

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

29.04.2014

Geschäftszahl

2013/04/0026

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Beck, Hofrat Dr. Kleiser sowie Hofrätin Mag. Hainz-Sator als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Pichler, über die Beschwerde des P S in J, vertreten durch Dr. Markus Singer, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Weihburggasse 4/1/2/11, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 7. Jänner 2013, Zl. M63/007874/2012, betreffend Entziehung der Gewerbeberechtigung, zu Recht erkannt:

Spruch**Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

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

Begründung

1. Mit Urteil des Landesgerichtes W vom 14. Februar 2012, (rechtskräftig seit 18. Februar 2012) wurde der Beschwerdeführer wegen des Finanzvergehens der gewerbsmäßigen Abgabenhinterziehung gemäß §§ 33 Abs. 1, 38 Abs. 1 lit. a FinStrG zu einer Geldstrafe in der Höhe von EUR 100.000,- verurteilt, wobei ein Teil der verhängten Geldstrafe von EUR 50.000,- für eine Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen wurde. Die Ersatzfreiheitsstrafe für den unbedingt bzw. bedingt verhängten Teil der Geldstrafe beträgt jeweils zwei Monate.

2. Mit dem im Instanzenzug ergangenen, nunmehr angefochtenen Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 7. Jänner 2013 wurden dem Beschwerdeführer gemäß § 87 Abs. 1 Z 1 und § 13 Abs. 1 Z 1 lit. b und Z 2 GewO 1994 die Gewerbeberechtigungen "Gewerbliche Vermögensberatung ohne Berechtigung zur Vermittlung von Lebens- und Unfallversicherungen", "Immobilientreuhänder (Immobilienmakler, Immobilienverwalter, Bauträger) eingeschränkt auf Immobilienmakler" und "Vermittler von Versicherungsverträgen im festen Auftragsverhältnis zu einem Versicherungsunternehmen (Versicherungsagent) unter Ausschluss der den Versicherungsmaklern vorbehaltenen Tätigkeit" entzogen.

Begründend führte die belangte Behörde nach Darstellung des Verfahrensganges aus, der Beschwerdeführer habe sowohl als Einzelunternehmer, als auch als Person mit maßgeblichem Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte der a gmbh Abgaben verkürzt, indem er scheinbare Provisionszahlungen, die ihm sodann wieder zugeflossen seien, als gewinnmindernd verbucht und so seine Steuerlast gesenkt habe. Dieses Vergehen habe er in einem sich über zwei Jahre erstreckenden Zeitraum in mehreren Tathandlungen und gewerbsmäßig, also in der Absicht begangen, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Die Höhe der verkürzten Abgaben betrage EUR 154.884,42, also über EUR 77.000,- pro Jahr. Die letzte Provisionsgutschrift stamme vom 11. Dezember 2009.

Das der Verurteilung zugrunde liegende Delikt, aber auch ähnliche strafbare Handlungen könnten bei Ausübung der vom Beschwerdeführer ausgeübten Gewerbe auf eigenen Namen sowie auch als Person mit maßgeblichem Einfluss jederzeit wieder begangen werden.

Die begangenen Handlungen könnten in Anbetracht des Alters des Beschwerdeführers zur Zeit der Tatbegehung nicht auf "jugendlichen Leichtsin" zurückgeführt werden. Der Beschwerdeführer müsse zudem als erfahrener Berater in Kenntnis sowohl seiner Pflichten als Unternehmer als auch der aus deren Verletzung resultierenden Konsequenzen gewesen sein. Umso schwerer wiege die vorsätzliche Begehung der gegenständlichen Finanzdelikte über einen langen Zeitraum, zumal die Verkürzung der Abgaben nicht aus finanzieller Not geschehen sei. Daher könne auch die vor der Verurteilung bestehende Unbescholtenheit des Beschwerdeführers kein allzu gewichtiges Argument für eine positive Persönlichkeitsprognose bilden. Den

Angaben des Beschwerdeführers zufolge habe er zudem durch Vortäuschung internationaler Tätigkeit mit Hilfe der fingierten Provisionsabrechnungen Kunden akquirieren wollen.

Das Wohlverhalten seit der Verurteilung betrage noch nicht einmal ein Jahr, jenes seit der Tat sei noch während des Ermittlungsverfahrens "unter den Augen" des Finanzamtes "gelegen", sodass diesem insgesamt kein allzu großes Gewicht beigemessen werden könne.

Das vom Beschwerdeführer erst bei relativ eindeutiger Indizienlage abgelegte Geständnis könne ebenso wenig als besonders positiv hervorzuhebendes Persönlichkeitsmerkmal gewertet werden.

Die Bezahlung der hinterzogenen Einkommen- und Kapitalertragsteuer sei zwar zu berücksichtigen, für eine positive Prognose allerdings nicht ausreichend.

Dem Argument, aufgrund der nicht mehr durchgeführten Auslandsgeschäfte sei die Begehung einer gleichen oder ähnlichen Tat bei Ausübung des Gewerbes ausgeschlossen, sei nicht beizupflichten, weil Abgabenhinterziehung auch bei der Durchführung von Inlandsgeschäften möglich sei.

Gemäß § 13 GewO 1994 sei entgegen der Argumentation des Beschwerdeführers bei nicht in Tagessätzen bemessenen Geldstrafen die Ersatzfreiheitsstrafe maßgebend.

Insgesamt könne derzeit noch nicht mit der erforderlichen Sicherheit davon ausgegangen werden, dass die Befürchtung der Begehung gleicher oder ähnlicher strafbarer Handlungen nicht mehr bestehe.

3. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Antrag, den angefochtenen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes bzw. wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor und erstattete eine Gegenschrift, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt wurde.

4. Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

4.1. Vorauszuschicken ist, dass gemäß § 79 Abs. 11 letzter Satz VwGG idF BGBl. I Nr. 122/2013, soweit durch das Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetz (VwGbk-ÜG) nicht anderes bestimmt ist, in den mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Beschwerdeverfahren die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Bestimmungen weiter anzuwenden sind. Dies trifft auf den vorliegenden Fall zu.

4.2. Nach § 87 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 ist die Gewerbeberechtigung von der Behörde zu entziehen, wenn auf den Gewerbeinhaber die Ausschlussgründe des § 13 Abs. 1 oder 2 GewO 1994 zutreffen und nach der Eigenart der strafbaren Handlung und nach der Persönlichkeit des Verurteilten die Begehung der gleichen oder einer ähnlichen Straftat bei der Ausübung des Gewerbes zu befürchten ist.

Gemäß § 13 Abs. 1 Z 1 lit. b iVm Z 2 GewO 1994 sind natürliche Personen von der Ausübung eines Gewerbes ausgeschlossen, wenn sie von einem Gericht wegen einer sonstigen strafbaren Handlung zu einer drei Monate übersteigenden Freiheitsstrafe oder zu einer Geldstrafe von mehr als 180 Tagessätzen verurteilt worden sind und die Verurteilung nicht getilgt ist. Bei Geldstrafen, die nicht in Tagessätzen bemessen sind, ist die Ersatzfreiheitsstrafe maßgebend (§ 13 Abs. 1 dritter Satz GewO 1994).

4.3.1. Die Beschwerde rügt, die belangte Behörde habe verkannt, dass der Teil der unbedingt verhängten Geldstrafe bereits bezahlt worden sei. Die sich auf diesen Teil der Geldstrafe beziehende Ersatzfreiheitsstrafe könne daher nicht mehr verhängt werden, weshalb es für die Beurteilung nach § 87 Abs. 1 Z 1 iVm § 13 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 nur auf die bedingte Geldstrafe ankomme, deren Ersatzfreiheitsstrafe zwei Monate betrage. Diese zu berücksichtigende Ersatzfreiheitsstrafe liege demnach deutlich unter der von § 13 Abs. 1 Z 1 lit. b GewO 1994 geforderten drei Monate übersteigenden Freiheitsstrafe. Zudem müsse die Geldstrafe in Tagessätze umgerechnet werden.

4.3.2. Diesem Vorbringen ist zu entgegnen, dass es nach § 13 Abs. 1 Z 1 lit. b GewO 1994 tatbestandsmäßig alleine auf die erfolgte rechtskräftige Verurteilung und das dabei im Einzelfall vom Gericht verhängte Strafausmaß ankommt (vgl. zu einer ausländischen Verurteilung das hg. Erkenntnis vom 17. September 2010, Zl. 2009/04/0259). Gemäß § 13 Abs. 1 dritter Satz GewO 1994 ist bei Geldstrafen, die nicht in Tagessätzen bemessen sind, die Ersatzfreiheitsstrafe maßgebend. Daher ist die belangte Behörde entsprechend dieser für Verurteilungen nach dem FinStrG geschaffenen Regel (vgl. in den Materialien: AB 420 BlgNR 23. GP 6) des § 13 Abs. 1 dritter Satz GewO 1994 zu Recht davon ausgegangen, dass auf die insgesamt vier Monate betragende Ersatzfreiheitsstrafe abzustellen war. Die Rechtsansicht, der verbüßte Teil der verhängten Strafe habe bei der Beurteilung des Vorliegens des Tatbestandes des § 13 Abs. 1 GewO 1994 außer Betracht zu bleiben, entbehrt einer gesetzlichen Grundlage.

4.4. Die Argumentation der Beschwerde, die Behörde habe das ihr in § 87 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 eingeräumte "freie Ermessen" unrichtig gebraucht und nicht begründet, warum sie von ihrem "eingeräumten Ermessen" in dieser und nicht in einer für den Beschwerdeführer günstigeren Art und Weise Gebrauch gemacht habe, geht insofern ins Leere als die Entscheidung der Behörde über die Entziehung der Gewerbeberechtigung

gemäß den § 87 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 keine Ermessensentscheidung sondern eine gebundene Entscheidung ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. September 2010, Zlen. 2008/04/0144, 0145).

4.5.1. Die Beschwerde bringt weiter vor, die belangte Behörde habe es entgegen § 361 Abs. 2 GewO 1994 unterlassen, vor der Entziehung die zuständige Gliederung der Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft und die Arbeiterkammer zu hören. Jedenfalls sei dem Beschwerdeführer keine Einsicht in diese Stellungnahmen gewährt worden.

4.5.2. Auch mit diesem Vorbringen vermag der Beschwerdeführer keine zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides führende Rechtswidrigkeit aufzuzeigen. Aus der unterbliebenen Anhörung der zuständigen Gliederungen der Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft und der Kammer für Arbeiter und Angestellte lässt sich schon deshalb kein relevanter Verfahrensmangel ableiten, weil der Beschwerdeführer nicht darzulegen vermag, dass im Fall ihrer Durchführung ein anderes, für den Beschwerdeführer günstiges Verfahrensergebnis zu erzielen gewesen wäre, zumal aus dem Anhörungsrecht nicht auf eine Bindung der Behörde an die abgegebenen Stellungnahmen der anzuhörenden Stellen geschlossen werden kann (vgl. das hg. Erkenntnis vom 6. März 2013, Zl. 2012/04/0135 mwN).

4.6.1. Die Beschwerde führt als der belangten Behörde anzulastende Verletzung von Verfahrensvorschriften ins Treffen, die Eigenart der strafbaren Handlung liege im Fall des Beschwerdeführers darin, dass dieser ausschließlich im Zusammenhang mit seiner Auslandstätigkeit Abgaben hinterzogen habe. Die belangte Behörde habe es jedoch unterlassen, Ermittlungen hinsichtlich der Frage, ob der Beschwerdeführer noch im Ausland tätig sei, anzustellen. Die belangte Behörde wäre bei einer ordnungsgemäßen Beweisaufnahme zu dem Ergebnis gelangt, dass eine gleiche oder ähnliche strafbare Handlung bei Ausübung des Gewerbes nicht zu befürchten sei, weil der Beschwerdeführer längst alle Auslandstätigkeiten eingestellt habe. In Bezug auf seine Inlandstätigkeit habe dieser sich noch nie etwas zu Schulden kommen lassen.

4.6.2. Dieser Argumentation der Beschwerde ist nicht zu folgen: Vielmehr ist die Ansicht der belangten Behörde, ausgehend von der Eigenart der strafbaren Handlung biete die Ausübung der verfahrensgegenständlichen Gewerbe Gelegenheit zur Begehung gleicher oder ähnlicher Delikte, nicht als rechtswidrig zu erkennen.

So geht die Ansicht des Beschwerdeführers, er könne aufgrund der eingestellten Auslandstätigkeit keine gleiche oder ähnliche Tat bei Ausübung des Gewerbes begehen, fehl. Zur Erfüllung des Tatbestandes des § 87 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 kommt es nämlich nicht auf die Befürchtung an, es könne eine gleiche oder ähnliche Straftat unter Verwirklichung des gleichen Lebenssachverhalts begangen werden (hier: Abgabenhinterziehung im Rahmen der Auslandstätigkeit). Das Einstellen der Auslandstätigkeit kann die Befürchtung der Begehung einer gleichen oder ähnlichen Straftat daher keineswegs beseitigen, sodass der Vorwurf, die belangte Behörde habe Ermittlungen hinsichtlich der Einstellung jeglicher Auslandstätigkeit durch den Beschwerdeführer unterlassen, nicht geeignet ist, einen relevanten Verfahrensmangel aufzuzeigen.

4.7.1. Gegen die von der belangten Behörde vorgenommene Prognose wendet die Beschwerde weiter ein, es habe näherer Erörterungen bedurft, weshalb ungeachtet der günstigen Prognose durch das Strafgericht die (weiteren) gesetzlichen Voraussetzungen der Entziehung nach § 87 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 erfüllt seien. Die belangte Behörde habe demgegenüber keine konkreten Feststellungen zur Tathandlung getroffen. Bei eigenen Ermittlungen hätte sie jedoch festgestellt, dass der Beschwerdeführer niemals über tatsächliches Können oder seine Fähigkeiten getäuscht, sondern lediglich nicht vorhandene Kontakte vorgegeben habe. Außerdem sei es dem Beschwerdeführer niemals primär um die Steuerverkürzung, sondern primär darum gegangen, sich vor ausländischen Kunden durch die fingierten Provisionsrechnungen bestmöglich zu präsentieren.

4.7.2. Diesen Ausführungen des Beschwerdeführers ist zu entgegnen, dass die Entscheidung des Gerichtes, eine (teil)bedingte Strafnachsicht zu gewähren, für die Behörde nicht bindend ist, wenngleich nach § 43 Abs. 1 StGB (iVm § 43a Abs. 1 StGB) die Art der Tat, die Person des Rechtsbrechers, der Grad seiner Schuld, sein Vorleben und sein Verhalten nach der Tat zu berücksichtigen sind, was im Einzelfall durchwegs Umstände sind, die für die in § 87 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 genannten Wertungskriterien von Bedeutung sein können. Deshalb können die Überlegungen des Gerichtes zur (teil)bedingten Strafnachsicht nicht schematisch außer Betracht bleiben (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 22. Mai 2003, Zl. 2002/04/0147). Bei Vorliegen besonderer Umstände im Entziehungsverfahren bedarf es näherer Erörterungen, weshalb ungeachtet der günstigen Prognose durch das Strafgericht die (weiteren) gesetzlichen Voraussetzungen für die Entziehung der Gewerbeberechtigung nach § 87 Abs. 1 Z 1 GewO erfüllt sind (vgl. das hg. Erkenntnis vom 7. November 2005, Zl. 2005/04/0206).

4.7.3. Der belangten Behörde ist keine Rechtswidrigkeit anzulasten, wenn sie annimmt, dass im Hinblick auf die Persönlichkeit des Beschwerdeführers die Befürchtung bestehe, er werde die gleiche oder eine ähnliche Straftat bei Ausübung des Gewerbes begehen. Gerade das in der Tat zum Ausdruck kommende Persönlichkeitsbild gibt Anlass zur Befürchtung, der Beschwerdeführer werde bei entsprechender Gelegenheit wiederum ein ähnliches deliktisches Verhalten setzen. Besondere Umstände, die eine nähere Erörterung erforderten, weshalb trotz der in der teilbedingten Strafe zum Ausdruck gebrachten Prognose durch das Strafgericht die Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 erfüllt sind (vgl. dazu das bereits zitierte hg. Erkenntnis vom 7. November 2005, Zl. 2005/04/0206), ergeben sich vorliegend weder aus der Beschwerde noch aus dem angefochtenen Bescheid.

4.8. Letztlich wird in der Beschwerde vorgebracht, die Behörde habe es nicht für notwendig erachtet, sich durch eine persönliche Anhörung ein Bild vom Charakter des Beschwerdeführers zu machen, sondern habe sich mit der Aktenlage begnügt und damit das Recht auf Gewährung von Gehör verletzt, welches Art. 6 EMRK normiere.

Da es nach dem Gesagten nicht als rechtswidrig zu erkennen ist, dass sich nach der Annahme der belangten Behörde die tatbestandsmäßige Befürchtung im Sinne des § 87 Abs. 1 Z 1 letzter Halbsatz GewO 1994 in der Eigenart der strafbaren Handlung und dem sich daraus ergebenden Persönlichkeitsbild des Beschwerdeführers manifestiere, erübrigte sich für die gewerberechtlich vorzunehmende Beurteilung auch die Aufnahme der weiteren beantragten Beweise (vgl. das hg. Erkenntnis vom 7. November 2005, Zl. 2005/04/0080), insbesondere die Durchführung einer Einvernahme des Beschwerdeführers.

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

Von der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 1 Z. 6 VwGG Abstand genommen werden, weil es im vorliegenden Fall nicht um Fragen der Beweiswürdigung oder strittige Tatsachenfeststellungen geht, sondern Verfahrensgegenstand nur die Lösung von Rechtsfragen ist, weshalb Art. 6 EMRK dem Unterbleiben der mündlichen Verhandlung nicht entgegensteht (vgl. dazu etwa das hg. Erkenntnis vom 13. November 2013, Zl. 2011/04/0034, mit Hinweis auf das Urteil des EGMR vom 18. Juli 2013, Nr. 56422/09, Schädler-Eberle gegen Liechtenstein, mwN).

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz beruht gemäß § 79 Abs. 11 letzter Satz VwGG sowie § 3 Z 1 der VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013 idF BGBl. II Nr. 8/2014, auf den §§ 47 ff VwGG iVm § 1 der VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455.

Wien, am 29. April 2014