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-851842/4/MS

Datum:
Linz, 1. Juni 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Süß über die Beschwerde der H KG, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. S, Adresse, gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 28. Februar 2023, GZ: 0014840/2023, betreffend die Feststellung des Nichtvorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen und Untersagung der Gewerbeausübung nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

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:

Mit Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) vom 28. Februar 2023, GZ: 0014840/2023, wurde festgestellt, dass die Voraussetzungen zur Gewerbeanmeldung der H KG, Firmenbuchnummer x für das Gewerbe “Handelsgewerbe mit Ausnahme des reglementierten Handelsgewerbes und Handelsagent“ im Standort Adresse, Österreich nicht vorliegen und wurde daher die Ausübung dieses Gewerbes untersagt.

Begründend wurde ausgeführt, im Strafregister der unbeschränkt haftenden Gesellschafterin und gewerberechtlichen Geschäftsführerin schienen unter Punkt 2 und 3 Verurteilungen auf, weshalb Gewerbeausschlussgründe vorlägen.

Gegen diesen Bescheid, der der Beschwerdeführerin am 2. März 2023 zugestellt wurde, richtet sich die vom Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin am 24. März 2023 verfasste und rechtzeitig eingebrachte Beschwerde, in der beantragt wird, den angefochtenen Bescheid aufzuheben und dahingehend abzuändern, dass der H KG die Gewerbeberechtigung des Gewerbes „Handelsgewerbe m. Ausn. regl. Handelsgewerbe und Handelsagent“ erteilt wird und eine mündliche Verhandlung durchzuführen.

Begründend wurde ausgeführt, die belangte Behörde habe das Gesetz unrichtig ausgelegt und entgegen bestehender höchstgerichtlicher Judikatur entschieden.
§ 13 Abs. 1 letzter Satz GewO besage, dass natürliche Personen, die gemäß § 28 SMG verurteilt worden seien, nur von der Ausübung eines Gastgewerbes ausgeschlossen seien. Im ggst. Fall übe die nunmehr 24-jährige S H ein Handelsgewerbe aus, was vom Wortlaut des § 13 Abs. 1 letzter Satz GewO nicht mitumfasst sei. Ein Gewerbeausschluss würde einem gänzlichen Berufsverbot gleichkommen und sei daher unzulässig. Die übertretenen Rechtsvorschriften bzw. Schutzinteressen (Suchtmittel) stünden auch in keinerlei Zusammenhang mit dem beabsichtigten Gewerbe.

Mit Schreiben vom 27. März 2023 und unter gleichzeitiger Übermittlung des Verfahrensaktes legte die belangte Behörde die ggst. Beschwerde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor und beantragte unter gleichzeitiger Bekanntgabe eines Verhandlungsverzichts die Beschwerde als unbegründet abzuweisen. Von der Möglichkeit der Beschwerdevorentscheidung wurde kein Gebrauch gemacht.
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 vorliegenden Verwaltungsakt der belangten Behörde und durch die Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 25. Mai 2023, an der die Frau H und ihr Rechtsvertreter teilnahmen. Die belangte Behörde blieb der Verhandlung fern.
Als Zeuge wurde M H einvernommen.

Es liegt folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt vor:
Mit Eingabe vom 27. Februar 2023 meldete die H KG das Gewerbe „Handelsgewerbe mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe und Handelsagent“ mit 1. März 2023 am Standort Adresse an.

In dieser Anmeldung wurde als Peron mit maßgebendem Einfluss auf die Rechtsträgerin bzw. den Rechtsträger H S, geboren am x, österreichische Sozialversicherungsnummer: x angegeben und weiters bekannt gegeben, dass die Geschäftsführerin bzw. der Geschäftsführer in den letzten fünf Jahren durchgehend in Österreich gewohnt hat.
Der Anmeldung war eine Erklärung für gewerberechtliche Geschäftsführer angeschlossen, aus der hervorgeht, dass sich die Geschäftsführerin in Ausübung des in Rede sehenden Rechtes im Betrieb 40 Stunden wöchentlich betätigen wird und sie mit der Bestellung als Geschäftsführerin sowie mit der Erteilung der dem § 39 Abs. 1 GewO entsprechenden, selbstverantwortlichen Anordnungsbefugnis einverstanden ist. Ebenso erklärte Frau H, dass gegen Sie keine § 13 Abs. 1 GewO entsprechende nicht getilgte gerichtliche Verurteilung vorliegt und kein vergleichbarer Tatbestand im Ausland gesetzt wurde.

Gegen Frau H scheinen u.a. folgende Verurteilungen auf:

- LG Linz 033 HV 17/2018y vom 25.04.2018 RK 30.04.2018
  § 28 (1) 5. Fall SMG
  Datum der (letzten) Tat 30.10.2017
  Freiheitsstrafe 10 Monate, bedingt, Probezeit 3 Jahre
  Junge Erwachsene

  zu LG Linz 033 HV 17/2018y RK 30.04.2018
  Probezeit verlängert auf insgesamt 5 Jahre
  LG Linz 037 HV 40/2018k vom 21.10.2018

- LG Linz 037 HV 40/2018k vom 24.10.2018 RK 24.10.2018
  § 146 StGB § 12 3. Fall StGB
  § 28a (1) 5. Fall SMG § 12 3. Fall StGB
  § 27 (1) 7. Fall SMG
  § 15 StGB § 299 (1) StGB
  § 288 (1) StGB
  §§ 27 (1) Z 1 1.2 Fall, 27 (2) SMG
  Datum der (letzten) Tat 06.06.2018
  Freiheitsstrafe 15 Monate, davon Freiheitsstrafe 10 Monate, bedingt, Probezeit 3 Jahre
  Junge Erwachsene

  zu LG Linz 037 HV 40/2018k RK 24.10.2018
  (Teil der) Freiheitsstrafe nachgesehen, bedingt, Probezeit 3 Jahre
  LG Linz 037 HV 40/2018k vom 03.04.2020

  LG Linz 037 HV 40/2018k RK 24.10.2018
  (Teil der) Freiheitsstrafe nachgesehen, endgültig
  LG Linz 037 HV 40/2018k vom 11.11.2021

Hinsichtlich der angeführten Verurteilungen ist noch keine Tilgung eingetreten.

Frau H wird für die Beschwerdeführerin gleichzeitig als handelsrechtliche als auch als gewerberechtliche Geschäftsführerin tätig.

Ein Antrag auf Erteilung einer Nachsicht auf der Grundlage des § 26 GewO 1994 liegt nicht vor.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem von der belangten Behörde vorgelegten Verfahrensakt, insbesondere aus der Gewerbeanmeldung und aus dem Strafregisterauszug.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

Gemäß § 13 Abs. 1 GewO 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 § 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.

Als handelsrechtlicher Geschäftsführerin kommt Frau H ein maßgeblicher Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte der Beschwerdeführerin zu (vgl. VwGH vom 20.10.2004, 2004/04/0051).

In der vorliegenden Beschwerde wird im Wesentlichen vorgebracht, dass die hier vorliegenden Verurteilungen wegen Verstoßes gegen das Suchtmittelgesetz nur dann schlagend werden, wenn beabsichtigt ist, das Gastgewerbe auszuüben, was gegenständlich jedoch nicht der Fall sei, die Beschwerdeführerin habe ggst. das Handelsgewerbe angemeldet.
Unter § 13 Abs. 1 Z. 1 lit. b GewO fallen sonstige strafbare Handlungen zu 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.
Gerichtliche Aussprüche über die bedingte Strafnachsicht sind bei der Beurteilung des Vorliegens eines Ausschlussgrundes nicht von Relevanz (VwGH 3.9.2008, 2008/04/0121).
Die Ausübung des Gastgewerbes unterliegt zusätzlich besonderen Ausschlussgründen. Natürliche Personen sind von der Ausübung dieses Gewerbes ausgeschlossen, wenn gegen sie eine nicht getilgte Verurteilung von bestimmten Suchtgiftdelikten – welche im Gastgewerbe häufig anzutreffen sind – vorliegt. Darunter fallen Vorbereitung zum Suchtgifthandel (§ 28 SMG), Suchtgifthandel (§ 29 SMG), unerlaubter Umgang mit psychotropen Stoffen (§ 30 SMG), Vorbereitung des Handels mit psychotropen Stoffen (§ 31 SMG) und Handel mit

psychotropen Stoffen (§ 31a SMG). Diese Delikte stellen unabhängig vom Strafausmaß Ausschlussgründe dar (vgl. Werinos in Ennöckl/Raschauer/Wessely, GewO § 13 (Stand 1.1.2015, rdb.at).

Wie unter II. angeführt wurden gegen die Geschäftsführerin der Beschwerdeführerin Freiheitsstrafen von einmal 10 Monaten und einmal 15 Monaten und somit jeweils eine drei Monate übersteigende Freiheitsstrafe verhängt. Der gerichtliche Ausspruch über eine bedingte bzw. teilbedingte Strafnachsicht sind hier nicht von Belang.
Wie unter II. festgestellt ist hinsichtlich der hier einschlägigen Verurteilungen noch keine Tilgung eingetreten.

Der letzte Absatz des § 13 Abs. 1 GewO enthält für die Ausübung des Gastgewerbes zusätzliche Ausschließungsgründe im Hinblick auf bestimmte Suchtgiftdelikte und unabhängig vom verhängten Strafmaß, weshalb das oben angeführte Beschwerdevorbringen ins Leere geht.

In der mündlichen Verhandlung wurde ergänzend vorgebracht, dass die belangte Behörde nicht zwingend die Untersagung der Gewerbeausübung auszusprechen hat, da ihr ein Ermessenspielraum eingeräumt wird, was sich aus § 26 GewO ergebe, der besage, dass die Behörde im Falle eines Ausschlusses von der Gewerbeausübung die Nachsicht von diesem Ausschluss dann zu erteilen habe, wenn nach der Eigenart der strafbaren Handlung und der Persönlichkeit des Verurteilten die Begehung einer gleichen oder ähnlichen Tat bei der Ausübung ihres Handelsgewerbes nicht zu befürchten ist.
Der Beschwerdeführerin ist dahingehend zuzustimmen, dass die zuständige Behörde bei Vorliegen der in § 26 GewO normierten Voraussetzungen die Nachsicht zu erteilen hat, also bei Vorliegen der Voraussetzungen einen Rechtsanspruch auf die Erteilung der Nachsicht besteht. Die Beschwerdeführerin übersieht jedoch bei ihrem Vorbringen, dass ein Verfahren zur Erteilung einer Nachsicht eines entsprechenden Antrages bedarf, der ggst. jedoch nicht vorliegt. Somit kann auch dieses Vorbringen nicht zum Erfolg führen.

Damit steht fest, dass bei der handelsrechtlichen/gewerberechtlichen Geschäftsführerin der Beschwerdeführerin ein Ausschließungsgrund nach § 13 Abs. 1 Z. 1 lit. b GewO vorliegt und war daher die Ausübung des angezeigten Gewerbes zu untersagen. Damit ist im Ergebnis die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.
Damit ist 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