

# TE Vwgh Erkenntnis 1991/5/28 90/04/0165

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 28.05.1991

## Index

50/01 Gewerbeordnung;

## Norm

GewO 1973 §25 Abs1 Z1;

GewO 1973 §323b Abs2;

GewO 1973 §376 Z36;

GewO 1973 §89 Abs1;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Mag. Kobzina und die Hofräte Dr. Griesmacher, Dr. Weiss, DDr. Jakusch und Dr. Gruber als Richter, im Beisein des Schriftführers Oberkommissär Dr. Puntigam, über die Beschwerde der N Zeichenbüro für Industrieprojekte GmbH gegen den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten wegen Verletzung der Entscheidungspflicht in einer Angelegenheit betreffend Konzessionerteilung, zu Recht erkannt:

## Spruch

Gemäß § 42 Abs. 5 und § 62 Abs. 2 VwGG in Verbindung mit § 66 Abs. 4 AVG wird der Berufung der Beschwerdeführerin gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 31. März 1989, Zl. MA 63-E 178/88, Folge gegeben und der angefochtene Bescheid, der hinsichtlich der Entscheidung über die Kommissionsgebühren als unangefochten unberührt bleibt, im übrigen dahingehend abgeändert, daß er zu lauten hat wie folgt:

"1. Der Beschwerdeführerin wird über ihr Ansuchen vom 29. September 1988 gemäß § 323a GewO 1973 die Konzession für das Gewerbe der Überlassung von Arbeitskräften im Standort Wien, A-Gasse 6/15, erteilt.

2. Die Bestellung des Herrn Dipl.-Ing. Z, geboren am 5. August 1923, zum Geschäftsführer bei Ausübung dieses Gewerbes wird gemäß § 39 Abs. 5 GewO 1973 genehmigt.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von S 11.480,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 31. März 1989 wurde der Beschwerdeführerin die Erteilung der Konzession für das Gewerbe der Überlassung von Arbeitskräften (§ 323a GewO 1973) im Standort Wien, A-Gasse 6/15, verweigert und dem Ansuchen um die Genehmigung der Bestellung des Herrn Dipl.-Ing. Z zum Geschäftsführer bei Ausübung dieses Gewerbes keine Folge gegeben. Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführerin aufgetragen, gemäß § 77

AVG 1950 an die Stadt Wien eine Kommissionsgebühr von S 80,-- (für amtliche Erhebungen) nach Tarif II der Verordnung LGBI. für Wien Nr. 8/1985 zu entrichten. Zur Begründung führte der Landeshauptmann nach Darstellung des Inhaltes der Bestimmungen des § 25 Abs. 1 und § 323b Abs. 2 GewO 1973 aus, die Beschwerdeführerin übe, vertreten durch Herrn Dipl.-Ing. Z, das Gewerbe der Zurverfügungstellung von Arbeitskräften, insbesondere von Technikern, unter Ausschluß jeder den Arbeitsämtern vorbehaltenen Tätigkeit, soferne das wirtschaftliche Wagnis auf längere Dauer und unabhängig vom Nachweis einer Beschäftigung übernommen wird, auf Grund des Gewerbescheines des magistratischen Bezirksamtes vom 18. August 1980 aus. Seit dem Tag der Gewerbeanmeldung, dem 19. Juni 1980, fungiere Dipl.-Ing. Z als Geschäftsführer dieses Gewerbes. Dieser habe es sowohl in seiner Eigenschaft als vertretungsbefugtes Organ als auch als gewerberechtlicher Geschäftsführer zu verantworten, daß - wie aus Mitteilungen der Fremdenpolizei und des Landesarbeitsamtes hervorgehe - "Werkverträge", vorwiegend für die Durchführung von Fassadenarbeiten, zwischen der Beschwerdeführerin und ausländischen Arbeitskräften geschlossen worden seien, offenbar zu dem Zweck, um die einschlägigen Bestimmungen der Gewerbeordnung bzw. des Ausländerbeschäftigungsgesetzes zu umgehen. So sei aktenkundig, daß die auf den Baustellen der Beschwerdeführerin - welche auch eine Konzession für das Baumeistergewerbe besitze - beschäftigten Arbeiter von ausländischen Firmen angestellt seien, als Touristen einreisten und kurzfristig auf der Basis der abgeschlossenen "Werkverträge" für die Gesellschaft tätig seien. Dieser Umstand habe auch in einem rechtskräftig abgeschlossenen Verwaltungsstrafverfahren seinen Niederschlag gefunden (Straferkenntnis vom 17. Juni 1986, Strafe: S 10.000,-). Außer mit dieser Strafe sei Herr Dipl.-Ing. Z im Verwaltungsstrafkataster der Magistratsabteilung 63 auch wegen unbefugter Konzessionsausübung verzeichnet. Diese Umstände bildeten jedenfalls - auch nach Ansicht des Landesarbeitsamtes Wien - Grund zur Annahme, daß der Genannte die für die Ausübung des konzessionierten Gewerbes der Überlassung von Arbeitskräften erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitze. Aus diesem Grunde sei die Genehmigung der Bestellung des Dipl.-Ing. Z zum Geschäftsführer von der Behörde zu versagen und in weiterer Folge auch die Konzession zu verweigern gewesen.

Gegen diesen Bescheid erhab die Beschwerdeführerin fristgerecht Berufung, in der sie im wesentlichen geltend machte, sie erfülle alle Voraussetzungen der Übergangsbestimmung des § 376 Z. 36 GewO 1973. Da es sich bei dieser Norm um die gegenüber der Bestimmung des § 323a GewO 1973 speziellere Norm handle, habe sie Anspruch auf Erteilung der Konzession ohne Rücksicht auf das Vorliegen allfälliger in der zuletzt genannten Gesetzesstelle genannter Verweigerungsgründe. Aber auch wenn man der Rechtsansicht der Erstbehörde folge, wonach das Vorliegen der besonderen Voraussetzungen für die Konzessionserteilung gemäß § 323b in Verbindung mit § 25 GewO 1973 auch hier zu prüfen sei, sei das Ermittlungsverfahren mangelhaft geblieben. Entgegen der in § 25 Abs. 1 Z. 1 leg. cit. geforderten Feststellung von Tatsachen, die die Zuverlässigkeit einer Person in bezug auf ein bestimmtes Gewerbe zweifelhaft machen, seien von der Behörde lediglich Vermutungen in diese Richtung angestellt worden. Diese Vermutungen gründeten sich auf Kopien von schriftlichen Werkverträgen der Beschwerdeführerin aus dem Jahre 1984, die der Behörde vom Landesarbeitsamt im Rahmen einer Stellungnahme übermittelt worden seien. Ohne ein ordentliches Ermittlungsverfahren durchzuführen, gehe die Behörde davon aus, daß durch die Beschwerdeführerin einschlägige Bestimmungen der Gewerbeordnung bzw. des Ausländerbeschäftigungsgesetzes umgangen worden seien. Dabei habe die Erstbehörde insbesondere übersehen, daß schon das Landesarbeitsamt Wien in seinem Gutachten festgehalten habe, die diesbezüglich eingeleiteten Verwaltungsverfahren seien "aus ha. absolut unerfindlichen Gründen" ergebnislos verlaufen. Es sei auch unrichtig, daß es zu einer rechtskräftigen Verurteilung Dipl.-Ing. Z's gekommen sei, da das von der Erstbehörde genannte Straferkenntnis durch Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 23. November 1988 aufgehoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 lit.a VStG rechtskräftig eingestellt worden sei. Die Erstbehörde habe es auch unterlassen, der Beschwerdeführerin entsprechendes Parteiengehör zu gewähren, sodaß es ihr unmöglich gewesen sei, auf diese Umstände schon im erstbehördlichen Verfahren hinzuweisen. Auch in rechtlicher Hinsicht könne aus dem vorliegenden Sachverhalt nicht entnommen werden, die Beschwerdeführerin habe gegen Vorschriften des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes verstößen oder unzulässige Arbeitsvermittlung betrieben oder eine erhebliche Verletzung von Vorschriften des Arbeitsrechtes einschließlich des Arbeitnehmerschutzes oder des Sozialversicherungsrechtes zu verantworten. Diesbezügliche Feststellungen seien im erstbehördlichen Bescheid nicht getroffen worden. Die von der Erstbehörde erwähnte weitere verwaltungsrechtliche Vorstrafe betreffe die unbefugte Ausübung des Baumeistergewerbes im Jahre 1984. Hiezu sei festzuhalten, daß der Beschwerdeführerin noch im Jahre 1984 die entsprechende Konzession für das Baumeistergewerbe erteilt worden sei und es sich bei den diesem

Verwaltungsstrafverfahren zugrundeliegenden Handlungen lediglich um Vorbereitungsarbeiten für die Ausübung des Baumeistergewerbes gehandelt habe. Im übrigen sei eine derartige Verurteilung auch nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht geeignet, die Zuverlässigkeit im Sinne des § 25 Abs. 1 GewO 1973 in Zweifel zu ziehen.

Diese Berufung langte am 31. Mai 1989 bei der Erstbehörde ein. Am 7. Juni 1990 erhab die Beschwerdeführerin Säumnisbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 132 B-VG wegen Verletzung der Entscheidungspflicht durch den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten, weil dieser innerhalb der in § 27 VwGG vorgesehenen Frist nicht entschieden habe.

Im Hinblick auf diesen Verfahrensgang erweist sich die vorliegende Säumnisbeschwerde als zulässig.

Die belangte Behörde hat innerhalb der ihr mit Verfügung des Verwaltungsgerichtshofes vom 7. August 1990 gesetzten dreimonatigen Frist nicht entschieden, sondern - ohne Gründe im Sinne des § 55 Abs. 2 VwGG nachzuweisen, die eine fristgerechte Erlassung des Bescheides unmöglich gemacht hätten - die Akten des Verwaltungsverfahrens mit dem Bemerkern vorgelegt, daß eine Verletzung der Entscheidungspflicht durch den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten gegeben sei. Es hat somit gemäß § 42 Abs. 5 VwGG der Verwaltungsgerichtshof anstelle des säumigen Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über die Berufung der Beschwerdeführerin zu entscheiden.

Der Gerichtshof hat hierüber erwogen:

Gemäß § 323a Abs. 1 GewO 1973 unterliegt der Konzessionspflicht die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte (Überlassung von Arbeitskräften).

Gemäß § 323b Abs. 1 Z. 1 GewO 1973 erfordert die Erteilung der Konzession für das Gewerbe der Überlassung von Arbeitskräften neben der Erfüllung der in § 25 Abs. 1 Z. 1 angeführten Voraussetzungen die Erbringung des Befähigungsnachweises. Nach Abs. 2 dieser Gesetzesstelle ist die für die Erteilung einer Konzession für das Gewerbe der Überlassung von Arbeitskräften erforderliche Zuverlässigkeit im Sinne des § 25 Abs. 1 Z. 1 vor allem dann nicht gegeben, wenn das bisherige Verhalten des Konzessionswerbers die Annahme rechtfertigt, daß das Gewerbe in einer den Schutz und die Rechte der Arbeitskräfte nicht gewährleistenden Art ausgeübt werden wird; dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Konzessionswerber

1. gegen die Vorschriften des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes verstößen hat oder

2.

unzulässige Arbeitsvermittlung betrieben hat oder

3.

Verpflichtungen eines Arbeitgebers, die sich aus dem Arbeitsrecht einschließlich des Arbeitnehmerschutzes oder des Sozialversicherungsrechtes ergeben, erheblich verletzt hat.

Gemäß § 323d Abs. 1 hat die Behörde vor Erteilung der Konzession für das Gewerbe der Überlassung von Arbeitskräften die zuständige Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft, die zuständige Kammer für Arbeiter und Angestellte und das zuständige Landesarbeitsamt aufzufordern, innerhalb einer Frist von sechs Wochen Gutachten über das Vorliegen der Voraussetzungen für die Erteilung der Konzession abzugeben.

Gemäß § 376 Z. 36 Abs. 1 GewO 1973 bedürfen Personen, die zu einer Tätigkeit, die durch § 323a an eine Konzession gebunden wurde (Überlassung von Arbeitskräften), am 30. Juni 1988 berechtigt sind, zur weiteren Ausübung ihrer Tätigkeit nach diesem Zeitpunkt einer Konzession gemäß § 323a in einem der bisherigen Tätigkeit sachlich entsprechenden Umfang. Diese Konzession ist zu erteilen, es sei denn, daß die Voraussetzungen für die Entziehung der Konzession (§§ 87-89 und 91 Abs. 2) vorliegen, wenn sie

a) nachweisen, daß sie ihre nunmehr an eine Konzession gebundene Tätigkeit während der Zeit vom 1. Juli 1987 bis 30. Juni 1988 befugt ausgeübt haben,

b) selbst oder durch einen Geschäftsführer (§ 39) oder Pächter (§ 40) den Befähigungsnachweis (§ 323b Abs. 1 Z. 1) erbringen,

c) im Falle, daß sie juristische Personen oder Personengesellschaften des Handelsrechtes sind, ihren Sitz oder ihre Hauptniederlassung im Inland haben, und

d) um die Konzessionserteilung spätestens am 30. September 1988 ansuchen. Nach Abs. 2 dürfen die im Abs. 1

genannten Personen bis zur rechtskräftigen Entscheidung über ihr rechtzeitig eingebrachtes Konzessionsansuchen ihre Tätigkeit im bisherigen Umfang weiter ausüben.

Zufolge § 10 Abs. 2 der Verordnung über den Befähigungsnachweis für das konzessionierte Gewerbe der Überlassung von Arbeitskräften, weisen Personen, die nachweisen, daß sie das nunmehr konzessionierte Gewerbe der Überlassung von Arbeitskräften ununterbrochen während der Zeit vom 1. Juli 1983 bis zum Inkrafttreten dieser Verordnung befugt ausgeübt haben oder während dieses Zeitraumes in diesem Gewerbe ununterbrochen als Geschäftsführer oder Filialgeschäftsführer tätig waren, hiedurch ihre Befähigung für die Ausübung dieses Gewerbes nach.

Gemäß § 89 Abs. 1 GewO 1973 ist eine Konzession (§ 25) überdies von der Behörde zu entziehen, wenn der Gewerbeinhaber Handlungen oder Unterlassungen begangen hat, die die Annahme rechtfertigen, daß er die erforderliche Zuverlässigkeit (§ 25 Abs. 1 Z. 1) nicht mehr besitzt.

Nach § 25 Abs. 1 Z. 1 GewO 1973 ist eine Bewilligung (Konzession) für ein konzessioniertes Gewerbe zu erteilen, wenn 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 Konzession bewirbt, eine der in § 13 Abs. 7 genannten Personen die für die Ausübung des Gewerbes erforderliche Zuverlässigkeit besitzt.

Die Beschwerdeführerin ist eine im Handelsregister des Handelsgerichtes Wien unter HRB Nr. nnn registrierte Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren (handelsrechtlicher) Geschäftsführer Dipl.-Ing. Z ist. Gegenstand dieses Unternehmens ist "der Betrieb eines Zeichenbüros für Industrieprojekte und die Beratung in technischen Belangen, sowie die Personalvermittlung, insbesondere die Vermittlung von Technikern, soweit diese Tätigkeit nicht den Arbeitsämtern vorbehalten ist, ferner das Baumeistergewerbe. Die Beschwerdeführerin ist Inhaberin des am 18. August 1980 ausgestellten Gewerbescheines für das Gewerbe "Zurverfügungstellung von Arbeitskräften, insbesonders von Technikern, unter Ausschluß jeder den Arbeitsämtern vorbehaltenen Tätigkeit, sofern das wirtschaftliche Wagnis auf längere Dauer und unabhängig vom Nachweis einer Beschäftigung übernommen wird" (gewerberechtlicher Geschäftsführer: Dipl.-Ing. Z). Dieses Gewerbe war nach Mitteilung der Wiener Handelskammer, allgemeine Fachgruppe des Gewerbes, während der Zeit vom 19. Juni 1980 bis 30. Juni 1988 nicht ruhend gemeldet.

In Erwiderung des diesbezüglichen Berufungsvorbringens ist in Anwendung des § 43 Abs. 2 letzter Satz VwGG zunächst auf das hg. Erkenntnis vom 27. November 1990, Zl. 90/04/0160, hinzuweisen, in dem der Verwaltungsgerichtshof klargestellt hat, daß auch im Anwendungsbereich der Übergangsbestimmung des § 376 Z. 36 GewO 1973 im Grunde des § 89 Abs. 1 leg.cit. die Bestimmung des § 25 Abs. 1 Z. 1 GewO 1973 mit ihrem durch § 323b Abs. 2 leg.cit. gegebenen Normeninhalt zur Anwendung zu kommen hat.

Die Berufung erweist sich dennoch als berechtigt:

Die im Erstbescheid angeführten "Mitteilungen der Fremdenpolizei und des Landesarbeitsamtes" über der Beschwerdeführerin bzw. ihrem Geschäftsführer zur Last liegende "Umgehungen der einschlägigen Bestimmungen der Gewerbeordnung bzw. des Ausländerbeschäftigungsgesetzes" waren Gegenstand der zu den Zahlen MBA 04/19/006/6/Str, MBA 04/19/017/6/Str und MBA 04/19/080/8/Str vom Magistrat der Stadt Wien gegen Dipl.-Ing. Z als handelsrechtlichen Geschäftsführer der Beschwerdeführerin geführten Verwaltungsstrafverfahren. Im Gegensatz zur Annahme der Erstbehörde führte, wie sich aus den dem Verwaltungsgerichtshof vorliegenden diesbezüglichen Verwaltungsstrafakten ergibt, keines dieser Verwaltungsstrafverfahren zu einer rechtskräftigen Verurteilung des Beschuldigten. Vielmehr wurde das zur Zahl MBA 04/19/006/6/Str geführte Verwaltungsverfahren mit Berufungsbescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 23. November 1988, Zl. MA 62-III/556/87/Str, gemäß § 45 Abs. 1 lit.a VStG, das zur Zahl MBA 04/017/06/Str geführte Verwaltungsstrafverfahren mit Berufungsbescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 1. Dezember 1986, Zl. MA 62-III/749/86/Str, gemäß § 45 Abs. 1 lit.c VStG und das zur Zahl MBA 04/19/080/8/Str geführte Verwaltungsstrafverfahren mit Berufungsbescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 5. Juli 1990, Zl. MA 62-III/408/89/Str, gemäß § 51 Abs. 5 VStG eingestellt.

Bei diesem Ergebnis der gegen den Geschäftsführer der Beschwerdeführerin geführten Verwaltungsstrafverfahren vermag der Verwaltungsgerichtshof auch unter Berücksichtigung des übrigen Inhaltes der diesbezüglichen Akten nicht zu erkennen, daß gegen den Geschäftsführer der Beschwerdeführerin Tatsachen vorliegen, die seine Zuverlässigkeit im Sinne des § 25 in Verbindung mit § 323b Abs. 2 GewO 1973 zweifelhaft erscheinen ließen.

An dieser Beurteilung vermögen auch die in der Vorstrafenkartei des Magistrats der Stadt Wien verzeichneten zwei Vorstrafen des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin (Strafverfügung vom 20. März 1985 wegen Übertretung des § 366 Abs. 1 Z. 2 GewO 1973, begangen durch Ausübung des Baumeistergewerbes, ohne im Besitz der erforderlichen Konzession zu sein; Geldstrafe S 2.000,--; und Straferkenntnis vom 11. Dezember 1984 wegen Übertretung des § 367 Z. 59 in Verbindung mit § 338 Abs. 2 GewO 1973, begangen durch Verweigerung der Vorlage notwendiger Unterlagen anläßlich einer gewerbebehördlichen Überprüfung; Geldstrafe S 2.000,--) nichts zu ändern.

Da somit der von der Erstbehörde herangezogene Grund zur Verweigerung der von der Beschwerdeführerin angestrebten Konzession und der Genehmigung des genannten Geschäftsführers ebensowenig gegeben ist, wie sonstige Voraussetzungen für eine Entziehung der Konzession (§ 376 Z. 36 in Verbindung mit §§ 87 bis 89 und 91 Abs. 2 GewO 1973) und auch die sonstigen im Gesetz vorgesehenen Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen, waren der Beschwerdeführerin in Stattgebung ihrer Berufung gegen den erstbehördlichen Bescheid die begehrten Genehmigungen zu erteilen.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBI. Nr. 104/1991, insbesondere deren Artikel III Abs. 2.

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1991:1990040165.X00

**Im RIS seit**

28.05.1991

**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)