

# TE Vwgh Erkenntnis 1997/2/25 96/04/0107

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.02.1997

## Index

40/01 Verwaltungsverfahren;

50/01 Gewerbeordnung;

## Norm

AVG §37;

AVG §39 Abs2;

AVG §45 Abs2;

AVG §52;

GewO 1994 §28 Abs1 Z2;

## 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 des Ing. G in W, vertreten durch Dr. R, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 20. März 1996, Zl. 317.355/2-III/4/96, betreffend Nachsicht vom Befähigungsnachweis, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 12.800,- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 19. Mai 1994 wurde dem Beschwerdeführer - entsprechend seinem Antrag - die Nachsicht von der Erteilung des Befähigungsnachweises für die Ausübung des Gewerbes "Spengler" (§ 94 Z. 21 GewO 1994), eingeschränkt auf die Montage von Trapezblechen als Dach- und Wandverkleidung gemäß § 28 Abs. 1 Z. 2 GewO 1994 erteilt.

Gegen diesen Bescheid erhob die Landesinnung Wien der Spengler und Kupferschmiede Berufung, in der sie zunächst ausführte, daß eine Einschränkung des Spenglerhandwerks auf die Montage von Trapezblechen als Dach- und Wandverkleidung nicht möglich sei, zumal dies eine derart eingeschränkte Tätigkeit wäre, daß sie wirtschaftlich sinnvoll nicht angeboten werden könne. In "geradezu untrennbarer wirtschaftlicher Einheit" seien mit der Montage von Trapezblechen eine Reihe von Kerntätigkeiten des Spenglerhandwerks verbunden. Dabei handle es sich z.B. um Fensterleibungen, Durchbrüche (z.B. für Gaskonvektoren), Feuermaueranschlüsse, Einfassung für diverse

Abspannungen und Verankerungen (z.B. an Fassaden befestigte Straßenbeleuchtungen, Verkehrsampeln, Stromkabel, etc.); im Dachbereich: Einfassungen von Kaminen, Lüftungen, Ausstiegsfenstern, Brandschutzklappen, Stützen für Rauchfangkehrerstege, Hängerinnen, Einlegerinnen mit Niet- und Lötflächen und dementsprechenden Dehnungsausgleichern und viele andere mehr. Da der eingeschränkte Bereich für sich allein sinnlos wäre, käme es zwangsläufig zu einer Überschreitung des zugestandenen Gewerbeumfangs. Darüber hinaus sei die Ausbildung des Beschwerdeführers (Reifeprüfung an einer HTL, Abteilung Tiefbau) für das Spenglergewerbe nicht einschlägig. Eine ausreichende praktische manuelle Betätigung im Handwerk habe der Beschwerdeführer nicht nachgewiesen, weil er angegeben habe, nur kurze Zeit handwerklich ausführend tätig, im übrigen aber für die Durchführung von Spenglerarbeiten lediglich verantwortlich gewesen zu sein.

Mit Bescheid des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 20. März 1996 wurde der Berufung Folge gegeben, der erstinstanzliche Bescheid behoben und dem Beschwerdeführer die beantragte Nachsicht vom Befähigungsnachweis für die Ausübung des Spenglergewerbes, eingeschränkt auf die Montage von Trapezblechen als Dach- und Wandverkleidung gemäß § 28 Abs. 1 und 3 GewO 1994 verweigert. Hiezu wurde im wesentlichen ausgeführt, der Beschwerdeführer sei den vorgelegten Unterlagen zufolge nach Ablegung der Reifeprüfung an einer HTL - Höhere Abteilung für Tiefbau (welche Ausbildung weder im Sinne des § 18 Abs. 1 Z. 4 noch des § 18 Abs. 3 GewO 1994 als einschlägig angesehen werden könne) vom 20. Februar 1972 bis 28. Februar 1986 bei der Z. & Co Ges.m.b.H. tätig gewesen. Laut Dienstbestätigung dieser Gesellschaft sei der Beschwerdeführer für den Verkauf von Stahlkonstruktionen sowie Trapezblechen für Dach- und Wandverkleidungen verantwortlich gewesen. Im Jahre 1981 sei ihm die Leitung der technischen Abteilung übertragen und Prokura erteilt worden. Außer dem Verkauf sei in dieser Abteilung auch die Kalkulation von Offerten, die Erstellung der Werkstattpläne, die Baustellenmontage sowie die Baustellenabrechnung durchgeführt worden. Der im Berufungsverfahren als Zeuge einvernommene Hans Z. habe hingegen ausgesagt, daß der Beschwerdeführer bei ihm ausschließlich als Verkäufer bzw. in den letzten Jahren als Verkaufsleiter tätig gewesen sei. Der Beschwerdeführer sei auf Baustellen nur fallweise anwesend gewesen, wenn Besprechungen mit den Bauherren angesetzt gewesen seien. Die technische Leitung habe immer der jeweilige Bauleiter gehabt; der Beschwerdeführer sei selbst nie Bauleiter gewesen. Er habe im Betrieb auch nie Montagen durchgeführt.

Im Jahre 1986 habe der Beschwerdeführer - seinen Angaben zufolge - die "P-Ges.m.b.H." gegründet, die sich mit der Planung, Lieferung und Montage von Trapezprofilen für Dach- und Wandverkleidungen im industriellen Hochbau und Wohnhausbau beschäftige. Dieser Betrieb verfüge über eine Gewerbeberechtigung für das Handelsgewerbe, beschränkt auf den Kleinhandel mit Eisen-Stahl-Metallwaren sowie deren Bestandteilen und Zubehörmaterialien. Seit 1989 sei der Beschwerdeführer handelsrechtlicher Geschäftsführer der "F-Ges.m.b.H.", die über eine Gewerbeberechtigung für das Spenglergewerbe verfüge. Gewerbeberechtigter Geschäftsführer sei bis zum Frühjahr 1992 Ing. Johann T. gewesen. Laut Bestätigung der F-Ges.m.b.H. habe der Beschwerdeführer im Jahre 1989 auf diversen Baustellen Montagearbeiten von Trapezblechen als Dach- und Wandverkleidung durchgeführt. Im Rahmen der Einschulung von Monteuren habe er sämtliche handwerklichen Tätigkeiten des Montierens von Trapezblechen ausgeführt. Danach habe er die gesamte Montageorganisation und die Überwachung von Projekten durchgeführt. Der im Berufungsverfahren als Zeuge vernommene Ing. Johann T. habe ausgesagt, daß der Beschwerdeführer neben der kaufmännischen Tätigkeit eineinhalb Jahre mit der Montage von Trapezblechen und in der Folge mit den "diversen anfallenden Spenglerarbeiten" beschäftigt gewesen sei. Durch die Vergrößerung des Betriebes sei der Beschwerdeführer in der Folge hauptsächlich mit kaufmännischen Tätigkeiten des Betriebes betraut gewesen. Über Befragung, inwieweit und in welchem Ausmaß der Beschwerdeführer im Zuge der Montage von Trapezblechen auch Fensterleibungen, Durchbrüche, Einfassungen usw. persönlich ausgeführt habe, habe der Zeuge lediglich ausgesagt, daß der Beschwerdeführer "auf den Baustellen mitgearbeitet habe". Weiters sei im Berufungsverfahren Ing. G. Sch. (der die oben angeführte Bestätigung der F-Ges.m.b.H. unterschrieben habe), als Zeuge einvernommen und befragt worden, welche Spenglerarbeiten der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit der Montage von Trapezblechen persönlich ausgeführt habe. Der Zeuge habe angegeben, daß er bei seinem Eintritt in die P-Ges.m.b.H. im Jahre 1991 nicht mehr habe wahrnehmen können, daß der Beschwerdeführer handwerkliche Tätigkeiten ausgeführt habe. Seinen Feststellungen zufolge habe dieser nur Büroarbeiten und Bauleitungen durchgeführt. Die P-Ges.m.b.H. sei nur die "Handelsfirma" gewesen, die handwerklichen Arbeiten seien von der F-Ges.m.b.H. durch Ing. Johann T. und dessen Monteure durchgeführt worden. Es könne daher auch nur Ing. T. über die handwerklichen Tätigkeiten des Beschwerdeführers Auskunft geben.

In seiner abschließenden Stellungnahme habe der Beschwerdeführer vorgebracht, daß er sämtliche Tätigkeiten des Montierens von Trapezblechen durchgeführt habe. Gleichzeitig habe er "Skizzen von Trapezblechbeispielen" (technische Zeichnungen betreffend Blechverkleidungen) vorgelegt.

Aufgrund dieses Ermittlungsergebnisses könne es in Übereinstimmung mit der Berufungswerberin nicht als erwiesen angenommen werden, daß der Beschwerdeführer über eine hinreichende tatsächliche Befähigung im Sinne des § 28 Abs. 1 Z. 2 GewO 1994 selbst nur hinsichtlich des angestrebten Teilbereiches des Spenglerhandwerks verfüge. Weder den vorgelegten Bestätigungen noch den Zeugenaussagen könne nämlich entnommen werden, daß der Beschwerdeführer im Zuge seiner bisherigen Tätigkeiten die von der Berufungswerberin genannten und bei Verrichtung der in Rede stehenden Arbeiten erforderlichen Kerntätigkeit des Spenglergewerbes, wie sie bei Fensterleibungen, Durchbrüchen, Einfassungen und Feuermaueranschlüssen erforderlich seien, bisher persönlich durchgeführt und damit die entsprechenden Kenntnisse und Fertigkeiten erworben habe. Daran könnten auch die vorgelegten technischen Zeichnungen nichts ändern. Denn erstens gehe daraus nicht hervor, wer diese angefertigt habe, und zweitens könne daraus noch nicht ersehen werden, daß der Planersteller in der Lage sei, die erforderlichen einschlägigen Arbeiten auch praktisch durchzuführen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwohen:

Der Beschwerdeführer erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in dem "sich aus § 28 Abs. 1 Z. 2 lit. a GewO 1994 ergebenden Recht auf Erteilung der Nachsicht beschränkt auf einen Teiltätigkeitsbereich infolge hinreichender tatsächlicher Befähigung und maßgebenden persönlichen Gründen" sowie auf Durchführung eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens verletzt. Er bringt hiezu im wesentlichen vor, er hätte nach der von der Innung der Spengler und Kupferschmiede in ihrer Berufung vertretenen Auffassung den Nachweis über die tatsächliche manuelle praktische Erfahrung für die - oben angeführten - angeblichen Kerntätigkeiten des Spenglergewerbes erbringen müssen. Darauf sei die belangte Behörde aber überhaupt nicht eingegangen; sie habe keinerlei Unterscheidung vorgenommen, ob seine volle Befähigung für den eingeschränkten Bereich der Dach- und Wandverkleidung vorliege oder ob seine hinreichende Befähigung aufgrund seiner jahrelangen beruflichen Erfahrung und Mittätigkeit auf Baustellen, Planung und Montage gegeben sei. Nach Auffassung des Beschwerdeführers widerspreche es den Erfahrungen des täglichen Lebens, daß jemand, der seit 1972 im Bereich des Dach- und Wandverkleidungsverbaues mit Trapezblechen beschäftigt sei und HTL-Ausbildung habe, nicht die entsprechenden Erfahrungen haben solle. Selbst für den (bloßen) Verkauf derartiger Konstruktionen sei es erforderlich, daß man mit den technischen Details vertraut sei und diese auch plane. Auch seien seine Zeichnungen nicht berücksichtigt worden, aus denen ersichtlich sei, daß eine Montage von Trapezblechen ohne Kantprofile wie die von der Spenglerinnung geforderten "Eckabschlußsohlbankverblechungen" nicht möglich seien. Durch die Zeichnungen werde daher bestätigt, daß der Beschwerdeführer Erfahrung in der Montage von Verblechungen etc. habe. Dies hätte auch ein objektiver Sachverständiger bestätigen können. Die belangte Behörde habe aber weder einen objektiven Gutachter bestellt (die Innung sei Partei des Verfahrens), noch ein Gutachten über den hinreichenden Umfang der Befähigung des Beschwerdeführers für das eingeschränkte Gewerbe nach Befragung, gegebenenfalls Prüfung seiner tatsächlichen Kenntnisse eingeholt. Eine derartige Aufklärung wäre der belangten Behörde unabhängig davon obliegen, ob der Beschwerdeführer einen derartigen Sachverständigenbeweis beantragt habe oder nicht. Die belangte Behörde habe daher den maßgeblichen Sachverhalt unzureichend festgestellt.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 2 GewO 1994 ist - von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen abgesehen - die Nachsicht vom vorgeschriebenen Befähigungsnachweis zu erteilen, wenn eine hinreichende tatsächliche Befähigung des Nachsichtswerbers angenommen werden kann, keine Ausschlußgründe gemäß § 13 vorliegen und

a)

dem Nachsichtswerber die Erbringung des vorgeschriebenen Befähigungsnachweises wegen seines Alters, seiner mangelnden Gesundheit oder aus sonstigen, in seiner Person gelegenen wichtigen Gründen nicht zumutbar ist,

oder

b)

wenn besondere örtliche Verhältnisse für die Erteilung der Nachsicht sprechen.

Gemäß § 28 Abs. 3 GewO 1994 kann die Nachsicht auch mit der Beschränkung auf eine Teiltätigkeit des Gewerbes erteilt werden, wenn die Befähigung lediglich in diesem Umfang gegeben ist.

Eine hinreichende tatsächliche Befähigung liegt, wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt dargetan hat (vgl. z. B. das hg. Erkenntnis vom 12. November 1996, Zl. 96/04/0106, und die dort zitierte Vorjudikatur), dann vor, wenn aufgrund der vom Nachsichtswerber beigebrachten Unterlagen bzw. aufgrund des Ergebnisses des über sein Vorbringen bzw. sonst durchgeführten Ermittlungsverfahrens die Annahme gerechtfertigt erscheint, daß er immerhin über so viele Kenntnisse und Erfahrungen verfügt, die als erforderlich erachtet werden, um Leistungen erbringen zu können, welche in der Regel von Inhabern des betreffenden Gewerbes verlangt werden. Nach dem offenkundigen Zweck der Bestimmung muß der Nachsichtswerber jedenfalls auch im Rahmen der nach § 28 Abs. 1 Z. 2 leg. cit. geforderten hinreichenden tatsächlichen Befähigung in der Lage sein, nicht nur die Ausführung der in der Regel im Rahmen des Gewerbes zu erbringenden Leistungen durch andere Personen zu überwachen, sondern sie auch selbst zu verrichten.

Ob eine hinreichende tatsächliche Befähigung des Nachsichtswerbers im Einzelfall vorliegt, wird die Gewerbebehörde, wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen hat (vgl. nochmals das zitierte Erkenntnis vom 12. November 1996), in der Regel erst dann rechtsirrtumsfrei beurteilen können, wenn sie das Ermittlungsverfahren so gestaltet hat, daß sie aufgrund des Ergebnisses dieses Verfahrens in der Lage ist, folgende Fragen zu beantworten:

1)

welche Leistungen im Rahmen des vom Nachsichtswerber angestrebten Gewerbes in der Regel zu erbringen sind,

2)

welche Tätigkeiten beherrscht werden müssen, um solche Leistungen zufriedenstellend zu verrichten,

3)

auf welche Weise der Nachsichtswerber die von ihm behaupteten Kenntnisse und Fähigkeiten erworben hat.

Zur Ermittlung des danach maßgeblichen Sachverhaltes hat die Behörde allenfalls auch einen Sachverständigenbeweis - etwa auch in Gestalt einer informativen Befragung des Nachsichtswerbers durch den Sachverständigen - aufzunehmen. Den Nachsichtswerber trifft dabei eine Mitwirkungspflicht. Es ist aber zuvor Aufgabe der Behörde, ihm mitzuteilen, mit welchen Angaben bzw. welchem Verhalten er seiner Mitwirkungspflicht bei der Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes zu entsprechen hätte. Eine nicht gehörige Mitwirkung unterliegt dann der freien Beweiswürdigung (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 28. Februar 1995, Zl. 94/04/0195).

Demgegenüber hat die belangte Behörde es jedoch unterlassen, in nachvollziehbarer Weise darzulegen, welche Leistungen im Rahmen des vom Beschwerdeführer angestrebten Teilbereiches des Spenglergewerbes in der Regel zu erbringen und welche Tätigkeiten beherrscht werden müssen, um solche Leistungen zufriedenstellend zu verrichten. Soweit sich die belangte Behörde nämlich auf die in der Berufung der Landesinnung angeführten Tätigkeiten des Spenglergewerbes bezieht, verkennt sie, daß die Berufungswerberin bei dieser Aufzählung davon ausging, daß diese Tätigkeiten vom angestrebten Teilbereich des Spenglerhandwerks gerade nicht erfaßt wären, obwohl sie mit der Montage von Trapezblechen "in geradezu untrennbarer wirtschaftlicher Einheit" stünden.

Aber selbst wenn es sich hiebei um jene Tätigkeit handelte, die beherrscht werden müßten, um jene Leistungen zufriedenstellend zu verrichten, die im Rahmen des vom Beschwerdeführer angestrebten Teilbereiches des Spenglerhandwerks in der Regel zu erbringen sind, so läßt das durchgeführte Ermittlungsverfahren den Schluß, der Beschwerdeführer habe die genannten Tätigkeiten nicht persönlich ausgeübt und daher die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten nicht erworben, nicht zu. Der Aussage des Zeugen Ing. T. läßt sich nämlich nur entnehmen, daß der Beschwerdeführer Spenglerarbeiten ausgeführt hat, die vom Zeugen nach Art und Umfang nicht näher präzisiert wurden. Die Zeugenaussage des Ing. S. erweist sich schon deshalb als irrelevant, weil sich die Wahrnehmungen dieses Zeugen auf einen Zeitraum beziehen, in dem der Beschwerdeführer - seinen Angaben zufolge - keine Spenglerarbeiten mehr ausgeführt hat.

Eine Auseinandersetzung mit der vom Beschwerdeführer vorgebrachten und durch die von ihm vorgelegten Unterlagen unterstützten Behauptung, er habe sämtliche Tätigkeiten des Montierens von Trapezblechen durchgeführt

und besitze die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten, hätte es daher erfordert, den Beschwerdeführer unter Inanspruchnahme der ihn treffenden Mitwirkungspflicht zu verhalten, konkret darzulegen, ob und in welchem Ausmaß er die einzelnen zu beherrschenden Tätigkeiten ausgeführt habe. Aufbauend auf entsprechende in nachvollziehbarer Weise gewonnene Feststellungen wäre aber erst - allenfalls auch unter Zuhilfenahme etwa einer informativen Befragung des Beschwerdeführers durch einen Sachverständigen - eine verlässliche Beurteilung möglich gewesen, ob der Beschwerdeführer über jene Kenntnisse und Erfahrungen verfügt, die erforderlich sind, um eine entsprechende tatsächliche Befähigung annehmen zu können.

Indem die belangte Behörde es solcherart unterließ, die für eine abschließende Beurteilung der Kenntnisse und Fähigkeiten des Beschwerdeführers auf dem beantragten Teilbereich des Spenglergewerbes erforderlichen Feststellungen zu treffen, hat sie den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften belastet. Dieser war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG aufzuheben.

Die Entscheidung über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994.

### **Schlagworte**

Gutachten Parteiengehör Teilnahme an Beweisaufnahme Fragerecht Sachverständiger Erfordernis der Beziehung Techniker Gewerbetechner

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

ECLI:AT:VWGH:1997:1996040107.X00

### **Im RIS seit**

07.06.2001

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

© 2024 JUSLINE

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

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