

# TE Lvwg Erkenntnis 2019/3/25 LVwG- AV-110/001-2019

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.03.2019

## Entscheidungsdatum

25.03.2019

## Norm

GewO 1994 §13 Abs1

GewO 1994 §13 Abs7

GewO 1994 §26 Abs1

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich erkennt durch die Richterin MMag. Dr. Cervenka-Ehrenstrasser über die Beschwerde des A, vertreten durch Rechtsanwalt B, \*\*\*, \*\*\*, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Amstetten vom 18. Dezember 2018, \*\*\*, betreffend den Antrag auf Erteilung einer Nachsicht gemäß § 26 Abs. 1 Gewerbeordnung 1994 zu Recht:

1. Aufgrund der Beschwerde wird der angefochtene Bescheid gemäß § 28 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsverfahrgesetz (VwGVG) aufgehoben.
2. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

Mit dem gegenständlich angefochtenen Bescheid der Bezirkshauptmann Amstetten vom 18. Dezember 2018, \*\*\* wurde festgestellt, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Nachsicht vom Ausschluss von der Gewerbeausübung für Herrn A, geb. \*\*\*, nicht vorliegen würden und wurde der Antrag auf Erteilung einer Nachsicht vom 14. August 2018 gemäß § 26 Abs. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 1 Gewerbeordnung 1994 abgewiesen.

In der Begründung wurde ausgeführt, dass die C GmbH im Wege des Gewerbeinformationssystem Austria am 11. Oktober 2017 das Gewerbe „Mechatroniker für Elektromaschinenbau und Automatisierung verbunden mit Mechatroniker für Maschinen- und Fertigungstechnik; Mechatronik für Elektronik, Büro- und EDV-Systemtechnik; Mechatronik für Medizingerätetechnik (verbundenes Handwerk)“ angemeldet habe und hierfür Herrn A, geb. \*\*\*, als gewerberechtigten und handelsrechtlichen Geschäftsführer bestimmt habe.

Mit Urteil des Landesgerichts \*\*\* vom 17. April 2013, Zl. \*\*\*, rechtskräftig am 23. April 2013, sei Herr A nach § 12 2. Fall StGB, § 15 StGB, §§ 146, 147 Abs. 3 StGB, § 288 Abs. 4 StGB zu einer Freiheitsstrafe von 20 Monaten verurteilt worden, welche für die Dauer von drei Jahren bedingt nachgesehen worden sei. Die Tilgung werde voraussichtlich mit 23. April

2023 eintreten.

Da eine drei Monate übersteigende Freiheitsstrafe verhängt worden sei und die Verurteilung noch nicht getilgt sei, liege somit gegen Herrn A ein Ausschlussgrund gemäß § 13 Abs. 1 Gewerbeordnung 1994 vor.

Es gebe jedoch die Möglichkeit der Nachsicht für die Ausübung eines Gewerbes, welche nur auf Antrag zu erteilen sei. Ein diesbezüglicher Antrag sei am 14. August 2018 eingebracht worden.

Eine Nachsicht könne jedoch nur erteilt werden, wenn nach der Eigenart der strafbaren Handlung und nach der Persönlichkeit des Verurteilten die Begehung der gleichen oder einer ähnlichen Straftat bei Ausübung des Gewerbes nicht zu befürchten sei.

Die gegenständliche Verurteilung lasse nach der Eigenart der strafbaren Handlung eine erneute Begehung befürchten, weil besonders im Zusammenhang mit der Tätigkeit als gewerblicher bzw. handelsrechtlicher Geschäftsführer in vielfacher Weise Gelegenheiten zur Begehung von strafbaren Handlungen gegen fremdes Vermögen geschaffen würden.

Im Strafverfahren habe Herr A angegeben, dass er für sich selbst einen Vorteil herausholen und die Versicherung bewusst habe schädigen wollen. Weiters habe er von Schulden des Unternehmens in Höhe von € 800.000,- und einigen fehlenden Geräten bei der letzten Inventur gesprochen, die er sich so ersetzen lassen habe wollen. Es liege somit nahe, dass er sich finanziell nicht abgesichert gesehen habe und mit dem Betrug versucht habe, an Geld zu kommen. Dieses Motiv gebe Anlass zur Befürchtung, dass es erneut zu derartigem Handeln durch den Verurteilten komme, weil er die strafbare Handlung in einem Alter begangen habe, in dem die Charakterbildung eines Menschen bereits abgeschlossen sei und es zudem naheliege, dass die Straftat zur Bewältigung von finanziellen Schwierigkeiten begangen worden sei. Es sei das Mittel des schweren Betrugs anstelle legaler Möglichkeiten gewählt worden und, auch wenn sich Herr A nun seit fünf Jahren wohl verhalten habe, könne daraus nicht eindeutig geschlossen werden, dass seine Einstellung zu den rechtlich geschützten Werten inzwischen geändert worden sei. Es sei jederzeit möglich, dass er in eine derartige oder vergleichbare Situation gerate und wiederum den Ausweg in dieser Form suchen werde.

Soweit er vorgebracht habe, dass er sich ehrenamtlich bzw. sozial engagiere, was allein schon für die positive Prognose ausreiche, und dass er das Unternehmen erfolgreich in die richtige Richtung gelenkt habe, sei dem entgegenzuhalten, dass die positive Prognose sich aus der Dauer der seit der Tat verstrichenen Zeit, der Schwere der Tat, dem verletzten Rechtsgut und generell einer Zusammenschau aller Lebensumstände und Entwicklungen ergebe und nicht rein aus einem ehrenamtlichen Engagement. Anhand der fünf Jahre könne noch nicht davon ausgegangen werden, dass die Persönlichkeit des Herrn A nun dahingehend gewandelt sei, dass keine Befürchtung der erneuten Begehung mehr gegeben sei. Dass er sich wohl verhalten habe, könne nur dann Einfluss haben, wenn die Verurteilung bereits so weit zurückliege, dass ein Einfluss auf das Persönlichkeitsbild des Gewerbeinhabers nicht mehr möglich sei. Ausgehend von der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs sei die Verurteilung vor fünf Jahren durchaus noch relevant, zumal auch erst die Hälfte der Tilgungszeit vergangen sei.

Weiters sei zu berücksichtigen, dass über ihn eine Freiheitsstrafe von 20 Monaten verhängt worden sei, welche die maßgebliche Grenze gemäß § 13 Abs. 1 Gewerbeordnung 1994 von drei Monaten erheblich überschreite.

Den Strafakten könne entnommen werden, dass eine bedingte Strafnachsicht ausgesprochen worden sei, weil er bis zu diesem Zeitpunkt unbescholten gewesen sei und ein Geständnis vorgelegen sei. Erschwerend sei hinzugekommen, dass ein Verbrechen und zwei Vergehen begangen worden seien. Das Geständnis sei zwar zunächst vorgelegen, jedoch sei dieses anschließend widerrufen worden, was vom Gericht als reine Schutzbehauptung gewertet worden sei. Auch dass er im Nachsichtsantrag von einem Wiederaufnahmeverfahren wegen neuer Beweise gesprochen habe, zeige er, dass er nicht reumütig geständig gewesen sei und keine Einsicht zeige.

Außerdem habe er in den vergangenen fünf Jahren sieben Verwaltungsübertretungen begangen, wenn auch nicht im Zusammenhang mit der gewerblichen Tätigkeit, jedoch zeige dies trotzdem eine grundsätzliche Tendenz zum Regelbruch.

Soweit vorgebracht worden sei, dass die Gewerbeberechtigung zur Sicherung der Existenz notwendig sei, habe die Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz bzw. die Erhaltung der Existenzgrundlage im gegenständlichen Verfahren nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs ebenso keine Relevanz wie ein etwaiger Verlust von Arbeitsplätzen.

Der Antrag auf Nachsicht sei deshalb abzuweisen gewesen.

Dagegen hat Herr A, vertreten durch Rechtsanwalt B, \*\*\*, \*\*\* fristgerecht Beschwerde erhoben und beantragt, den angefochtenen Bescheid nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung dahingehend abzuändern, dass dem Antrag auf Erteilung einer Nachsicht vom Ausschluss von der Gewerbeausübung stattgegeben werde.

Dazu wurden mangelhafte Feststellungen, mangelhafte Begründungen und unrichtige Beweiswürdigung sowie materielle Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften und Rechtswidrigkeit seines Inhaltes geltend gemacht.

Bezüglich der zukünftigen Persönlichkeitsprognose sei es völlig ausreichend, dass keine weiteren strafbaren Taten, welche auf dieselbe Gesinnung zurückzuführen seien, innerhalb der Probezeit angefallen seien. Die Probezeit sei seit drei Jahren verstrichen, somit sei ein Zeitraum von sechs Jahren vergangen, sodass unter Berücksichtigung eines sechsjährigen positiven Verlaufs bei der Persönlichkeitsstruktur des Antragstellers unter Berücksichtigung seines sozialen Engagements und seiner unternehmerischen Tätigkeit jedenfalls nur von einer positiven Zukunftsprognose ausgegangen werden müsse. Es sei daher die Begehung einer gleichen oder einer ähnlichen Straftat bei Ausübung des Gewerbes jedenfalls nicht zu befürchten. Es gebe überhaupt keine Grundlage dafür, dass aufgrund des rechtskräftigen Urteils vom 23. April 2013 aufgrund des verletzten Rechtsguts „fremdes Vermögen“ eine erneute Begehung zu befürchten sei. Es sei auch völlig unrichtig, dass er im Strafverfahren 2013 angegeben habe, dass er sich selbst einen Vorteil herausholen und die Versicherung bewusst schädigen habe wollen. Eine derartige Aussage finde sich in der Einvernahme des Antragstellers mit Sicherheit nicht, sodass diese Behauptung als Begründung für eine negative Zukunftsprognose untauglich, jedenfalls unrichtig sei. Auch die Ausführungen, wonach er finanziell nicht abgesichert gewesen sei und mit dem Betrug versucht habe, an Geld zu kommen, würden jeglicher Grundlage entbehren und nicht ausreichen, eine Befürchtung zu rechtfertigen, dass er gleichartige strafbare Handlungen zukünftig setzen werde. Außerdem lasse eine Frist von sechs Jahren des Wohlverhaltens in Verbindung mit dem sozialen Engagement und der gesellschaftlichen Stellung eindeutig darauf schließen, dass er keinerlei weitere strafbare Handlungen begehen werde und sich seine Einstellung zu den rechtlich geschützten Werten jedenfalls geändert habe.

Die von der Behörde zitierten Judikate des Verwaltungsgerichtshofs seien keineswegs auf den gegenständlichen Sachverhalt anwendbar, darüber hinaus würde in keinem Fall ein derartiges soziales Engagement vorliegen, wie es der nunmehrige Beschwerdeführer habe.

Entgegen den Ausführungen der Behörde habe der Antragsteller in der Hauptverhandlung des Strafverfahrens ein vollumfängliches Geständnis abgegeben und dieses auch niemals widerrufen, sodass ein reumütiges umfassendes Geständnis vorliege. Die Behauptung der Behörde, wonach keine Einsicht vorliege, entbehre daher jeglicher Grundlage.

Auch wenn der Antragsteller in den vergangenen Jahren sieben Verwaltungsübertretungen begangen habe, welche nicht in Zusammenhang mit der gewerblichen Tätigkeit verübt worden seien, wäre es Aufgabe der Behörde gewesen, sich über diese Delikte in Kenntnis zu setzen. Der Antragsteller bewege sich im Jahr aufgrund seiner Tätigkeit beinahe 100.000 km auf den Straßen, sodass bei diesen Verkehrsdelikten nicht angenommen werden könne, dass diese eine grundsätzliche Tendenz zum Regelbruch zeigen würden.

Zusammengefasst ergebe sich, dass sämtliche Voraussetzungen für die Erteilung der Nachsicht vom Ausschluss von der Gewerbeausübung vorliegen würden.

Mit Schreiben vom 17. Jänner 2019 hat die Bezirkshauptmannschaft Amstetten die Beschwerde und den Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich mit dem Ersuchen um Entscheidung vorgelegt.

Im Hinblick darauf, dass im vorgelegten Verwaltungsakt nicht die Anmeldung des gegenständlichen Gewerbes „Mechatroniker für Elektromaschinenbau und Automatisierung verbunden mit Mechatroniker für Maschinen- und Fertigungstechnik; Mechatroniker für Elektronik, Büro- und EDV-Systemtechnik; Mechatroniker für Medizingerätetechnik (verbundenes Handwerk)“ enthalten war, wurde die Bezirkshauptmannschaft Amstetten mit Schreiben vom 18. März 2019 ersucht, diese dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich nachzureichen.

Mit Schreiben vom 20. März 2019 wurde aufgrund des Ersuchens der Verwaltungsakt „Gewerbeanmeldung C GMBH“ zur Zahl \*\*\* vorgelegt.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den mit Schreiben vom 17. Jänner 2018 vorgelegten Verwaltungsakt zur Zahl \*\*\* sowie in den nachgereichten Verwaltungsakt zur Zahl \*\*\*.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat dazu wie folgt erwogen:

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich geht von folgenden entscheidungsrelevanten Feststellungen aus:

Die C GmbH ist seit 28. August 2008 im Firmenbuch unter der Firmenbuchnummer FN \*\*\* eingetragen, handelsrechtlicher Geschäftsführer ist seit 22. März 2012 A, geboren \*\*\*, welcher auch alleiniger Gesellschafter ist. Seit 1. Oktober 2008 ist sie Inhaberin der Gewerbeberechtigung für das freie Gewerbe „Handelsgewerbe“ im Standort \*\*\*, \*\*\*.

Am 12. Juli 2018 hat die C GmbH das reglementierte Gewerbe „Mechatroniker für Elektromaschinenbau und Automatisierung verbunden mit Mechatroniker für Maschinen- und Fertigungstechnik; Mechatroniker für Elektronik, Büro- und EDV-Systemtechnik; Mechatroniker für Medizingerätetechnik (verbundenes Handwerk)“ im Standort \*\*\*, \*\*\* angemeldet, als gewerberechtl. Geschäftsführer wurde A, geb. \*\*\*, namhaft gemacht.

Mit rechtskräftigem Urteil des Landesgerichts \*\*\* vom 17. April 2013, Zl. \*\*\*, wurde A nach § 12 2. Fall StGB§ 15 StGB, §§ 146, 147 Abs. 3 StGB, § 288 Abs. 4 StGB zu einer Freiheitsstrafe von 20 Monaten verurteilt, welche für die Dauer von drei Jahren bedingt nachgesehen wurde. Diese Strafe ist noch nicht getilgt.

Mit Schreiben der Bezirkshauptmannschaft Amstetten vom 17. Juli 2018 wurde die C GmbH unter Bezugnahme auf das Urteil des Landesgerichtes \*\*\* vom 17. April 2013, Zl. \*\*\* auf die Bestimmung des § 13 Abs. 1 und Abs. 7 in Verbindung mit § 340 Abs. 1 und Abs. 3 Gewerbeordnung 1994 hingewiesen, wonach die Behörde, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung des angemeldeten Gewerbes nicht vorliegen, dies mit Bescheid festzustellen und die Ausübung des Gewerbes zu untersagen habe.

Am 14. August 2018 hat die C GmbH einen Antrag auf Nachsicht gestellt. Von Herrn A persönlich wurde kein derartiger Antrag auf Nachsicht gestellt.

Zu diesen Feststellungen gelangt das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich aufgrund der Einsichtnahme in die vorgelegten unbedenklichen Verwaltungsakten. Daraus geht zweifelsfrei hervor, dass im Zusammenhang mit der Vorsprache von Herrn A bei der Bezirkshauptmannschaft Amstetten mit Schreiben vom 14. August 2018 ein Antrag der C GmbH bei der Bezirkshauptmannschaft Amstetten um Nachsicht für die Ausübung des gegenständlichen Gewerbes gestellt wurde. Dieser Antrag ist von der C GmbH gefertigt, auf Herrn A wird in Form der dritten Person Bezug genommen. In beiden vorgelegten Akten ist jedoch kein Antrag auf Nachsicht von Herrn A persönlich enthalten.

Die übrigen Feststellungen hinsichtlich der Gewerbeberechtigung der C GmbH sowie der strafrechtlichen Verurteilung von A beruhen ebenfalls auf den vorgelegten Verwaltungsakten, im Übrigen sind sie auch nicht strittig.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat dazu rechtlich wie folgt erwogen:

Gemäß § 17 VwGVG sind auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles ... und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Folgende rechtliche Bestimmungen kommen zur Anwendung:

§ 13 Abs. 1 und 7 Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) lauten:

(1) Natürliche Personen sind 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.

...

(7) Andere Rechtsträger als natürliche Personen sind 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.

§ 26 Abs. 1 GewO 1994 lautet:

(1) Die Behörde hat im Falle 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 der gleichen oder einer ähnlichen Straftat bei Ausübung des Gewerbes nicht zu befürchten ist.

Mit dem gegenständlich angefochtenen Bescheid hat die Bezirkshauptmannschaft Amstetten festgestellt, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Nachsicht von Ausschluss von der Gewerbeausübung für Herrn A nicht vorliegen und den Antrag auf Erteilung der Nachsicht vom 14. August 2018 abgewiesen. Dieser Bescheid erging an Herrn A, \*\*\*, \*\*\*. Das Ermittlungsverfahren hat erbracht, dass nicht Herr A, sondern die C GmbH am 14. August 2018 einen Antrag auf Nachsicht eingebracht hat, über den nach den vorgelegten Verwaltungsakten noch nicht entschieden wurde.

Eine Nachsicht gemäß § 26 Abs. 1 GewO 1994 darf nur auf Antrag erteilt werden (vgl. VwGH 5.9.2001,2001/04/0142). Erlässt die Behörde einen antragsbedürftigen Verwaltungsakt ohne diesbezüglichen Antrag, so nimmt sie eine Entscheidungskompetenz in Anspruch, die ihr nicht zusteht. Der gegenständliche angefochtene Bescheid war daher spruchgemäß aufzuheben.

Die mündliche Verhandlung konnte gemäß § 24 Abs. 2 Z. 1 VwGVG entfallen.

Zur Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da im gegenständlichen Verfahren keine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil die Entscheidung nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

### **Schlagworte**

Gewerbliches Berufsrecht; Gewerbeausübung; Ausschluss; Nachsicht;

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

ECLI:AT:LVWGN:2019:LVwG.AV.110.001.2019

### **Zuletzt aktualisiert am**

27.05.2019

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Niederösterreich LVwG Niederösterreich, <http://www.lvwg.noel.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

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