

# TE Vwgh Erkenntnis 1994/12/20 93/04/0148

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 20.12.1994

## Index

50/01 Gewerbeordnung;

### Norm

GewO 1973 §173 Abs1 Z5 idF 1988/399;

GewO 1973 §25 Abs1;

GewO 1973 §25 Abs4;

### Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Griesmacher und die Hofräte DDr. Jakusch, Dr. Gruber, Dr. Pallitsch und Dr. Stöberl als Richter, im Beisein des Schriftführers Oberkommissär MMag. Dr. Balthasar, über die Beschwerde des M in Linz, vertreten durch Dr. B, Rechtsanwalt in Linz, gegen den Bescheid des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 3. Juni 1993, Zl. 315.546/2-III/5a/92, betreffend Konzessionerteilung, 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 Eingabe vom 14. Jänner 1992 beantragte der Beschwerdeführer - unter gleichzeitiger Zurückziehung seines Ansuchens vom 4. August 1988, präzisiert mit Schriftsatz vom 16. August 1990, um Erteilung einer Konzession zur Ausübung des Rauchfangkehrergewerbes im Kehrgebiet der Firma F-Ges.m.b.H. - die Erteilung der Konzession zur Ausübung des Rauchfangkehrergewerbes im Kehrgebiet "Urfahr" gemäß der Verordnung vom 20. Dezember 1991, LGBI. Nr. 144/1991. Hiezu brachte der Beschwerdeführer vor, im Kehrgebiet Urfahr sei ein Bedarf nach einem weiteren Rauchfangkehrermeister gegeben, da die Betreuung dieses Kehrgebietes durch zwei Kehrmeister - im Vergleich zu dem im Kehrgebiet Linz - eine eindeutige Unterbesetzung darstelle. Die Umgebungsgemeinden von Urfahr, insbesondere Ottensheim und Gallneukirchen hätten in den letzten Jahren eine sehr umfangreiche Bautätigkeit aufgewiesen.

Mit Bescheid vom 3. Juni 1993 gab der infolge Devolutionsantrages des Beschwerdeführers gemäß § 73 Abs. 2 AVG zuständig gewordene Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten dem Ansuchen des Beschwerdeführers keine Folge und verweigerte "M gemäß § 25 Abs. 2 GewO 1973 i.V.m. § 173 Abs. 1 Z. 5 GewO 1973 die Konzession für das Rauchfangkehrergewerbe für das Kehrgebiet Urfahr im Standort Linz". In der Begründung führte der

Bundesminister hiezu aus, nach der Verordnung des Landeshauptmannes von Oberösterreich vom 20. Dezember 1991, LGBl. Nr. 144, mit der die gebietsweise Abgrenzung für die Ausübung des Rauchfangkehrergewerbes in Oberösterreich verfügt worden sei, umfasse das Kehrgebiet Urfahr den politischen Bezirk Urfahr-Umgebung mit allen bezirksangehörigen Gemeinden sowie das Stadtgebiet Linz nördlich der Donau. In diesem Kehrgebiet würden derzeit von neun - im Bescheid näher angeführten - Gewerbetreibenden an zehn Standorten Leistungen des Rauchfangkehrergewerbs angeboten. Von den im Zuge des Ermittlungsverfahrens gehörten 27 Gemeinden hätten lediglich drei vorgebracht, daß von der Bevölkerung "Beschwerden über die Leistungen von Rauchfangkehrerbetrieben" erstattet worden seien. Die Gemeinde Walding habe bekanntgegeben, daß beim Gemeindeamt ständig Einwände und Beschwerden über den in Ottensheim etablierten Rauchfangkehrer vorgebracht würden. In der Bevölkerung der Gemeinde St. Gotthard im Mühlkreis herrsche - nach Mitteilung des Gemeindeamtes - Unzufriedenheit bei der Erlangung von Rauchfangkehrerbefunden. In der Gemeinde Goldwörth komme es nach Mitteilung des Bürgermeisters "doch zu diversen Problemen und Unzulänglichkeiten mit dem zuständigen Rauchfangkehrermeister und würde sich daher eine zusätzliche Konzession zweifelsohne im Interesse der Konsumenten und der Wettbewerbsfreiheit positiv auswirken." Der Marktgemeinde Ottensheim sei zwar nicht bekannt, daß die Nachfrage nach Leistungen des Rauchfangkehrergewerbes durch den ortsansässigen Gewerbetrieb nicht entsprechend befriedigt habe werden können, sie vertrete jedoch die Auffassung, daß ein Bedarf an einer weiteren Konzession für das Rauchfangkehrergewerbe in der Marktgemeinde Ottensheim gegeben sei. Das Baurechtsamt der Stadt Linz habe bekannt gegeben, daß im Kehrbezirk Urfahr keine Beanstandungen über Leistungen von Rauchfangkehrerbetrieben bekannt geworden seien. Der Bevölkerung stehe im neuen Kehrgebiet Urfahr, in welchem an zehn Standorten Leistungen des Rauchfangkehrergewerbes angeboten würden, zweifelsohne eine große Auswahl von einschlägigen Betrieben zur Verfügung, sodaß bei Unzufriedenheit mit dem bisher beschäftigten Rauchfangkehrer ohne Schwierigkeiten jederzeit ein anderer Rauchfangkehrer mit den für das diesbezügliche Gewerbe einschlägigen Tätigkeiten beauftragt werden könne. § 176a GewO 1973 sehe für den Fall des Wechsels des für ein Kehrobject beauftragten Rauchfangkehrers vor, daß der bisher beauftragte Rauchfangkehrer unverzüglich einen schriftlichen Bericht über die zuletzt erfolgte Kehrung und über den Zustand des Kehrobjectes an den für die Zukunft beauftragten Rauchfangkehrer, an die Gemeinde und an den Inhaber des Kehrobjectes zu übermitteln habe. Allein auf Grund einzelner Beschwerden gegen einen bestimmten Rauchfangkehrerbetrieb sei somit nicht die Annahme zulässig, daß ein Bedarf nach der beabsichtigten Gewerbeausübung und zur Etablierung eines elften Rauchfangkehrerbetriebes im Kehrgebiet Urfahr bestehe. Der Bedarf nach den Leistungen eines Rauchfangkehrers müsse in dem objektiv gegebenen Verhältnis von Angebot und Nachfrage seinen Ausdruck finden. Auf die besonderen Wünsche einzelner Personen sei daher bei der Bedarfsprüfung nicht Bedacht zu nehmen. Auch der Beschwerdeführer vermöge nicht konkret anzugeben, aus welchen Tatsachen er einen Bedarf für einen weiteren Rauchfangkehrerbetrieb im Kehrgebiet Urfahr ableite. Der Hinweis auf vermehrte Bautätigkeit verfange jedenfalls nicht, zumal allein die im März 1991 erlassene Neukehrordnung für Oberösterreich eine Halbierung der Aufgaben des Rauchfangkehrergewerbes mit sich bringe. Darüber hinaus ergebe sich durch den weiteren Ausbau der Fernwärme eine Reduzierung der Tätigkeiten der Rauchfangkehrer. Auch die Umstellung auf Erdgasheizungen schreite ständig fort. Die geringe Inanspruchnahme der bestehenden Rauchfangkehrerbetriebe sei auch aus der geringen Anzahl der im jeweiligen Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer ersichtlich. In den bestehenden zehn Betrieben seien neben sechs Rauchfangkehrermeistern lediglich 14 Gesellen und zwei Gehilfen tätig. Hiezu sei anzumerken, daß nach der Gewerbeordnung 1973 (vgl. § 176 Abs. 1) jeder Rauchfangkehrerbetrieb mindestens zwei hauptberuflich tätigen Arbeitnehmern Beschäftigung bieten solle. Nicht einmal diese geringe Betriebsgröße werde von den im Kehrgebiet Urfahr tätigen Rauchfangkehrerbetrieben durchschnittlich erreicht. Da weder derzeit ein Bedarf nach der beabsichtigten Gewerbeausübung bestehe - die Nachfrage nach Leistungen des Rauchfangkehrergewerbes im gegenständlichen Kehrgebiet könne nämlich gedeckt werden -, noch in nächster Zukunft ein Bedarf zu erwarten sei, sei die angestrebte Konzession zu verweigern gewesen.

Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Beschwerdeführer erachtet sich seinem gesamten Vorbringen zufolge in dem Recht auf Bewilligung des

beantragten konzessionierten Gewerbes verletzt. In Ausführung des so zu verstehenden Beschwerdepunktes trägt der Beschwerdeführer unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften vor, für die Beurteilung der Bedarfsfrage komme es im gegenständlichen Fall keinesfalls allein darauf an, wieviele Gewerbetreibende im Kehrgebiet tätig seien, inwieweit es Beschwerden über die Leistung von Rauchfangkehrerbetrieben gebe bzw. wieviele Mitarbeiter die einzelnen Rauchfangkehrerbetriebe beschäftigten.

Entscheidungsgrundlage sei vielmehr die konkrete Versorgungssituation des betreffenden Gebietes. Dabei sei die Behörde verpflichtet, exakte Erhebungen durchzuführen, wobei insbesondere eine genaue Erhebung der im Kehrgebiet konkret zu bearbeitenden Kehrobjecte - allenfalls auch unter Befragung der im fraglichen Gebiet ansässigen Feuerwehren - vorzunehmen sei. Diesen strengen Kriterien hinsichtlich der Beurteilung der Bedarfssituation habe die belangte Behörde jedenfalls nicht entsprochen und erweise sich daher der angefochtene Bescheid schon aus diesem Grunde als gesetzwidrig. Auch habe die belangte Behörde die entscheidungswesentlichen Bedarfskriterien, etwa die konkrete topographische Situation sowie die im Kehrgebiet vorhandene Bautätigkeit, bei ihrer Entscheidung völlig unberücksichtigt gelassen. Die Rechtswidrigkeit der Vorgangsweise der belangten Behörde ergebe sich aber auch daraus, daß sie zwar das Vorliegen eines Bedarfs verneine, aber nicht dazu Stellung nehme, weshalb trotz angeblich fehlenden Bedarfs gerade im Kehrgebiet Linz-Urfahr per Jänner 1993 eine weitere Konzessionsvergabe erfolgt sei, somit in diesem Fall entweder - in gesetzwidriger Weise - keine Bedarfsprüfung vorgenommen oder der Bedarf bejaht worden sei. Der Hinweis der belangten Behörde auf die geänderte Kehrodnung sei deshalb nicht stichhäftig, da nicht alle Arbeiten eines Rauchfangkehrermeisters der Kehrodnung unterliegen. Ein großer Teil der Tätigkeit der Rauchfangkehrer unterliege nicht der Kehrodnung (z.B. die Durchführung von Befundungen, die Vornahme von Serviceleistungen etc.). Allein aus der neuen Kehrodnung könne daher ein mangelnder Bedarf nicht abgeleitet werden. Die belangte Behörde habe ihre Entscheidung getroffen, ohne dem Beschwerdeführer die Beweisergebnisse zur Kenntnis zu bringen und ihm Gelegenheit zu geben, hiezu innerhalb angemessener Frist Stellung zu nehmen. Die Ermittlungsergebnisse ergäben sich für den Beschwerdeführer aus der Begründung des angefochtenen Bescheides, insbesondere die Erhebungen zu den im Kehrgebiet ansässigen Gewerbetreibenden, zu den Stellungnahmen der einzelnen Gemeinden, zur Fernwärmesituation etc. Damit sei zweifellos das Recht des Beschwerdeführers auf Wahrung des Parteiengehörs im Sinne des § 45 AVG verletzt worden. Dies sei deshalb entscheidungsrelevant, da der Beschwerdeführer bei Wahrung des Parteiengehörs insbesondere auf folgende Gesichtspunkte hätte hinweisen können: Trotz Verneinung des Bedarfs im angefochtenen Bescheid sei es per Jänner 1993 zu einer Konzessionerteilung an die Firma Eckerstorfer gekommen, dies werde von der belangten Behörde völlig ignoriert. Eine Bedarfsprüfung, welche ausschließlich auf die Anzahl der Mitarbeiter der einzelnen Rauchfangkehrerbetriebe abstelle, entspreche nicht dem Gesetz. Tatsache sei, daß in einigen Betrieben zum Teil zu wenige Mitarbeiter beschäftigt seien und weitere gesucht würden. Einige Betriebe könnten mangels qualifizierter Mitarbeiter nicht einmal ihren gesetzlichen Aufgaben nachkommen, was schließlich auch dazu führe, daß Feuerpolizeibehörden ihrer gesetzlich verankerten Prüfung nicht nachkommen könnten. Nicht sämtliche Tätigkeiten des Rauchfangkehrers unterliegen der Kehrodnung (etwa Befundungen, Serviceleistungen etc.). Auf die topographischen Verhältnisse sei keinerlei Rücksicht genommen worden; so wünsche etwa die Gemeinde Ottensheim eine "weitere Rauchfangkehrerkonzession". Im übrigen sei auch auf die rege Bautätigkeit gerade im Bezirk Urfahr-Umgebung im angefochtenen Bescheid in keiner Weise Bezug genommen worden. Fernwärme gebe es nur im Linzer Stadtteil Urfahr, keinesfalls aber auch in den sonstigen Gemeinden, die zu dem genannten Kehrgebiet gehörten. Der Hinweis im angefochtenen Bescheid, es bestünde die Möglichkeit des Rauchfangkehrerwechsels, lasse die Kostenseite und die weiten Fahrwege im Bezirk Urfahr weitestgehend unberücksichtigt. Auf die Besonderheit von Stadtrandgemeinden, welche durch besonders rege Bautätigkeit mit Errichtung von Einfamilienhäusern mit eigenen Feuerstätten und damit eigenem Kehrobject gekennzeichnet seien, werde überhaupt nicht Bedacht genommen. Die belangte Behörde hätte genauere Ermittlungen über die vorhandenen Kehrobjecte, insbesonders durch Befragung der im Bezirk ansässigen Feuerwehren, und die Bautätigkeit im Bezirk durchführen müssen. Weiters hätte die belangte Behörde bei jenen Gemeinden, die einen Bedarf nach einem neuen Rauchfangkehrer angemeldet und Unzulänglichkeiten geltend gemacht hätten, konkret überprüfen müssen, ob es sich tatsächlich um bloße "Wunschvorstellungen" einzelner Personen handle, oder ob dem doch grundlegende Struktur- und

Versorgungsprobleme zugrunde liegen, die einen weiteren Bedarf rechtfertigen würden. Schließlich hätte die belangte Behörde Erwägungen dahingehend anstellen müssen, ob die Feuerpolizeibehörden ihren Aufgaben nachkämen. Auch Erhebungen hinsichtlich der Mitarbeiter der einzelnen Rauchfangkehrerbetriebe hätten erfolgen müssen.

Gemäß § 25 Abs. 1 GewO 1973 in der hier anzuwendenden Fassung vor der Gewerberechtsnovelle 1992, BGBI. Nr. 29/1993, ist eine Bewilligung (Konzession) für ein konzessioniertes Gewerbe (§ 5 Z. 2) zu erteilen, wenn

1.

bei Erfüllung der allgemeinen Voraussetzungen für die Ausübung von Gewerben (§§ 8 bis 15) keine Tatsachen vorliegen, die es zweifelhaft machen, ob der Bewerber, oder, falls sich eine juristische Person oder Personengesellschaft des Handelsrechtes um die Konzessin bewirbt, eine der im § 13 Abs. 7 genannten Personen die für die Ausübung des Gewerbes erforderliche Zuverlässigkeit besitzt, und

2.

die hinsichtlich der Ausübung des betreffenden konzessionierten Gewerbes allenfalls vorgeschriebenen besonderen Voraussetzungen erfüllt sind.

Gemäß Abs. 4 dieser Gesetzesstelle ist, sofern die Erteilung der Konzession vom Bedarf nach der beabsichtigten Gewerbeausübung abhängig ist, bei einer Feststellung vom gegenwärtigen und dem zu erwartenden Bedarf auszugehen.

Gemäß § 173 Abs. 1 leg. cit. darf die Erteilung der Konzession für das Rauchfangkehrergewerbe nur an natürliche Personen oder Personengesellschaften des Handelsrechtes, deren persönlich haftender Gesellschafter natürliche Personen sind, erfolgen und erfordert neben der Erfüllung der im § 25 Abs. 1 Z. 1 angeführten Voraussetzungen ....

Z. 5 das Vorliegen eines Bedarfes (§ 25 Abs. 4) nach der beabsichtigten Gewerbeausübung.

Bei der Beurteilung des Vorliegens eines Bedarfes nach einer Konzession für das Rauchfangkehrergewerbe kommt es insbesondere darauf an, ob alle aus feuerpolizeilichen Gründen erforderlichen Arbeiten ordnungsgemäß vorgenommen werden und deren zufriedenstellende Verrichtung unter Bedachtnahme auf die künftige Entwicklung auch in Hinkunft angenommen werden kann (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. Juni 1977, Slg. N.F. Nr. 9344/A, nur Rechtssatz). Ob alle erforderlichen Arbeiten der vordargestellten Art von den Konzessionsinhabern im gegenständlichen Kehrbezirk tatsächlich zufriedenstellend verrichtet werden, kann derzeit schon deshalb nicht abschließend beurteilt werden, weil die belangte Behörde keine Feststellungen darüber getroffen hat, ob die von einzelnen Gemeinden des Kehrbezirkes mitgeteilten "Probleme und Unzulänglichkeiten" erforderliche Arbeiten im oben aufgezeigten Sinn betreffen, welche von den im Kehrbezirk das Rauchfangkehrergewerbe zulässigerweise ausübenden Konzessionsinhabern verrichtet werden können. Der Hinweis in der Begründung des angefochtenen Bescheides, der Bevölkerung in diesem Kehrgebiet stünde zweifellos eine große Auswahl von einschlägigen Betrieben zur Verfügung, welche beauftragt werden könnten, vermag solche Feststellungen nicht zu ersetzen.

Nach § 37 AVG ist Zweck des Ermittlungsverfahrens, den für die Erledigung einer Verwaltungssache maßgebenden Sachverhalt festzustellen, um den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen zu geben.

Nach § 45 Abs. 3 AVG ist den Parteien Gelegenheit zu geben, vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis und dazu Stellung zu nehmen.

Dem Vorbringen des Beschwerdeführers zufolge und von der Aktenlage gedeckt, wurden dem Beschwerdeführer im Zuge des von der belangten Behörde durchgeführten Verwaltungsverfahrens die Ermittlungsergebnisse nicht zur Kenntnis gebracht. In der Beschwerde werden hinreichend Gründe dargelegt, auf Grund welcher nicht ausgeschlossen werden kann, daß die Behörde bei Einhaltung der Verfahrensvorschrift des § 45 Abs. 3 AVG auf Grund einer Stellungnahme des Beschwerdeführers zu einem anderen Verfahrensergebnis gekommen wäre. Diese Darlegungen müssen als ausreichend angesehen werden, die Wesentlichkeit des Verfahrensmangels darzutun.

Aus den dargelegten Gründen belastete die belangte Behörde den angefochtenen Bescheid mit einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften. Er war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG aufzuheben.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBI. Nr. 416/1994.

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1994:1993040148.X00

**Im RIS seit**

20.11.2000

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

© 2026 JUSLINE

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

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