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-851711/2/KPe

Datum:
Linz, 15. März 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Dr. Pernsteiner über die Beschwerde des G R, R X, X L, gegen den Bescheid des Bürgermeister der Landeshauptstadt Linz, c/o Magistrat der Landeshauptstadt Linz, Hauptstraße 1-5, 4041 Linz vom 08.02.2022 GZ: 0027101/2022, betreffend Untersagung der Ausübung des Gewerbes „Personenbetreuung“

zu Recht:

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:

Der Bürgermeister der Stadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) hat mit Bescheid vom 08.02.2022, GZ: 0027101/2022, aufgrund der Gewerbeanmeldung des G R (im Folgenden: Beschwerdeführer) vom 05.02.2022 betreffend das Gewerbe „Personenbetreuung“ im Standort R X, X L, festgestellt, dass die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorliegen und gleichzeitig die Ausübung dieses Gewerbes gemäß § 340 Abs. 3 iVm § 13 Abs. 1 Gewerbeordnung 1994 (im Folgenden: GewO 1994) untersagt.

Begründend wurde von der belangten Behörde ausgeführt, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Gewerbeausübung nicht vorliegen, weil im Strafregister des Beschwerdeführers folgende Eintragung aufscheint:
LG Linz X vom 20.01.2015 RK 21.01.2015
Freiheitsstrafe 18 Monate, bedingt, Probezeit 3 Jahre
Aufgrund dieser Verurteilung liege ein Gewerbeausschlussgrund vor, sodass die Ausübung des Gewerbes zu untersagen sei.

Der Beschwerdeführer hat gegen den ihm am 09.02.2022 zugestellten verfahrensgegenständlichen Bescheid mittels Schriftsatz vom 28.02.2022 Beschwerde erhoben und darin ausgeführt:

> „*Die Ablehnung, des Gewerbes ‚Personenbetreuung‘ wurde zu Unrecht abgewiesen! Zuerst wurde mir ein Gewerbe ‚Mystery Guest‘ zugelassen und jetzt, wo ich mein erlernten Beruf, selbständig ausüben möchte, wird es abgelehnt. Das ist nicht fair und auch nicht gerecht.*
>
> *Ich bin arbeitswillig und möchte älteren Menschen helfen wo es geht.*
> *Wie erwähnt, sind die Vorstrafen bereits getilgt und somit erledigt. Das Sie noch im Strafregister stehen, kann schon möglich sein. Sie werden erst nach einem Jahr gelöscht, jedoch noch immer kein Grund, einem das Gewerbe zu untersagen, wo man hilfsbedürftige helfen kann! In meinem Alter (52 Jahre) ist es nicht leicht einen Job zu finden.*
>
> *Das gelernte, will ich umsetzen um meinem Sozialen Dienst, gerecht zu werden. Daher ersuche ich Sie, mir das Gewerbe zu bewilligen!*
> *Abgemeldet wird er nicht so schnell!*
>
> *Im Anhang sende ich Ihnen erneut den Nachsicht-Antrag und eine erneute Gewerbeanmeldung zu.*"

Mit Schreiben vom 28.02.2022 (eingelangt am 03.03.2022) legte die belangte Behörde die Beschwerde samt angeschlossenem Behördenakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor und beantragte, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen. Von der Möglichkeit, eine Beschwerdevorentscheidung zu erlassen, wurde kein Gebrauch gemacht.

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

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1 Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den von der belangten Behörde vorgelegten Verfahrensakt, aus dem sich folgender entscheidungsrelevanter S a c h v e r h a l t zweifelsfrei ableiten ließ:

Mit Urteil des Landesgerichts Linz vom 20.01.2015 wurde der Beschwerdeführer wegen des Vergehens nach § 297 Abs. 1 2. Satz StGB (Verleumdung) und des Vergehens nach § 125 StGB (Sachbeschädigung) zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten bedingt und einer Probezeit von 3 Jahren sowie Einweisung in eine Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher gemäß § 21 Abs. 2 StGB bedingt, und einer Probezeit von 5 Jahren verurteilt, wobei mit 08.02.2018 die Freiheitsstrafe und mit 07.02.2020 die Anstaltsunterbringung endgültig nachgesehen wurden.

Weiters wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Linz vom 11.09.2018 der Beschwerdeführer wegen des Vergehens nach § 223 Abs. 2 StGB (Gebrauch einer gefälschten Urkunde) und des Vergehens nach § 15 StGB, § 146 StGB (versuchter Betrug) zu einer Freiheitsstrafe von 2 Monaten, bedingt, und einer Probezeit von 3 Jahren, verurteilt. Am 07.01.2022 wurde dem Beschwerdeführer die Freiheitsstrafe endgültig nachgesehen.

Die Tilgung der Strafregistereintragungen wird nach derzeitigem Stand voraussichtlich mit 11.09.2028 eintreten, die Auskunftsbeschränkung ist ausgeschlossen.

Mit Eingabe vom 05.02.2022 (datiert mit 04.02.2022) meldete der Beschwerdeführer das (freie) Gewerbe der Personenbetreuung im Standort X L, R X an. Diesem Antrag wurde beigelegt eine mit 04.02.2022 unterfertigte “Erklärung über das Fehlen von Ausschussgründen gem. § 13 GewO 1994”. Darin

erklärte der Beschwerdeführer unter anderem, dass keine noch nicht getilgten gerichtlichen Verurteilungen im Ausmaß einer Freiheitsstrafe von mehr als 3 Monaten bzw. einer Geldstrafe von mehr als 180 Tagessätzen vorliegen.

Mit Eingabe vom 15.02.2022 stellte der Beschwerdeführer folgenden Antrag an die belangte Behörde:

> "*Betreff: Nachsicht um bereits beantragtes Gewerbe / Personenbetreuung*
>
> *[...]*
> *Daher ersuche ich um Nachsicht! Die im Strafregister noch aufscheinenden Urteile, sind bereits getilgt und somit erledigt. Die Löschung wird von mir beantragt!*
> *[...]*"

II.2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorgelegten Akt der belangten Behörde, insbesondere der Gewerbeanmeldung durch den Beschwerdeführer, des Strafregisterauszuges vom 08.02.2022, der weiteren Eingabe des Beschwerdeführers vom 15.02.2022 und der vorgelegten Beschwerde.

II.3. Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte abgesehen werden, da diese einerseits nicht beantragt wurde (§ 24 Abs. 1, 3 VwGVG) und andererseits der entscheidungsrelevante Sachverhalt bereits aufgrund der Aktenlage unwidersprochen feststand, sodass eine weitere Klärung des Sachverhalts im Rahmen einer mündliche Verhandlung nicht zu erwarten war.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

Gemäß § 13 Abs. 1 Z 1 lit. b und Z 2 GewO 1994 sind natürliche Personen von der Ausübung eines Gewerbes ausgeschlossen, wenn sie wegen einer sonstigen [Anmerkung: nicht unter lit. a fallenden] strafbaren Handlung zu einer drei Monate übersteigenden Freiheitsstrafe oder zu einer Geldstrafe von mehr als 180 Tagessätzen von einem Gericht verurteilt worden sind und die Verurteilung nicht getilgt ist. Diese Bestimmung gilt 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 GewO 1994) 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 § 373e oder eine Gleichhaltung gemäß § 373d oder § 373e rechtswirksam erfolgt ist. Als Mangel der gesetzlichen Voraussetzung gilt auch, wenn der Firmenwortlaut im Hinblick auf den Inhalt des Gewerbes eine erhebliche Irreführung bedeuten würde.

Gemäß § 340 Abs. 3 GewO 1994 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.

Nach dem Strafregisterauszug steht fest, dass der Beschwerdeführer rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten bedingt unter einer Probezeit von 3 Jahren (Landesgericht Linz, Zl. X) verurteilt worden ist und die Strafe noch nicht getilgt worden ist.

Der Beschwerdeführer hat diese der Verurteilung zugrunde liegenden Straftaten rechtswidrig und schuldhaft begangen. Sohin liegt der Gewerbeausschlussgrund des § 13 Abs. 1 lit. b iVm Z 2 GewO 1994 vor. In einem solchen Fall hat die Behörde gemäß § 340 Abs. 3 GewO 1994 festzustellen, dass die Voraussetzungen für die Anmeldung des Gewerbes nicht vorliegen und die Ausübung des Gewerbes zu untersagen.

Wenn der Beschwerdeführer in der Beschwerde von einer Tilgung ausgeht, ist ihm zu entgegnen, dass (nur) die Freiheitsstrafen nachgesehen wurden. Davon zu unterscheiden ist die Tilgung, die für begangene Straftaten nach Maßgabe des Tilgungsgesetzes eintritt. Aus dem Strafregisterauszug vom 08.02.2022 ist ersichtlich, dass diese Tilgung noch nicht eingetreten ist - dies wird voraussichtlich mit 11.09.2028 erfolgen.

Mit Eingabe vom 15.02.2022 hat der Beschwerdeführer bei der belangten Behörde einen Antrag gem. § 26 Abs. 1 GewO 1994 auf Nachsicht von den Voraussetzungen für die Ausübung von Gewerben gestellt. Gemäß § 340 Abs. 1

GewO 1994 hat die belangte Behörde dies bei ihrer Entscheidung über die Gewerbeanmeldung nur dann zu berücksichtigen, wenn das Nachsichtsverfahren zum Zeitpunkt der Gewerbeanmeldung bereits anhängig war oder ein entsprechender Antrag zumindest gleichzeitig eingebracht wurde. Im gegenständlichen Fall wurde der Antrag auf Nachsichtgewährung aber nach der Gewerbeanmeldung eingebracht. In einem solchen Fall greift das beschriebene Berücksichtigungsgebot nicht; die belangte Behörde hat gem. § 340 Abs. 3 vorzugehen und die Gewerbeausübung zu untersagen (vgl. *Raschauer* in *Ennöckl/Raschauer/Wessely*, Rz 20 zu § 340 GewO). Wurde das Nachsichtsansuchen erst nach dem Zeitpunkt der Gewerbeanmeldung eingebracht, ist es zufolge § 340 Abs. 1 3. Satz GewO 1994 (arg: "Ist im Zeitpunkt") von der Gewerbebehörde im gegenständlichen Anmeldungsverfahren nicht zu berücksichtigen (vgl. VwGH vom 28.09.2011, 2011/04/0148 mit Hinweis auf den Ausschussbericht 420 BlgNR XXIII. GP Seite 14 zur GewO-Novelle BGBl. I Nr. 42/2008, sowie Grabler/Stolzlechner/Wendl, aaO, Rz 19 zu § 340).

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass beim Beschwerdeführer ein Ausschlussgrund (§ 13 Abs. 1 Z 1 lit. b und Z 2 GewO 1994) vorliegt, der zwingend zur Feststellung desselben und der Untersagung der Gewerbeausübung zu führen hat, womit im Ergebnis die Beschwerde als unbegründet abzuweisen ist.

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

Mag. Dr. Pernsteiner