

## **Nachsicht vom Befähigungsnachweis für eine Teiltätigkeit des Gewerbes: § 28 (3) GewO 1994 - die Wendung „Z. 2“ verfassungswidrig**

Art. 28 (3) GewO  
Art. 6 StGG

### **Sachverhalt:**

Beim VfGH war ein Bescheidprüfungsverfahren anhängig: Es betraf die Verweigerung einer Nachsicht vom vorgeschriebenen Befähigungsnachweis für das Gewerbe der Immobilienverwaltung, eingeschränkt auf die Verwaltung von Immobilien, die einer bestimmten Unternehmung als Werkswohnung dienen. Als gesetzliche Grundlage für den Bescheid wurde vom VfGH § 28 Gewerbeordnung 1994 (GewO) herangezogen. Der VfGH hatte Bedenken, daß einzelne Wendungen der Abs. 1 und 3 des § 28 weder mit dem Gleichheitsgrundsatz noch mit dem Grundrecht der Erwerbsausübungsfreiheit vereinbar seien und leitete ein amtswegiges Gesetzesprüfungsverfahren ein. In seinem Unterbrechungsbeschluß führte er folgende Überlegungen an:

- § 28 (1) Z. 1 GewO 1994 sieht den Nachweis der vollen Befähigung ohne weitere Bedingungen vor. Es muß angenommen werden können, daß der Nachsichtswerber nach dem Bildungsgang und der bisherigen Tätigkeit die für die Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen besitzt; das Gesetz spricht in diesem Zusammenhang von der vollen Befähigung (in Klammer).

- § 28 (1) Z. 2 stellt auf den Nachweis der hinreichenden tatsächlichen Befähigung des Nachsichtswerbers ab. Er muß nach seiner bisherigen Betätigung immerhin über soviel Kenntnis und Erfahrung verfügen, daß er jene Leistungen erbringen kann, die idR vom Inhaber des entsprechenden Gewerbes verlangt werden.

- § 28 (3) sieht vor, daß aufgrund des Nachweises der tatsächlichen Befähigung des Nachsichtswerbers (Abs. Z. 2) eine Nachsicht mit Beschränkung auf eine Teiltätigkeit des Gewerbes erteilt werden kann, sofern die Befähigung lediglich in diesem Umfang gegeben ist. Abs. 3 bezieht sich jedoch nur auf Abs. 1 Z. 2. Eine Nachsicht vom formellen Befähigungsnachweis (Abs. 1 Z. 1), beschränkt auf eine Teiltätigkeit des Gewerbes, ist demnach nicht möglich. Darüber hinaus nennt Z. 1 den Ausdruck volle Befähigung in Klammer. Dies scheint mit dem Grundrecht der Erwerbsausübungsfreiheit unvereinbar zu sein. (Es handelt sich um eine inadäquate, durch das öffentliche Interesse an der Sicherung des Standards fachlicher Leistungen nicht mehr gerechtfertigte Beschränkung). Der VfGH hat weiters Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem Gleichheitsgrundsatz, denn für die Erteilung einer Nachsicht für Teiltätigkeiten des Gewerbes verlangt das Gesetz den Nachweis der vollen formellen Befähigung (Z. 1) und beschränkt nur den Nachweis nach Z. 2 auf die Teiltätigkeit des Gewerbes.

### **Rechtsausführungen:**

Bereits in seinem Erkenntnis VfSlg 13.094/92 hat der VfGH mit eingehender Begründung und unter Bezugnahme auf die einschlägige Judikatur zur Erwerbsausübungsfreiheit erkannt, daß die Bestimmungen über die Erteilung der Nachsicht vom Befähigungsnachweis aus dem Blickwinkel des Art. 6 StGG nur unter folgenden Voraussetzung verfassungsgemäß sind: Die gesetzlich normierten Voraussetzungen für die Gewährung der Nachsicht müssen durch das öffentliche Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich gerechtfertigt sein. Es liegt im öffentlichen Interesse, einen gewissen Standard fachlicher Leistungen zu sichern und zu diesem Zweck den Nachweis entsprechender Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen zu verlangen. Diesem öffentlichen Interesse wird ua. durch die Standardisierung von Ausbildungs- und Prüfungsanforderungen entsprochen, jedoch müssen Nachsichtregelungen vorhanden sein, die die Ausübung eines Gewerbes auch dann ermöglichen, wenn zwar der standardisierte Befähigungsnachweis nicht erbracht wird, aber auf andere Weise sichergestellt ist, daß die notwendigen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen für die Gewerbeausübung vorhanden sind.

Nach der GewO besteht die Möglichkeit, eine Gewerbeberechtigung auch nur für eine Teiltätigkeit eines Gewerbes anzustreben. Eine gesetzliche Regelung, die vom Nachsichtswerber verlangt, daß er nach dem Bildungsgang und der bisherigen Tätigkeit über die Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen verfügt, die in einem für die Ausübung des Gewerbes insgesamt berechtigenden Befähigungsnachweises vorgeschrieben sind und über die für die Ausübung der jeweiligen Teiltätigkeit notwendigen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen hinausgehen, ist als eine nicht mehr adäquate Beschränkung der Erwerbsausübungsfreiheit anzusehen. Die Bedenken des VfGH haben sich damit als zutreffend erwiesen.

Diese Verfassungswidrigkeit kann aber - entgegen der vorläufigen Annahme des VfGH im Unterbrechungsbeschluß - allein durch die Aufhebung der Wendung „Z. 2“ in § 28 (3) GewO 1994 beseitigt werden. Der in § 28 (1) Z. 1 in der Klammer angeführte Ausdruck volle Befähigung hat für sich keine eigene normative Bedeutung. Es ist nur als Kurzbezeichnung für die an sich unbedenkliche Regelung zu verstehen, daß ein Nachsichtswerber über sämtliche für die angestrebte Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und

Erfahrungen verfügen muß. Wenn die Ausübung des Gewerbes insgesamt angestrebt wird, ist dies verfassungsrechtlich unbedenklich. Erst aus der Regelung in § 28 (3) GewO ergibt sich, daß die volle Befähigung iSd. § 28 (1) Z. 1 GewO auch gefordert wird, wenn bloß die Ausübung eines Teilbereiches des Gewerbes angestrebt wird. Das widerspricht dem Grundrecht der Erwerbsausübungsfreiheit. Somit ist die Wendung „Z. 2“ in § 28 (3) GewO aufzuheben. Das Gesetzesprüfungsverfahren betreffend die Wendung volle Befähigung ist demnach einzustellen.

E.M.T.

[Das Erkenntnis im Originalwortlaut \(pdf-Format\).](#)