

# TE Vwgh Erkenntnis 1996/1/30 94/04/0169

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.01.1996

## Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
50/01 Gewerbeordnung;

## Norm

AVG §37;  
AVG §56;  
GewO 1973 §25 Abs1 Z1;  
GewO 1973 §339 Abs1;  
GewO 1973 §340 Abs1;  
GewO 1973 §39 Abs1;  
GewO 1973 §39 Abs2 Z3;  
GewO 1973 §39 Abs2;  
GewO 1973 §39 Abs3;  
GewO 1973 §39 Abs6;  
GewO 1973 §9 Abs1;  
VwGG §42 Abs2 Z3 litc;

## 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 der M-G.m.b.H. in S, vertreten durch Dr. M, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Oberösterreich vom 17. Juni 1994, Zl. Ge-212.473/1-1994/Kut/Bla, betreffend Gewerbeanmeldung und Geschäftsführerbestellung, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 4.565,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Die Beschwerdeführerin wurde am 19. Mai 1993 zu FN 31762i im Firmenbuch des Landesgerichtes Salzburg als Gesellschaft mit beschränkter Haftung eingetragen.

Mit einer am 22. Juni 1993 bei der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck eingelangten Eingabe meldete die Beschwerdeführerin "das konzessionierte Gastgewerbe gemäß § 189 GewO 1973 im Standort M, R-Straße in der Betriebsart Hähnchenbraterie gemäß § 193 Abs. 3 GewO 1973" an und erstattete gleichzeitig die Anzeige "über die Bestellung von Herrn R, wohnhaft in F, zum gewerberechtl. Geschäftsführer" für die Ausübung des angemeldeten Gewerbes.

Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 31. März 1994 wurde über das genannte Ansuchen der Beschwerdeführerin wie folgt abgesprochen:

"Es wird festgestellt, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für die mit Wirkung vom 1.7.1993 bei der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck eingelangten Gewerbebeanmeldung der M-G.m.b.H. mit Sitz in S, vertreten durch den handelsrechtlichen Geschäftsführer K M, wh. F, betreffend das Gewerbe "Gastgewerbe gemäß § 149 Z. 7 GewO 1973, eingeschränkt auf Hähnchenbraterie" im Standort M, R-Str. 18-22 nicht vorliegen und wird hiermit die Ausübung des Gewerbes untersagt. Die gleichzeitig erstattete Anzeige der Bestellung des Herrn R in K, Österreicher, wh. F, wird nicht zur Kenntnis genommen.

Rechtsgrundlagen: § 340 Abs. 7 i.V.m. § 15 GewO 1973 sowie

§ 345 Abs. 9 i.V.m. § 39 Abs. 2 und 4 GewO 1973"

Dagegen erhob die Beschwerdeführerin Berufung.

Mit dem im Instanzenzug gemäß § 66 Abs. 4 AVG ergangenen Bescheid des Landeshauptmannes von Oberösterreich vom 17. Juni 1994 wurde diese Berufung "im Grunde der §§ 15 und 39 Abs. 2 und 4 GewO 1994 abgewiesen" und der Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck mit der Maßgabe bestätigt, daß "der im Spruch zitierte § 149 Z. 7 GewO 1973 durch § 143 Z. 7 GewO 1994 ersetzt wird und bei den im Spruch zitierten Bestimmungen der Rechtsgrundlagen anstelle der GewO 1973 die GewO 1994 zu treten habe".

Zur Begründung wurde (im wesentlichen) ausgeführt, für das angemeldete Gewerbe einer "Hähnchenbraterie" sei eine Betriebsanlagengenehmigung (nach den §§ 74 und 77 GewO 1994) erforderlich. Der für die Ausübung des angemeldeten Gewerbes vorgesehene Geschäftsführer R erfülle nicht die im § 39 Abs. 2 GewO 1994 geforderten Voraussetzungen, da er bei der Fleischerei L in F hauptberuflich angestellt sei und demnach nicht in der Lage sein könne, sich im Betrieb der Gewerbebeanmelderin entsprechend zu betätigen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig als unbegründet abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwohnen:

Die Beschwerdeführerin erachtet sich in den von ihr angenommenen Rechten "auf Anmeldung des freien Gewerbes der Hähnchenbraterie gemäß §§ 5 und 143 Z. 7 der Gewerbeordnung 1994 sowie auf Bestellung eines gewerberechtl. Geschäftsführers gemäß § 39 der Gewerbeordnung 1994, auf nachträgliche Einholung der Betriebsanlagenbewilligung gemäß § 15 Gewerbeordnung, auf Amtswegigkeit des Ermittlungsverfahrens gemäß § 39 AVG und auf Erforschung der materiellen Wahrheit gemäß § 37 AVG" verletzt.

In Ausführung des so formulierten Beschwerdepunktes bringt die Beschwerdeführerin hinsichtlich der Person des (als gewerberechtl. Geschäftsführer vorgesehenen) R vor, der Genannte habe seine berufliche Qualifikation (durch Vorlage seines Zeugnisses über die erfolgreich abgelegte Konzessionsprüfung für das Gastgewerbe) im Verfahren nachgewiesen. Da die Verabreichung von gegrilltem und gebratenem Fleisch sowie gegrilltem Geflügel nicht als gebundenes Gewerbe eingestuft werde, seien nur die Erfordernisse des "§ 39 Abs. 2 erster Satz" vorgeschrieben. Der vorgesehene gewerberechtl. Geschäftsführer habe seinen Wohnsitz im Inland und sei auch in der Lage, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen. Die Fleischerei L sei mit der Betätigung des R im Betrieb der Beschwerdeführerin einverstanden. Neben seiner Tätigkeit in dieser Fleischerei bleibe dem Genannten genügend Zeit sich im Betrieb der Beschwerdeführerin zu betätigen, "da die Woche bekanntlich 168 Stunden hat und Herr R nur in der 40-stündigen Normalarbeitszeit bei L beschäftigt ist". Die Ausführungen im angefochtenen Bescheid über die Betätigungsmöglichkeit im Betrieb der Beschwerdeführerin seien "hinfällig", weil Herr R nicht gezwungen werden könne, lediglich 40 Stunden wöchentlich zu arbeiten. Die belangte Behörde habe es unterlassen, die

Betätigungsmöglichkeit des Herrn R durch entsprechende Ermittlungen (von Amts wegen) zu überprüfen. Hätte die belangte Behörde den Genannten einvernommen, wäre sie zu dem Ergebnis gelangt, daß es Herrn R sehr wohl möglich sei, sich im Betrieb der Beschwerdeführerin entsprechend zu betätigen.

Mit ihren weiteren Beschwerdeausführungen wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die Annahme der belangten Behörde, die angemeldete gewerbliche Tätigkeit (Hähnchenbraterei) habe der Erteilung einer Genehmigung der Betriebsanlage bedurft.

Dieses Vorbringen ist nicht geeignet, die Beschwerde zum Erfolg zu führen.

Die Beschwerdeführerin ist eine gemäß § 2 Abs. 1 GmbHG mit Eintragung in das Firmenbuch bestehende juristische Person. Gemäß § 9 Abs. 1 GewO 1994 können (soweit für den Beschwerdefall relevant) unter anderem auch juristische Personen Gewerbe ausüben, müssen jedoch einen Geschäftsführer oder Pächter (§§ 39 und 40) bestellt haben.

Das (mit Eingabe vom 9. Juni 1993) von der Beschwerdeführerin bei der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck am 22. Juni 1993 angemeldete Gastgewerbe war nach der im Zeitpunkt dieser Anmeldung (noch) geltenden Rechtslage gemäß § 189 GewO 1973 in der Fassung vor der Gewerberechtsnovelle 1992 ein konzessioniertes Gewerbe. Mit Inkrafttreten der genannten Gewerberechtsnovelle 1992 (BGBl. Nr. 29/1993) am 1. Juli 1993 wurde das Gastgewerbe gemäß § 126 Z. 11 leg. cit. in die Gruppe der nicht bewilligungspflichtigen gebundenen Gewerbe eingestuft. Die Übergangsbestimmungen der Gewerberechtsnovelle 1992 sehen zufolge § 379 Abs. 2 vor, daß die Vorschriften dieses Bundesgesetzes auf die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes noch nicht abgeschlossenen Verfahren (dies trifft auf den Beschwerdefall eindeutig zu) anzuwenden sind. Nach Abs. 3 der genannten Gesetzesstelle gelten (soweit für den Beschwerdefall relevant) unter anderem anhängige Ansuchen um die Erteilung einer Konzession für ein Gewerbe, das neu in die Gruppe der nicht bewilligungspflichtigen gebundenen Gewerbe eingestuft wurde, mit dem Inkrafttreten der Neueinstufung als bei der Bezirksverwaltungsbehörde des Standortes erstattete Gewerbeanmeldungen. Des weiteren gelten gemäß Abs. 4 leg. cit. (soweit für den Beschwerdefall relevant) anhängige Ansuchen um Genehmigung der Bestellung eines Geschäftsführers, sofern sie Gewerbe betreffen, die neu in die Gruppe der nicht bewilligungspflichtigen gebundenen Gewerbe eingestuft werden, mit dem Inkrafttreten der Neueinstufung als bei der jeweils zuständigen Behörde erstattete Anzeigen.

Für den Beschwerdefall bedeutet dies, daß die am 22. Juni 1993 bei der Gewerbebehörde erster Instanz (damals als Ansuchen um Genehmigung der Bestellung eines Geschäftsführers für ein konzessioniertes Gewerbe) eingelangte "Anzeige gemäß § 345 Abs. 8 Z. 1 in Verbindung mit § 39 Abs. 4 der GewO 1973" zufolge der genannten Übergangsbestimmung (des § 379 Abs. 4) als am 1. Juli 1993 erstattete Anzeige im Sinn des § 345 Abs. 2 GewO 1973 in der Fassung der Gewerberechtsnovelle 1992 von Gesetzes wegen zu gelten hat.

Der demnach in Betracht zu ziehende § 39 Abs. 2 in der Fassung der Gewerberechtsnovelle 1992 hat folgenden Wortlaut:

"(2) Der Geschäftsführer muß den für die Ausübung des Gewerbes vorgeschriebenen persönlichen Voraussetzungen entsprechen, seinen Wohnsitz im Inland haben und in der Lage sein, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen. Handelt es sich um ein Gewerbe, für das die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben ist, so muß der gemäß § 9 Abs. 1 zu bestellende Geschäftsführer einer juristischen Person außerdem

1. dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der juristischen Person angehören, oder
2. ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer sein.

Der gemäß Abs. 1 für die Ausübung eines Gewerbes, für das die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben ist, zu bestellende Geschäftsführer eines Gewerbeinhabers, der keinen Wohnsitz im Inland hat, muß ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer sein. Die bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 29/1993 geltenden Bestimmungen des § 39 Abs. 2 gelten für Personen, die am 1. Juli 1993 als Geschäftsführer bestellt sind, bis zum Ablauf des 31. Dezember 1998 weiter."

Da R am 1. Juli 1993 als (gewerberechtlicher) Geschäftsführer der Beschwerdeführerin noch nicht bestellt war, ist die vorerwähnte Übergangsbestimmung (§ 39 Abs. 2 letzter Satz) im Beschwerdefall nicht anzuwenden (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 28. Juni 1994, Zl. 93/04/0246).

Unter Bedachtnahme auf § 379 Abs. 3 leg. cit. und im Hinblick auf den konstitutiven Charakter einer Gewerbebeanmeldung hatte die Behörde im Beschwerdefall bei der Prüfung der Gesetzmäßigkeit der (von der Beschwerdeführerin erstatteten) Gewerbebeanmeldung gleichfalls auf die Sach- und Rechtslage des Zeitpunktes über das Inkrafttreten der Gewerberechtsnovelle 1992, mithin auf den 1. Juli 1993, abzustellen. Im Anwendungsbereich des § 9 Abs. 1 müssen die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen im Sinn des § 340 Abs. 1 GewO 1973 (in der Fassung der Gewerbechtsnovelle 1992) auch in Ansehung des für die Ausübung des Gewerbes vorgesehenen Geschäftsführers in diesem Zeitpunkt gegeben sein (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 6. November 1995, Zl. 94/04/0057).

Vor dem Hintergrund dieser Rechtslage ist im Beschwerdefall strittig, ob der als gewerberechtlicher Geschäftsführer vorgesehene R das Tatbestandsmerkmal der "entsprechenden Betätigung" zu erfüllen vermag.

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt dargelegt hat, ist bei Auslegung des unbestimmten Gesetzesbegriffes der "entsprechenden" Betätigungsmöglichkeit eines Geschäftsführers im Sinn des § 39 Abs. 2 GewO 1973 in erster Linie auf die Bestimmungen des Abs. 1 und 6 leg. cit. Bedacht zu nehmen, aus denen hervorgeht, daß der bestellte gewerbliche Geschäftsführer der Behörde gegenüber anstelle des Gewerbeinhabers für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich ist, woraus sich aber im Zusammenhang mit der Art der von dem jeweils in Betracht kommenden Gewerbe umfaßten Tätigkeit auch das Ausmaß des erforderlichen Betätigungsumfanges des Geschäftsführers ergibt. Eine entsprechende Betätigung kann danach nur angenommen werden, wenn durch sie eine gesetzmäßige Gewerbeausübung sichergestellt und somit unter Bedachtnahme auf die im Einzelfall in Betracht zu ziehende gewerberechtliche Betätigung die bloße Scheinerfüllung dieses Erfordernisses ausgeschlossen wird. Es muß sohin unter Bedachtnahme auf die Art oder auf den Umfang des Gewerbebetriebes und auf die Lebensumstände des Geschäftsführers die Beurteilung gerechtfertigt sein, daß der Geschäftsführer zu einer derartigen Betätigung in der Lage ist (vgl. dazu die hg. Erkenntnisse vom 2. Februar 1977, Slg. NF. Nr. 9240/A, vom 5. November 1985, Zl. 85/04/0039, vom 22. November 1988, Zl. 86/04/0107, vom 27. Juni 1989, Zl. 87/04/0192, vom 25. Juni 1991, Zl. 91/04/0051, vom 25. Februar 1992, Zl. 91/04/0264, vom 6. November 1995, Zl. 94/04/0057, und vom 19. Dezember 1995, Zl. 95/04/0229).

Ausgehend davon sowie von der in dieser Hinsicht von der Beschwerdeführerin nicht bestrittenen Vollbeschäftigung (40 Wochenstunden) des R in der Fleischerei L ist auch unter Berücksichtigung allgemeiner Erfahrungsgrundsätze der belangten Behörde eine Rechtswidrigkeit nicht anzulasten, wenn sie zu der Annahme gelangte, daß eine nach Art des angemeldeten Gewerbes entsprechende Betätigungsmöglichkeit des vorgesehenen Geschäftsführers am Standort der beabsichtigten Gewerbeausübung nicht gegeben sei.

Die Beschwerdeführerin hat es - obgleich ihr mit Schreiben der Erstbehörde vom 21. Februar 1994 insoweit Gelegenheit zur Stellungnahme geboten worden war - in diesem Zusammenhang Verwaltungsverfahren unterlassen, konkret vorzubringen, welche Möglichkeiten einer "entsprechenden" betrieblichen Tätigkeit der als Geschäftsführer bei Ausübung des angemeldeten Gewerbes vorgesehene R haben werde, wozu sie jedoch im Hinblick auf ihre Verpflichtung zur Mitwirkung an der Ermittlung des maßgeblichen Sachverhaltes verhalten gewesen wäre (vgl. dazu die hg. Erkenntnisse vom 25. Juni 1991, Zl. 91/04/0051, und vom 6. November 1995, Zl. 94/04/0057). Die Beschwerdeausführungen, die belangte Behörde hätte darüber entsprechende Ermittlungen (von Amts wegen) anstellen müssen, vermögen im Hinblick auf die der Beschwerdeführerin anzulastende Unterlassung eines etwa in Hinblick auf eine für den vorgesehenen Geschäftsführer gegebene zeitliche Disponierbarkeit in Ansehung seiner festgestellten "Vollbeschäftigung" in der Fleischerei entsprechend konkretisierten Vorbringens soweit auch einen entscheidungsrelevanten Verfahrensmangel nicht aufzuzeigen.

Auf die Frage, ob die Ausübung des angemeldeten Gewerbes (bzw. die angemeldete gewerbliche Tätigkeit einer Hähnchenbraterei) des weiteren auch deshalb zu untersagen gewesen wäre, weil eine dafür etwa erforderliche Genehmigung der Betriebsanlage gefehlt habe, braucht nicht mehr eingegangen zu werden, weil die belangte Behörde zufolge der im Zeitpunkt der Bescheiderlassung anzuwendenden (verfahrensrechtlichen) Bestimmung des § 340 Abs. 7 GewO 1994 schon im Hinblick auf die den gesetzlichen Voraussetzungen nicht entsprechende Geschäftsführerbestellung in nicht als rechtswidrig zu erkennender Weise die Ausübung des (von einer juristischen Person) angemeldeten Gewerbes mit Bescheid zu untersagen hatte.

Die Beschwerde erweist sich somit insgesamt als unbegründet. Sie war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994.

**Schlagworte**

Maßgebende Rechtslage maßgebender Sachverhalt Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1996:1994040169.X00

**Im RIS seit**

20.11.2000

**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)