

# TE Lvwg Erkenntnis 2021/6/8 LVwG- 2021/40/1397-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.06.2021

## Entscheidungsdatum

08.06.2021

## Index

50/01 Gewerbeordnung

## Norm

GewO 1994 §340

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Mag. Piccolroaz über die Beschwerde des AA, vertreten durch BB, Adresse 1, \*\*\*\* Z, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Y vom 16.04.2021, ZI \*\*\*, betreffend die Untersagung der Ausübung des angemeldeten Gewerbes nach der GewO 1994,

zu Recht:

1. Der Beschwerde wird Folge gegeben und der angefochtene Bescheid ersatzlos behoben.
2. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision nach Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang und Sachverhalt:

Mit Eingabe vom 16.11.2020 meldete der Beschwerdeführer das freie Gewerbe „Hausbetreuung, bestehend in der Durchführung einfacher Reinigungstätigkeiten einschließlich objektbezogener einfacher Wartungstätigkeiten“ im Standort Adresse 2 in \*\*\*\* Y an. Die Gewerbeberechtigung ist mit 16.11.2020 rechtswirksam entstanden.

Mit Schreiben der belangten Behörde vom 02.04.2021 wurde dem Beschwerdeführer mitgeteilt, dass aufgrund ergangener Rechtsprechungen sich ergeben habe, dass eine Gewerbebeanmeldung nicht möglich gewesen sei, da ein negativer Bescheid (Aufenthalt) vorliege, daran vermöge auch ein eingebrachtes Rechtsmittel nichts zu ändern. Es werde nunmehr die Entziehung der Gewerbeberechtigung angekündigt.

Mit dem angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 16.04.2021, ZI \*\*\* stellte diese fest, dass die gesetzlichen Voraussetzungen zur Ausübung des angemeldeten Gewerbes „Hausbetreuung“ nicht vorliegen und untersagte die Ausübung des angemeldeten Gewerbes gemäß § 340 Abs 3 GewO 1994. Begründend wurde dazu im Wesentlichen zusammengefasst ausgeführt, dass der Beschwerdeführer am 16.11.2020 das Gewerbe „Hausbetreuung“ im Standort \*\*\*\* Y, Adresse 2 angemeldet habe. Aufgrund ergangener Rechtsprechungen habe sich

ergeben, dass eine Gewerbebeanmeldung nicht möglich gewesen sei, da ein negativer Bescheid (Aufenthalt) vorliege, daran vermöge auch ein eingebrachtes Rechtsmittel nichts zu ändern. Mit Schreiben vom 2.4.21 sei die Entziehung der Gewerbeberechtigung angekündigt worden. Aus diesem Grunde sei die Gewerbeberechtigung zu entziehen.

In der dagegen fristgerecht eingebrachten Beschwerde bringt der nunmehr rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführer im Wesentlichen zusammengefasst vor, dass der Beschwerdeführer am 06.08.2015 einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt habe. Gegen den abweisenden Bescheid vom 04.01.2018 sei fristgerecht Beschwerde erhoben worden und behänge das Verfahren derzeit am Bundesverwaltungsgericht. Personen, deren Asylverfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen sei, hätten einen berechtigten Aufenthalt gemäß § 13 Asylgesetz und würden eine Aufenthaltsberechtigungskarte gemäß § 51 Asylgesetz erhalten. Der Beschwerdeführer verfüge über sämtliche Voraussetzungen für die Ausübung des beantragten freien Gewerbes.

## II. Beweiswürdigung:

Der vorhin festgestellte Sachverhalt ergibt sich ausschließlich aus dem Akt der belangten Behörde. Die Feststellung zur Entstehung der Gewerbeberechtigung ergibt sich aus dem Gewerbeinformationssystem Austria zur GISA-Zahl \*\*\*.

Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 24 Abs 2 VwGVG abgesehen werden, da bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben ist.

## III. Rechtslage:

Die maßgeblichen Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994, BGBl Nr 194/1994 idF BGBl I Nr 65/2020 lauten:

### § 88

(1) Die Gewerbeberechtigung ist von der Behörde (§ 361) zu entziehen, wenn sich der Gewerbeinhaber nach den für ihn in Betracht kommenden Rechtsvorschriften nicht mehr zulässigerweise in Österreich aufhält.

[...]

### § 340

(1) Auf Grund der Anmeldung des Gewerbes (§ 339 Abs. 1) hat die Behörde 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 Gewerbebeanmeldung 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 Gewerbebeanmeldung 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.

[...]

(3) Liegen die im Abs. 1 genannten Voraussetzungen nicht vor, so hat die Behörde - unbeschadet eines Verfahrens nach § 366 Abs. 1 Z 1 - dies mit Bescheid festzustellen und die Ausübung des Gewerbes zu untersagen.“

m) Nichtigserklärung von Bescheiden und Löschung aus dem GISA

### § 363

(1) Bescheide, die auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassen worden sind, die an einem der nachstehend angeführten Fehler leiden, sind mit Nichtigkeit im Sinne des § 68 Abs. 4 Z 4 AVG bedroht, und zwar wenn

1. dieses Bundesgesetz auf die betreffende Tätigkeit nicht anzuwenden ist;

2. die Zugehörigkeit einer gewerblichen Tätigkeit zu den reglementierten oder freien Gewerben oder zu einem Teilgewerbe (§ 31) unrichtig beurteilt worden ist;

3. die Frage des Vorliegens der allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen gemäß §§ 8 bis 14 für die Ausübung von Gewerben durch den Gewerbeinhaber oder für die Ausübung der Tätigkeit als Geschäftsführer oder Filialgeschäftsführer unrichtig oder der Befähigungsnachweis (§§ 18 und 19) zu Unrecht als erbracht beurteilt worden ist und in allen diesen Fällen der Mangel noch andauert;

4. der Bestand oder die Dauer des Rechtes zur Gewerbeausübung unrichtig beurteilt worden ist;

5. die gesetzlichen Voraussetzungen eines Fortbetriebsrechtes (§§ 41 bis 45) zu Unrecht als gegeben beurteilt worden sind;

6. zu Unrecht festgestellt oder davon ausgegangen wurde, daß eine Tätigkeit nicht diesem Bundesgesetz unterliegt.

(2) In einem Verfahren betreffend die Nichtigkeitserklärung gemäß Abs. 1 Z 1 sind die Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft und die nach der Sachlage sonst in Betracht kommenden gesetzlichen beruflichen Interessenvertretungen Parteien und es steht ihnen das Recht der Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Landes und der Revision wegen Rechtswidrigkeit an den Verwaltungsgerichtshof zu.

(3) In einem Verfahren betreffend die Nichtigkeitserklärung gemäß Abs. 1 Z 2 ist die Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft Partei und es steht ihr das Recht der Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Landes und der Revision wegen Rechtswidrigkeit an den Verwaltungsgerichtshof zu.

(4) Die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde kann in Ausübung des Aufsichtsrechtes mit Bescheid die Löschung einer Eintragung in das GISA verfügen, wenn

1. a) eine natürliche Person oder ein sonstiger Rechtsträger auf Grund einer Anmeldung eines Gewerbes gemäß § 340 Abs. 1 in das GISA eingetragen wurde oder

b) oder Tätigkeit, die Gegenstand einer Anzeige gemäß § 345 ist, in das GISA eingetragen wurde und

2. die Voraussetzungen für eine Nichtigkeitserklärung gemäß Abs. 1 vorliegen.

Bis zum Eintritt der Rechtskraft des Lösungsbescheides darf das Gewerbe ausgeübt werden. Im Lösungsverfahren sind die Abs. 2 und 3 anzuwenden.

Die maßgebliche Bestimmung des § 68 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG, BGBl Nr 51/1991 idF BGBl I Nr 58/2018 lautet:

„Abänderung und Behebung von Amts wegen

§ 68

(1) Anbringen von Beteiligten, die außer den Fällen der §§ 69 und 71 die Abänderung eines der Berufung nicht oder nicht mehr unterliegenden Bescheides begehren, sind, wenn die Behörde nicht den Anlaß zu einer Verfügung gemäß den Abs. 2 bis 4 findet, wegen entschiedener Sache zurückzuweisen.

(2) Von Amts wegen können Bescheide, aus denen niemandem ein Recht erwachsen ist, sowohl von der Behörde, die den Bescheid erlassen hat, als auch in Ausübung des Aufsichtsrechtes von der sachlich in Betracht kommenden Oberbehörde aufgehoben oder abgeändert werden.

(3) Andere Bescheide kann die Behörde, die den Bescheid in letzter Instanz erlassen hat, oder die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde im öffentlichen Interesse insoweit abändern, als dies zur Beseitigung von das Leben oder die Gesundheit von Menschen gefährdenden Mißständen oder zur Abwehr schwerer volkswirtschaftlicher Schädigungen notwendig und unvermeidlich ist. In allen Fällen hat die Behörde mit möglichster Schonung erworbener Rechte vorzugehen.

(4) Außerdem können Bescheide von Amts wegen in Ausübung des Aufsichtsrechtes von der sachlich in Betracht kommenden Oberbehörde als nichtig erklärt werden, wenn der Bescheid

1. von einer unzuständigen Behörde oder von einer nicht richtig zusammengesetzten Kollegialbehörde erlassen wurde,

2. einen strafgesetzwidrigen Erfolg herbeiführen würde,

3. tatsächlich undurchführbar ist oder

4. an einem durch gesetzliche Vorschrift ausdrücklich mit Nichtigkeit bedrohten Fehler leidet.

[...]"

#### IV. Erwägungen:

Die belangte Behörde begründet die Entscheidung damit, dass sich aufgrund ergangener Rechtsprechungen ergeben habe, dass eine Gewerbeanmeldung nicht möglich gewesen sei, da ein negativer Bescheid (Aufenthalt) vorliege, daran vermöge auch ein eingebrachtes Rechtsmittel nichts zu ändern. Aus diesem Grunde sei die Gewerbeberechtigung zu entziehen gewesen. Im Spruch des angefochtenen Bescheides stellt die belangte Behörde jedoch fest, dass die gesetzlichen Voraussetzungen zur Ausübung des angemeldeten Gewerbes „Hausbetreuung“ nicht vorliegen und untersagt die Ausübung des angemeldeten Gewerbes gemäß § 340 Abs 3 GewO 1994. Dieser offenkundige Widerspruch zwischen Spruch und Begründung macht die angefochtene Entscheidung bereits rechtswidrig, auch wenn grundsätzlich die Möglichkeit bestünde, diesen Mangel im Beschwerdeverfahren noch zu sanieren.

Wie die belangte Behörde selbst feststellt, hat der Beschwerdeführer am 16.11.2020 das Gewerbe „Hausbetreuung“ im Standort \*\*\*\* Y, Adresse 2 angemeldet und ist die Gewerbeberechtigung mit diesem Tag rechtswirksam entstanden.

Der Gewerbeanmeldung kommt nach § 5 Abs 1 GewO 1994 in der Regel insoweit konstitutive Wirkung zu, als das Gewerbe – bei Erfüllung der Voraussetzungen – „aufgrund der Anmeldung“ ausgeübt werden kann. Die Anmeldung zieht zwar eine Prüfung der Anmeldungsvoraussetzungen durch die Behörde nach sich (§ 340 Abs 1 erster Satz GewO 1994), bei der wegen des konstitutiven Charakters der Gewerbeanmeldung auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Anmeldung abzustellen ist (siehe VwGH 18.05.2005, 2005/04/0076, mwN). Wenn diese Prüfung ein für den Anmelder positives Ergebnis zeitigt und somit kein Untersagungsbescheid nach § 340 Abs 3 GewO 1994 erlassen wird, dann ergeht aber kein Bescheid über die Anmeldung. Liegen die Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes vor, so hat die Behörde nach § 340 Abs 1 zweiter Satz GewO 1994 den Anmelder binnen 3 Monaten in das GISA einzutragen und ihn durch Übermittlung eines Auszugs daraus von der Eintragung zu verständigen. Weder der Verständigung von der Eintragung noch dem Auszug aus dem GISA kommt Bescheidqualität zu (siehe VwGH 16.12.2015, Ra 2015/04/0062, mwN).

Wenn die Gewerbebehörde daher zur Ansicht gelangt, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des § 14 Abs 1 GewO 1994 (Aufenthaltstitel) bereits im Zeitpunkt der Gewerbeanmeldung nicht vorgelegen sind, so hätte eine Eintragung in das GISA nicht erfolgen dürfen. Lediglich in diesem Zusammenhang kann auf die von der belangten Behörde zitierte Rechtsprechung des Landesverwaltungsgerichtes Tirol bzw des Verwaltungsgerichtshofes zurückgegriffen werden.

Im Gegenstandsfall hat die belangte Behörde jedoch die Eintragung im GISA vorgenommen und konnte der Beschwerdeführer auf die Zulässigkeit der Eintragung im GISA vertrauen. Diesbezüglich lässt sich allenfalls erklären, warum die belangte Behörde in ihrer Entscheidung die Bestimmung des § 68 AVG zitiert, ohne darauf in ihrer Begründung näher einzugehen. Die Anwendbarkeit des § 68 AVG setzt jedoch das Vorliegen eines Bescheides voraus. Dass die Eintragung im GISA keinen Bescheid darstellt wurde bereits vorhin ausgeführt.

Auch der von der belangten Behörde in der angefochtenen Entscheidung zitierte § 88 Abs 1 GewO 1994 kommt insoweit nicht in Betracht, als sich der Gewerbeinhaber derzeit zulässigerweise in Österreich aufhält. Eine Entziehung der Gewerbeberechtigung – wie in der Begründung des angefochtenen Bescheides ausdrücklich so bezeichnet - kommt sohin auch nicht in Betracht.

Offensichtlich geht die belangte Behörde davon aus, dass - nachdem die Gewerbeanmeldung im GISA eingetragen worden ist - die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung des gegenständlichen Gewerbes nicht mehr vorliegen bzw die Eintragung im GISA zu Unrecht erfolgt wäre. In dieser Fallkonstellation käme allenfalls ein Verfahren nach § 363 GewO 1994 in Betracht.

Die belangte Behörde stützt ihre Entscheidung spruchgemäß auf § 340 Abs 3 GewO 1994. Diesbezüglich ist jedoch festzuhalten, dass im gegebenen Zusammenhang eine Bescheiderlassung vor der Eintragung im GISA des angemeldeten Gewerbes zu erfolgen hat.

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass ein Feststellungsbescheid gemäß § 340 Abs 3 GewO 1994 im Rahmen der Prüfung der Gewerbeanmeldung zu erlassen gewesen wäre, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war.

#### V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage iSd 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 des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

#### Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, oder ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen und es ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 zu entrichten.

Es besteht 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 können.

Landesverwaltungsgericht Tirol

Mag. Piccolroaz

(Richter)

#### Schlagworte

Eintragung im GISA

#### European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGTI:2021:LVwG.2021.40.1397.1

#### Zuletzt aktualisiert am

09.08.2021

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Tirol LVwG Tirol, <https://www.lvwg-tirol.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

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