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

Geschäftszeichen:
LVwG-851472/7/MS

Datum:
Linz, 3. September 2020

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 Dr. Süß über die Beschwerde der P GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, D, W, gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 13. Mai 2020, GZ: Ge-251-G-208-2020, betreffend die Untersagung des „Freien Gastronomiegewerbes“ nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 2. September 2020

zu Recht e r k a n n t :

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

Mit Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Wels (im Folgenden: belangte Behörde) vom 13. Mai 2020, GZ: Ge-251-G-208-2020, wurde festgestellt, dass die Voraussetzungen für die Ausübung des „Freien Gastronomiegewerbes“ durch die P GmbH (im Folgenden: Beschwerdeführerin) nicht vorliegen und wurde die Ausübung des Gewerbes untersagt.

Begründend wurde zusammengefasst ausgeführt, dass beim handelsrechtlichen Geschäftsführer, Herrn M K, aufgrund des Urteils des LG Wels vom 17. Oktober 2018, GZ: 011 HV 85/2018s, ein Gewerbeausschlussgrund gemäß § 13 Abs. 1 GewO vorliegt.

Gegen diesen Bescheid, der der Beschwerdeführerin am 15. Mai 2020 zugestellt worden ist, richtet sich die mit anwaltlichem Schriftsatz vom 10. Juni 2020 verfasste rechtzeitig eingebrachte Beschwerde, in der beantragt wurde, den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und das Verfahren betreffend Untersagung der Ausübung des Gewerbes einzustellen, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen und im Sinn des § 29 VwGVG jedenfalls eine schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses zuzustellen.

Als Beschwerdegründe wurden Verfahrensfehler, die Rechtswidrigkeit des Inhalts/Ergänzungsbedürftigkeit und unrichtige rechtliche Beurteilung geltend gemacht.

Zusammengefasst wurde ausgeführt, die belangte Behörde habe es verabsäumt, der Beschwerdeführerin im Rahmen des Parteiengehörs die Untersagung zur Kenntnis zu bringen und habe dieser damit die Möglichkeit genommen, hierzu eine Stellungnahme abzugeben. Weiters habe die belangte Behörde keinerlei Feststellungen zur strafbaren Handlung getroffen, sondern lediglich auf die Verurteilung verwiesen. Darüber hinaus habe die belangte Behörde das Wohlverhalten der Beschwerdeführerin im seit der Deliktsbegehung verstrichenen Zeitraum (mehr als 2 Jahre) nicht berücksichtigt.

Mit Schreiben vom 4. August 2020 und unter Beifügung des Verfahrensaktes legte die belangte Behörde die ggst. Beschwerde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor und gab gleichzeitig bekannt, dass auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet wird. Beantragt wurde die Beschwerde als unbegründet abzuweisen. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

Damit ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich zur Entscheidungsfindung (Art. 130 Abs. 1 Z 1 iVm 131 Abs. 1 B-VG iVm § 3 VwGVG). Gemäß Art. 135 Abs. 1 erster Satz B-VG iVm § 2 VwGVG entscheidet das Landesverwaltungsgericht durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

Beweis wurde erhoben durch die Einsichtnahme in den von der belangten Behörde vorgelegten Verfahrensakt sowie durch die Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung am 2. September 2020, an der Vertreterinnen der belangten Behörde teilnahmen.

Es steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:
Die P GmbH, FB-Nr: x, meldete am 12. Mai 2020 das Gewerbe „Freies Gastrogewerbe“ im Standort W, S an und erklärte, dass kein Gewerbeausschlussgrund im Sinn des § 13 Gewerbeordnung 1994 vorliegt (Gewerbeanmeldung).

Der gewerberechtliche Geschäftsführer ist Herr A K, geb. x, wohnhaft K, Z (Gewerbeanmeldung, Auszug Firmenbuch).

Als handelsrechtlicher Geschäftsführer fungiert Herr M K (Auszug Firmenbuch).

Über den handelsrechtlichen Geschäftsführer scheinen folgende Verurteilungen auf:
01) LG Wels 011 HV 163/2016h vom 23.01.2017, RK 27.01.2017
§ 15 StGB § 105 (1) StGB
Datum der (letzten) Tat 24.09.2016
Freiheitsstrafe 3 Monate, bedingt, Probezeit 3 Jahre

Probezeit verlängert auf insgesamt 5 Jahre
LG Wels 011 HV 85/2018s vom 17.10.2018

02) LG Wels 011 HV 85/2018s vom 17.10.2018 RK 17.10.2018
§§ 83 (1), 84 (4) StGB
Datum der (letzten) Tat 13.01.2018
Freiheitsstrafe 18 Monate, bedingt, Probezeit 3 Jahre

Nach dem derzeitigen Stand der Strafregistereintragung(en) ... ist der Tilgungszeitraum (zur Zeit) nicht errechenbar (Auszug Strafregister).

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich zweifelsfrei aus dem vorgelegten Akt der belangten Behörde, insbesondere aus den in den Klammern angeführten Beweismitteln.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:
Gemäß § 13 Abs. 1 Z. 1 lit. b und Z. 2 GewO sind natürliche Personen von der Ausübung eines Gewerbes ausgeschlossen, wenn sie von einem Gericht wegen einer sonstigen strafbaren Handlung zu einer drei Monate übersteigenden Freiheitsstrafe oder zu einer Geldstrafe von mehr als 180 Tagessätzen verurteilt worden sind und die Verurteilung nicht getilgt ist.

Gemäß § 13 Abs. 7 GewO sind andere Rechtsträger als natürliche Personen von der Ausübung des Gewerbes ausgeschlossen, wenn eine natürliche Person, der ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte des betreffenden Rechtsträgers zusteht, gemäß Abs. 1 bis 3, 5 oder 6 von der Gewerbeausübung ausgeschlossen ist. Trifft auf die natürliche Person ein Ausschlussgrund gemäß Abs. 4 zu, ist der betreffende Rechtsträger nur von der Ausübung eines Gewerbes, das Tätigkeiten der Versicherungsvermittlung beinhaltet, ausgeschlossen. Abs. 1 letzter Satz gilt sinngemäß.

Gemäß § 340 Abs. 1 GewO hat die Behörde auf Grund 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 in Abs. 2 genanntes Gewerbe zum Gegenstand, so hat die Behörde den Anmelder längstens binnen drei Monaten in das GISA einzutragen und durch Übermittlung eines Auszugs aus dem GISA von der Eintragung zu verständigen. Ist im Zeitpunkt der Gewerbeanmeldung ein Verfahren über eine erforderliche Nachsicht, eine Anerkennung gemäß § 373c oder eine Gleichhaltung gemäß § 373d oder § 373e anhängig, so hat die Behörde die innerhalb der im zweiten Satz festgelegten dreimonatigen Frist rechtskräftig erteilte Nachsicht, Anerkennung oder Gleichhaltung zu berücksichtigen. 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.

Gemäß § 340 Abs. 3 GewO hat die Behörde, wenn die im Abs. 1 genannten Voraussetzungen nicht vorliegen, - unbeschadet eines Verfahrens nach § 366

Abs. 1 Z 1 - dies mit Bescheid festzustellen und die Ausübung des Gewerbes zu untersagen.

Dem alleinigen handelsrechtlichen Geschäftsführer einer GmbH kommt schon mit Hinblick auf deren rechtliche Organisationsform ein maßgeblicher Einfluss iSd § 1 Abs. 2 GewO zu (VwGH 2.5.2018, Ra 2018/03/0040 mit Hinweis auf VwGH 29.3.1994, 91/04/0017).

Herr M K ist alleiniger handelsrechtlicher Geschäftsführer der GmbH und kommt ihm damit auch ein maßgeblicher Einfluss iSd § 1 Abs. 2 GewO zu.

Ein Ausschlussgrund ist bei rechtskräftiger Verurteilung wegen einer der in Abs. 1 Z. 1 lit. a und b aufgezählten Straftatbestände gegeben.

Unter lit. b fallen sonstige strafbare Handlungen mit einer drei Monate übersteigenden Freiheitsstrafe oder zu einer Geldstrafe von mehr als 180 Tagessätzen. Dies sind beispielsweise auch Delikte gegen Leib und Leben oder aber auch Suchtgiftdelikte. Entscheidend ist nicht der abstrakte gesetzliche Strafrahmen, sondern das im Einzelfall vom Gericht verhängte Strafausmaß (G/S/W, § 13 Rz 14).
Gerichtliche Aussprüche über die bedingte Strafnachsicht sind bei der Beurteilung des Vorliegens eines Ausschlussgrundes nicht von Relevanz (VwGH 3.9.2008, 2008/04/0121).

Nach dem Strafregisterauszug steht fest, dass der handelsrechtliche Geschäftsführer der Beschwerdeführerin rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt worden ist. Dass die Freiheitsstrafe bedingt unter einer Probezeit von 3 Jahren ausgesprochen wurde, ist nicht von Relevanz. Somit steht fest, dass ein Ausschlussgrund vorliegt und daher die Voraussetzung für die Ausübung des angemeldeten Gewerbes nicht vorliegt.

Zum Vorbringen der Beschwerdeführerin, sie sei von der Behörde ihrer Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme beraubt worden, da diese das Parteiengehör nicht gewahrt habe, ist zum Einen festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin im Zuge der Gewerbeanmeldung zu prüfen gehabt hat, ob die Voraussetzungen für das angemeldete Gewerbe (auch hinsichtlich Personen, die maßgeblichen Einfluss haben) vorliegen, und hat die Beschwerdeführerin in der Anmeldung erklärt, dass kein Ausschlussgrund vorliegen würde, was entweder bedeuten würde, dass die Beschwerdeführerin ihrer Prüfverpflichtung nicht nachgekommen ist oder sie die Erklärung, dass alle Voraussetzungen vorliegen wider besseren Wissens abgegeben hat. Darüber hinaus konnte die Beschwerdeführerin in der Beschwerde Stellung nehmen, was eine Heilung eines allfällig vorliegenden Verfahrensmangels bewirken würde.

Zum Vorbringen der Beschwerdeführerin, die belangte Behörde habe lediglich das Urteil zitiert und habe keine Feststellungen zur strafbaren Handlung getroffen, ist festzustellen, dass es für das Vorliegen eines Ausschlussgrundes im Sinn des § 13 Abs. 1 Z. 2 GewO lediglich auf das dort festgesetzte Strafausmaß ankommt und nicht auf eine bestimmte strafbare Handlung („sonstige strafbare Handlung“) abgestellt wird.

Zum Vorbringen, die belangte Behörde habe das seit der Verurteilung vorliegende Wohlverhalten des Beschwerdeführers nicht berücksichtigt, ist auszuführen, dass dieses bei der Feststellung des Ausschlussgrundes nicht zu berücksichtigen ist, da es nach der anzuwendenden gesetzlichen Bestimmung nur auf das Vorliegen einer Verurteilung zu einer drei Monate übersteigenden Freiheitsstrafe wegen einer sonstigen strafbaren Handlung und die mangelnde Tilgung dieser Verurteilung ankommt. Ein allfällig zwischenzeitlich vorliegendes Wohlverhalten ist daher nicht zu berücksichtigen.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass beim handelsrechtlichen Geschäftsführer der Beschwerdeführerin ein Ausschließungsgrund (§ 13 Abs. 1 Z. 1 lit. b und Z. 2 GewO) vorliegt, der zwingend zur Feststellung desselben und der Untersagung der Gewerbeausübung zu führen hat, womit im Ergebnis die Beschwerde als unbegründet abzuweisen ist.

Somit war spruchgemäß zu entscheiden.

IV. 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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

Gegen diese Entscheidung 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 Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Süß