OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-850752/3/Bm/KaL

Datum:
Linz, 16. März 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Mag.[a] Bismaier über die Beschwerde des Herrn F S, vertreten durch X Rechtsanwälte OG, X, X, gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 13. Jänner 2017, GZ: 0001834/2017, betreffend Untersagung der Gewerbeausübung gemäß § 13 Abs. 1 iVm § 340 Abs. 3 GewO 1994

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 28 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.:

1. Mit Eingabe vom 10. Jänner 2017 wurde vom Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) beim Magistrat Linz das Gewerbe „Verabreichung von Speisen in einfacher Art (max. 8 Verabreichungsplätze)" im Standort X, X, angemeldet.
Mit Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 13. Jänner 2017, GZ: 0001834/2017, wurde festgestellt, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Gewerbeanmeldung vom 10. Jänner 2017 nicht vorliegen und wurde gleichzeitig die Ausübung des Gewerbes untersagt.

Begründend wurde ausgeführt, dass gegen den Bf der Gewerbeausschlussgrund des § 13 Abs. 1 GewO, nämlich das Vorliegen einer gerichtlichen Verurteilung mit einer Freiheitsstrafe über drei Monate, vorliegt.

2. Gegen diesen Bescheid hat der Bf durch seine anwaltliche Vertretung innerhalb offener Frist Beschwerde eingebracht und darin im Wesentlichen ausgeführt, nach § 13 Abs. 1 Z b GewO sind natürliche Personen von der Ausübung eines Gewerbes ausgeschlossen, wenn sie – unter anderem – wegen einer sonstigen strafbaren Handlung zu einer drei Monate übersteigenden Freiheitsstrafe verurteilt worden sind und die Verurteilung nicht getilgt ist. Dieser Fall liege vor. Der Bf sei wegen einer ca. dreißig Jahre zurückliegenden Straftat mit Urteil des Landesgerichtes Linz vom 19. Jänner 2011 zu einer zwanzig Monate bedingten Freiheitsstrafe verurteilt worden. Da die Tilgungsfrist zehn Jahre betrage, sei sie noch nicht abgelaufen.
Allerdings hätte die Erstbehörde zusätzlich prüfen müssen, ob nicht die Voraussetzungen der Erteilung einer Nachsicht nach § 26 Abs. 1 GewO vorliegen würden. Nach dieser Bestimmung habe die Behörde im Fall des Ausschlusses von der Gewerbeausübung gemäß § 13 Abs. 1 oder 2 die Nachsicht von diesem Ausschluss zu erteilen, wenn nach der Eigenart der strafbaren Handlung und nach der Persönlichkeit des Verurteilten die Begehung dergleichen oder einer ähnlichen Straftat bei Ausübung des Gewerbes nicht zu befürchten sei. Die Nachsicht gemäß § 26 Abs. 1 GewO 1994 sei erst dann zu erteilen, wenn die in dieser Bestimmung genannte Befürchtung gar nicht besteht. Der Verwaltungsgerichtshof habe im Zusammenhang mit der Erteilung der Nachsicht gemäß § 26 Abs. 1 GewO 1994 ausgesprochen, dass diesbezüglich eine Prognoseentscheidung über das zukünftige Verhalten des Betroffenen zu treffen sei, bei der er auch auf seine Persönlichkeit bzw. auf sein Wohlverhalten abzustellen sei. Der Verwaltungsgerichtshof habe auch wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass bei Erstellung einer Zukunftsprognose der Verschaffung eines – im Rahmen einer mündlichen Verhandlung gewonnenen – persönlichen Eindrucks von der betreffenden Person besondere Bedeutung zukomme. Zum Beweis dafür, dass die Tat wegen derer der Bf mit Urteil des Landesgerichtes Linz vom

19. Jänner 2011 schon ca. dreißig Jahre zurück liege und der Bf sich seither wohl verhalten habe, werde die Beischaffung des Aktes X des Landsgerichtes Linz und die Einholung einer Strafregisterauskunft beantragt.
Der Verwaltungsgerichtshof hat zu der im Hinblick auf die zu erstellende Prognose gemäß § 26 Abs. 1 GewO 1994 insoweit inhaltsgleichen Bestimmung des § 87 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 ausgeführt, dass die Überlegungen des Gerichtes bei der Anwendung der bedingten Strafnachsicht gemäß § 43 Abs. 1 StGB nicht schematisch außer Betracht bleiben könnten. Vielmehr bedürfe es bei Vorliegen besonderer Umstände im Entziehungsverfahren näherer Erörterungen, weshalb ungeachtet der günstigen Prognose durch das Strafgericht die gesetzlichen Voraussetzungen für die Entziehung der Gewerbeberechtigung nach § 87 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 erfüllt seien. Diese Überlegungen würden in gleicher Weise für das Nachsichtsverfahren gelten. Die bedingte Verurteilung hätte daher ebenfalls berücksichtigt werden müssen. Bei der Frage, ob nach der Eigenart der strafbaren Handlung oder nach der Persönlichkeit des Verurteilten die Begehung dergleichen oder einer ähnlichen Straftat bei Ausübung des Gewerbes zu befürchten sei, sei das Wohlverhalten des Betroffenen zu berücksichtigen, wobei vor allem „auf den seit der Begehung der Delikte verstrichenen Zeitraum" abgestellt werde. Im gegenständlichen Fall sei eine einmalige Tatbegehung in untergeordneter Rolle vorgelegen, die mittlerweile fast dreißig Jahre zurückliege. Angesichts des erheblichen seit Tatbegehung verstrichenen Zeitraumes und des Umstandes, dass der Bf sich in diesem durchgehend Wohl verhalten habe, hätte dem Bf bedenkenlos eine positive Zukunftsprognose erteilt werden müssen. Die Erstbehörde hätte zufolge Vorliegens dieser Voraussetzungen für den Bf eine positive Prognoseentscheidung treffen müssen und ihm die Nachsicht vom bestehenden Ausschlussgrund erteilen müssen. Der angefochtene Bescheid leide daher an einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes. Nach dem gemäß § 44 VStG geltenden § 60 AVG seien in der Begründung eines Erkenntnisses die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen. Die Erstbehörde habe sich mit der entscheidungswesentlichen Frage der Nachsichtserteilung überhaupt nicht auseinandergesetzt und dazu weder Beweise aufgenommen noch Feststellungen getroffen. Sie habe es in rechtswidriger Weise unterlassen, sich im Rahmen einer mündlichen Verhandlung vom Bf ein persönliches Bild zu machen. Hätte die Erstbehörde zu dieser entscheidungswesentlichen Thematik Beweise aufgenommen und Feststellungen getroffen, hätte sie ohne weiteres zu einer für den Bf positiven Entscheidung kommen können. Der Erstbescheid sei daher mit relevanten Stoffsammel- und Begründungsmängel behaftet.

Die Verwaltungsbehörden seien zur Einhaltung des § 45 Abs. 3 AVG von Amts wegen verpflichtet, ohne dass es hierzu eines Antrages der Parteien bedürfte. Dem Grundsatz des Parteiengehörs entspreche es aber nicht, wenn die Behörde solche Tatsachen für die Begründung ihrer Entscheidung heranziehe, die der

Partei nicht vorher zur Stellungnahme zwecks Wahrung und Geltendmachung ihrer Rechte vorgehalten worden seien. Es sei mit dem einen rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahren tragenden Grundsätzen des Parteiengehörs und der freien Beweiswürdigung unvereinbar, ein Erkenntnis auf Beweismittel zu stützen, die der Partei nicht zugänglich seien. Die Erstbehörde habe den Bf vor Erlassung des gegenständlichen Bescheides nicht von den Verfahrensergebnissen in Kenntnis gesetzt und ihm auch keine Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt. Sie habe dem Bf damit in unzulässiger Weise das Recht gehört zu werden, genommen. Hätte die Erstbehörde dem Bf die Möglichkeit einer Stellungnahme eingeräumt, so hätte diese dartun und beweisen können, dass die Voraussetzungen für die Erteilung der Nachsicht vom Gewerbeausschlussgrund gemäß § 26 Abs. 1 GewO 1994 vorliegen und wäre es in diesem Fall nicht zur Erlassung des gegenständlichen Bescheides gekommen. Der erstinstanzliche Bescheid sei auch aus diesem Grund mit einer relevanten Rechtswidrigkeit behaftet.
Es werden daher die Anträge gestellt, der Beschwerde stattzugeben und den angefochtenen Bescheid dahingehend abzuändern, dass dem Bf die Gewerbeberechtigung „Verabreichung von Speisen in einfacher Art" erteilt wird, in eventu den angefochtenen Bescheid aufzuheben und die Sache zur neuerlichen Erledigung und Entscheidung an die Unterinstanz zurückzuverweisen.
Es wird beantragt, eine mündliche Berufungsverhandlung anzuberaumen sowie dem Bf gemäß § 26 Abs. 1 GewO 1994 die Nachsicht vom Gewerbeausschlussgrund zu erteilen.

3. Der Bürgermeister der Landeshauptstadt Linz hat die Beschwerde gemeinsam mit dem bezughabenden Verwaltungsverfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (LVwG Oö.) vorgelegt.

4. Das LVwG Oö. hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt, insbesondere in den Strafregisterauszug den Bf betreffend.

Da der entscheidungswesentliche Sachverhalt bereits aufgrund der Aktenlage feststeht und die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, konnte von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden. Für die Feststellung des relevanten Sachverhaltes ist die Einvernahme des Bf nicht relevant (siehe unter Punkt 5.2.).

4.1. Folgender Sachverhalt ist entscheidungswesentlich:

Mit Eingabe vom 10. Jänner 2017 wurde vom Bf das Gewerbe „Gastgewerbe in der Betriebsart Verabreichung von Speisen in einfacher Art und Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und von Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen, mit nicht mehr als 8 Verabreichungsplätzen" im Standort X, X, angemeldet.

Gleichzeitig mit der Anmeldung wurde vom Bf erklärt, dass gegen ihn keine noch nicht getilgte gerichtliche Verurteilung im Ausmaß einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten bzw. einer Geldstrafe von mehr als 180 Tagessätzen vorliegt. Diese Erklärung wurde vom Bf persönlich unterschrieben und mit 10. Jänner 2017 datiert.
Mit Urteil des Landesgerichtes Linz vom 19. Jänner 2011, rechtskräftig mit 19. Jänner 2011, wurde der Bf wegen der Vergehen nach § 142 Abs. 1 und § 143 2 Fall StGB sowie § 50 Abs. 1/4 Waffengesetz zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von zwanzig Monaten verurteilt, wobei die Freiheitsstrafe für eine Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen wurde. Die Tilgung tritt voraussichtlich mit 19. Jänner 2023 ein.

Mit Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 13. Jänner 2017, GZ: 0001384/17, wurde festgestellt, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Gewerbeanmeldung nicht vorliegen und wurde die Ausübung des Gewerbes untersagt.

Der hier entscheidungswesentliche Sachverhalt ergibt sich eindeutig aus dem Akteninhalt und den Angaben des Bf in der Beschwerde.

5. Hierüber hat das LVwG Oö. erwogen:

5.1. Gemäß § 13 Abs. 1 GewO 1994 sind natürliche Personen von der Ausübung eines Gewerbes ausgeschlossen, wenn sie

1. von einem Gericht verurteilt worden sind
   a) wegen betrügerischen Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen und Zuschlägen nach dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (§ 153d StGB), organisierter Schwarzarbeit (§ 153e StGB), betrügerischer Krida, Schädigung fremder Gläubiger, Begünstigung eines Gläubigers oder grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen (§§ 156 bis 159 StGB) oder
   b) wegen einer sonstigen strafbaren Handlung zu einer drei Monate übersteigenden Freiheitsstrafe oder zu einer Geldstrafe von mehr als 180 Tagessätzen und
2. die Verurteilung nicht getilgt ist.

Von der Ausübung eines Gastgewerbes sind natürliche Personen ausgeschlossen, wenn gegen sie eine nicht getilgte gerichtliche Verurteilung wegen Übertretung der §§ 28 bis 31a des Suchtmittelgesetzes, BGBl. I Nr. 112/1997, in der jeweils geltenden Fassung, vorliegt. Bei Geldstrafen, die nicht in Tagessätzen bemessen sind, ist die Ersatzfreiheitsstrafe maßgebend. Bei Verhängung einer Freiheitsstrafe und einer Geldstrafe sind Freiheitsstrafe und Ersatzfreiheitsstrafe zusammenzuzählen. Dabei ist ein Monat dreißig Tagen gleichzuhalten. Die

Bestimmungen dieses Absatzes gelten auch, wenn mit den angeführten Ausschlussgründen vergleichbare Tatbestände im Ausland verwirklicht wurden.

Gemäß § 340 Abs. 1 GewO 1994 hat die Behörde aufgrund der Anmeldung des Gewerbes (§ 339 Abs. 1) zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung des angemeldeten Gewerbes durch den Anmelder in dem betreffenden Standort vorliegen. Liegen die Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes vor und hat die Anmeldung nicht ein im Abs. 2 genanntes Gewerbe zum Gegenstand, so hat die Behörde den Anmelder längstens binnen drei Monaten in das Gewerberegister einzutragen und durch Übermittlung eines Auszuges aus dem Gewerberegister von der Eintragung zu verständigen. .... Als Tag der Gewerbeanmeldung gilt jener Tag, an welchem alle erforderlichen Nachweise (§ 339 Abs. 3) bei der Behörde eingelangt sind und die allenfalls erforderliche Feststellung der individuellen Befähigung gemäß § 19, eine erforderliche Nachsicht, eine Anerkennung gemäß § 373c oder eine Gleichhaltung gemäß § 373d oder § 373e rechtswirksam erfolgt ist. Als Mangel der gesetzlichen Voraussetzungen gilt auch, wenn der Firmenwortlaut im Hinblick auf den Inhalt des Gewerbes eine erhebliche Irreführung bedeuten würde.

Nach Abs. 3 dieser Bestimmung hat die Behörde, wenn die im Abs. 1 genannten Voraussetzungen nicht vorliegen, dies - unbeschadet eines Verfahrens nach § 366 Abs. 1 Z 1 - mit Bescheid festzustellen und die Ausübung des Gewerbes zu untersagen.

5.2. Aufgrund der durch das Landesgericht Linz erfolgten Verurteilung des Bf ist unstrittig der Gewerbeausschlussgrund des § 13 Abs. 1 GewO 1994 gegeben. Das Vorliegen des Ausschlussgrundes wird vom Bf auch nicht in Abrede gestellt, allerdings eingewendet, die Behörde hätte ihm hierzu Parteiengehör einräumen müssen. So hätte der Bf beweisen können, dass die Voraussetzungen für die Erteilung der Nachsicht vom Gewerbeausschlussgrund gemäß § 26 Abs. 1 GewO 1994 vorliegen würden.

Dieses Vorbringen ist nicht geeignet, den angefochtenen Bescheid mit Erfolg zu bekämpfen.
Nach der oben zitierten Bestimmung des § 340 Abs. 3 hat die Behörde, wenn die Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes nicht vorliegen, dies bescheidmäßig festzustellen und die Ausübung des Gewerbes ohne weitere Prüfung zu untersagen. Die Behörde hat in einem solchen Verfahren nicht von sich aus zu prüfen, ob möglicherweise die Voraussetzungen für eine Nachsichtserteilung gemäß § 26 Abs. 1 GewO 1994 vorliegen, da nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes eine derartige Nachsicht nur auf Antrag erteilt werden darf (VwGH 05.09.2001, 2001/04/0142).
Verwiesen wird in diesem Zusammenhang auch auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 28. September 2011, 2011/04/0148, wo

ausgesprochen wird, dass von der Gewerbebehörde ein Nachsichtsansuchen im Anmeldungsverfahren nicht zu berücksichtigen ist, wenn das Nachsichtsansuchen erst nach dem Zeitpunkt der Gewerbeanmeldung eingebracht wurde. Auch daraus ist eindeutig ableitbar, dass die belangte Behörde von sich aus keine Feststellungen zur Frage des Vorliegens etwaiger Nachsichtsgründe zu treffen hat.
Nach der Aktenlage wurde ein solches Nachsichtsansuchen vom Bf zum Zeitpunkt der Gewerbeanmeldung nicht gestellt. Aus diesem Grund waren von der belangten Behörde auch keinerlei Feststellungen hinsichtlich der Persönlichkeit des Verurteilten und des zukünftigen Verhaltens des Bf zu treffen. Dementsprechend gehen auch die Ausführungen des Bf zur fehlenden Wahrung des Parteiengehörs ins Leere. Anzumerken ist auch, dass dem Bf wohl seine rechtskräftige Verurteilung bekannt sein musste.

Aus den oben angeführten Sach- und Rechtsgründen war sohin spruchgemäß zu entscheiden.

Zu II.:

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung von der als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ab.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240.- Euro zu entrichten.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag.[a] Bismaier