

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

06.11.2002

Geschäftszahl

2001/04/0050

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. W. Pesendorfer und die Hofräte Dr. Gruber, Dr. Stöberl, Dr. Blaschek und Dr. Rigler als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Weiss, über die Beschwerde des J in P, vertreten durch Czerwenka & Partner, Rechtsanwälte KEG in 1010 Wien, Ledererhof 2, gegen den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit wegen Verletzung der Entscheidungspflicht i. A. Nachsicht vom Gewerbeausschluss, zu Recht erkannt:

Spruch

Gemäß § 66 Abs. 4 AVG i.V.m. § 42 Abs. 4 VwGG wird die Berufung des Beschwerdeführers gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Niederösterreich vom 18. August 2000, Zl. WST1-N-98281, als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 635,89 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Schriftsatz vom 27. Oktober 1999 beantragte der Beschwerdeführer die Nachsicht vom Gewerbeausschluss auf Grund einer gerichtlichen Verurteilung (für die Gewerbeausübung als gewerberechtlicher Geschäftsführer). Zur Begründung wird ausgeführt:

"Ich habe vom 29.7.1974 bis 22.6.1994 vorerst mit meiner Einzelfirma und dann mit der J Ges.m.b.H. ein Gas- und Wasserleitungsinstallateur- und Zentralheizungsbaugewerbe ausgeübt.

Mit Urteil des LG für Strafsachen Wien vom 16.3.1993, 3b Vr 8333/92 und Hv 8462/92 wurde ich zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren, davon zwei Jahre bedingt, verurteilt. Die Verurteilung erfolgte damals wegen teils vollendetem, teils versuchtem schweren gewerbsmäßigen Betruges.

Daraufhin wurde mir die Gewerbeberechtigung entzogen. Nach Verbüßung meiner Freiheitsstrafe war ich in der Einzelfirma des Herrn H in W, S Hauptstraße 36, als Dienstnehmer im Installateurbetrieb beschäftigt.

Mit Rechtswirksamkeit vom 1.8.1995 hat dann die H Installateur Ges.m.b.H. am Standort meiner früheren Firma das Gas- und Wasserleitungsinstallateur- und Zentralheizungsbaugewerbe angemeldet. Bei dieser Firma bin ich als Dienstnehmer beschäftigt, als gewerberechtlicher Geschäftsführer fungiert H, mein früherer Chef.

Mein Sohn, G, hat in dieser Firma die Lehre bereits fast abgeschlossen und möchte zu einem späteren Zeitpunkt den Betrieb übernehmen. Ich selbst bin als Dienstnehmer nicht nur mit praktischen Arbeiten beschäftigt, sondern übernehme auch - großteils eigenverantwortlich - die Auftragsabwicklung und die Organisation der Aufträge.

Auf Grund der Tatsache, dass ich seit nunmehr fast zehn Jahren nicht mehr straffällig geworden bin, außerdem den Schaden auch zur Gänze wieder gutgemacht habe, und auch durch meine durchgehende unbeanstandete Tätigkeit im Gas- und Wasserinstallateurgewerbe gezeigt habe, dass die Wiederholung meiner früheren strafbaren Handlungen nicht befürchtet werden muss, möchte ich die gewerberechtliche Geschäftsführung wieder selbst übernehmen."

Mit Bescheid des Landeshauptmannes von Niederösterreich vom 18. August 2000 wurde der Antrag auf Nachsicht vom Gewerbeausschluss einer strafgerichtlichen Verurteilung für die Ausübung des Gas- und Wasserleitungsinstallationsgewerbes "in der Funktion als gewerberechtlicher Geschäftsführer" gemäß § 26 Abs. 1 i. V.m. § 13 Abs. 1 GewO 1994 abgewiesen.

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, der Beschwerdeführer sei mit Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien vom 16. März 1993 wegen des Verbrechens der schweren Sachbeschädigung als Beteiligter nach den §§ 12, 125, 126 Abs. 2 StGB und des Verbrechens des teils vollendeten, teils versuchten schweren gewerbsmäßigen Betruges nach den §§ 146, 147 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 3, 148, 15 StGB zu einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren verurteilt worden. Ein Teil der verhängten Freiheitsstrafe, nämlich zwei Jahre, seien gemäß § 43a Abs. 4 StGB für eine Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen worden. Diesem Urteil sei zu Grunde gelegen, dass der Beschwerdeführer gemeinsam mit einem Mittäter im bewussten und gewollten Zusammenwirken einen unbekannt gebliebenen Dritten dazu bestimmt habe, in zumindest 589 Angriffen fremde bewegliche Sachen, nämlich Wassersteigleitungen aus Blei, dadurch zu beschädigen, dass er in diesen mit einem Werkzeug ein Loch gemacht habe, wobei durch die Tat ein S 500.000,-- übersteigender Schaden herbeigeführt worden sei und weiters gewerbsmäßig mit dem Vorsatz, sich durch das Verhalten der Getäuschten unrechtmäßig zu bereichern, Hausverwaltungen durch Täuschung über Tatsachen, nämlich die Vorlage von Rechnungen über Gebrechensbehebungen an Wasserleitungen, sowie falsche Auftrags- und Arbeitsbestätigungen, nachdem sie diese Leitungen, die durch die unter Punkt I. angeführten Angriffe beschädigt gewesen seien, notdürftig repariert gehabt habe, die diese oder die jeweilige Hausversicherung an Vermögen geschädigt habe bzw. schädigen habe sollen, nämlich der Bezahlung der Rechnungen 1. in 585 Fällen mit einer Gesamtsumme von S 2,911.267,84 verleitet und 2. in vier Fällen zu verleiten versucht, wodurch die Taten ein S 500.000,-- übersteigender Schaden herbeigeführt worden sei. Aus dem Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien ergebe sich, dass die strafbaren Handlungen des Nachsichtswerbers von diesem im Namen der J Ges.m.b.H., die Inhaberin des Gas- und Wasserleitungsinstallationsgewerbes in P und bei der der Nachsichtswerber als handels- und gewerberechtlicher Geschäftsführer tätig gewesen sei, begangen worden seien. Der Beschwerdeführer habe das der Verurteilung zu Grunde liegende, gegen fremdes Vermögen gerichtete, strafbare Verhalten in Ausnützung von Gelegenheiten gesetzt, die ihm sein Beruf geboten habe. Es sei Erfahrungstatsache, dass das Gas- und Wasserleitungsinstallationsgewerbe, in dem der Beschwerdeführer als Geschäftsführer tätig gewesen sei, im Hinblick auf die Möglichkeit, selbst Schadensfälle unbeobachtet herbeizuführen bzw. überhöhte Rechnungen zu stellen - die meisten Kunden verfügten selbst nicht über das zur Beurteilung des Ausmaßes des Gebrechens erforderliche Fachwissen -, bevorzugte Möglichkeiten zur Begehung von Betrugs- und Diebstahlhandlungen sowohl gegen Kunden als auch gegen Versicherungsanstalten verschaffe. Überdies sei der Beschwerdeführer mit Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien vom 23. Mai 1997 gemäß § 33 Abs. 1 i.V.m. § 13 Finanzstrafgesetz wegen versuchter Abgabenhinterziehung rechtskräftig zu einer Geldstrafe von S 400.000,-- (im Nichteinbringungsfall zwei Monate Freiheitsstrafe) verurteilt worden.

Wie es in der Begründung dieses Bescheides -unter Bezugnahme auf das vom Vertreter des Beschwerdeführers vorgelegte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 22. Dezember 1999, Zl. 99/04/0174, - weiters heißt, biete die Betätigung als gewerberechtlicher Geschäftsführer zweifellos nicht die gleichen Möglichkeiten und Gefahren, gegen fremdes Vermögen vorzugehen, wie die Betätigung als handelsrechtlicher Geschäftsführer eines Unternehmens. Dennoch dürfe nicht verkannt werden, dass die Betätigung als gewerberechtlicher Geschäftsführer auf Grund der Fachkenntnis die Möglichkeit zur Zerstörung fremden Eigentums biete und im Zusammenwirken mit anderen auch die Möglichkeit zur Setzung von Betrugshandlungen. Unter Berücksichtigung des der Verurteilung vom 16. März 1993, für die der Beschwerdeführer um Nachsicht angesucht habe, zu Grunde liegenden Delikts, der Tatsache, dass er dort zielgerichtet und regelmäßig (589 Angriffe!) sowie in Ausübung seiner Gewerbeberechtigung und seines besonderen Fachwissens gehandelt habe und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Beschwerdeführer 1997 einen weiteren Gewerbeausschlussgrund gesetzt habe, habe keine positive Persönlichkeitsprognose erstellt werden können.

In der dagegen vom Beschwerdeführer erhobenen Berufung wird im Wesentlichen geltend gemacht, die Verurteilung nach dem Finanzstrafgesetz könne keine Änderung des Sachverhaltes nach sich ziehen, weil die strafbare Handlung zu einem Zeitpunkt erfolgt sei, zu dem eine Verurteilung wegen gewerbsmäßigen Betruges überhaupt noch nicht vorgelegen habe. Man könne also nicht auf Fortdauern der schädlichen Neigung schließen, wenn man wegen eines Deliktes, das man Jahre früher begangen habe, später verurteilt werde. Der Verwaltungsgerichtshof gehe in seiner ständigen Rechtsprechung davon aus, dass § 13 Abs. 1 GewO 1994 lediglich verhindern solle, dass die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes und die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften nicht gewährleistet sei. Als gewerberechtlicher Geschäftsführer habe der Beschwerdeführer weder mit Steuern zu tun, noch könne er direkt in den wirtschaftlichen Bereich der H Installateur Ges.m.b.H. Einfluss nehmen. Einen Betrug oder einen gewerbsmäßigen Betrug im Rahmen seiner Tätigkeit könne nicht der gewerberechtliche Geschäftsführer begehen, sondern nur der handelsrechtliche Geschäftsführer, der über das Vermögen der Gesellschaft verfügen könne. So wäre es für einen gewerberechtlichen Geschäftsführer äußerst problematisch, wenn er beispielsweise wegen fahrlässiger Körperverletzung verurteilt werde, weil er als gewerberechtlicher Geschäftsführer nicht genügend Sicherheitsvorkehrungen getroffen habe und dadurch ein Angestellter Schaden erlitten habe. Dies wäre also eine spezifisch strafbare Handlung, die einen Gewerbeausschlussgrund darstelle. Typisch für den gewerberechtlichen Geschäftsführer sei - wenn er nicht in der Gesellschaft zusätzlich handelsrechtlicher Geschäftsführer sei -, dass er angestellt sei und daher den Weisungen der Geschäftsführung unterworfen sei. Wolle man aus jeglichem strafbaren Verhalten einen Gewerbeausschlussgrund ableiten, so wäre es wohl grundsätzlich auch nicht mehr möglich, dass jemand, der vorbestraft sei, auch Angestellter werde. Darüber hinaus habe der Beschwerdeführer

sehr wohl bewiesen, dass er gewillt sei, nicht mehr straffällig zu werden. Anders sei nicht zu erklären, dass eine endgültige Strafnachsicht für die bedingte Freiheitsstrafe von zwei Jahren gewährt worden sei. Die strafbaren Handlungen, die ihm vorgeworfen würden, lägen nahezu zehn Jahre zurück. Jedenfalls sei der Beschwerdeführer seit diesem Zeitpunkt nicht mehr straffällig geworden.

Mit Schriftsatz vom 15. März 2001 erhob der Beschwerdeführer beim Verwaltungsgerichtshof Beschwerde gegen den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit wegen Verletzung der Entscheidungspflicht mit dem Antrag, dem Beschwerdeführer die Gewerbeberechtigung zu erteilen, weil die belangte Behörde über die Berufung vom 29. August 2000 nicht entschieden habe. Auch in der Beschwerde wird (zusammengefasst dargestellt) vorgebracht, dass die der Verurteilung wegen versuchter Abgabenhinterziehung zu Grunde liegende strafbare Handlung jedenfalls bereits vor dem Jahre 1999 gesetzt worden sei, eine fortdauernde Neigung zur Begehung von strafbaren Handlungen also nicht zu beobachten sei. Spätestens seit dem Jahre 1993 habe sich der Beschwerdeführer nichts zu Schulden kommen lassen, weshalb davon auszugehen sei, dass eine gänzliche Abkehr von seinen früheren Verhaltensweisen zu beobachten sei. Ein Ausschlussgrund liege nur dann vor, wenn die von einer Person realisierten spezifischen Straftatbestände gerade im Hinblick auf das von dieser Person ausübende Gewerbe und im Hinblick auf die Position des Gewerbetreibenden im Unternehmen problematisch erscheine. Keine mit den Betätigungsfeldern eines gewerberechtlichen Geschäftsführers in nachteiliger Weise korrelierende Verurteilungen lägen im vorliegenden Fall vor. Außerdem habe der Beschwerdeführer durch sein korrektes und unauffälliges Verhalten in den letzten acht Jahren unter Beweis gestellt, dass er gewillt sei, nicht mehr straffällig zu werden.

Mit Verfügung vom 28. März 2001 leitete der Verwaltungsgerichtshof gemäß § 35 Abs. 3 VwGG das Vorverfahren ein und trug der belangten Behörde gemäß § 36 Abs. 2 VwGG auf, innerhalb einer Frist von drei Monaten den versäumten Bescheid zu erlassen.

Mit Schreiben vom 6. Juli 2001 legte die belangte Behörde " - mit dem Hinweis "ohne Erlassung eines Bescheides" - die Verwaltungsakten vor.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß Art. 132 B-VG kann Beschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht erheben, wer im Verwaltungsverfahren als Partei zur Geltendmachung der Entscheidungspflicht berechtigt war.

Gemäß § 27 VwGG kann Säumnisbeschwerde erst erhoben werden, wenn die oberste Behörde, die im Verwaltungsverfahren, sei es im Instanzenzug, sei es im Wege eines Antrages auf Übergang der Entscheidungspflicht angerufen werden kann, von einer Partei angerufen worden ist und nicht binnen sechs Monaten in der Sache entschieden hat. Diese Frist läuft von dem Tag, an dem der Antrag auf Sachentscheidung bei der Stelle eingelangt ist, bei der er einzubringen war.

Da die belangte Behörde den versäumten Bescheid auch innerhalb der ihr gemäß § 36 Abs. 2 VwGG eröffneten Frist nicht nachgeholt hat, ist die Zuständigkeit zur Entscheidung in der Sache auf den Verwaltungsgerichtshof übergegangen.

Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren wurde ein (aktueller) Strafregisterauszug eingeholt und die zuständige Gliederung der Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft zur Abgabe eines Gutachtens aufgefordert. Die Wirtschaftskammer Niederösterreich, Landesinnung der Sanitär-, Heizungs- und Lüftungstechniker, hat sich dahin geäußert, dass derzeit keine günstige Prognose des vom Ausschlussgrund betroffenen Beschwerdeführers zu stellen sei. Vom Beschwerdeführer wurde dazu - trotz gebotener Gelegenheit - keine Äußerung abgegeben.

Nach § 26 Abs. 1 GewO 1994 hat die Behörde 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.

Im Grunde des § 39 Abs. 1 GewO 1994 kann der Gewerbeinhaber für die Ausübung seines Gewerbes einen Geschäftsführer bestellen, der dem Gewerbeinhaber gegenüber für die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes und der Behörde gegenüber für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich ist.

Die Behörde hat bei der Prüfung der Frage, ob die Begehung der gleichen oder einer ähnlichen Straftat bei Ausübung des Gewerbes zu befürchten ist, sowohl auf die Eigenart der strafbaren Handlung als auch auf das Persönlichkeitsbild des Verurteilten Bedacht zu nehmen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 5. September 2001, Zl. 2001/04/0116).

Hinsichtlich der Eigenart der strafbaren Handlung hat der Verwaltungsgerichtshof in dem vom Beschwerdeführer bezogenen Erkenntnis vom 22. Dezember 1999, Zl. 99/04/0174, ausgesprochen, dass den gewerberechtlichen Geschäftsführer eine Verantwortlichkeit lediglich für die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes und für die Einhaltung der gewerblichen Vorschriften trifft. Die Überwachung der Einhaltung sonstiger bei der Gewerbeausübung zu beachtenden Vorschriften fällt nicht in seinen Verantwortungsbereich.

Im Sinne des Vorbringens des Beschwerdeführers trifft es auch zu, dass nach dem vorgenannten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 22. Dezember 1999 bei spezifisch mit der wirtschaftlichen Führung eines Unternehmens verbundenen Straftaten und solchen, die mit der besonderen Stellung eines Arbeitgebers verbunden sind bzw. die aus der Nichteinhaltung von Vorschriften resultieren, deren Beachtung nicht in den

Verantwortungsbereich des gewerberechtlichen Geschäftsführers fallen, die Gefahr der Begehung einer dieser Straftaten auch nur ähnlichen Straftat bei Ausübung der angestrebten Tätigkeit als gewerberechtlicher Geschäftsführer nicht erkannt werden könne.

Wenn nun der Beschwerdeführer - ausgehend von dieser Rechtsprechung - meint, keine mit den Betätigungsfeldern eines gewerberechtlichen Geschäftsführers in nachteiliger Weise korrelierende Verurteilungen lägen im Beschwerdefall vor, ist er aber nicht im Recht.

Wie die erstinstanzliche Behörde zutreffend ausgeführt hat, hat der Beschwerdeführer das der Verurteilung des Landesgerichtes für Strafsachen Wien vom 16. März 1993 zu Grunde liegende, gegen fremdes Vermögen gerichtete straffbare Verhalten in Ausnützung von Gelegenheiten gesetzt, die ihm sein Beruf bot. Gerade auf dem Boden des zitierten hg. Erkenntnisses vom 22. Dezember 1999, wonach der eingeschränkte Verantwortungsbereich des gewerberechtlichen Geschäftsführers in der fachlich einwandfreien Ausübung des Gewerbes und in der Einhaltung gewerberechtlicher Vorschriften liegt, ist die Gelegenheit zur Begehung gleicher oder ähnlicher Straftaten bei Ausübung der Tätigkeit eines gewerberechtlichen Geschäftsführers zu bejahen. Handelt es sich doch um Straftaten, die eng mit der fachlichen Führung des Gewerbebetriebes zusammenhängen; von einer fachlich einwandfreien Ausübung des Gewerbes kann keine Rede sein, wenn anlässlich von Gebrechensbehebungen (in Betrugsabsicht) Schadensfälle herbeigeführt werden.

Der Verwaltungsgerichtshof teilt daher die Auffassung der erstinstanzlichen Behörde, dass bei Ausübung der vom Beschwerdeführer angestrebten Tätigkeit eines gewerberechtlichen Geschäftsführers die Gefahr der Begehung gleicher oder ähnlicher Straftaten wie jener, die der Verurteilung des Landesgerichtes für Strafsachen Wien vom 16. März 1993 zu Grunde lagen und den Gewerbeausschluss nach § 13 Abs. 1 GewO 1994 begründeten, besteht, weil derartige Straftaten mit der fachlich einwandfreien Ausübung des Gewerbes im Zusammenhang stehen. Die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Eigenart der strafbaren Handlung in Ansehung der der strafgerichtlichen Verurteilung des Beschwerdeführers durch das Landesgericht für Strafsachen Wien vom 16. März 1993 zu Grunde liegenden Straftaten ist daher zu bejahen.

Was die weiters erforderliche Würdigung der Persönlichkeit des Beschwerdeführers anlangt, so kann im Hinblick auf den Zeitraum, während dessen der Beschwerdeführer die strafbaren Handlungen - und zwar jene, die der Verurteilung durch das Landesgericht für Strafsachen Wien vom 16. März 1993 zu Grunde lagen - gesetzt hat (4. Oktober 1989 bis zumindest September 1991) und der Vielzahl der strafbaren Handlungen (insgesamt 585 vollendete Fälle mit einer Gesamtschadenssumme von S 2.911.267,84), dem Umstand, dass der Beschwerdeführer - nach seinem Vorbringen - seit der gerichtlichen Verurteilung unbescholten geblieben sei, noch nicht das Gewicht zugemessen werden, die die Annahme gerechtfertigt erscheinen ließe, das Persönlichkeitsbild des Beschwerdeführers habe sich seit der Tat der Art geändert, dass eine positive Prognoseentscheidung als gerechtfertigt angesehen werden könne.

Dabei steht der Annahme, dass eine Änderung der aus diesen Straftaten abzuleitenden Sinnesart und Geisteshaltung (allein) durch die verstrichene Zeit indiziert wäre, auch entgegen, dass der Beschwerdeführer mit Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien vom 22. Mai 1997 gemäß § 33 Abs. 1 i.V.m. § 13 Finanzstrafgesetz wegen versuchter Abgabenhinterziehung rechtskräftig zu einer Geldstrafe von S 400.000,- (im Nichteinbringungsfall zwei Monate Freiheitsstrafe) verurteilt wurde. Auch wenn es zutrifft, wie dies vom Beschwerdeführer geltend gemacht wird, dass die dahin gehende Tatbegehung aus der Zeit vor dem Jahre 1993 (also vor der Verurteilung vom 16. März 1993) resultiere und es sich bei der den Gegenstand der Verurteilung durch das Landesgericht für Strafsachen Wien vom 23. Mai 1997 bildenden versuchten Abgabenhinterziehung um eine spezifisch mit der wirtschaftlichen Führung eines Unternehmens verbundenen Straftat handelt, die nicht in die Ingerenz des gewerberechtlichen Geschäftsführers fällt, kann diese Straftat, wenn auch (nur) für die Beurteilung des Persönlichkeitsbildes, als Indiz für eine Vertiefung einer Sinnesart und Geisteshaltung, die durch eine verminderte Achtung der durch die Rechtsordnung geschützten Werte geprägt ist, herangezogen werden.

Auch hat die Behörde, entgegen der Meinung des Beschwerdeführers, die Erfüllung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale für die Erteilung der Nachsicht selbstständig zu beurteilen, ohne hiebei an den Inhalt einer gerichtlichen Entscheidung über die Strafnachsicht gebunden zu sein, handelt es sich hiebei doch um einen ausschließlich von ihr zu beurteilenden gewerberechtlichen Tatbestand (vgl. dazu etwa das hg. Erkenntnis vom 26. Juni 2001, Zl. 2001/04/0098).

Die Berufung des Beschwerdeführers war daher als unbegründet abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandsatz gründet sich - im Rahmen des gestellten Begehrens (vgl. auch das hg. Erkenntnis vom 25. Oktober 1994,

Zlen. 93/07/0049,0150,0151) - auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 501/2001. Die Umrechnung beruht auf § 3 Abs. 2 Z. 2 Eurogesetz, BGBl. I Nr. 72/2000. Wien, am 6. November 2002