

TE Vwgh Erkenntnis 1990/10/30 90/04/0067

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 30.10.1990

Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;

40/01 Verwaltungsverfahren;

50/01 Gewerbeordnung;

Norm

AVG §56;

BefNwV Überlassung von Arbeitskräften 1988 §1;

BefNwV Überlassung von Arbeitskräften 1988 §10 Abs2;

GewO 1973 §28 Abs1;

GewO 1973 §323a Abs1 idF 1988/196;

GewO 1973 §323a Abs1;

GewO 1973 §323b Abs1 Z1 idF 1988/196;

GewO 1973 §323b Abs1 Z1;

GewO 1973 §376 Abs1 Z36 idF 1988/196;

VwRallg;

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 des N gegen den Bescheid des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 6. Februar 1990, Zl. 312.714/1-III/5/90, betreffend Verweigerung der Nachsicht vom vorgeschriebenen Befähigungsnachweis, zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 2.760,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Eingabe vom 6. März 1989 stellte der Beschwerdeführer einleitend den Antrag, ihm im Wege der Nachsicht die Konzessionsprüfung für die Arbeitskräfteüberlassung nachzusehen.

Mit Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 23. Oktober 1989 wurde dem Beschwerdeführer gemäß § 28 GewO 1973 die Nachsicht vom vorgeschriebenen Befähigungsnachweis für das Gewerbe "Überlassung von

Arbeitskräften" (§ 323a GewO 1973) verweigert.

Einer dagegen erhobenen Berufung des Beschwerdeführers gab der Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten mit Bescheid vom 6. Februar 1990 keine Folge und bestätigte den erstbehördlichen Bescheid gemäß § 28 Abs. 1 GewO 1973. Hiezu wurde in der Begründung ausgeführt, für die Bestätigung des bekämpften Bescheides seien seine Gründe maßgebend gewesen.

Ergänzend und zu den Berufungsausführungen werde bemerkt: Im Hinblick auf die Bestimmungen der §§ 16 und 22 GewO 1973 sei grundsätzlich davon auszugehen, daß jeder, der ein konzessioniertes Gewerbe, zu dessen Antritt eine besondere Befähigung gefordert werde, ausüben wolle, den gesetzlichen vorgeschriebenen Befähigungsnachweis zu erbringen habe. Nach dem Wortlaut des § 28 Abs. 1 GewO 1973 bestehe im gegenständlichen Fall ein Anspruch auf Nachsichtserteilung vom vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nur dann, wenn dem Nachsichtswerber bei Vorhandensein der vollen Befähigung für das angestrebte Gewerbe im Sinne des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a GewO 1973 die Erbringung des vorgeschriebenen Befähigungsnachweises aus den dort im einzelnen angeführten persönlichen Gründen oder aus sonstigen, gleichfalls in seiner Person gelegenen wichtigen Gründen nicht zugemutet werden könne. Im vorliegenden Fall lasse das Berufungsvorbringen des Beschwerdeführers den Schluß auf das Vorliegen derartiger wichtiger persönlicher Gründe nicht zu. Im gesamten Verfahren habe der Beschwerdeführer kein Vorbringen erstattet, das geeignet sei, in seiner Person gelegene wichtige Gründe erkennen zu lassen, um den Befähigungsnachweis für das angestrebte Gewerbe nicht in der vorgeschriebenen Form erbringen zu müssen. Das Alter des im Jahre 1955 geborenen Beschwerdeführers, das von ihm im übrigen selbst gar nicht ins Treffen geführt worden sei, könne weder für sich allein noch im Zusammenhang mit seiner beruflichen und familiären Inanspruchnahme als Ausnahmegrund dafür angesehen werden, daß ihm die Absolvierung der vorgeschriebenen Konzessionsprüfung unzumutbar sei, da Konzessionsprüfungen in der Regel von im Berufsleben Stehenden abgelegt würden. Somit habe jede bereits im Beruf stehende Person bei der Erlangung des förmlichen Nachweises einer Befähigung für ein bestimmtes Gewerbe vorerst Schwierigkeiten in Kauf zu nehmen, um jene wirtschaftliche Besserstellung zu erreichen, die mit einem solchen Nachweis jeweils verbunden zu sein pflege. Der Besuch eines Vorbereitungskurses, möge dies auch die Ablegung der Prüfung erleichtern, sei nicht zwingend vorgeschrieben, weshalb eine längere Abwesenheit des Beschwerdeführers von seiner beruflichen Tätigkeit und seiner Familie nicht erforderlich sei. Da somit kein Ausnahmefall vorliege, erübrige sich auch eine Erörterung der Frage des Vorliegens der für die Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen. Bei der gegebenen Sach- und Rechtslage sei daher die angestrebte Nachsicht zu verweigern gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, der Beschwerde keine Folge zu geben.

Seinem Vorbringen zufolge erachtet sich der Beschwerdeführer in dem ihm "gemäß § 10 Abs. 2 der Verordnung vom 30.6.1988 des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten, BGBl. Nr. 324/88, eingeräumten Recht auf Nachsicht der Ablegung der Konzessionsprüfung für das Gewerbe der Überlassung von Arbeitskräften durch Nichtanerkennung der in dieser Verordnung als Ersatz für die Ablegung der Konzessionsprüfung normierten Ausübungs- bzw. Vordienstzeiten verletzt". Er bringt hiezu unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes u.a. vor, bis 30. Juni 1988 sei das Gewerbe der Überlassung von Arbeitskräften ein Anmeldungsgewerbe gemäß § 339 Abs. 1 GewO 1973 gewesen. Mit 1. Juli 1988 sei das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, BGBl. Nr. 196/1988, in Kraft getreten, mit dem auch die Gewerbeordnung novelliert und das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung in den Kreis der konzessionierten Gewerbe aufgenommen worden sei (§ 323a GewO 1973). Als Befähigungsnachweis gemäß § 323b Abs. 1 Z. 1 GewO 1973 sei mit Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 30. Juni 1988, BGBl. Nr. 324/1988, eine Konzessionsprüfung vorgesehen worden. Um offenbar unbillige Härten für Personen zu vermeiden, die das Gewerbe bisher als Anmeldungsgewerbe ordnungsgemäß ausgeübt hätten, enthalte diese Verordnung die - in der Beschwerde in der Folge dargestellten - Bestimmungen des § 10 Abs. 1 und 3 GewO 1973. Daraus folge, daß alle Personen, die in der Zeit vom 1. Juli 1983 bis 30. Juni 1988 das seinerzeitige Anmeldungsgewerbe berechtigterweise selbst oder z.B. als Geschäftsführer ausgeübt hätten, sogar ohne daß sie nach dem 1. Juli 1988 weiter tätig hätten sein müssen, einen Rechtsanspruch auf Konzessionserteilung ohne Ablegung der Konzessionsprüfung besäßen, sofern die übrigen Voraussetzungen gemäß § 323b Abs. 1 und 2 GewO 1973 vorlägen. Er habe daher mit Eingabe vom 6. März 1989 bei der Erstbehörde beantragt, ihm "im Wege der Nachsicht die

Konzessionsprüfung für die Arbeitskräfteüberlassung nachzusehen". Er habe diesen Antrag damit begründet, daß er bereits 1978 bis 1979 oder 1980 ein Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen im 14., später 12. Bezirk, betrieben habe, sowie ab 10. März 1983 laufend auf Grund eines Gewerbescheines zunächst im Rahmen der Vermietung von Büroräumen und der entsprechenden Infrastruktur den Mietern der Büroräume Schreib- und Bürohilfskräfte zur Verfügung gestellt habe, sowie daß er später auf Grund einer Erweiterung der Gewerbeberechtigung auch Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an einen unbegrenzten Kreis von Dritten zur Verfügung gestellt habe. Zum Beweis dafür - wenn es auch nicht juristisch präzise formuliert worden sei - habe er sich auf eine Anfrage bei dem für den Standort seines Unternehmens zuständigen Magistratischen Bezirksamt für den 9. Bezirk bzw. Vernehmung der dort zuständigen Referenten berufen. Die belangte Behörde sei offenbar im gegenständlichen Fall davon ausgegangen, daß Entscheidungsgrundlage für sein Nachsichtsansuchen der § 28 GewO 1973 darstelle. Diese Auffassung sei unrichtig, und zwar deshalb, da § 10 Abs. 2 der Verordnung BGBl. Nr. 324/88 von seiner Formulierung her eindeutig einen auf den konkreten Fall abgestellten Nachsichtstatbestand darstelle, und zwar ohne der Behörde nur den geringsten Ermessensspielraum zu geben, so wie er ihr bei der Behandlung von Nachsichtsansuchen allgemeiner Art im Sinne des § 28 Abs. 1 GewO 1973 eingeräumt worden sei. Aus der angeführten Bestimmung ergebe sich ganz eindeutig, daß dann, wenn der Nachsichtswerber in der Zeit vom 1. Juli 1983 bis zum Inkrafttreten der Verordnung das Gewerbe ununterbrochen ausgeübt habe, er seine Befähigung für die Ausübung des Gewerbes nachweise, ohne daß auch nur irgendeine der weiteren im § 28 Abs. 1 GewO 1973 angeführten Voraussetzungen für die Nachsicht vom vorgeschriebenen Befähigungsnachweis zu prüfen seien. Die Richtigkeit dieser Überlegung ergebe sich auch aus dem ersten Halbsatz des § 28 Abs. 1 GewO 1973, in dem der Verordnungsgeber eine Nachsichtsausschlußermächtigung eingeräumt habe, im Wege eines Umkehrschlusses, wonach dann, wenn die Verordnung ausdrücklich etwas Konkretes bestimme, unter der Voraussetzung der Bestimmung der Verordnung die Erteilung der Nachsicht ebenfalls zulässig sein müsse. Der Verordnungsgeber sei eben bei Erlassung der Verordnung davon ausgegangen, daß bei einer derart langen Verwendungszeit in diesem Gewerbe die für die Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen vorhanden seien, und daß somit offenbar die volle Befähigung im Sinne des § 18 GewO 1973 vorliege. Die Richtigkeit seiner Überlegungen ergebe sich im Hinblick auf die angeführte Verordnung auch daraus, daß in einem "normalen" - antragsbedürftigen - Nachsichtsverfahren von der zuständigen Behörde ein rechtsgestaltender Bescheid erlassen werde, nämlich in der Form, daß bei Stattgebung des Antrages die Nachsicht von der Erbringung des Befähigungsnachweises erteilt werde. Auf Grund der Formulierung des § 10 Abs. 2 der zitierten Verordnung sei aber die Erlassung eines rechtsgestaltenden Bescheides gar nicht mehr möglich, sondern es sei dann, wenn die dort angeführten Vordienstzeiten erbracht seien, über einen entsprechenden Antrag ein Feststellungsbescheid des Inhaltes zu erlassen, daß dadurch, daß das Gewerbe befugtermaßen und ununterbrochen vom 1. Juli 1983 bis 30. Juni 1988 ausgeübt worden sei, der Befähigungsnachweis für die Ausübung des Gewerbes der Zurverfügungstellung von Arbeitskräften erbracht sei. Da nach der Verordnung für die Erbringung des Befähigungsnachweises ausschließlich auf den Zeitraum vom 1. Juli 1983 bis 30. Juni 1988 abgestellt worden sei, der ja bei einem allenfalls auch später einzubringenden Konzessionsansuchen die Konzessionsprüfung zu ersetzen habe, habe er ein rechtliches Interesse an der Feststellung, daß er den Befähigungsnachweis durch Gewerbeausübung in der beschriebenen Art und Dauer erbracht habe, da die entsprechende Überprüfung zu einem allfällig späteren Zeitpunkt eines Konzessionsverfahrens durch ihn insofern immer schwieriger werde, da das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung als freies Gewerbe in der Gewerbeordnung 1973 nicht ausdrücklich angeführt gewesen sei, und damit auch die Gewerbescheine, auch wenn mit der Ausübung des jeweils ausgeübten Gewerbes die Arbeitskräfteüberlassung verbunden gewesen sei, keinen ausdrücklichen Hinweis darauf enthalten hätten. Da die von ihm beantragten, für die Ausstellung des Gewerbescheines zuständigen Referenten sicherlich mit der Zeit ihre Wahrnehmungen vergessen könnten oder aus anderen widrigen Umständen nicht mehr als Zeugen zur Verfügung stehen würden, habe er ein rechtliches Interesse an der Feststellung, daß die Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 der angeführten Verordnung über den Ersatz der Konzessionsprüfung durch entsprechende Ausübungszeiten vorhanden gewesen seien. Wenngleich das AVG den Feststellungsbescheid im Sinne des § 228 ZPO nicht ausdrücklich kenne, so sei es in der Zwischenzeit gefestigte Lehre und Judikatur, daß Feststellungsbescheide auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage zulässig seien, wenn die Erlassung des Bescheides im rechtlichen Interesse einer Partei gelegen sei. Für den Fall, daß diese Rechtsauffassung nicht zutreffen sollte, wäre aber seines Erachtens zumindestens mit rechtsgestaltendem Bescheid nach Durchführung der von ihm angebotenen Beweise die Nachsicht vom Befähigungsnachweis zu erteilen gewesen.

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

Gemäß § 28 Abs. 1 GewO 1973 ist - sofern eine Verordnung gemäß § 22 Abs. 4 nichts Gegenteiliges bestimmt - die Nachsicht vom vorgeschriebenen Befähigungsnachweis - ausgenommen vom Erfordernis der Zusatzprüfung gemäß § 99 oder § 102 - zu erteilen, wenn nach dem Bildungsgang und der bisherigen Tätigkeit des Nachsichtswerbers angenommen werden kann, daß er die für die Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen besitzt und (Z. 1a) ihm die Erbringung des vorgeschriebenen Befähigungsnachweises wegen seines Alters, seiner mangelnden Gesundheit oder sonstigen in seiner Person gelegenen wichtigen Gründen nicht zuzumuten ist, oder (b) wenn besondere örtliche Verhältnisse für die Erteilung der Nachsicht sprechen und (Z. 2) keine Ausschließungsgründe des § 13 vorliegen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist Voraussetzung für die Erteilung der Nachsicht vom vorgeschriebenen Befähigungsnachweis u.a. das Vorliegen der VOLLEN Befähigung. In diesem Sinn umfaßt die Nachsicht nicht die Befähigung (die für die Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen), sondern allein den - normativ - geforderten Nachweis dieser Befähigung (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 29. Mai 1990, Zl. 89/04/0231, und die dort zitierte weitere

hg. Rechtsprechung).

Die Erteilung der Nachsicht vom vorgeschriebenen Befähigungsnachweis ist ein antragsbedürftiger Verwaltungsakt (vgl. hiezu u.a. das hg. Erkenntnis vom 24. September 1982, Zl. 81/04/0251).

Nach § 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 im § 25 Abs. 1 Z. 1 angeführten Voraussetzungen die Erbringung des Befähigungsnachweises.

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 berechtigt sind, zur weiteren Ausübung ihrer Tätigkeit nach diesem Zeitpunkt einer Konzession gemäß § 323a in einem ihrer bisherigen Tätigkeit sachlich entsprechenden Umfang. Diese Konzession ist zu erteilen, es sei denn, daß die Voraussetzungen für eine Entziehung der Konzession (§§ 87 bis 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 eine juristische Person oder Personengesellschaft des Handelsrechtes sind, ihren Sitz oder ihre Hauptniederlassung im Inland haben, und d) um die Konzessionserteilung spätestens am 30. September 1988 ansuchen.

Gemäß § 1 der unter Bezugnahme auf § 22 Abs. 3, 8 und 11, § 323b Abs. 1 Z. 1 und § 351 Abs. 5 GewO 1973 erlassenen Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 17. Juni 1988 über den Befähigungsnachweis für das konzessionierte Gewerbe der Überlassung von Arbeitskräften, BGBl. Nr. 324/1988, ist die gemäß § 323b Abs. 1 Z. 1 GewO 1973 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 196/1988 vorgeschriebene Befähigung für das konzessionierte Gewerbe der Überlassung von Arbeitskräften (§ 323a GewO 1973 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 196/1988) durch das Zeugnis über die erfolgreich abgelegte Konzessionsprüfung (§§ 2 bis 9) nachzuweisen.

Nach § 10 Abs. 2 der zitierten Verordnung 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. Nach Abs. 3 ist die Befähigung für das konzessionierte Gewerbe der Überlassung von Arbeitskräften entgegen § 17 Abs. 1 GewO 1973 auch von Personen, die bei der Anmeldung des nunmehr konzessionierten Gewerbes der Überlassung von Arbeitskräften, bei der Bestellung als Geschäftsführer (§ 39 GewO 1973), Pächter (§ 40 GewO 1973) oder Filialgeschäftsführer (§ 47 GewO 1973) keinen Befähigungsnachweis zu erbringen hatten, für die persönliche Ausübung dieses Gewerbes oder die Ausübung dieses Gewerbes als Pächter oder für die Tätigkeit als Geschäftsführer oder Filialgeschäftsführer in diesem Gewerbe durch das Zeugnis über die erfolgreich abgelegte Konzessionsprüfung nachzuweisen, es sei denn, daß auf diese Personen Abs. 2 zutrifft.

Der Bestimmung des § 10 Abs. 2 der vorzitierten Verordnung kommt ausschließlich Entscheidungsrelevanz im Zusammenhang mit der Bestimmung des § 323b Abs. 1 Z. 1 aus Anlaß des Ansuchens um Erteilung der Konzession für das Gewerbe der Überlassung von Arbeitskräften zu, nicht hingegen auf Grund ihres Regelungsinhaltes - entgegen der offensichtlichen Meinung des Beschwerdeführers - auch in einem Verfahren auf Grund des Antrages um Nachsicht vom vorgeschriebenen Befähigungsnachweis die im Sinne der obigen Darlegungen allein den - normativ - geforderten Nachweis einer Befähigung erfaßt.

Ausschließlich über einen derartigen Nachsichtsantrag hatte aber die belangte Behörde auf Grund der dargestellten Lage der Akten des Verwaltungsverfahrens im angefochtenen Bescheid abzusprechen, weshalb schon im Hinblick darauf die Entscheidung der belangten Behörde nicht auf Grund dieser Bestimmung zu ergehen hatte. Daß aber die - kumulativen - Nachsichtsvoraussetzungen des § 28 Abs. 1 Z. 1a GewO 1973 etwa entgegen der Annahme der belangten Behörde erfüllt wären, wird auch in der Beschwerde nicht vorgebracht.

Sofern aber der Beschwerdeführer die Rechtsmeinung vertritt, die belangte Behörde hätte auf Grund seiner Antragstellung im Hinblick auf ein zu einem allfälligen späteren Zeitpunkt von ihm anhängig gemachtes Konzessionserteilungsverfahren mittels Feststellungsbescheides das Zutreffen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 10 Abs. 2 der zitierten Verordnung festzustellen gehabt, so bietet - abgesehen von der Frage der Zulässigkeit eines derartigen Feststellungsbescheides (vgl. hiezu sinngemäß die entsprechenden Darlegungen im hg. Erkenntnis vom 19. Juni 1990, Zl. 90/04/0001) - die eingangs dargestellte Antragstellung des Beschwerdeführers in seiner Eingabe vom 6. März 1989 keinen Anhaltspunkt für das Vorliegen eines derartigen Feststellungsantrages.

Die Beschwerde erweist sich somit im Rahmen des dargestellten Beschwerdepunktes als unbegründet. Sie war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Die Entscheidung über die Verfahrenskosten gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG im Zusammenhang mit der Verordnung BGBI. Nr. 206/1989.

Schlagworte

Anspruch auf bescheidmäßige Erledigung und auf Zustellung, Recht der Behörde zur Bescheiderlassung
Feststellungsbescheide

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:1990:1990040067.X00

Im RIS seit

11.07.2001

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

© 2026 JUSLINE

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