

**Gericht**

Verwaltungsgerichtshof

**Entscheidungsdatum**

21.08.1990

**Geschäftszahl**

88/04/0036

**Beachte**

**Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):**

88/04/0044

**Betreff**

A-GesmbH (nunmehr MA-GesmbH) gegen Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten wegen Verletzung der Entscheidungspflicht in einem Verfahren über einen Antrag auf Erteilung einer Konzession und Genehmigung der Bestellung eines Geschäftsführers

**Spruch**

1. Der Beschwerdeführerin wird gemäß § 25 Abs. 2 der Gewerbeordnung 1973 die Konzession für das nach § 131 Abs. 1 Z. 2 lit. a in Verbindung mit § 7 leg. cit. der Konzessionspflicht unterliegende Gewerbe "Erzeugung, Bearbeitung und Instandsetzung von militärischen Waffen und militärischer Munition in Form eines Industriebetriebes" im Standort "X", verweigert.

2. Gemäß § 39 Abs. 5 der Gewerbeordnung 1973 wird die Genehmigung der Bestellung des N geb. in Wien, zum gewerberechtlchen Geschäftsführer für die Ausübung des unter

1. bezeichneten Gewerbes verweigert.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von S 5.050,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

**Begründung**

Die Beschwerdeführerin beantragte mit Schriftsatz vom 2. Dezember 1986

1. die Erteilung der Konzession für die Erzeugung, Bearbeitung und Instandsetzung von militärischen Waffen und militärischer Munition in Form eines Industriebetriebes gemäß § 131 Abs. 1 Z. 2 lit. a in Verbindung mit § 7 GewO 1973 im Standort X und

2. die Bewilligung der Bestellung von Herrn N zum gewerberechtlchen Geschäftsführer gemäß § 9 in Verbindung mit § 39 GewO 1973 für die gegenständliche Konzession.

Mit Schriftsatz vom 7. April 1987 wurde von der Beschwerdeführerin der Standort dahingehend präzisiert, daß "die gegenständliche Gewerbeausübung ..... in der Katastralgemeinde Y stattfinden" soll.

Im Rahmen ihrer Anhörung teilte die Handelskammer Steiermark, Sektion Industrie, Fachgruppe der Eisen- und Metallwarenindustrie mit Schriftsatz vom 15. Mai 1987 mit, daß Organisation und Einrichtung des Gesamtbetriebes den Kriterien des § 7 Abs. 1 GewO 1973 entsprächen; weiters daß "der für die Ausübung des Gewerbes geforderte Befähigungsnachweis ..... durch Herrn N auf Grund des Reifeprüfungszeugnisses der Höheren Technischen Bundeslehranstalt Ferlach/Kärnten, Höhere Abteilung für Maschinenbau-Waffentechnik, vom 28.9.1978, die einschlägigen Betätigungsnachweise auf dem Gebiete der Wehrtechnik, insbesondere aber durch die nachgewiesene erfolgreiche Konzessionsprüfung gemäß der Waffengewerbebefähigungsnachweisverordnung, BGBl. Nr. 478/1979, Konzessionsprüfungszeugnis vom 1. Juni 1982, als erbracht anzusehen" sei.

Im Schreiben der belangten Behörde vom 1. Februar 1988 wurde der Landeshauptmann von Steiermark unter anderem angewiesen:

"Weiters wäre die Einschreiterin auf die Voraussetzungen für die Konzessionserteilung hinzuweisen, daß hinsichtlich derjenigen Personen, welchen ein maßgebender Einfluß auf ihren Geschäftsbetrieb zusteht (darunter auch Vorstandsmitglieder der Muttergesellschaft), keine Ausschlußgründe gemäß § 13 GewO 1973 bestehen und diese darüber hinaus auch die erforderliche Zuverlässigkeit gemäß § 25 Abs. 1 Z. 1 GewO 1973 besitzen. Die in diversen Medien in den letzten Tagen berichtete Verletzung des Bundesgesetzes über die Ein-, Aus- und Durchfuhr von Kriegsmaterial seitens der A stellt eine derartige Tatsache dar, die es zweifelhaft macht, ob die für die Geschäftsführung maßgebenden Personen die erforderliche Zuverlässigkeit besitzen. Es wäre deshalb unter Hinweis darauf der Einschreiterin anheim zu stellen, das gegenständliche Konzessionsansuchen vom 2.12.1986 zurückzuziehen."

Unter Bezug darauf wurde von einem Vertreter der Beschwerdeführerin gegenüber der Bezirkshauptmannschaft Z erklärt:

"Diejenigen Personen, die laut Zeitungsberichten in Vorfälle involviert sind, scheinen weder in der 'A' noch in der 'B' auf. B ist am 2.7.1987 als Geschäftsführer abberufen worden und ist an seine Stelle C getreten, welcher wiederum am 5.2.1988 aus der A ausgeschieden ist. D ist alleiniger Geschäftsführer der A. Die handelsrechtlichen Geschäftsführer der B-AG scheinen in dem heute von mir übergebenen Handelsregisterauszug auf."

Am 23. Februar 1988 erhob die Beschwerdeführerin beim Verwaltungsgerichtshof Beschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht bezüglich ihres Antrages vom 2. Dezember 1986.

Mit Verfügung vom 14. März 1988 hat der Verwaltungsgerichtshof gemäß § 35 Abs. 3 VwGG das Vorverfahren eingeleitet und der belangten Behörde gemäß § 36 Abs. 2 VwGG aufgetragen, innerhalb einer Frist von drei Monaten den versäumten Bescheid zu erlassen. Diese Verfügung wurde der belangten Behörde am 29. März 1988 zugestellt.

Mit Schriftsatz vom 30. Juni 1988 legte die Behörde die Akten des Verwaltungsverfahrens mit dem Bemerken vor, daß ihrerseits eine Verletzung der Entscheidungspflicht vorliege.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß Art. 132 B-VG kann Beschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht erheben, wer im Verwaltungsverfahren als Partei zur Geltendmachung der Entscheidungspflicht berechtigt war.

Gemäß § 27 VwGG kann Säumnisbeschwerde erst erhoben werden, wenn die oberste Behörde, die im Verwaltungsverfahren, sei es im Instanzenzug, sei es im Wege eines Antrages auf Übergang der Entscheidungspflicht angerufen werden kann, von einer Partei angerufen worden ist und nicht binnen sechs Monaten in der Sache entschieden hat. Diese Frist läuft von dem Tage, an dem der Antrag auf Sachentscheidung bei der Stelle eingelangt ist, bei der er einzubringen war.

Eine Säumnisbeschwerde ist auch in Fällen zulässig, in welchen es weder einen Instanzenzug noch einen Übergang der Entscheidungspflicht gibt, und zwar wenn die oberste Behörde kraft Gesetzes in erster Instanz zuständig ist (vgl. u.a. den Beschluß des Verwaltungsgerichtshofes vom 18. Februar 1982, Zl. 82/16/0007).

Nach § 142 GewO 1973 ist zur Erteilung einer Konzession hinsichtlich militärischer Waffen und militärischer Munition (§ 131 Abs. 1 Z. 2) der Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Inneres, dem Bundesminister für Landesverteidigung und dem Bundesminister für auswärtige Angelegenheiten zuständig. Im Beschwerdefall war daher auch zur Entscheidung über den Antrag der Beschwerdeführerin vom 2. Dezember 1986 der Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten zuständig, wobei sich die Entscheidungspflicht aus § 73 AVG 1950 ergibt.

Infolge des am 29. Dezember 1986 bei der zuständigen Behörde (damals noch Bundesminister für Handel, Gewerbe und Industrie) eingelangten und bis zur Erhebung der Beschwerde am 23. Februar 1988 nicht erledigten Antrages der Beschwerdeführerin an die belangte Behörde ist die Säumnisbeschwerde zulässig.

Da die belangte Behörde den versäumten Bescheid auch innerhalb der ihr gemäß § 36 Abs. 2 VwGG eröffneten Frist nicht nachgeholt hat, ist die Zuständigkeit zur Entscheidung in der Sache auf den Verwaltungsgerichtshof übergegangen. Der Übergang der Zuständigkeit auf den Verwaltungsgerichtshof erstreckt sich hiebei nicht nur auf den zuständigen Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten, sondern auch auf jene Stellen, mit denen dieser bei seiner Verfügung das Einvernehmen herzustellen gehabt hätte (vgl. die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 8. Juli 1975, Zl. 2279/74 und vom 15. März 1983, Zl. 81/05/0164).

§ 25 GewO 1973 lautet:

"(1) Eine Bewilligung (Konzession) für ein konzessioniertes Gewerbe (§ 5 Z. 2) ist zur 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 Personengesellschaften des Handelsrechtes um die Konzession 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.

(2) Liegt eine der im Abs. 1 angeführten Voraussetzungen nicht vor, so ist die Konzession zu verweigern."

Nach § 13 Abs. 7 GewO 1973 sind die dort genannten Personen jene, denen ein maßgebender Einfluß auf den Betrieb der Geschäfte zusteht.

Vorweg ist zu bemerken, daß dem alleinigen Gesellschafter einer GesmbH ein maßgebender Einfluß auf den Betrieb der Geschäfte der Gesellschaft zusteht, den er jederzeit ausüben kann (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 30. September 1986, Zl. 85/04/0001). Dies ergibt sich schon daraus, daß nach dem Gesetz vom 6. März 1906, RGBl. Nr. 58, über Gesellschaften mit beschränkter Haftung auch der Generalversammlung wesentliche Befugnisse zukommen (siehe § 35 leg. cit.), deren Wahrnehmung die Ausübung eines maßgebenden Einflusses auf den Betrieb der Geschäfte darstellt (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 28. Juni 1988, Zl. 88/04/0020).

Es steht unbestritten fest, daß die Beschwerdeführerin zu 100 % im Eigentum der B-AG steht. Im Sinne der oben dargelegten hg. Rechtsprechung geht der Verwaltungsgerichtshof schon im Hinblick auf das Eigentumsverhältnis davon aus, daß im Beschwerdefall der B-AG ein maßgebender Einfluß auf den Betrieb der Geschäfte zusteht. Es kann dabei dahingestellt bleiben, ob noch weitergehende - einflußbegründende - finanzielle, wirtschaftliche oder organisatorische Eingliederungsverhältnisse bestehen (vgl. in diesem Zusammenhang im übrigen auch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 27. März 1981, Zl. 04/1019/80, wonach - unter Bezug auf § 91 Abs. 2 GewO 1973 - bei Beurteilung des rechtserheblichen Tatbestandes des Vorliegens eines maßgeblichen Einflusses nicht nur auf rechtliche Gestaltungsformen, sondern gegebenenfalls auch auf tatsächliche Gesichtspunkte Bedacht zu nehmen ist).

Es ist aber auch weiters davon auszugehen, daß dem Vorstand einer Aktiengesellschaft nach dem Aktiengesetz 1965 (§§ 70 ff) im Hinblick auf die Geschäftsführung und Vertretung der AG Befugnisse zukommen (vgl. dazu Kastner, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts<sup>4</sup>, Wien 1983, S. 185, wonach dem Vorstand das "Verwaltungsmonopol" innerhalb der AG zukommt - und nur ausnahmsweise andere Organe über Geschäftsführungsfragen zu entscheiden haben -, wobei weder Aufsichtsrat noch Hauptversammlung in Geschäftsführungsfragen ein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand haben; siehe drs. zum "Vertretungsmonopol" des Vorstandes, a.a.O., S. 188 f; vgl. zur Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht des Vorstandes auch Schiemer, Handkommentar zum Aktiengesetz<sup>2</sup>, Wien 1986, S. 238 ff), deren Wahrnehmung die Ausübung eines maßgebenden Einflusses auf den Betrieb der Geschäfte darstellt. An dieser Beurteilung kann auch nichts ändern, daß nach § 95 Abs. 5 zweiter Satz Aktiengesetz 1965 die Satzung oder der Aufsichtsrat bestimmen kann, daß bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden sollen. Ist doch damit jedenfalls nicht verbunden, daß dem Vorstand eine bestimmte Geschäftsbesorgung aufgetragen oder die betreffende Angelegenheit vom Aufsichtsrat selbst erledigt werden kann (vgl. OGH 14. Dezember 1949, SZ XXII/196; anders die Rechtslage nach dem Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung - vgl. nochmals das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 28. Juni 1988, Zl. 88/04/0020).

Im Hinblick auf die Stellung der B-AG als 100 %ige Eigentümerin der Beschwerdeführerin und weiters aufgrund der durch das Aktiengesetz 1965 dem Vorstand eingeräumten Befugnisse geht der Verwaltungsgerichtshof davon aus, daß (auch) den Mitgliedern des Vorstandes der B-AG im Sinne des § 13 Abs. 7 GewO 1973 ein maßgebender Einfluß auf den Betrieb der Geschäfte der Beschwerdeführerin zusteht und diese Personen im Sinne des § 25 Abs. 1 Z. 1 GewO 1973 die für die Ausübung des Gewerbes erforderliche Zuverlässigkeit besitzen müssen.

Der Verwaltungsgerichtshof geht nun davon aus, daß für die Beurteilung der Frage des gesetzlichen Erfordernisses der ZUVERLÄSSIGKEIT in Ansehung der beabsichtigten Ausübung eines Gewerbes der durch die Art dieses Gewerbes bestimmte Kreis der öffentlichen Interessen als entscheidungsrelevant zu beachten ist. Der Maßstab in Ansehung des hier in Rede stehenden Gewerbes ergibt sich aus der normativen Ordnung der allgemeinen und der besonderen Konzessionsvoraussetzungen des § 134 GewO 1973 (vgl. insbesondere auch Abs. 1 Z. 4).

Nicht unberücksichtigt kann im gegebenen Zusammenhang aber auch gelassen werden, daß auf diesem Gebiet gesetzliche - zum Teil völkerrechtliche Verbindlichkeiten darstellende - Verbote bestehen (vgl. etwa Art. 13 des Staatsvertrages von Wien, BGBl. Nr. 152/1955). In diesem Sinne ist insbesondere auch auf die Tatbestände der Neutralitätsgefährdung nach § 320 Z. 3 StGB zu verweisen (vgl. auch das Bundesgesetz über die Ein-, Aus- und Durchfuhr von Kriegsmaterial, BGBl. Nr. 540/1977, idF des Gesetzes BGBl. Nr. 358/1982).

Der Verwaltungsgerichtshof geht davon aus, daß E als Generaldirektorstellvertreter dem Vorstand der B-AG angehört.

Der Verwaltungsgerichtshof geht weiters davon aus, daß u.a. gegen E eine in Rechtskraft erwachsene Anklage der Staatsanwaltschaft (betreffend unerlaubte Kriegsmateriallieferungen in den kriegsführenden Staat W) wegen des Verbrechens der Neutralitätsgefährdung nach § 320 Z. 3 StGB vorliegt.

Vor dem Hintergrund des Schutzzweckes der im gegenständlichen Konzessionserteilungsverfahren zu beachtenden Bestimmungen und des sichernden Charakters des gesetzlichen Erfordernisses der Zuverlässigkeit - wonach bereits Zweifel an der Zuverlässigkeit einen Versagungsgrund bilden - gelangt der Verwaltungsgerichtshof zur Auffassung, daß eine derartige Anklageerhebung wegen des Verbrechens der Neutralitätsgefährdung (betreffend unerlaubte Kriegsmateriallieferungen) eine rechtserhebliche Tatsache darstellt, die in Ansehung der beabsichtigten Ausübung des hier in Rede stehenden Waffengewerbes zu Zweifeln an der Zuverlässigkeit im Sinne des § 25 Abs. 1 Z. 1 GewO 1973 einer der im § 13 Abs. 7 GewO 1973 genannten Personen berechtigt.

Im übrigen wird bemerkt, daß der Heranziehung der strafrechtlichen Anklage als rechtserhebliche Tatsache im Sinne des § 25 Abs. 1 Z. 1 GewO 1973, die es ZWEIFELHAFT macht, ob eine der im § 13 Abs. 7 GewO 1973 genannten Personen die für die Ausübung des Gewerbes erforderliche Zuverlässigkeit besitzt, Art. 6 Abs. 2 MRK nicht entgegensteht.

Schon auf Grund dieser Erwägungen sieht der Verwaltungsgerichtshof einen Versagungsgrund für die beantragte Konzessionserteilung als gegeben an. Es war daher eine Prüfung dahingehend entbehrlich, ob weitere Versagungsgründe vorliegen (laut Mitteilung des Landesgerichtes Linz vom 10. April 1990 behängt gegen den - nunmehrigen - handelsrechtlichen Geschäftsführer der Beschwerdeführerin F beim Landesgericht Linz ein offenes Verfahren wegen § 320 StGB).

Die beantragte Bestellung eines gewerberechtlichen Geschäftsführers war schon deshalb zu verweigern, weil es sich bei einer derartigen Bestellung um ein Akzessorium des Gewerberechtes handelt (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 18. April 1989, Zl. 89/04/0015).

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 55 Abs. 1 erster Satz, 47 Abs. 2 Z. 1, 48 Abs. 1 Z. 2 VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 206/1989, insbesondere auch deren Art. III Abs. 2. Aufwandsersatz war der Beschwerdeführerin nur im Rahmen ihres - auf den zweiten Fall des Art. I Z. 1 der zitierten Pauschalierungsverordnung gerichteten - Antrages zuzusprechen. Da unter dem Titel "Barauslagen" Ersatz von Stempelgebühren nicht zugesprochen werden kann, war diesbezüglich das Mehrbegehren abzuweisen (vgl. u.a. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 28. Oktober 1968, Slg. N. F. Nr. 7432/A).