jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 1994/11/22 93/04/0217

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 22.11.1994

Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;
21/01 Handelsrecht;
21/03 GesmbH-Recht;
40/01 Verwaltungsverfahren;
50/01 Gewerbeordnung;
50/02 Sonstiges Gewerberecht;

Norm

AVG §56;
AVG §66 Abs4;
AVG §73 Abs1;
AVG §73 Abs2;
GewO 1973 §128 Z10 idF 1993/029;
GewO 1973 §189 Abs2 idF 1993/029;
GewO 1973 §190 Abs1 Z1 idF 1993/029;
GewO 1973 §38 Abs1 idF 1993/029;
GewO 1973 §39 Abs2 idF 1988/399;
GewO 1973 §39 Abs2 idF 1993/029;
GewO 1973 §39 Abs2 Z1 idF 1993/029;
GewO 1973 §9 Abs1 idF 1993/029;
GewRNov 1992;
GmbHG §15;
GmbHG §18 Abs1;
HGB §49;
VwGG §36 Abs2;

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 der S-Ges.m.b.H. in W, vertreten durch Dr. M, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 27. Juli 1993, Zl. 315.481/8-III/5/93, betreffend Bewilligung für das Immobilienmaklergewerbe und Genehmigung einer 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

Mit dem im Instanzenzug gemäß § 66 Abs. 4 AVG ergangenen Bescheid des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 27. Juli 1993 wurde der Beschwerdeführerin gemäß den §§ 189 Abs. 2 und 9 Abs. 1 GewO 1973 i.d.F. der Gewerberechtsnovelle 1992, BGBl. Nr. 29/1993 die Bewilligung für das Immobilienmaklergewerbe im Standort W, K-Gasse 31 und gemäß den §§ 190 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 3 und 39 Abs. 2 leg. cit. die Genehmigung der Bestellung des Dr. L zum Geschäftsführer verweigert. Hiezu wurde im wesentlichen ausgeführt, der im Firmenbuch als Einzelprokurist (nicht aber als handelsrechtlicher Geschäftsführer) der Beschwerdeführerin eingetragene Dr. L gehöre dem Dienststand des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales an. In dem, der Berufung in Ablichtung angeschlossenen Werkvertrag der Beschwerdeführerin mit Dr. L vom 9. März 1992 werde unter Punkt III festgestellt, daß durch diesen Vertrag kein Dienstverhältnis zwischen dem gewerberechtlichen Geschäftsführer und dem Gewerbeinhaber begründet werde und daher vom Gewerbeinhaber keine Sozialversicherungsbeiträge zu leisten seien. Bei seiner Vernehmung als Zeuge vom 22. Dezember 1992 habe Dr. L über seine Lebensumstände schließlich angegeben, daß seine Aufgaben im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses in der kaufmännischen Betreuung von Behinderteneinrichtungen bestünden; weiters, daß er eine Vortragstätigkeit für "Vorbereitungskurse auf Meisterprüfungen" ausübe und für das Kursjahr 1992/93 einen Werkvertrag im Ausmaß von

ca. 200 Lehreinheiten abgeschlossen habe, "was einem Abend in der Woche" entspreche. Im Betrieb der Beschwerdeführerin werde er sich aufgrund der Gleitzeitregelung im öffentlichen Dienst Montag bis Donnerstag ab 15.00 Uhr und Freitags ab 13.00 Uhr betätigen. Es bestehe daher nach dem vorgelegten Werkvertrag kein aufrechtes Dienstverhältnis Dris. L zur Beschwerdeführerin und es finde sich nach der Aktenlage kein Anhaltspunkt dafür, daß er bei der Beschwerdeführerin Arbeitsleistungen in Abhängigkeit ihr gegenüber erbringe. Die im § 39 Abs. 2 zweiter Satz GewO 1973 normierte Voraussetzung für die Genehmigung der Geschäftsführerbestellung sei somit nicht erfüllt. Davon abgesehen könne im Hinblick auf die den gewerberechtlichen Geschäftsführer gegenüber dem Gewerbeinhaber und der Behörde treffende Verantwortlichkeit im Zusammenhalt mit der Art der vom Immobilienmaklergewerbe erfaßten Tätigkeiten unter Bedachtnahme auf die Art der bisherigen Aufgabenbereiche des vorgesehenen gewerberechtlichen Geschäftsführers nach den Erfahrungen des täglichen Lebens zumindest nicht von vorneherein erwartet werden, dieser werde in der Lage sein, seinen sich aus dem Gesetz ergebenden Verpflichtungen ausreichend nachzukommen und sich im Betrieb der Beschwerdeführerin entsprechend zu betätigen. Allein der Umstand, daß Dr. L dem Unternehmen der Beschwerdeführerin seinen zeugenschaftlichen Angaben zufolge regelmäßig nur überwiegend an den Arbeitstagen nach dem Ende seiner täglichen Dienstzeit in den späten Nachmittags- und Abendstunden - außer Freitag ab 15.00 Uhr - zur Verfügung stehen wolle, rechtfertige nämlich die Annahme, er werde eine seiner Verantwortlichkeit entsprechende Betätigung, insbesondere hinsichtlich der erforderlichen Kontrolltätigkeit seiner Mitarbeiter, in diesem Unternehmen nicht entfalten können. Bei der gegebenen Sachlage sei es ohne Relevanz, inwieweit die von Dr. L im Rahmen seines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses zu absolvierende, dem Umfang nach feststehende Normalarbeitszeit ihrer zeitlichen Lagerung nach seiner Disposition unterliege. Im übrigen habe die Beschwerdeführerin kein Vorbringen erstattet, das als ausreichende Grundlage für die von ihr behauptete Möglichkeit einer "entsprechenden" betrieblichen Tätigkeit Dris. L dienen könne. Es sei daher die von der Beschwerdeführerin beantragte Genehmigung der Bestellung Dris. L zum Geschäftsführer und mangels eines geeigneten Geschäftsführers gleichzeitig die beantragte Bewilligung zu verweigern gewesen.

Die Behandlung der gegen diesen Bescheid an den Verfassungsgerichtshof erhobene Beschwerde wurde von diesem mit Beschluß vom 28. September 1993, Zl. B 1564/93-3, abgelehnt und die Beschwerde gleichzeitig gemäß Art. 144 Abs. 3 B-VG dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abgetreten.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Beschwerdeführerin erachtet sich ihrem gesamten Vorbringen zufolge im Recht auf Erteilung der beantragten Bewilligung für das Immobilienmaklergewerbe sowie auf Genehmigung der Bestellung Dris. L zum Geschäftsführer verletzt. Sie bringt in Ausführung dieses Beschwerdepunktes im wesentlichen vor, der in Aussicht genommene Geschäftsführer sei Prokurist der Beschwerdeführerin mit Einzelzeichnungsberechtigung. Seiner Bestellung zum Prokuristen liege ein Werkvertrag zugrunde, in dem die Verpflichtung zur ausreichenden Betätigung zur Erfüllung der übertragenen Aufgaben normiert sei. Dr. L habe in seiner zeugenschaftlichen Einvernahme ausgeführt, er werde sich jedenfalls zumindest 20 Stunden im Unternehmen der Beschwerdeführerin betätigen. Aufgrund der Gleitzeit sei es ihm möglich, von Montag bis Donnerstag spätestens ab 15.00 Uhr, Freitag ab 13.00 Uhr seine Aufgaben bei der Beschwerdeführerin zu erfüllen. Gehe man von den üblichen Geschäftsöffnungszeiten bzw. Bürostunden von 9.00 bis 18.00 Uhr aus, so sei der Geschäftsführer von Montag bis Donnerstag täglich drei Stunden, Freitag sogar vier Stunden in die Lage versetzt, eine direkte Kontrolltätigkeit über seine Mitarbeiter auszuüben. Verwiesen werde in diesem Zusammenhang darauf, daß die Kontrolltätigkeit nicht nur in Form eines persönlichen Kontaktes, sondern auch durch nachschauende Kontrolle und Erteilung von schriftlichen Weisungen jederzeit möglich sei. Auch ohne Beisein des jeweiligen Mitarbeiters sei eine Einsicht in die von diesem Mitarbeiter bearbeiteten Geschäftsakten möglich. Im übrigen könne von Mitarbeitern regelmäßig ein Tätigkeitsbericht abverlangt werden. All diese Kontrolltätigkeiten seien auch nicht an eine bestimmte Tageszeit gebunden. Der persönliche Kontakt mit dem Mitarbeiter sei nur bedingt erforderlich. Im übrigen bleibe eine Kontaktaufnahme auch weiterhin möglich, sodaß die Besorgnis der belangten Behörde, Dr. L werde seine Kontrollfunktion gegenüber Mitarbeitern nicht ausreichend erfüllen können, unbegründet sei. Auch verbiete § 9 Abs. 1 GewO 1973 selbst in der Fassung der Gewerberechtsnovelle 1992 nicht ausdrücklich die Bestellung eines Prokuristen zum gewerberechtlichen Geschäftsführer. Die zugrundeliegende Gesetzesbestimmung sei "undeutlich". Auch der Prokurist sei zur Vertretung der Gesellschaft nach außen berechtigt. Im übrigen bestimme sich die Vertretungsmacht nach den Bestimmungen des Handelsrechts. Sinn der Änderung durch die Gewerberechtsnovelle sei es insbesondere gewesen, sogenannte "Strohmänner" auszuschalten. Es habe aber nicht generell verhindert werden sollen, daß Prokuristen zu gewerberechtlichen Geschäftsführern bestellt werden können. Vom Gesetzgeber sei lediglich beabsichtigt gewesen, im Zusammenhang mit der Prokuraerteilung "Umtriebe zur Erlangung einer Konzession" zu vermeiden. Aufgrund der konkreten Umstände sei jedoch der in Aussicht genommene gewerberechtliche Geschäftsführer in der Lage und Willens, sich gesetzesgemäß zu betätigen und insbesondere auf die Einhaltung der Gewerbeordnung zu achten. Über das Gesetz hinaus lägen im Innenverhältnis keine weiteren Einschränkungen oder Ausschlüsse betreffend die Tätigkeit Dris. L vor. Auch gegenüber Behörden bestehe sohin volle Verantwortlichkeit des gewerberechtlichen Geschäftsführers. Davon abgesehen sei zur Entscheidung über die Anträge der Beschwerdeführerin die im Zeitpunkt der Einbringung dieser Anträge geltende Rechtslage maßgeblich. "Spätestens jedoch" habe jene Rechtslage Anwendung zu finden, die in dem Zeitpunkt bestanden habe, zu dem die Behörde zu einer Entscheidung verpflichtet gewesen sei. Die Entscheidungspflicht habe die belangte Behörde spätestens im Zeitpunkt der Einbringung der Säumnisbeschwerde im April 1993 getroffen. Zu diesem Zeitpunkt sei jedoch die Bestellung eines Prokuristen zum Geschäftsführer uneingeschränkt möglich gewesen. Es sei von der belangten Behörde daher zu Unrecht § 9 GewO 1973 in der Fassung der Gewerberechtsnovelle 1992 angewendet worden. Schließlich sei der angefochtene Bescheid trotz Fristerstreckungsansuchen ohne Anhörung der Beschwerdeführerin ergangen. Die Beschwerdeführerin habe nämlich fristgerecht und begründet am 14. Juli 1993 um Fristverlängerung für die Abgabe der Stellungnahme angesucht. Dieses Ansuchen sei jedoch von der belangten Behörde ignoriert und es sei so der Beschwerdeführerin nicht die Gelegenheit gegeben worden, "allfällig neues bzw. ergänzendes Vorbringen zu erstatten und Beweisanträge zu stellen". Der angefochtene Bescheid sei auch insoferne mangelhaft, als das Fristgesuch weder ab- noch zurückgewiesen, sondern im angefochtenen Bescheid lediglich "lapidar" ausgeführt worden sei, die Beschwerdeführerin habe sich zu dem ihr am 8. Juli 1993 zugestellten Schreiben nicht geäußert - was jedoch unrichtig sei.

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

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat die Rechtsmittelbehörde im allgemeinen das im Zeitpunkt der Erlassung ihres Bescheides geltende Recht anzuwenden (siehe hiezu insbesondere das hg. Erkenntnis eines verstärken Senates vom 4. Mai 1977, Slg. Nr. 9315/A). Anhaltspunkte dafür, daß im vorliegenden Fall - insbesondere wegen der in der Beschwerde geltend gemachten Erhebung einer Säumnisbeschwerde - eine andere Betrachtungsweise geboten wäre, liegen nicht vor. Da am 28. Juli 1993 - dem Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides - zufolge ihres Art. IV Abs. 1 (die Ausnahmen der Abs. 2 bis 7 sind im vorliegenden Fall nicht

von Belang) bereits die Gewerberechtsnovelle 1992, BGBl. Nr. 29/1993, in Kraft getreten war, hatte die belangte Behörde die GewO 1973 i. d.F. dieser Novelle und nicht - wie die Beschwerdeführerin vermeint - in der Fassung vor der Gewerberechtsnovelle 1992 anzuwenden.

Gemäß § 128 Z. 10 leg. cit. handelt es sich beim Immobilienmaklergewerbe um ein bewilligungspflichtiges gebundenes Gewerbe. Die Bewilligung für die Ausübung dieses Gewerbes ist gemäß § 189 Abs. 1 leg. cit. 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 Bewilligung 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 im § 128 angeführten gebundenen Gewerbes allenfalls vorgeschriebenen besonderen Voraussetzungen erfüllt sind.

Liegt eine der im Abs. 1 angeführten Voraussetzungen nicht vor, so ist gemäß § 189 Abs. 2 leg. cit. die Bewilligung zu verweigern.

Gemäß § 9 Abs. 1 leg. cit. können juristische Personen, Personengesellschaften des Handelsrechts (offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften) sowie eingetragene Erwerbsgesellschaften (offene Erwerbsgesellschaften und Kommandit-Erwerbsgesellschaften) Gewerbe ausüben, müssen jedoch einen Geschäftsführer oder Pächter (§§ 39 und 40) bestellt haben. Die Bestellung eines Geschäftsführers für die Ausübung eines im § 128 angeführten gebundenen Gewerbes bedarf gemäß § 190 Abs. 1 Z. 1 leg. cit. einer Genehmigung, die gemäß Abs. 3 dieser Bestimmung dann zu erteilen ist, wenn die Voraussetzungen des § 39 Abs. 2 erfüllt sind.

Gemäß § 39 Abs. 2 leg. cit. muß der Geschäftsführer 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 vollversicherungspflichtiger Arbeitnehmer sein.

Ausgehend von dieser Rechtslage kann der belangten Behörde freilich nicht mit Erfolg entgegengetreten werden, wenn sie die Voraussetzungen des § 39 Abs. 2 leg. cit. bei dem von der Beschwerdeführerin als Geschäftsführer in Aussicht genommenen Dr. L für nicht gegeben erachtete, die Genehmigung seiner Bestellung zum Geschäftsführer verweigerte und mangels Bestellung eines Geschäftsführers die beantragte Bewilligung zur Ausübung des Immobilienmaklergewerbes verweigerte. Denn nach dem klaren Wortlaut des § 39 Abs. 2 GewO 1973 ist die, in der Fassung dieser Bestimmung vor der Gewerberechtsnovelle 1992 noch zulässig gewesene Bestellung eines Prokuristen, der nicht Dienstnehmer ist, zum gewerberechtlichen Geschäftsführer einer juristischen Person nunmehr ausgeschlossen (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 24. Mai 1994, Zl. 94/04/0064). Daß aber Dr. L ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb der Beschwerdeführerin beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll Versicherungspflichtiger Arbeitnehmer sei, hat die belangte Behörde aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens zutreffend verneint; auch in der vorliegenden Beschwerde wird nicht dargetan, daß diese Feststellung nicht den Tatsachen entspräche. Vielmehr wird ausgeführt, daß Dr. L aufgrund eines Werkvertrages für die Beschwerdeführerin tätig werde.

Da die im letzten Satz des § 39 Abs. 2 GewO 1973 - in der im vorliegenden Fall anzuwendenden Fassung - vorgesehene Übergangsregelung nur für am 1. Juli 1993 als Geschäftsführer bereits bestellte Personen und daher im vorliegenden Fall keine Anwendung findet (vgl. nochmals das zitierte Erkenntnis vom 24. Mai 1994) und Dr. L auch dem zur

gesetzlichen Vertretung der Beschwerdeführerin berufenen Organ unbestrittenermaßen nicht angehört - der Umstand, daß auch ein Prokurist zur Vertretung der Gesellschaft nach außen berechtigt ist, vermittelt diesem nicht die Stellung eines zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organs -, mangelt es dem von der Beschwerdeführerin in Aussicht genommenen Geschäftsführer an einer der in § 39 Abs. 2 GewO 1973 genannten Voraussetzungen. Ob dieser auch eine weitere Voraussetzung des § 39 Abs. 2 GewO 1973, nämlich in der Lage zu sein, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen, nicht erfüllt, kann bei diesem Ergebnis dahingestellt bleiben.

Soweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Parteiengehörs rügt, ohne darzulegen, was sie vorgebracht hätte, wenn ihr Gelegenheit zur Stellungnahme geboten worden wäre, ist sie auf die ständige hg. Judikatur zu verweisen, wonach die Aufhebung des angefochtenen Bescheides wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung der Verfahrensvorschrift des § 45 Abs. 3 AVG durch bloßes Aufzeigen dieses Mangels (d.h. ohne gleichzeitige Erstattung konkreten Tatsachenvorbringens) nicht herbeigeführt werden kann (vgl. dazu die bei Hauer-Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens4 (1990) 339 f referierte hg. Judikatur).

Da schließlich auch das Fehlen eines (ausdrücklichen) Abspruches über den Fristerstreckungsantrag der Beschwerdeführerin für sich alleine eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht bewirken könnte, erweist sich die vorliegende Beschwerde zur Gänze als unbegründet. Sie war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Von der von der Beschwerdeführerin beantragten Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG abgesehen werden.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG i.V.m. der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994, insbesondere deren Art. III Abs. 2.

Schlagworte

Maßgebende Rechtslage maßgebender Sachverhalt Beachtung einer Änderung der Rechtslage sowie neuer Tatsachen und Beweise

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:1994:1993040217.X00

Im RIS seit

20.11.2000

Zuletzt aktualisiert am

26.06.2017

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at