

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

E 2509/2023-9

5. Dezember 2023

## BESCHLUSS

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des Präsidenten  
DDr. Christoph GRABENWARTER,

in Anwesenheit der Vizepräsidentin  
Dr. Verena MADNER

und der Mitglieder

Dr. Markus ACHATZ,

Dr. Sieglinde GAHLEITNER,

Dr. Andreas HAUER,

Dr. Christoph HERBST,

Dr. Michael HOLOUBEK,

Dr. Helmut HÖRTENHUBER,

Dr. Claudia KAHR,

Dr. Michael MAYRHOFER,

Dr. Michael RAMI,

Dr. Johannes SCHNIZER und

Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

sowie des Ersatzmitgliedes

Dr. Nikolaus BACHLER

als Stimmführer, im Beisein der verfassungsrechtlichen Mitarbeiterin

Dr. Karin FELNHOFER-LUKSCH

als Schriftführerin,

in der Beschwerdesache der \*\*\*, vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Constanze Emesz, Fischbachstraße 17, 5020 Salzburg, gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 20. Juni 2023, Z VGW-121/082/10188/2022-9, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung beschlossen:

- I. Gemäß Art. 139 Abs. 1 Z 2 B-VG wird die Gesetzmäßigkeit des § 1 Abs. 1 Z 2 der Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über die Zugangsvoraussetzungen für das Gastgewerbe – Gastgewerbe-Verordnung, BGBl. II Nr. 51/2003, von Amts wegen geprüft.
- II. Das Beschwerdeverfahren wird nach Fällung der Entscheidung im Verordnungsprüfungsverfahren fortgesetzt werden.

## **Begründung**

### **I. Sachverhalt, Beschwerde und Vorverfahren**

1. Die beschwerdeführende Gesellschaft, die bereits über eine Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe in der Betriebsart Verabreichung von Speisen in einfacher Art und Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und Bier in handelsüblich verschlossenen Gefäßen an maximal acht Verabreichungsplätzen verfügt (§ 111 Abs. 2 Z 3 GewO 1994), meldete am 15. Juni 2022 das Gastgewerbe in der (nicht eingeschränkten) Betriebsart "Kaffee Restaurant" gemäß § 111 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 beim Magistrat der Stadt Wien (im Folgenden: belangte Behörde) an und bestellte ihren alleinigen, selbständig vertretungsbefugten Geschäftsführer zum gewerberechtlichen Geschäftsführer. Als Befähigungsnachweis verwies die beschwerdeführende Gesellschaft auf das begonnene, teils weit fortgeschrittene, jedoch nicht abgeschlossene Studium ihres Geschäftsführers. Dazu wurden Diplomprüfungszeugnisse der Studienrichtungen Betriebswirtschaftslehre bzw. Wirtschaftsrecht beigefügt, wobei mit diesen Erfolgsnachweisen kein erfolgreicher Abschluss einer Studienrichtung belegt wurde.

1

2. Mit Bescheid vom 14. Juli 2022 stellte die belangte Behörde fest, dass die Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes in der Betriebsart "Kaffee Restaurant" durch die beschwerdeführende Gesellschaft nicht vorlägen, und untersagte

2

die Ausübung des Gewerbes. Gleichzeitig wurde auf Grund der Anzeige über die Ausübung dieses Gewerbes durch den Geschäftsführer der beschwerdeführenden Gesellschaft festgestellt, dass die Voraussetzungen dafür nicht gegeben seien.

3. Die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht Wien mit Erkenntnis vom 20. Juni 2023 als unbegründet ab. Begründend stellte das Verwaltungsgericht auf den Umstand ab, dass ein Befähigungsnachweis iSd § 1 Abs. 1 Gastgewerbe-Verordnung nicht vorgelegt worden sei. Der bestellte Geschäftsführer der beschwerdeführenden Gesellschaft habe seine beiden begonnenen Studien nicht abgeschlossen, sodass insbesondere der Beleg über die fachliche Qualifikation durch den "erfolgreichen Abschluss einer Studienrichtung an einer Universität" gemäß § 1 Abs. 1 Z 2 Gastgewerbe-Verordnung nicht vorliege und damit auch nicht die Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes gemäß § 111 Abs. 1 Z 2 GewO 1994.

3

3.1. Hinsichtlich des Vorbringens der beschwerdeführenden Gesellschaft, wonach die gewerberechtliche Bestimmung verfassungswidrig bzw. die Gastgewerbe-Verordnung gesetzwidrig sei, weil die Voraussetzung des Vorliegens eines Befähigungsnachweises (gemäß § 94 Z 26 iVm § 111 Abs. 1 Z 2 GewO 1994) bzw. die Anforderungen an einen Befähigungsnachweis (insbesondere § 1 Abs. 1 Z 2 Gastgewerbe-Verordnung) unverhältnismäßig und überschießend seien, führte das Verwaltungsgericht im Wesentlichen das Folgende aus:

4

3.2. Das Verwaltungsgericht hege keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die genannten Bestimmungen der GewO 1994 sowie der Gastgewerbe-Verordnung. Das Erfordernis eines Befähigungsnachweises im Gastgewerbe erscheine vor dem Hintergrund der damit verfolgten gewichtigen öffentlichen Interessen grundsätzlich gerechtfertigt, auch wenn gewisse eingeschränkte gastgewerbliche Tätigkeiten (§ 111 Abs. 2 GewO 1994) ohne einen Befähigungsnachweis erbracht werden dürften (sog. "freies Gastgewerbe"). Diese würden spezielle Konstellationen betreffen (z.B. Schutzhütte, Buschenschank, Automatenverkauf, Würstelstand), die in ihrem betrieblichen Umfang und dem nötigen Organisationsgrad nicht mit einem durchschnittlichen Gastronomiebetrieb (Gasthaus, Restaurant oder Kaffeehaus) vergleichbar seien (vgl. dazu insbesondere auch die Ausführungen in den Gesetzesmaterialien).

5

3.3. Nicht übertragbar erscheine auch das von der beschwerdeführenden Gesellschaft zitierte Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes VfSlg. 19.814/2013 zu den Berufsfotografen, in dem die Besonderheiten dieses Falles zur Aufhebung der Reglementierung geführt hätten.

6

3.4. Der beschwerdeführenden Gesellschaft sei jedoch zuzustimmen, dass eine sachliche Rechtfertigung für den Umstand, dass § 1 Abs. 1 Z 2 Gastgewerbe-Verordnung – im Unterschied insbesondere etwa zu § 1 Abs. 1 Z 3 – für Universitätsabsolventen keinen fachspezifischen Ausbildungsinhalt verlange, auf den ersten Blick nicht einleuchte (gleichheitsrechtliche Bedenken merken auch *Potacs/Wutscher*, Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung von Befähigungsnachweiserfordernissen in der GewO, ÖZW 2017, 173 [179], an). Allerdings seien weder Z 2 noch Z 3 des § 1 Abs. 1 der Gastgewerbe-Verordnung im vorliegenden Fall auf die beschwerdeführende Gesellschaft anzuwenden, insbesondere da ihr Geschäftsführer nicht über einen erfolgreichen Abschluss eines Fachhochschul-Studienganges verfüge, dessen schwerpunktmäßige Ausbildung in einem anderen Bereich als Tourismus liege, sodass er von diesem Unterschied nicht nachteilig betroffen sein könne. Selbst wenn eine fachspezifische Einschränkung in der Z 3 entfallen oder eine solche in der Z 2 eingefügt würde, was die von der beschwerdeführenden Gesellschaft zu diesem Aspekt behauptete Verfassungswidrigkeit in der Gastgewerbe-Verordnung wohl beseitigen würde, würde sich dies auf die Beurteilung des vorliegenden Beschwerdefalles nicht auswirken. Es mangle daher im vorliegenden Verfahren an der Präjudizialität dieser allenfalls bedenklichen Bestimmungen, sodass schon aus diesem Grund eine Antragslegitimation des Verwaltungsgerichtes gemäß Art. 89 Abs. 2 iVm Art. 135 Abs. 4 B-VG ausscheide.

7

3.5. Die beschwerdeführende Gesellschaft führe auch ins Treffen, dass die von ihrem Geschäftsführer im Rahmen seines betriebswirtschaftlichen bzw. wirtschaftsrechtlichen Universitätsstudiums bereits abgelegten Prüfungen als ausreichender Befähigungsnachweis anzuerkennen wären, weshalb die Gastgewerbe-Verordnung insgesamt auch aus diesem Grund verfassungswidrig sei, da sie nur auf Studienabschlüsse abstelle. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes stelle ein teilweiser Studienerfolg im Vergleich zu abgeschlossenen Lehrgangs- oder Studienabschlüssen – und das selbst im Vergleich zu anderen, etwa kürzeren und spezialisierten Lehrgängen – keine gleichwertige Ausbildungsstufe dar, mögen

8

auch die für die angestrebte Berufsausübung relevantesten Fächer bereits mit positiver Prüfung abgeschlossen worden sein. Der Nachweis einzelner erfolgreich abgelegter Prüfungen aus einem Studien- oder Lehrgang stelle in der Praxis kein handhabbares objektives Beurteilungskriterium zur Verfügung, das eine Vergleichbarkeit des von den einzelnen Personen erreichten Ausbildungsstands ermögliche und das in einem generellen Rechtsakt Eingang finden könnte. Es erscheine daher sachlich gerechtfertigt, wenn die Gastgewerbe-Verordnung bei der Aufzählung der Belege in § 1 Abs. 1, die zur Erfüllung der fachlichen Qualifikation vorgelegt werden können, bei Schulen und Lehrgängen ausschließlich auf den erfolgreichen Abschluss der jeweiligen Ausbildung abstelle.

4. Gegen diese Entscheidung richtet sich die vorliegende, auf Art. 144 B-VG gestützte Beschwerde, in der die Verletzung in näher bezeichneten verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten sowie in Rechten wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm behauptet und die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses beantragt wird. 9
5. Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt, von der Erstattung einer Gegenschrift jedoch abgesehen. 10
6. Das Verwaltungsgericht Wien hat die Gerichtsakten vorgelegt und ebenfalls von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand genommen. 11
7. Der Bundesminister für Arbeit und Wirtschaft wurde als verordnungserlassende Behörde ersucht, die Bezug auf die Gastgewerbe-Verordnung habenden Akten vorzulegen. Diesbezüglich wurde mitgeteilt, dass der entsprechende Akt skartiert worden sei. 12

## II. Rechtslage

1. Die maßgeblichen Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994 – GewO 1994, BGBl. 194/1994, idF BGBl. I 131/2004 (§ 16), BGBl. I 111/2010 (§ 17), BGBl. I 85/2012 (§ 18), BGBl. I 65/2020 (§ 19) bzw. BGBl. I 94/2017 (§ 94, § 111) lauten wie folgt:

13

### "Besondere Voraussetzungen für die Ausübung von Gewerben Befähigungsnachweis Allgemeine Bestimmungen

§ 16. (1) Voraussetzung für die Ausübung von reglementierten Gewerben und von Teilgewerben ist ferner der Nachweis der Befähigung. Kann der Einschreiter diesen Nachweis nicht erbringen, so hat er einen Geschäftsführer (§ 39) zu bestellen. Dies gilt nicht für das Gewerbe der Rauchfangkehrer (§ 94 Z 55). § 9 Abs. 2 gilt in diesen Fällen mit der Maßgabe, dass die Bestellung des neuen Geschäftsführers binnen einem Monat zu erfolgen hat.

(2) Unter Befähigungsnachweis ist der Nachweis zu verstehen, daß der Einschreiter die fachlichen einschließlich der kaufmännischen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen besitzt, um die dem betreffenden Gewerbe eigentümlichen Tätigkeiten selbständig ausführen zu können.

(3) Die Befähigung zum Ausbilden von Lehrlingen wird durch die erfolgreiche Ablegung der Ausbilderprüfung oder einer dieser gleichzuhaltenden Prüfung oder durch die erfolgreiche Absolvierung des Ausbilderkurses oder einer diesem gleichzuhaltenden Ausbildung (§§ 29a, 29g und 29h des Berufsausbildungsgesetzes) nachgewiesen.

(4) Ausländische Prüfungszeugnisse über die Befähigung für einen einem reglementierten Gewerbe entsprechenden Beruf sind den österreichischen Prüfungszeugnissen für ein reglementiertes Gewerbe gleichgehalten, wenn dies in Staatsverträgen oder durch Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit, mit der die Gleichwertigkeit festgestellt wurde, festgelegt worden ist. Hierüber ist über Antrag eine Bestätigung durch die Behörde auszustellen. [...]

### Befähigungsnachweis für reglementierte Gewerbe

§ 18. (1) Der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit hat für jedes reglementierte Gewerbe, hinsichtlich der im § 94 Z 14, 32, 33, 41 und 46 genannten Gewerbe und hinsichtlich des im § 94 Z 42 genannten Gewerbes, soweit es sich um die Tätigkeiten des Piercens und Tätowierens handelt, im Einvernehmen mit dem Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen, durch Verordnung festzulegen, durch welche Belege – für sich allein oder in entsprechender Verbindung untereinander – die Zugangsvoraussetzungen zum betreffenden Gewerbe, gegebenenfalls für dessen eingeschränkte Ausübung, im Hinblick auf die hierfür erforderliche

fachliche Befähigung jedenfalls als erfüllt anzusehen sind. Dabei hat der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit zu berücksichtigen, dass bei reglementierten Gewerben, bei denen der Qualifikation auf Grund der Richtlinie 92/51/EWG über eine zweite allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise in Ergänzung der Richtlinie 89/48/EWG oder der Richtlinie 89/48/EWG über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome Diplomniveau zukommt, dieses Diplomniveau gewahrt bleibt.

(2) Als Belege im Sinne des Abs. 1 kommen in Betracht

1. Zeugnis über die erfolgreich abgelegte Meisterprüfung bei den im § 94 als Handwerke bezeichneten reglementierten Gewerben oder über eine sonstige Befähigungsprüfung;
2. Zeugnis über die erfolgreich abgelegte Unternehmerprüfung;
3. Zeugnis über den Abschluss einer Studienrichtung an einer Universität;
4. Zeugnis über den erfolgreichen Besuch eines Fachhochschul-Studienganges;
5. Zeugnis über den erfolgreichen Besuch einer Schule;
6. Zeugnis über den erfolgreichen Besuch eines Lehrganges;
7. Zeugnis über die erfolgreich abgelegte Lehrabschlussprüfung;
8. Zeugnis über eine fachliche Tätigkeit;
9. Zeugnis über eine Tätigkeit in leitender Stellung;
10. Zeugnis über eine Tätigkeit als Betriebsleiter;
11. Nachweise über eine Tätigkeit als Selbstständiger.

(3) Unter fachlicher Tätigkeit (Abs. 2 Z 8) ist eine Tätigkeit zu verstehen, die geeignet ist, die Erfahrungen und Kenntnisse zu vermitteln, die zur selbstständigen Ausübung des betreffenden Gewerbes erforderlich sind. Unter Tätigkeit in leitender Stellung (Abs. 2 Z 9) ist eine Tätigkeit zu verstehen, die überwiegend mit fachspezifischen Aufgaben und mit der Verantwortung für mindestens eine Abteilung des Unternehmens verbunden ist. Unter Tätigkeit als Betriebsleiter (Abs. 2 Z 10) ist eine Tätigkeit zu verstehen, die in einer der folgenden Funktionen ausgeübt wurde

1. als Leiter des Unternehmens oder einer Zweigniederlassung oder
2. als Stellvertreter des Unternehmers oder des Leiters des Unternehmens, wenn mit dieser Stellung eine Verantwortung verbunden ist, die der des vertretenen Unternehmers oder Leiters entspricht oder
3. in leitender Stellung je nach der Eigenart des betreffenden Gewerbes mit kaufmännischen oder mit kaufmännischen und technischen Aufgaben und mit der Verantwortung für mindestens eine Abteilung des Unternehmens.

(4) Wenn es Gründe der Abwehr von besonderen Gefahren für das Leben oder die Gesundheit von Menschen erfordern, hat der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit durch Verordnung festzulegen, dass Zeugnisse im Sinne des Abs. 2 für ein Gewerbe nicht mehr zu berücksichtigen sind, wenn der Inhaber des Zeugnisses seit der Prüfung, dem Abschluss der Ausbildung oder seit der fachlichen Tätigkeit, die durch das betreffende Zeugnis bescheinigt wird, zehn Jahre nicht mehr die den Gegenstand des betreffenden Gewerbes bildenden Tätigkeiten ausgeübt hat.

(5) Bei Schulen, bei denen eine Abschlussprüfung vorgesehen ist, ist der erfolgreiche Besuch (Abschluss) durch das Abschlussprüfungszeugnis (Reifeprüfungszeugnis), bei Schulen, bei denen keine Abschlussprüfung vorgesehen ist, durch das Abschlusszeugnis (Jahreszeugnis) nachzuweisen. Als Abschluss eines Studiums gilt der Abschluss eines Diplom-, Bachelor-, Master- oder Doktoratsstudiums. Als Abschluss eines Fachhochschul-Studienganges gilt der Abschluss eines Fachhochschul-Bachelorstudienganges, eines Fachhochschul-Masterstudienganges oder eines Fachhochschul-Diplomstudienganges. [...]

(7) Der Befähigungsnachweis für das Gewerbe der Gärtner (§ 94 Z 24) kann auch durch das Zeugnis über die erfolgreich abgelegte Gärtnermeisterprüfung gemäß den Vorschriften über die land- und forstwirtschaftliche Berufsausbildung erbracht werden.

#### Individueller Befähigungsnachweis

§ 19. Kann der nach § 18 Abs. 1 vorgeschriebene Befähigungsnachweis nicht erbracht werden, so hat die Behörde unter Bedachtnahme auf Vorschriften gemäß § 18 Abs. 4 das Vorliegen der individuellen Befähigung festzustellen, wenn durch die beigebrachten Beweismittel die für die jeweilige Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen nachgewiesen werden. Die Behörde hat das Vorliegen der individuellen Befähigung mit der Beschränkung auf Teiltätigkeiten des betreffenden Gewerbes auszusprechen, wenn die Befähigung nur in diesem Umfang vorliegt. § 373d Abs. 4 ist sinngemäß anzuwenden. [...]

#### Reglementierte Gewerbe

§ 94. Folgende Gewerbe sind reglementierte Gewerbe:

[...]

26. Gastgewerbe [...]

#### Gastgewerbe

§ 111. (1) Einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe (§ 94 Z 26) bedarf es für

1. die Beherbergung von Gästen;
2. die Verabreichung von Speisen jeder Art und den Ausschank von Getränken.

(2) Keines Befähigungsnachweises für das Gastgewerbe bedarf es für

[...]

3. die Verabreichung von Speisen in einfacher Art und den Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und von Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen, wenn hiebei nicht mehr als acht Verabreichungsplätze (zum Genuss von Speisen und Getränken bestimmte Plätze) bereitgestellt werden; [...]"

2. Die Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über die Zugangsvoraussetzungen für das Gastgewerbe – Gastgewerbe-Verordnung,

14

BGBl. II 51/2003, lautet wie folgt (die in Prüfung gezogene Bestimmung ist hervor-  
gehoben):

"Auf Grund des § 18 Abs. 1 der Gewerbeordnung 1994, BGBl. Nr. 194, zuletzt ge-  
ändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 111/2002, wird verordnet:

#### Zugangsvoraussetzungen

§ 1. (1) Durch die im Folgenden angeführten Belege ist die fachliche Qualifikation  
zum Antritt eines Gastgewerbes (§ 94 Z 26 GewO 1994) als erfüllt anzusehen:

1. Zeugnis über den erfolgreichen Abschluss einer Fachakademie für Tourismus  
oder

2. Zeugnisse über den erfolgreichen Abschluss einer Studienrichtung an einer Uni-  
versität oder eines zur Verleihung eines international gebräuchlichen Mastergra-  
des führenden Universitätslehrganges oder

3. Zeugnis über den erfolgreichen Abschluss eines Fachhochschul-Studienganges,  
dessen schwerpunktmäßige Ausbildung im Bereich des Tourismus liegt, oder

4. Zeugnisse über den erfolgreichen Abschluss einer Höheren Lehranstalt für Tou-  
rismus oder einer Höheren Lehranstalt für Fremdenverkehrsberufe oder deren  
Sonderformen und Schulversuche, sofern im Rahmen der Schulausbildung ein  
Praktikum von insgesamt mindestens drei Monaten absolviert wurde, oder

5. Zeugnisse über die erfolgreich abgelegte Lehrabschlussprüfung in einem gast-  
gewerblichen Lehrberuf (Koch, Restaurantfachmann, Hotel- und Gastgewerbeas-  
sistent, Systemgastronomiefachmann) oder in einem kaufmännischen Lehrberuf,  
sofern die kaufmännische Berufsausbildung im Rahmen eines Gastgewerbebetrie-  
bes absolviert wurde, oder

6. Zeugnisse über den erfolgreichen Abschluss einer mindestens dreijährigen be-  
rufsbildenden mittleren oder einer nicht durch

Z 4 erfassten berufsbildenden höheren Schule, in der schwerpunktmäßig gastge-  
werbliche Fertigkeiten und Kenntnisse vermittelt werden, sofern im Rahmen der  
Schulausbildung ein Praktikum von insgesamt mindestens drei Monaten absolviert  
wurde, oder

7. Zeugnisse über den erfolgreichen Abschluss eines nicht durch eine andere Ziffer  
erfassten mindestens zweijährigen Speziallehrganges oder Lehrganges, in dem  
schwerpunktmäßig gastgewerbliche Fertigkeiten und Kenntnisse vermittelt wer-  
den, sofern im Rahmen des Ausbildungsganges ein Praktikum von insgesamt min-  
destens drei Monaten absolviert wurde, oder

8. Zeugnis über eine ununterbrochene dreijährige Tätigkeit in leitender Stellung  
(§ 18 Abs. 3 GewO 1994) im Gastgewerbe oder

9. Zeugnis über die erfolgreich abgelegte Lehrabschlussprüfung im Lehrberuf Kon-  
ditor (Zuckerbäcker) und eine nachfolgende ununterbrochene, mindestens einein-  
halbjährige Tätigkeit als Selbstständiger oder als Betriebsleiter (§ 18 Abs. 3  
GewO 1994) im Gastgewerbe oder

10. Zeugnis über die erfolgreich abgelegte Lehrabschlussprüfung im Lehrberuf  
Konditor (Zuckerbäcker) und eine nachfolgende ununterbrochene, mindestens  
zweieinhalbjährige Tätigkeit in leitender Stellung im Gastgewerbe oder

11. Zeugnis über die erfolgreich abgelegte Befähigungsprüfung.

(2) Die fachliche Qualifikation zum Antritt eines Gastgewerbes in der Betriebsart einer Kaffeeconditorei oder eines Eissalons ist weiters durch das Zeugnis über die erfolgreich abgelegte Meisterprüfung im Handwerk der Konditoren (Zuckerbäcker) einschließlich der Lebzelter und der Konditen-, Gefrorenes- und Schokoladewarenerzeugung (§ 94 Z 40 GewO 1994) als erfüllt anzusehen.

### Übergangsbestimmungen

§ 2. Zeugnisse über eine erfolgreich abgelegte Konzessionsprüfung gemäß § 1 Z 3 der Gastgewerbe-Befähigungsnachweisverordnung, BGBl. Nr. 387/1974, sowie über eine erfolgreich abgelegte Befähigungsprüfung gemäß § 2 der Gastgewerbe-Befähigungsnachweisverordnung, BGBl. II Nr. 19/1997, gelten als Zeugnisse über die Befähigungsprüfung gemäß § 1 Z 11."

3. Die Verordnung der Wirtschaftskammer Österreich über die Befähigungsprüfung für das reglementierte Gastgewerbe – Gastgewerbe-Befähigungsprüfungsordnung, kundgemacht durch die Wirtschaftskammer Österreich am 31. August 2004, lautet wie folgt:

15

"Auf Grund der §§ 22 Abs. 1 und 352a Abs. 2 Gewerbeordnung 1994, BGBl. Nr. 194, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 48/2003, wird verordnet:

### Anwendung der Allgemeinen Prüfungsordnung

§ 1. Auf die Durchführung der Befähigungsprüfung für das reglementierte Gastgewerbe (§ 94 Z 26 GewO 1994) ist die Allgemeine Prüfungsordnung in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden.

§ 2. Die Prüfung für das reglementierte Gastgewerbe besteht aus 2 Modulen.

### Modul 1: Schriftliche Prüfung

§ 3. (1) Die schriftliche Prüfung ist ein einheitlicher Gegenstand und hat sich auf die für die selbständige Ausübung eines Gastgewerbes erforderlichen Kenntnisse in Unternehmensführung, insbesondere Kostenrechnung, Kalkulation und Controlling sowie Marketing, Management, Organisation und Kommunikation zu erstrecken. [...]

### Modul 2: Mündliche Prüfung

§ 5. (1) Die mündliche Prüfung besteht aus 3 Gegenständen:

1. Berufs- und Fachkunde (Abs. 2);
2. Recht (Abs. 3);
3. Technik und Hygiene (Abs. 4).

Die Gegenstände haben sich an den für die selbständige Ausübung eines Gastgewerbes erforderlichen Kenntnissen zu orientieren. Die mündliche Prüfung darf maximal 15 Minuten pro Gegenstand dauern. Kann eine zweifelsfreie Bewertung des Gegenstandes nicht getroffen werden, so kann eine Verlängerung um höchstens 5 Minuten im Einzelfall erfolgen.

(2) Im Gegenstand 'Berufs- und Fachkunde' sind dem Kandidaten Fragen aus folgenden Fächern zu stellen:

1. Lebensmittelkunde (einschließlich Grundzüge der Ernährungslehre);
2. Küchenkunde;
3. Getränkkunde;
4. Servierkunde.

(3) Im Gegenstand 'Recht' sind dem Kandidaten Fragen aus folgenden Fächern zu stellen:

- a) Gewerberecht;
- b) Unternehmerische Rechtskunde einschließlich der Vorschriften über die Preisauszeichnung im Gastgewerbe und der Jugendschutzvorschriften;
- c) Arbeits- und Sozialrecht;
- d) Steuer- und Abgabenrecht;
- e) Melderecht;
- f) Wirtschaftskammerorganisation.

(4) Im Gegenstand 'Technik und Hygiene' sind dem Kandidaten Fragen aus folgenden Fächern zu stellen:

1. Lebensmittelhygiene (inklusive HACCP);
2. Unfallverhütung;
3. Einschlägige Umweltschutzvorschriften (inklusive Abfallbewirtschaftung);
4. Logiskunde. [...]"

### **III. Bedenken des Verfassungsgerichtshofes**

1. Bei Behandlung der Beschwerde sind im Verfassungsgerichtshof Bedenken ob der Gesetzmäßigkeit des § 1 Abs. 1 Z 2 Gastgewerbe-Verordnung entstanden. 16

2. Der Verfassungsgerichtshof geht vorläufig davon aus, dass die Beschwerde zulässig ist, dass das Verwaltungsgericht bei der Erlassung der angefochtenen Entscheidung die in Prüfung gezogene Bestimmung zumindest denkmöglich angewendet hat und dass auch der Verfassungsgerichtshof diese Bestimmung bei seiner Entscheidung über die Beschwerde anzuwenden hätte. 17

3. Der Verfassungsgerichtshof hegt gegen die hiemit in Prüfung gezogene Bestimmung folgende Bedenken: 18

- 3.1. Das Gastgewerbe stellt gemäß § 94 Z 26 iVm §§ 111 ff. GewO 1994 ein reglementiertes Gewerbe dar, für dessen Ausübung (u.a.) gemäß § 16 Abs. 1 GewO 1994 der Nachweis der Befähigung erforderlich ist. Dabei handelt es sich um den Nachweis bestimmter fachlicher (und kaufmännischer) Qualifikationen, um die dem betreffenden Gewerbe eigentümlichen Tätigkeiten selbständig ausführen zu können (§ 16 Abs. 2 GewO 1994). Den Materialien zufolge dient der Befähigungsnachweis dazu, einen gewissen Standard der Leistungen des Gewerbes iSd Konsumentenschutzes sicherzustellen (vgl. RV 395 BlgNR 13. GP, 124) und zielt daher auf die Qualitätssicherung (vgl. *Potacs*, *Gewerberecht*, in: Holoubek/Potacs [Hrsg.], *Öffentliches Wirtschaftsrecht*<sup>4</sup>, 2019, 38) und einen gewissen Ausbildungsstandard der Gewerbetreibenden ab. Die Legaldefinition in § 16 Abs. 2 GewO 1994 normiert dabei drei Elemente jeder Befähigung: (kaufmännische) Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen (vgl. RV 395 BlgNR 13. GP, 124). 19
- 3.2. Die GewO 1994 sieht zum Nachweis der erforderlichen Befähigung ein Regelungssystem vor, das zwischen einem generell erbrachten und einem von der Behörde auf Grund vorgelegter Beweismittel individuell festgestellten (§ 19 GewO 1994) Befähigungsnachweis unterscheidet (RV 1117 BlgNR 21. GP, 65, 75). 20
- 3.3. Hinsichtlich des generellen Befähigungsnachweises hat der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit gemäß § 18 Abs. 1 GewO 1994 für jedes reglementierte Gewerbe durch Verordnung festzulegen, durch welche Belege die Zugangsvoraussetzungen zum betreffenden Gewerbe im Hinblick auf die hierfür erforderliche fachliche Befähigung jedenfalls als erfüllt anzusehen sind. 21
- 3.4. Eine entsprechende Verordnung wurde erstmals im Jahr 1974 erlassen. Die Gastgewerbe-Befähigungsnachweisverordnung, BGBl. 387/1974, sah in § 1 die Vorlage von Zeugnissen einzelner fachspezifischer Lehranstalten sowie Lehrgängen als Nachweis der Befähigung vor: 22
- Z 1: höhere Lehranstalt für Fremdenverkehrsberufe, Sonderform einer solchen Schule, zweijähriger Hotelfachlehrgang für Maturanten der Kammer der gewerblichen Wirtschaft für Wien oder viersemestriger Österreichischer Hochschullehrgang für Fremdenverkehr an der Hochschule für Welthandel in Wien und eine nachfolgende mindestens zweijährige fachliche Tätigkeit in einem Gastgewerbe, oder
  - Z 2: erfolgreich abgelegte Konzessionsprüfung.

3.5. Mit der Novelle BGBl. 276/1996 wurde § 1 der Gastgewerbe-Befähigungsnachweisverordnung um eine neue Z 1 ergänzt, der zufolge nunmehr auch das Zeugnis über den erfolgreichen Besuch eines Fachhochschul-Studienganges, dessen schwerpunktmäßige Ausbildung im Bereich des Tourismus liegt, oder eine Fachakademie für Tourismus und eine nachfolgende mindestens zweijährige fachliche Tätigkeit in einem Gastgewerbe, als Befähigungsnachweis für das Gastgewerbe anzusehen war. 23

3.6. Eine umfassende Erweiterung erfuhr die Gastgewerbe-Befähigungsnachweisverordnung durch die Novelle BGBl. II 19/1997. Die Befähigung für das Gastgewerbe war demnach nachzuweisen durch das Zeugnis über den erfolgreichen Besuch 24

- Z 1: einer Fachakademie für Tourismus,
- Z 2: einer wirtschaftswissenschaftlichen Studienrichtung an einer Universität, sofern hiebei eine besondere betriebswirtschaftliche Ausbildung auf dem Gebiet des Tourismus absolviert wurde, oder eines mindestens viersemestrigen Hochschullehrganges, dessen schwerpunktmäßige Ausbildung im Bereich des Tourismus liegt, und über eine mindestens einjährige fachliche Tätigkeit gemäß § 22 Abs. 2 GewO 1994,
- Z 3: eines Fachhochschul-Studienganges, dessen schwerpunktmäßige Ausbildung im Bereich des Tourismus liegt, oder der ÖHV-Unternehmerakademie der Österreichischen Hotelierversammlung und über eine mindestens einjährige fachliche Tätigkeit gemäß § 22 Abs. 2 GewO 1994.

Weiters wurden in den Z 4 bis Z 9 u.a. Zeugnisse über den erfolgreichen Besuch fachspezifischer Lehranstalten, Lehrgänge sowie Lehrabschlussprüfungen mit einer nachfolgenden mindestens zweijährigen fachlichen Tätigkeit gemäß § 22 Abs. 2 GewO 1994 sowie das Zeugnis über die erfolgreich abgelegte Befähigungsprüfung als Befähigungsbeleg festgelegt. 25

3.7. Im Rahmen der GewO-Novelle 2002, BGBl. I 111/2002, wurde die Verordnung neu erlassen. Die Gastgewerbe-Verordnung, BGBl. II 51/2003, trat am 29. Jänner 2003 in Kraft und sieht nunmehr in § 1 Abs. 1 die Vorlage folgender Zeugnisse über den erfolgreichen Abschluss als Beleg der fachlichen Qualifikation zum Gewerbeantritt an: 26

- Z 1: Fachakademie für Tourismus,
- Z 2: Studienrichtung an einer Universität oder zur Verleihung eines international gebräuchlichen Mastergrades führender Universitätslehrgang,
- Z 3: Fachhochschul-Studiengang, dessen schwerpunktmäßige Ausbildung im Bereich des Tourismus liegt.

Weiters werden in den Z 4 bis Z 11 u.a. Zeugnisse über den erfolgreichen Besuch fachspezifischer Lehranstalten, (Spezial-)Lehrgänge sowie Lehrabschlussprüfungen mit Absolvierung eines Praktikums im Rahmen der Schulausbildung von insgesamt mindestens drei Monaten sowie das Zeugnis über die erfolgreich abgelegte Befähigungsprüfung als Befähigungsnachweis festgelegt. 27

3.8. Anders als die Gastgewerbe-Befähigungsnachweisverordnung stellt die Gastgewerbe-Verordnung nunmehr nicht mehr bei allen darin festgelegten Belegen für das Vorliegen der fachlichen Qualifikation auf facheinschlägige Ausbildungswege ab: Während § 1 Abs. 1 Z 1, Z 3 bis Z 10 Gastgewerbe-Verordnung (nach wie vor) auf einen fachspezifischen Ausbildungsweg abstellt, ermöglicht gemäß § 1 Abs. 1 Z 2 leg. cit. jeder Abschluss eines Universitätsstudiums oder Master-Universitätslehrganges den Zugang zum Gastgewerbe, ohne dass es dafür eines fachspezifischen Ausbildungsinhaltes bedürfe. 28

3.9. Der Verfassungsgerichtshof hegt das Bedenken, dass die in Prüfung gezogene Bestimmung des § 1 Abs. 1 Z 2 Gastgewerbe-Verordnung dem Gleichheitsgrundsatz widersprechen dürfte: 29

3.9.1. Wie der Verfassungsgerichtshof in VfSlg. 16.734/2002 (zuvor bereits etwa in VfSlg. 13.094/1992, 13.485/1993, 14.414/1996, 14.963/1997, 15.683/1999) festgestellt hat, liegt es im öffentlichen Interesse, einen gewissen Standard fachlicher Leistungen durch fundierte Berufsvorbildung sowie eine ausreichende praktische Tätigkeit zu sichern und zu diesem Zweck den Nachweis entsprechender Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen zu verlangen. Gegen die normative Standardisierung von Ausbildungsgängen und Prüfungsanforderungen, die das Befähigungsnachweissystem der Gewerbeordnung insgesamt prägt, bestehen vor diesem Hintergrund prinzipiell keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Dies gilt umso mehr dort, wo es – wie im Gastgewerbe – insbesondere auch um die Abwehr von Gefahren für die Gesundheit und Sicherheit sowie den Schutz der Konsumenten 30

geht. Es haben aber auch solche Regelungen den Anforderungen der Verfassung zu entsprechen, wobei insbesondere die Grenzen zu beachten sind, die der Gleichheitsgrundsatz und das Grundrecht der Erwerbsausübungsfreiheit dem Gesetzgeber ziehen (vgl. VfSlg. 15.683/1999).

3.9.2. Der Grundgedanke eines im Wege der Befähigungsnachweis-Verordnungen generellen, standardisierten Befähigungsnachweises liegt darin, dass durch den Beleg eines bestimmten Ausbildungsweges (und/oder einer facheinschlägigen Berufserfahrung) angenommen werden kann, dass die für die selbständige Gewerbeausübung erforderlichen fachlichen und kaufmännischen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen vorhanden sind, sodass deren Überprüfung im Einzelfall nicht mehr erforderlich ist (siehe dazu im Gegensatz den individuellen Befähigungsnachweis gemäß § 19 GewO 1994). § 18 Abs. 1 GewO 1994 spricht wörtlich davon, "durch welche Belege [...] die Zugangsvoraussetzungen zum betreffenden Gewerbe [...] im Hinblick auf die hierfür erforderliche fachliche Befähigung jedenfalls als erfüllt anzusehen sind". Die "erforderliche fachliche Befähigung" stellt damit (neben anderen Kriterien) den entscheidenden Bestimmungsfaktor für den durch Verordnung festzulegenden Ausbildungsweg dar (vgl. *Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher*, GewO Gewerbeordnung<sup>4</sup>, 2020, § 18 Rz 6).

31

3.9.3. Die konkrete Ausgestaltung des vom Gesetzgeber in § 18 GewO 1994 vorgesehenen generellen Befähigungsnachweises ergibt sich für das Gastgewerbe aus der Gastgewerbe-Verordnung in Verbindung mit der Gastgewerbe-Befähigungsprüfungsordnung. In dieser ist detailliert geregelt, welche Kenntnisse für die selbständige Ausübung eines Gastgewerbes erforderlich und daher im Rahmen der Befähigungsprüfung relevant sind. Davon umfasst sind Kenntnisse der Unternehmensführung, wie Kostenrechnung, Kalkulation und Controlling sowie Marketing, Management, Organisation und Kommunikation, aber auch Berufs- und Fachkunde (Lebensmittelkunde, Küchenkunde, Getränkkunde, Servierkunde), Recht (u.a. Gewerberecht, unternehmerische Rechtskunde, Arbeits- und Sozialrecht, Steuer- und Abgabenrecht) sowie Technik und Hygiene (Lebensmittelhygiene, Unfallverhütung, Umweltschutzvorschriften, Logiskunde).

32

3.9.4. Vor diesem Hintergrund erforderte der Nachweis der kaufmännischen und fachlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen in Zusammenhang mit dem Zugang zum Gastgewerbe – wie die oben dargestellte Entstehung der Verordnung

33

zeigt – fortwährend einen fachspezifischen Ausbildungsinhalt sowie eine gewisse Berufserfahrung. An diesem System wurde grundsätzlich auch im Rahmen der GewO-Novelle 2002, BGBl. I 111/2002, deren Ziel die Liberalisierung des Berufszuganges war, ohne dabei das hohe Niveau des Ausbildungsstandes in Österreich zu gefährden (vgl. RV 1117 BlgNR 21. GP, 64), und der Erlassung der Gastgewerbe-Verordnung festgehalten: § 1 Abs. 1 Z 1, Z 3 bis Z 10 Gastgewerbe-Verordnung stellt (nach wie vor) auf einen fachspezifischen Ausbildungsweg ab; einzig der vorläufig in Prüfung gezogene § 1 Abs. 1 Z 2 leg. cit. ermöglicht durch den Abschluss eines Universitätsstudiums oder Master-Universitätslehrganges den Zugang zum Gastgewerbe, ohne dass es dafür eines fachspezifischen Ausbildungsinhaltes bedürfte.

3.9.5. Für den Verfassungsgerichtshof scheint es vorläufig nicht einsichtig, inwiefern der Abschluss eines für das Gastgewerbe nicht facheinschlägigen Universitätsstudiums oder Master-Universitätslehrganges den erforderlichen fachlichen und kaufmännischen Ausbildungsstandard sicherstellen und es rechtfertigen kann, den Zugang zum Gastgewerbe ohne jeglichen Nachweis facheinschlägiger Kenntnisse zu ermöglichen, während ein facheinschlägiger Ausbildungsinhalt in allen anderen Fällen – selbst bei den an sich gleichgestellten Fachhochschulen – gefordert ist. Für ein derartiges undifferenziertes Abstellen auf jegliche Art von Universitätsabschluss bzw. Abschluss eines Master-Universitätslehrganges sieht der Verfassungsgerichtshof vorläufig keine sachliche Rechtfertigung.

34

3.10. Darüber hinaus scheint § 1 Abs. 1 Z 2 Gastgewerbe-Verordnung mangels Sicherstellung des erforderlichen fachlichen und kaufmännischen Befähigungsstandards iSd § 16 Abs. 2 GewO 1994 (vgl. in diesem Sinn auch VfSlg. 13.094/1992) aus vorläufiger Sicht auch nicht der Verordnungsermächtigung in § 18 Abs. 1 GewO 1994 zu entsprechen.

35

#### **IV. Ergebnis**

1. Der Verfassungsgerichtshof hat daher beschlossen, § 1 Abs. 1 Z 2 Gastgewerbe-Verordnung idF BGBl. II 51/2003 von Amts wegen auf seine Gesetzmäßigkeit zu prüfen. 36
2. Ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und die dargelegten Bedenken zutreffen, wird im Verordnungsprüfungsverfahren zu klären sein. 37
3. Dies konnte gemäß § 19 Abs. 4 VfGG ohne mündliche Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung beschlossen werden. 38

Wien, am 5. Dezember 2023

Der Präsident:

DDr. GRABENWARTER

Schriftführerin:

Dr. FELNHOFER-LUKSCH