jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

# TE Vwgh Erkenntnis 1991/1/29 90/04/0230

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 29.01.1991

**Index**

10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);
50/01 Gewerbeordnung;

**Norm**

B-VG Art7 Abs1;
GewO 1973 §28 Abs6;

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Mag. Kobzina und die Hofräte Dr. Griesmacher, Dr. Weiss, DDr. Jakusch und Dr. Gruber als Richter, im Beisein des Schriftführers Oberkommissär Dr. Puntigam, über die Beschwerde der N gegen den Bescheid des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 12. Juli 1990, Zl. 313.314/1-III/5/90, betreffend Verweigerung der Nachsicht von den Voraussetzungen für die Zulassung zur Konzessionsprüfung, zu Recht erkannt:

**Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 2.760,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

**Begründung**

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 12. Juli 1990 wurde das Ansuchen der Beschwerdeführerin um Nachsicht von den Voraussetzungen für die Zulassung zur Konzessionsprüfung für das Gastgewerbe gemäß § 28 Abs. 6 GewO 1973 abgewiesen. Zur Begründung wurde unter Hinweis auf die vorbezeichnete Gesetzesstelle ausgeführt, die 1955 geborene Beschwerdeführerin habe ihren Angaben zufolge nach Absolvierung der Pflichtschule den Beruf einer Friseurin erlernt und in diesem Beruf die Lehrabschlußprüfung erfolgreich abgelegt. Sie sei, seit ihre Eltern im Jahre 1969 einen Buschenschankbetrieb im Standort X 67 eröffnet hätten, regelmäßig in diesem Betrieb sowohl in der Küche als auch im Service tätig und sei hiebei mit sämtlichen anfallenden Aufgaben betraut. Seit fünf Jahren führe sie den Betrieb selbständig. Auf Grund dieser bisherigen Tätigkeit könne sicherlich angenommen werden, daß sie die nötigen Kenntnisse erlangt habe und daß eine positive Ablegung der Konzessionsprüfung erwartet werden könne. Die Mutter der Beschwerdeführerin, M, habe am 10. Jänner 1990 bestätigt, daß ihre Tochter "20 Jahre bei unserem Heurigen jede Arbeit in Küche und Service geleistet hat". Nach der Aktenlage werde der in Rede stehende Betrieb als reiner Buschenschankbetrieb geführt. Die Fachgruppe Gastronomie der Sektion Fremdenverkehr der Kammer der gewerblichen Wirtschaft für Niederösterreich

habe sich mit der Begründung gegen eine Nachsichtserteilung ausgesprochen, daß die Antragstellerin keine Ausbildung und Praxis in einem konzessionierten Gastgewerbe, sondern lediglich eine Mittätigkeit im Buschenschankbetrieb der Mutter aufweise. In ihrer Eingabe vom 25. April 1990 habe die Beschwerdeführerin hiezu Stellung genommen und sich dahingehend geäußert, es sei zwar richtig, daß ihre Praxis nicht in einem konzessionierten Gastgewerbebetrieb zurückgelegt worden sei; die in einem Buschenschank üblicherweise anfallenden Tätigkeiten entsprächen aber sehr weitgehend den auch im konzessionierten Gastgewerbe anfallenden Arbeiten im Service und in der Küche bezüglich der kalten Speisen. In ihrer fristgerecht erhobenen Berufung habe die Beschwerdeführerin ergänzend ausgeführt, daß der Buschenschank zweimal jährlich für die Zeit von ca. vier bis sechs Wochen ausgeübt werde. Seit fünf Jahren führe sie den Buschenschankbetrieb selbst durch. Diese Angaben könnte die Gemeinde X bzw. der Bürgermeister bestätigen. Weiters habe sie vorgebracht, daß sie bereits den Vorbereitungskurs für die Konzessionsprüfung im WIFI-St. Pölten vom 17. April bis 28. Mai 1990 besucht habe; sie habe hierüber eine Bestätigung vorgelegt. Nach der Aktenlage habe die Beschwerdeführerin Tätigkeiten verrichtet, die jenen vergleichbar seien, die in einem Gastgewerbebetrieb anfielen. Gehe man davon aus, daß diese Tätigkeiten durch zwanzig Jahre hindurch ausgeübt worden seien, bei einer jährlichen Öffnung des Buschenschankes von zweimal vier bis sechs Wochen, so sei die Beschwerdeführerin ca. vier Jahre lang im Buschenschankbetrieb tätig gewesen, hievon zum Teil selbständig. Obwohl es sich nach Ansicht des Bundesministers hiebei um eine Tätigkeit handle, die Kenntnisse und Erfahrungen vermittle, die auch bei der Führung eines Gastgewerbebetriebes erforderlich seien, reiche diese Tätigkeit jedoch auch in Verbindung mit dem absolvierten Vorbereitungskurs für die Annahme nicht aus, daß nach dem Bildungsgang und der bisherigen Tätigkeit der Beschwerdeführerin eine erfolgreiche Ablegung der Prüfung erwartet werden könne, gehe doch der Gesetzgeber davon aus, "daß etwa" gemäß § 5 Z. 8 der Gastgewerbe-Befähigungsnachweisverordnung 1974, BGBl. Nr. 387, zur Konzessionsprüfung für die Gastgewerbe zuzulassen sei, wer - ohne Nachweis einer auf die Ausübung solcher Gewerbe Bezug habenden Ausbildung - eine mindestens sechsjährige fachliche Tätigkeit in einem Gastgewerbebetrieb nachweise. Erst wenn die gesamte fachliche Tätigkeit der Beschwerdeführerin annähernd sechs Jahre erreicht habe - also bei einer zusätzlichen fachlichen Tätigkeit von entsprechender Dauer -, würden nach Ansicht des Bundesministers die Voraussetzungen für die Erteilung einer Nachsicht von den Zulassungsvoraussetzungen zur Gastgewerbekonzessionsprüfung gegeben sein.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, der Beschwerde keine Folge zu geben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Ihrem gesamten Vorbringen zufolge erachtet sich die Beschwerdeführerin in dem Recht auf antragsgemäße Stattgebung ihres Nachsichtsansuchens verletzt. Sie bringt hiezu unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes bzw. einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften vor, bereits im erstinstanzlichen Verfahren sei hinreichend bestätigt worden, daß sie seit zwanzig Jahren in einem Heurigenbetrieb, welcher nach dem heutigen Stand nach Art und Umfang durchaus einem Gastronomiebetrieb gleichkomme, tätig gewesen sei, und daß sie in der Folge seit fünf Jahren denselben Betrieb selbständig geleitet habe bzw. leite. Um nicht mit Verwaltungsgesezten in Konflikt zu geraten, habe sie sich entschlossen, eine Konzessionsprüfung abzulegen und habe, um die erfolgreiche Ablegung dieser Prüfung möglich zu machen, einen diesbezüglichen WIFI-Kurs absolviert. Sie habe somit jeden ihr empfohlenen Weg zur Erlangung der Konzessionsprüfung einschließlich des nicht obligatorisch geforderten WIFI-Kurses beschritten. Wie im angefochtenen Bescheid angeführt, sehe das Gesetz durchaus die Möglichkeit der Nachsichtserteilung von den gesetzlichen Erfordernissen zur Erlangung der Konzession vor. Ihrer Ansicht nach habe sie durch ihre insgesamt 25-jährige Tätigkeit in einem Heurigenbetrieb, welcher sich auf dem letzten Stand der Technik befinde und somit nach Art und Umfang der Tätigkeitsweise, mit Ausnahme der gesetzlichen Einschränkungen, einem Gastronomiebetrieb gleichkomme, ihre Erfahrung gesammelt und habe sich darüber hinaus bemüht, auch ihre "Tätigkeit als Gastronomiebetrieb", durch Erlangung der erforderlichen Konzessionsprüfung auf einen rechtlich gesicherten Boden zu stellen. Ihrer Ansicht nach habe sowohl die Behörde erster Instanz als auch die belangte Behörde ihren Ermessensspielraum, was die Nachsichtsmöglichkeit anlange, überschritten, da, was von beiden Behörden nicht in Zweifel gezogen worden sei, sie eine 25-jährige einschlägige Tätigkeit nachweisen könne. Auch habe sowohl die Behörde erster Instanz als auch das Bundesministerium als Rechtsmittelinstanz die Richtigkeit ihrer Aussagen, welche im übrigen durch zahlreiche Personen bestätigt worden seien, nicht in Zweifel gezogen.

Tatsächlich sei jedoch lediglich auf eine einschlägige Tätigkeitsdauer für einen Zeitraum von fünf Jahren Bezug genommen worden und es sei die Entscheidung aus diesem Grund rechtswidrig. Unter Zugrundelegung ihrer 25-jährigen einschlägigen Tätigkeit hätte sich - unter Zusammenrechnung der einzelnen Wochen - sehr wohl ein Zeitraum ergeben, welcher den gesetzlichen Bestimmungen zufolge eine Nachsichtserteilung gerechtsfertigt hätte. Im übrigen erscheine es im Hinblick auf die jedem Staatsbürger verfassungsrechtlich garantierten Rechte unbillig, jemanden trotz Absolvierung eines Bezug habenden Kurses zur Ablegung einer Konzessionsprüfung nicht antreten zu lassen, zumal für den Fall des positiven Prüfungsabschlusses immer noch die Möglichkeit bestanden hätte, über den Zeitpunkt der Konzessionserteilung abzusprechen.

In einem zufolge Aufforderung gemäß § 34 Abs. 2 VwGG hiezu erstatteten Ergänzungsschriftsatz brachte die Beschwerdeführerin weiters vor, der Sachverhalt sei von der belangten Behörde insofern aktenwidrig angenommen worden, als die getroffenen Feststellungen, welche dem angefochtenen Bescheid zugrunde lägen, nicht den dem Akteninhalt entsprechenden Zeiträumen gleichzustellen seien. Die belangte Behörde habe dem bekämpften Bescheid zugrunde gelegt, daß sie die Tätigkeiten, die grundsätzlich mit einer Tätigkeit im Gastgewerbebetrieb vergleichbar wären, in einem Zeitraum von zwanzig Jahren im Jahr maximal sechs Wochen ausgeübt hätte, woraus sich lediglich ein Zeitraum der Ausübung der Tätigkeit von insgesamt vier Jahren ergäbe. Diese Sachverhaltsdarstellung sei unrichtig, da sich bereits unter Zugrundelegung einer zweimal sechswöchigen Öffnungszeit bzw. einer dreimal vierwöchigen Öffnungszeit pro Jahr gemäß § 7 des NÖ Buschenschankgesetzes über den Zeitraum von zwanzig Jahren eine anrechenbare Zeit von fünf Jahren ergebe. Darüber hinaus werde "als aktenwidrig bekämpft", daß sie den Betrieb seit fünf Jahren selbständig führe und vorher zwanzig Jahre in diesem Betrieb unter elterlicher Führung tätig gewesen sei, sodaß sich insgesamt eine effektive Tätigkeitsdauer für einen Zeitraum von 6 1/4 Jahren ergebe. Unberücksichtigt geblieben sei in diesem Zusammenhang auch bei der Berechnung der Anrechnungszeit, daß jemand, der in einem einschlägigen Betrieb ganzjährig tätig sei, einen Urlaubsanspruch für sich verbuchen könne, welcher unter Berücksichtigung der sechsjährigen Tätigkeit zur Erteilung der Nachsicht ebenfalls hätte eingerechnet werden müssen. Der belangten Behörde sei daher insofern ein Rechenfehler unterlaufen.

In ihrer Gegenschrift führte die belangte Behörde u.a. aus, sie habe ihrer Entscheidung das Vorbringen der Beschwerdeführerin in der Berufung zugrunde gelegt, daß der Buschenschank "jährlich zweimal für die Zeit von ca. vier bis sechs Wochen ausgeübt werde". Sie habe sich auf Grund dieses Vorbringens nicht veranlaßt gesehen, davon auszugehen, daß die Buschenschanktätigkeit in den vergangenen Jahren zweimal jährlich sechs Wochen oder sogar länger ausgeübt worden sei, wie dies erstmals in der Verwaltungsgerichtshof-Beschwerde vorgebracht werde. Sie sei von einer Durchschnittszeit ausgegangen, was nach den eigenen, nicht weiter konkretisierten Angaben der Beschwerdeführerin berechtigt gewesen sei. Auch bei einer nicht wörtlichen Auslegung des Ausdruckes "zwanzig Jahre" in der Bestätigung der Mutter der Beschwerdeführerin vom 10. Jänner 1990, also unter Annahme, daß bereits im Jahre 1969 die Buschenschanktätigkeit ausgeübt worden sei, und weiters unter der Annahme, daß auch im Jahre 1990 bis zum Zeitpunkt der Entscheidung eine derartige Tätigkeit ausgeübt worden sei, sei es nicht unrichtig, von einer Tätigkeit von ca. vier Jahren zu sprechen. Daß vor 1969 von der Beschwerdeführerin eine Buschenschanktätigkeit ausgeübt worden sei, sei durch die Aktenlage nicht gedeckt und es sei daher unerfindlich, wieso sie auf eine 25-jährige Tätigkeit komme. Von einer Aktenwidrigkeit des angefochtenen Bescheides könne somit nicht gesprochen werden.

Das Vorbringen der Beschwerdeführerin ist nicht geeignet, die Beschwerde zum Erfolg zu führen.

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.

Gemäß § 5 Z. 8 der Verordnung des Bundesministers für Handel, Gewerbe und Industrie vom 27. Juni 1974, BGBl. Nr. 387, über den Befähigungsnachweis für das Gastgewerbe (Gastgewerbe-Befähigungsnachweisverordnung) ist zur Konzessionsprüfung zuzulassen, wer eine mindestens sechsjährige fachliche Tätigkeit in einem Gastgewerbebetrieb nachweist; auf diese fachliche Tätigkeit ist die im Rahmen der häuslichen Nebenbeschäftigung ausgeübte Privatzimmervermietung voll anzurechnen.

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits u.a. in seinem Erkenntnis vom 17. November 1989, Zl. 89/04/0125, zur Bestimmung des § 28 Abs. 6 GewO 1973 unter Bezugnahme auf die dort angeführte weitere hg. Rechtsprechung dargetan hat, ist es tatbestandsmäßige Voraussetzung, daß eine erfolgreiche Ablegung der Konzessionsprüfung

erwartet werden kann. Diese Erwartung ist auf Grund des Bildungsganges und der bisherigen Tätigkeit des Nachsichtswerbers zu beurteilen.

Soweit die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde darzutun versucht, sie habe entgegen der Annahme der belangten Behörde ausgehend, von einer Tätigkeit im Buschenschankbetrieb von insgesamt 25 Jahren, - davon 20 Jahre im Betrieb ihrer Eltern und seit 5 Jahren selbständig - eine effektive Tätigkeitsdauer im Ausmaß von 6 1/4 Jahren erbracht, so ist die in diesem Zusammenhang als Berechnungsgrundlage behauptete Tätigkeitsdauer von insgesamt 25 Jahren durch die Aktenlage nicht gedeckt. So hatte die Beschwerdeführerin in ihrem Nachsichtsantrag vom 10. Jänner 1990 vorgebracht, im Jahre 1969 hätten ihre Eltern im Standort X einen Buschenschankbetrieb eröffnet und sie sei seit diesem Zeitpunkt regelmäßig in diesem Betrieb sowohl in der Küche als auch im Service tätig und hiebei mit sämtlichen anfallenden Arbeiten betraut; seit fünf Jahren führe sie den Betrieb selbständig. Auch in ihrer Berufung gegen den erstbehördlichen Bescheid hatte die Beschwerdeführerin sich darauf bezogen, daß sie seit dem Jahre 1969 im Buschenschankbetrieb ihrer Eltern sowohl in der Küche als auch im Service tätig sei und weiters, daß der Buschenschank jährlich zweimal für die Zeit von ca. vier bis sechs Wochen ausgeübt werde, und daß sie seit fünf Jahren den Buschenschankbetrieb selbst durchführe. Schon im Hinblick auf den von der im Jahre 1955 geborenen Beschwerdeführerin im Verwaltungsverfahren selbst bezeichneten Zeitpunkt ihres möglichen Tätigkeitsbeginnes im Buschenschankbetrieb ergibt sich daher unter Berücksichtigung des Zeitraumes bis zur Erlassung des angefochtenen Bescheides keine schlüssige Grundlage für die nunmehr in der Beschwerde behauptete 25-jährige Tätigkeit der Beschwerdeführerin im Buschenschankbetrieb. Einen derartigen Zeitraum hat aber die Beschwerdeführerin - die im übrigen in der Beschwerde selbst darauf hinweist, daß ihrer Ansicht nach ausgehend von dem von der Behörde angenommenen Zeitraum und den von ihr bezeichneten Öffnungszeiten eine anrechenbare Zeit von fünf Jahren zu berücksichtigen gewesen wäre - ihrer Behauptung einer effektiven Tätigkeitsdauer im Ausmaß von 6 1/4 Jahren zugrunde gelegt. Ausgehend von dem solcherart von der belangten Behörde in nicht als aktenwidrig zu erkennenden Weise festgestellten Sachverhalt vermag der Verwaltungsgerichtshof - insbesondere im Hinblick auf das im § 5 Z. 8 der Verordnung BGBl. Nr. 387/1974 normierte Erfordernis einer sechsjährigen fachlichen Tätigkeit in einem Gastgewerbebetrieb - aber auch die Rechtsansicht der belangten Behörde über die ermangelnde Erfüllung der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des § 28 Abs. 6 GewO 1973 nicht als rechtswidrig zu erkennen.

Insoweit aber die Beschwerdeführerin in ihrem ergänzenden Beschwerdeschriftsatz anregt, die Bestimmung des § 28 GewO 1973 auf ihre Verfassungskonformität überprüfen zu lassen, zumal es in Ansehung auf die im Bundesgebiet geltenden Grund- und Freiheitsrechte mit diesen unvereinbar erscheine, daß die Lernfreiheit in der Weise beschränkt werde, daß ihr - trotz Absolvierungsberechtigung des WIFI-Kurses - die Berechtigung zur Ablegung der Konzessionsprüfung verweigert werde, zumal der Behörde ja die Möglichkeit eingeräumt wäre, trotz Konzessionsprüfung im nachhinein über den Zeitpunkt der Erteilung der Konzession abzusprechen, so sieht sich der Verwaltungsgerichtshof zu einer dieser Anregung entsprechenden Antragstellung an den Verfassungsgerichtshof nicht veranlaßt. Wie nämlich der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 24. Jänner 1989, Zl. 88/04/0157, unter Hinweis auf die dort angeführte hg. Rechtsprechung zur Bestimmung des § 28 Abs. 6 GewO 1973 dargetan, ist bei Prüfung der Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen dieser - auf den Regelfall bezogenen - Bestimmung, um eine verfassungskonforme Gleichbehandlung von Zulassungs- und Nachsichtswerbern zu garantieren, inhaltlich dergestalt auf die Zulassungsvoraussetzungen abzustellen, daß an Hand dieser die Frage zu prüfen ist, ob nach dem Bildungsgang und der bisherigen Tätigkeit des Nachsichtswerbers eine erfolgreiche Ablegung der Prüfung erwartet werden kann.

Die Beschwerde erweist sich somit im Rahmen des geltend gemachten Beschwerdepunktes als unbegründet. Sie war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Die Entscheidung über die Verfahrenskosten gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG im Zusammenhalt mit der Verordnung BGBl. Nr. 206/1989.

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1991:1990040230.X00

**Im RIS seit**

29.01.1991

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at