

# TE Vwgh Erkenntnis 2009/1/14 2005/04/0148

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 14.01.2009

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
50/01 Gewerbeordnung;

## Norm

AVG §56;  
GewO 1994 §2 Abs1 Z8;  
GewO 1994 §340 Abs1;  
GewO 1994 §340 Abs3;  
GewO 1994 §5;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstädl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Eisner, über die Beschwerde der W GmbH in L, vertreten durch Mag. Ralf Mössler, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Singerstraße 11/7, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Kärnten vom 10. Mai 2005, Zl. 7-G-GWB- 901/4/04, betreffend Untersagung der Gewerbeausübung, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die beschwerdeführende Partei hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Die beschwerdeführende Partei ist eine juristische Person und hat mit Antrag vom 1. Februar 2003 das Gewerbe "Vermittlung von Gewinnspielen" bei der Gewerbebehörde angemeldet. Als gewerberechtlicher Geschäftsführer wurde Herr D.W. bekannt gegeben. Mit Schreiben vom 8. April 2003 hat die beschwerdeführende Partei die beabsichtigte Tätigkeit wie folgt beschrieben:

"Wir möchten Ihnen mitteilen, dass wir ein Dienstleistungsunternehmen sind. Wir suchen für unsere Kunden jeden Monat 'zig' Gewinnspiele von bekannten Markenartikel-Herstellern und Dienstleistern aus und melden unsere Kunden in Ihrem Namen an allen kostenlosen Gewinnspielen an. Durch die Vielzahl an Anmeldungen bei den verschiedensten

Gewinnspielen erhöht sich für unsere Kunden die Gewinnmöglichkeit enorm. Unsere Kunden zahlen für unsere Leistung eine monatliche Servicegebühr."

Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid wurde gemäß § 340 Abs. 3 iVm § 13 Abs. 1 Z. 1 lit. b und Z. 2 sowie § 13 Abs. 7 GewO 1994 festgestellt, dass die gesetzlichen Voraussetzungen zur Ausübung des genannten Gewerbes nicht vorlägen und der beschwerdeführenden Partei gleichzeitig die Ausübung dieses Gewerbes untersagt.

In der Begründung stellte die belangte Behörde fest, dass der als Geschäftsführer benannte D.W. im Jahr 1999 vom Amtsgericht Frankfurt am Main wegen Anstiftung zur Veruntreuung gemäß § 266 des (deutschen) STGB zu einer bedingten Freiheitsstrafe von einem Jahr rechtskräftig verurteilt worden sei (nach dem aktenkundigen Strafregisterauszug tritt die Tilgung voraussichtlich mit 29. März 2011 ein). Auf die beschwerdeführende Partei als juristische Person treffe daher der Gewerbeausschlussgrund des § 13 Abs. 7 GewO 1994 zu, weil D.W. als Geschäftsführer der beschwerdeführenden Partei, somit als Person mit maßgebendem Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte, rechtskräftig zu einer drei Monate übersteigenden Freiheitsstrafe im Sinne des § 13 Abs. 1 Z. 1 lit. b leg. cit. verurteilt worden sei. Dem Einwand der beschwerdeführenden Partei in der Berufung, die Gewerbebehörde müsse im Hinblick auf die genannte Verurteilung gemäß § 26 Abs. 1 GewO 1994 die Nachsicht vom Gewerbeausschluss erteilen, weil die Verurteilung bereits Jahre zurück liege und zur Gänze bedingt nachgesehen werden und weil eine Wiederholung der Tat nicht anzunehmen sei, sei entgegen zu halten, dass die Nachsicht vom Ausschluss von der Gewerbeausübung bis zum Zeitpunkt der Anmeldung des Gewerbes hätte erfolgen müssen. Da der Anmeldung eines Gewerbes konstitutiver Charakter zukomme, sei bei der Feststellung gemäß § 340 GewO 1994 zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen im Zeitpunkt der Gewerbeanmeldung vorgelegen seien (Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 2. Dezember 1983, ZI. 83/04/0105). Ein Ansuchen um Erteilung der Nachsicht vom Ausschlussgrund erst während des Verfahrens gemäß § 340 GewO 1994 könne daher am Vorliegen des Ausschlussgrundes im maßgebenden Zeitpunkt der Anmeldung des Gewerbes nichts mehr ändern.

Soweit die beschwerdeführende Partei in der Berufung geltend mache, es hätte im Hinblick auf die Art des angemeldeten Gewerbes zuerst gemäß § 348 GewO 1994 festgestellt werden müssen, ob auf die angemeldete Tätigkeit die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes überhaupt anzuwenden seien, so sei ihr entgegen zu halten, dass die Erstbehörde bei Bescheiderlassung offenbar keine Bedenken mehr über die Gewerbsmäßigkeit der Tätigkeit gehabt habe. Schließlich sei auch der Einwand der beschwerdeführenden Partei, die Untersagung hätte gemäß § 340 GewO 1994 innerhalb einer Frist von drei Monaten erfolgen müssen, nicht zielführend, weil er durch das Gesetz nicht gedeckt sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, über die der Verwaltungsgerichtshof nach Vorlage des Verwaltungsaktes und Erstattung einer Gegenschrift durch die belangte Behörde erwogen hat:

Die beschwerdeführende Partei bringt in ihrer Beschwerde vor, die gegenständliche Tätigkeit unterliege nicht der Gewerbeordnung, weil sie gemäß § 2 Abs. 1 Z. 8 GewO 1994 vom Anwendungsbereich dieses Gesetzes ausgenommen sei. Die beschwerdeführende Partei beabsichtige nämlich, für ihre Kunden in großer Zahl an Gewinnspielen, so genannten Preisausschreiben, teilzunehmen. Dabei handle es sich im Sinne der letztgenannten Bestimmung um eine gegen Werksentgelt zu leistende Verrichtung einfacher Art. Zumindest hätte ein Feststellungsverfahren gemäß § 348 GewO 1994 durchgeführt werden müssen, um zu klären, ob die in Rede stehende Tätigkeit der Gewerbeordnung unterliege.

Dieser Beschwerdeeinwand ist nicht zielführend:

Gemäß § 2 Abs. 1 Z. 8 GewO 1994 ist dieses Bundesgesetz nicht anzuwenden auf die gegen Stunden- oder Taglohn oder gegen Werksentgelt zu leistenden Verrichtungen einfacher Art. Eine Subsumtion der von der beschwerdeführenden Partei angemeldeten Tätigkeit unter diese Bestimmung scheidet schon deshalb aus, weil sie nach eigenen Angaben ihren Kunden eine "monatliche Servicegebühr" für ihre Tätigkeiten in Rechnung stellt, somit insbesondere kein Entgelt für ein bestimmtes Werk im Sinne des § 2 Abs. 1 Z. 8 GewO 1994. Im Übrigen sind "Verrichtungen einfacher Art" im Sinne dieser Bestimmung Tätigkeiten, die keine besonderen Fachkenntnisse erfordern (vgl. Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur Gewerbeordnung, 2. Auflage, Rz 13 zu § 2, wo als Beispiele einfache Holz- oder Gartenarbeiten und Botendienste genannt sind), was beim Ausfindigmachen von Gewinnspielen und der Teilnahme daran im Namen Dritter nicht zutrifft. Die belangte Behörde musste demnach keine "Zweifel" im

Sinne des § 348 GewO 1994 haben, dass die angemeldete Tätigkeit den Bestimmungen der GewO 1994 unterliege, und war daher nicht gehalten, ein Feststellungsverfahren im Sinne der letztgenannten Bestimmung bei der zuständigen Behörde zu initiieren.

Wie dargestellt hat die belangte Behörde die angemeldete Tätigkeit gemäß § 13 Abs. 1 und 7 GewO 1994 untersagt.

Gemäß § 13 Abs. 1 GewO 1994 in der hier maßgebenden Fassung BGBI. I Nr. 131/2004 sind natürliche Personen von der Ausübung eines Gewerbes u.a. dann ausgeschlossen, wenn sie von einem Gericht wegen einer strafbaren Handlung zu einer drei Monate übersteigenden Freiheitsstrafe verurteilt worden sind (Z. 1 lit. b leg. cit.) und diese Verurteilung nicht getilgt ist (Z. 2).

Gemäß § 13 Abs. 7 GewO 1994 ist (u.a.) der Abs. 1 dieser Bestimmung auf andere Rechtsträger als natürliche Personen sinngemäß anzuwenden, wenn die Voraussetzungen (u.a.) des Abs. 1 auf eine natürliche Person zutreffen, der ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte zusteht.

Gemäß § 340 Abs. 1 GewO 1994 hat die Behörde auf Grund der Anmeldung des Gewerbes das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen zu prüfen und, wenn diese nicht vorliegen, dies gemäß Abs. 3 leg. cit. mit Bescheid festzustellen und die Ausübung des Gewerbes zu untersagen.

Im gegenständlichen Fall ist unstrittig, dass der Geschäftsführer der beschwerdeführenden Partei, somit eine Person mit maßgebendem Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte der beschwerdeführenden Partei, zu einer bedingten Freiheitsstrafe von einem Jahr rechtskräftig verurteilt wurde und dass diese Verurteilung noch nicht getilgt ist. Gemäß § 13 Abs. 7 GewO 1994 liegt damit ein Grund für den Ausschluss der beschwerdeführenden Partei von der Ausübung des Gewerbes vor. Entgegen dem Vorbringen in der Beschwerde setzt der Ausschluss von der Ausübung eines Gewerbes nach den zuletzt genannten Bestimmungen nicht etwa eine Prognose über das künftige Verhalten der betreffenden natürlichen Person voraus (anders hingegen die Voraussetzungen betreffend die Nachsicht vom Ausschlussgrund gemäß den §§ 26 und 27 GewO 1994).

Wenn nun die beschwerdeführende Partei meint, die belangte Behörde hätte die Voraussetzungen der Nachsicht vom Ausschlussgrund prüfen müssen, weil die genannte Verurteilung bereits Jahre zurück liege und daher nicht anzunehmen sei, dass der Geschäftsführer D.W. weitere einschlägige strafbare Handlungen begehen werde, so ist sie auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Bescheid zu verweisen: Da der Anmeldung des Gewerbes gemäß § 5 GewO 1994 (soweit dieses Gesetz für einzelne Gewerbe nicht anderes bestimmt) konstitutiver Charakter zukommt, hat die Gewerbebehörde bei der Feststellung gemäß § 340 GewO 1994 auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Gewerbeanmeldung abzustellen (vgl. die bei Grabler/Stolzlechner/Wendl, aaO, Rz 8 und 9 zu § 340 referierte Judikatur). Die Beschwerde behauptet nicht, dass in diesem Zeitpunkt bereits die Nachsicht vom gegenständlichen Ausschlussgrund erteilt gewesen wäre. Nach dem Gesagten ist der Antrag auf Nachsicht, der gegenständlich erst im Rahmen der Berufung gegen die erstinstanzliche Untersagung gemäß § 340 Abs. 3 GewO 1994 gestellt wurde, für die Entscheidung des vorliegenden Beschwerdefalls unerheblich.

Wenn die beschwerdeführende Partei schließlich vorbringt, die Untersagung der Ausübung des Gewerbes hätte innerhalb der dreimonatigen Frist des § 340 Abs. 1 GewO 1994 erfolgen müssen, so ist sie darauf hinzuweisen, dass diese Frist nur für den Fall der Eintragung ins Gewerberegister bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes gilt. Hingegen sieht § 340 Abs. 3 GewO 1994 für den Fall der Untersagung der Gewerbsausübung keine Frist vor.

Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2008, BGBI. II Nr. 455.

Wien, am 14. Jänner 2009

## **Schlagworte**

Definition von Begriffen mit allgemeiner Bedeutung VwRallg7  
Maßgebende Rechtslage maßgebender Sachverhalt  
Anzuwendendes Recht Maßgebende Rechtslage VwRallg2

## **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2009:2005040148.X00

**Im RIS seit**

10.02.2009

**Zuletzt aktualisiert am**

08.01.2013

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)