OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-851063/8/Bm/AK

Datum:
Linz, 24. Oktober 2018

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Mag. Bismaier über die Beschwerde des DI (FH) O S, W, vom 22. Juli 2018 gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Schärding vom 12. Juli 2018, GZ: BHSDGe-2018-376157/3-Pan, betreffend Untersagung der Ausübung des Gewerbes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 26. September 2018

zu Recht e r k a n n t :

I. Die Beschwerde gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Schärding vom 12. Juli 2018, GZ: BHSDGe-2018-376157/3-Pan, wird als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.:

1. Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Schärding (in der Folge: belangte Behörde) vom 12. Juli 2018, GZ: BHSDGe-2018-376157/3-Pan, wurde festgestellt, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung des vom Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) am 10. Juli 2018 im Standort S, G 2, angemeldeten Gewerbes „Qualifizierungs- und Validierungsassistenz“ nicht vorliegen und wurde gleichzeitig die Ausübung des Gewerbes im Grunde der §§ 339 Abs. 2 und 340 Abs. 3 GewO 1994 untersagt.

2. Gegen diesen Bescheid hat der Bf rechtzeitig Beschwerde erhoben und darin im Wesentlichen ausgeführt, der Begriff „Qualifizierungs- und Validierungsassistenz“, insbesondere der Teil „Qualifizierung und Validierung“, sei zusammen zu sehen und würde zusammen eine genormte qualitätsmanagementspezifische Bedeutung haben. Zur Erklärung kann z.B. die AMBO 2009, § 2 Z 18 und Z 22 (Arzneimittelbetriebsordnung) herangezogen werden. Nach Z 18 dieser Betriebsordnung ist Qualifizierung Teil der Validierung und umfasst alle Maßnahmen, mit Hilfe derer nachgewiesen und dokumentiert wird, dass sämtliche die Produktqualität beeinflussenden Räumlichkeiten, Ausrüstungen und Hilfssysteme sachgemäß angelegt oder installiert sind, ordnungsgemäß funktionieren und tatsächlich zu den erwarteten Ergebnissen führen; sie umfasst insbesondere die Designqualifizierung, die Installationsqualifizierung, die Funktionsqualifizierung und die Leistungsqualifizierung. Die Validierung nach Z 22 dieser Betriebsordnung ist ein dokumentierter Nachweis, der ein hohes Maß an Gewissheit erbringt, dass sämtliche die Produktqualität beeinflussenden Prozesse, Methoden und Systeme beständig Ergebnisse hervorbringen, die die im Voraus festgelegten Akzeptanzkriterien erfüllen. Kurz gesagt sei Qualifizierung der dokumentierte Nachweis, dass ein „Ding“ (System) so funktioniert, wie es soll und Validierung der dokumentierte Nachweis, dass ein „Ablauf“ (Prozess) so funktioniert, wie er soll. Qualifizierung und Validierung müssten geplant und nach vorher festgelegten Kriterien abgearbeitet werden.
Der Begriff der Assistenz bedeute „Unterstützung“ und sei in diesem Zusammenhang als alle Tätigkeiten zu sehen, die nicht gestaltend (planend) seien. Des Weiteren sei zu erwähnen, dass die Gewerbeordnung auch Begriffe zulasse, welche für die meisten Personen unbekannt sind, wie Hafner oder Abdecker. Während für den eigenen Betrieb jede Tätigkeit ausgeführt werden könne, ohne das Gewerberecht zu berühren und für manche Betriebe die Durchführung von Qualifizierung und Validierung essenziell sei, um ihre eigenen Leistungen marktgerecht anbieten zu können, so sei doch die Erstellung und fortlaufende Anpassung von Validierungsmasterplänen ein Teil der Erstellung eines Qualitätsmanagementkonzeptes und damit den Unternehmensberatern vorbehalten. Dass die Auslagerung der Erstellung und fortlaufenden Anpassung von Validierungsmasterplänen aus Qualitätsmanagementsicht nicht optimal erscheine und dass z.B. die AMBO 2009 hier

eine Letztverantwortung des Unternehmens fordere, sei erwähnt. Da die Qualifizierung und Validierung Prozesse seien, für welche die Betreiber von Qualitätsmanagementsystemen selber festzulegen haben, welche Tätigkeiten der Qualifizierung und Validierung unterliegen, sei durch die Bezeichnung an sich fürwahr keine engere Festlegung gegeben, was qualifiziert und validiert werden könne und solle. Dies entspreche dem Wesen von Qualifizierung und Validierung. Genauso sei die Vorgangsweise zur Durchführung der Qualifizierung und Validierung vorher festzulegen, woraus sich die Art der notwendigen Unterstützung ergebe. Jede taxative Aufzählung von Tätigkeiten würde das freie Gewerbe ungerechtfertigt einschränken, eine Einschränkung auf nicht planende Tätigkeiten sei durch den Zusatz „Assistenz“ gegeben. Praktisch sei die hauptsächliche Arbeit der Qualifizierungs- und Validierungsassistenz in Sekretariatstätigkeiten zu sehen: das Sammeln und Einfordern von Dokumenten, die Protokollierung von Besprechungsergebnissen, das Scannen, Zusammenstellen und Formatieren von Dokumenten etc. Allerdings seien auch andere Tätigkeiten im Rahmen von Qualifizierungen und Validierungen denkbar, welche übernommen werden könnten, z.B. das Ablesen und Notieren von Messergebnissen, das Abgehen von Rohrleitungen, das Notieren von Teile- und Chargennummern etc. Dass alleine Prozessnamen ein Gewerbe bilden könnten, sei etabliert, vergleiche das freie Gewerbe „Entrostung und Entkalkung“, in welchem weder ersichtlich sei, was entrostet oder entkalkt werden solle, noch wie das Entrosten und Entkalken erfolgen solle. Es könne richtigerweise nicht ausgeschlossen werden, dass ein Assistent in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit von anderen Personen tätig werde, was eine ASVG-Pflichtversicherung nach sich ziehen würde. Es sei allerdings kein Grund für eine Ablehnung einer Gewerbeanmeldung, dies sei bei anderen Gewerben genauso. Darüber hinaus seien keine besonderen Kenntnisse oder Befähigungen für die Ausübung des angemeldeten Gewerbes erforderlich. Die hauptsächlichen Voraussetzungen seien im Lesen und Schreiben zu sehen - um Dokumente lesen und schreiben zu können. Der Qualifizierung und Validierung liege immer ein Validierungsmasterplan zugrunde, in dem die organisatorische Struktur der Validierungsaktivitäten geregelt sei. In diesen Regelungen sei festzulegen, wer was können müsse, um Aktivitäten durchführen zu dürfen. Jedes Qualitätsmanagementsystem sehe äqui valente Prozesse vor und sei somit gewährleistet, dass die Notwendigkeit von besonderen Kenntnissen, Befähigungen etc. vorher geprüft worden sei, diese dokumentiert würde und fallweise diese Dokumentation sogar behördlich geprüft werde. Des Weiteren sei es dem Gewerbetreibenden zuzumuten, dass er sich über zulässige Tätigkeiten informiere und sich gesetzestreu verhalte.

Der Begriff der Qualifizierungs- und Validierungsassistenz sei ein hinreichend definierter Begriff, welcher die ausgeführten Tätigkeiten gegenüber dem potenziellen Kunden des Gewerbetreibenden exakt beschreibe. Dies schon aus der Notwendigkeit heraus, ein Qualitätsmanagementsystem betreiben zu müssen, um Qualifizierung und Validierung überhaupt benötigen zu können. Qualifizierungs- und Validierungsassistenz sei eine Beschreibung von Prozessen, welche durchgeführt

würden, eine taxative Aufzählung aller Möglichkeiten, an was die Prozesse wie angewendet werden könnten, wäre einschränkend; eine natürliche, durch die Bezeichnung fundierte Einschränkung sei die Voraussetzung, dass Kunden über funktionierende Qualitätsmanagementsysteme mit Validierungsmasterplänen verfügen müssen. Qualifizierungs- und Validierungsassistenz könnte für Scheinselbstständigkeit genutzt werden, doch dies betreffe nicht nur das Gewerberecht und gelte auch für andere Gewerbe. Die Notwendigkeit für und Überprüfung von besonderen Kenntnissen sei ebenso kein Ablehnungsgrund - notwendige besondere Kenntnisse würden hauptsächlich durch andere Gesetze geregelt und die Erfordernisse besonderer Kenntnisse stehe einem freien Gewerbe nicht im Weg.

Es werde daher beantragt, den angefochtenen Bescheid zur Gänze aufzuheben und den Antrag vom 10. Juli 2018 zur Anmeldung des freien Gewerbes „Qualifizierungs- und Validierungsassistenz“ zu genehmigen. Eine mündliche Verhandlung wird beantragt.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Schärding hat die Beschwerde gemeinsam mit dem Bezug habenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (in der Folge: LVwG Oö.) zur Entscheidungsfindung vorgelegt.

4. Das LVwG Oö. hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 26. September 2018, an der der Bf teilgenommen hat und gehört wurde.

4.1. Folgender Sachverhalt ist entscheidungswesentlich:

Mit Eingabe vom 10. Juli 2018 wurde vom Bf für den Standort S, G 2/7, das Gewerbe „Qualifizierungs- und Validierungsassistenz“ als freies Gewerbe angemeldet. Dieses Gewerbe scheint in der bundeseinheitlichen Liste der freien Gewerbe nicht auf.
In der mündlichen Verhandlung wurde vom Bf im Wesentlichen das Beschwerdevorbringen wiederholt und ergänzend vorgebracht, dass die Tätigkeit der Qualifizierungs- und Validierungsassistenz überwiegend im pharmazeutischen Bereich angeboten werden soll, jedoch nicht ausschließlich. Denkbar ist jeder andere Bereich.
Die hauptsächlichen Tätigkeiten würden in Sekretariatsarbeit, Koordinierungsarbeit und Durchführung von Kontrollen liegen.
Der Bf hat an der Fachhochschule FH-Campus Wien das FH-Diplom-Studium „Bioengineering“ abgeschlossen.

5. Hierüber hat das LVwG Oö. erwogen:

5.1. Gemäß § 339 Abs. 1 GewO 1994 hat, wer ein Gewerbe ausüben will, die Gewerbeanmeldung bei der Bezirksverwaltungsbehörde des Standortes zu erstatten.

Nach Abs. 2 dieser Bestimmung hat die Anmeldung die genaue Bezeichnung des Gewerbes und des für die Ausübung in Aussicht genommenen Standortes zu enthalten.

Nach § 340 Abs. 1 GewO 1994 hat die Behörde aufgrund der Anmeldung des Gewerbes (§ 339 Abs. 1) zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung des angemeldeten Gewerbes durch den Anmelder in dem betreffenden Standort vorliegen.

Liegen gemäß § 340 Abs. 3 GewO 1994 die im Abs. 1 leg.cit. genannten Voraussetzungen nicht vor, so hat die Behörde - unbeschadet eines Verfahrens nach § 366 Abs. 1 Z 1 - dies mit Bescheid festzustellen und die Ausübung des Gewerbes zu untersagen.

5.2. Der genauen Bezeichnung des Gewerbes kommt für den Berechtigungsumfang eines Gewerbes maßgebende Bedeutung zu (§ 29 erster Satz GewO 1994).

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes wird dem § 339 Abs. 2 GewO 1994 nur dann entsprochen, wenn die gewählte Bezeichnung die Art der beabsichtigten Gewerbeausübung eindeutig erkennen lässt (VwGH 4.9.2002, 2002/04/0115, u.a.). Die bei der Anmeldung eines freien Gewerbes gewählte Bezeichnung des Gewerbes muss daher insbesondere eine eindeutige Abgrenzung gegenüber nicht freien Gewerben und gegenüber solchen Tätigkeiten, die der Gewerbeordnung überhaupt nicht unterliegen, ermöglichen (VwGH 17.12.2003, 2001/04/0158; 23.5.1995, 94/04/0178). Da die Behörde nach § 340 Abs. 1 GewO 1994 bei der Prüfung des Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen einzig und allein von der Anmeldung des Gewerbes auszugehen hat, kommt dem Wortlaut der Gewerbeanmeldung entscheidende Bedeutung zu (VwGH 15.9.2011, 201/04/0033).

Qualifizierungs- und Validierungsassistenz ist ein Fachbegriff, der in den verschiedensten Tätigkeitsbereichen verwendet wird. So kommt der Begriff unter anderem im Apothekenwesen, der Softwarequalitätssicherung oder auch im Pflegebereich zur Anwendung. In den jeweiligen Fachbereichen kommt den Begriffen „Qualifizierung“ und „Validierung“ eine verschiedene Bedeutung zu. Im Pflegebereich z.B. versteht man unter „Validierung“ den Umgang mit Menschen mit Demenz, in der Informatik die Prüfung der Eignung bzw. der Wert einer

Software bezogen auf den Einsatzzweck. Das zeigt, dass sich der Begriffsinhalt nicht eindeutig bestimmen lässt. Vielmehr lässt der Gewerbewortlaut je nach Fachbereich eine Deutung in verschiedene Richtungen zu, weil darunter eine Vielzahl von Leistungen verstanden werden kann, die bereits im Rahmen eines gebundenen Gewerbes erbracht werden oder es sich um Leistungen handelt, die der Gewerbeordnung überhaupt nicht unterliegen. Das Gleiche gilt für den Begriff „Assistenz"; dieser Begriff deutet zwar darauf hin, dass eine Unterstützung oder Mithilfe gegeben sein soll, in welcher Form diese erfolgen soll, lässt sich jedoch nicht erkennen. Aus der vom Bf gewählten Bezeichnung des Gewerbes kann sohin auf die Art der beabsichtigten Tätigkeiten im Hinblick auf die Abgrenzung gegenüber nicht freien Gewerben bzw. gegenüber solchen Tätigkeiten, die der Gewerbeordnung überhaupt nicht unterliegen, nicht geschlossen werden. In diesem Zusammenhang ist anzuführen, dass vom Bf selbst dargetan wurde, dass die Tätigkeit der Qualifizierung und Validierung auch das gebundene Gewerbe der Unternehmensberatung treffen kann. Das heißt, bei der vom Bf angegebenen Qualifizierungs- und Validierungsassistenz sind solche Tätigkeiten denkbar, die auch im Rahmen des reglementierten Gewerbes „Unternehmensberatung" ausgeübt werden und mit dem vom Bf ursprünglich gewählten Gewerbewortlaut gemeint sein können. Auch vor diesem Hintergrund fehlt die von der ständigen Judikatur geforderte Abgrenzbarkeit der gewählten Bezeichnung gegenüber diesem nicht freien Gewerbe.

Da sohin die gesetzlichen Voraussetzungen mangels Erfüllung des Erfordernisses der genauen Bezeichnung des Gewerbes im Sinne des § 339 GewO 1994 für die Ausübung des angemeldeten Gewerbes nicht vorliegen, war die Beschwerde als unbegründet abzuweisen und der angefochtene Bescheid zu bestätigen.

Zu II.:

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.
Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision an den Verwaltungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bismaier