Der Verwaltungsgerichtshof vermag aber auch nicht zu erkennen, daß die belangte Behörde die von ihr sodann zu lösende Frage, ob der (bloße) Verkauf solcher Korrektionsbrillen in den Vorbehaltsbereich des Augenoptikergewerbes fällt, in rechtswidriger Weise gelöst hätte. Der belangten Behörde ist darin zuzustimmen, daß selbst dann, wenn der Wortlaut des § 96 GewO 1994 dahin zu verstehen ist, daß Augenoptiker sowohl zur Anpassung als auch zur Abgabe von Korrektionsbrillen als auch zur Brillenglasbestimmung berechtigt sind, dies im Hinblick auf die Bestimmung des § 31 GewO 1994 nicht zwingend bedeutet, daß der Verkauf von Korrektionsbrillen diesem Handwerk vorbehalten ist.

Denn nach § 31 GewO 1994 sind einfache Tätigkeiten von Handwerken oder gebundenen Gewerben, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordert, den betreffenden Gewerben nicht vorbehalten. Als einfache Tätigkeiten gelten nach dieser Bestimmung jedenfalls nicht die für ein Gewerbe typischen Kerntätigkeiten, welche die für die Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen voraussetzen.

Auch wenn es sich beim Verkauf von Korrektionsbrillen um eine Kerntätigkeit des Handwerks der Augenoptiker handelte, wäre somit diese Tätigkeit diesem Handwerk nur dann vorbehalten, wenn sie die für die Ausübung des Augenoptikerhandwerkes erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen voraussetzte. Daß dies nicht der Fall ist, hat die belangte Behörde frei von Rechtsirrtum dargelegt.

Die in diesem Zusammenhang in der Beschwerde aufgezeigten Gefahren des Gebrauches einer nicht individuell angepaßten Korrektionsbrille für die menschliche Gesundheit vermögen an diesem Ergebnis schon deshalb nichts zu ändern, weil die von der belangten Behörde im Verfahren zur Beantwortung der Frage, welche Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen aus medizinischer Sicht beim Verkauf von Korrektionsbrillen erforderlich seien, beigezogene

Ärztammer lediglich einen schriftlichen Hinweis auf die eingeschränkte Funktionsfähigkeit einer Fertig-Lesebrille, verbunden mit der Empfehlung einer augenfachärztlichen Untersuchung und einer exakten Sehfehlerbestimmung, der mit jeder Fertig-Lesebrille abzugeben sei, für unumgänglich hielt. Daß die Beifügung eines solchen schriftlichen Hinweises der Intervention eines Augenoptikers bedürfe, wird auch in der Beschwerde nicht behauptet. Es geht daher auch der Hinweis auf andere Gewerbe fehl, denen der Verkauf gefahrgeneigter Produkte in der Gewerbeordnung vorbehalten ist.

Konnte aber solcherart die belangte Behörde allein auf Grund der maßgebenden Rechtsvorschriften der Gewerbeordnung in Verbindung mit den bei Abgabe einer Fertig-Lesebrille erforderlichen Warnhinweise frei von Rechtsirrtum zu dem Ergebnis gelangen, der bloße Verkauf von Korrektionsbrillen falle nicht in den Vorbehaltsbereich des Handwerkes der Augenoptiker, sondern auch in den Berechtigungsumfang des Handelsgewerbes des § 124 Z. 11 GewO 1994, so bedurfte es auch keines Eingehens auf die in § 29 GewO 1994 erwähnte historische Entwicklung und die in den gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen. Es bildet daher auch keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides, wenn die belangte Behörde zur Lösung dieser Frage nicht auf diese im zweiten Satz des § 29 leg. cit. genannten Kriterien zurückgriff und entsprechende Ermittlungen unterließ.

Auch der Hinweis der Beschwerdeführerin auf die Ausführungen in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage über eine Gewerbeordnung 1972, 395 Blg. 8. GP, vermag den Standpunkt der Beschwerdeführerin nicht zu stützen. Dort heißt es:

"Der Verkauf von Korrektionsbrillen ist den zur Ausübung einer Gewerbeberechtigung für das Optikerhandwerk berechtigten Gewerbetreibenden vorbehalten; die zum Zwecke der Anfertigung einer Korrektionsbrille an dem Kunden vorzunehmenden Tätigkeiten bilden mit einem wesentlichen Bestandteil des Optikerhandwerkes, sodaß Handelsgewerbetreibende hiezu nicht befugt sind."

Diese Ausführungen lassen erkennen, daß der historische Gesetzgeber nur den Fall der individuellen Anfertigung einer Korrektionsbrille für den Käufer im Auge hatte, nicht aber den nunmehr zu beurteilenden Fall des Verkaufes einer vorgefertigten Brille.

Wie sich aus den bisherigen Ausführungen ergibt, konnte die belangte Behörde zu der mit dem angefochtenen Bescheid getroffenen Feststellung allein auf Grund solcher Bestimmungen der Gewerbeordnung kommen, die seit dem in der Beschwerde genannten Tatzeitpunkt bis zur Erlassung des angefochtenen Bescheides keine Änderung erfahren haben. Es vermag daher auch keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides zu begründen, wenn die belangte Behörde einerseits im Spruch ihres Bescheides nicht ausdrücklich zum Ausdruck brachte, bezogen auf welchen Zeitpunkt die spruchgemäße Feststellung getroffen wurde, und andererseits in der Begründung des angefochtenen Bescheides als zusätzliches Argument noch auf die durch den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union sowie durch das Medizinproduktegesetz bestimmte Rechtslage Bezug nahm.

Aus den dargelegten Gründen war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Abweisung des Begehrens auf Ersatz von Kostenaufwand gründet sich auf die Bestimmung des § 47 Abs. 4 VwGG, wonach unter anderem in den Fällen des Art. 131 Abs. 2 B-VG für den Beschwerdeführer und die belangte Behörde kein Aufwandsersatz stattfindet. Das Beschwerderecht der Beschwerdeführerin stützt sich im vorliegenden Fall nicht auf Art. 131 Abs. 1 Z. 1 B-VG, sondern auf dessen Abs. 2 in Verbindung mit § 349 Abs. 6 GewO 1994.

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

ECLI:AT:VWGH:1997:1997040120.X00

#### **Im RIS seit**

20.11.2000

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

© 2026 JUSLINE

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

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