OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-800308/2/Re/KaL

Datum:
Linz, 22. Jänner 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Reichenberger über die Beschwerde des R S, E, vom 19. Juli 2018, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 26. Juni 2018, GZ: BHVBGe-2018-108101/4-GAB, betreffend eine Übertretung der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994)

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das bekämpfte Straferkenntnis vom 26. Juni 2018, GZ: BHVBGe-2018-108101/4-GAB, aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine ordentliche Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Die Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck hat mit dem Straferkenntnis vom 26. Juni 2018, GZ: BHVBGe-2018-108101/4-GAB, über R S als handelsrechtlichen Geschäftsführer der x GmbH in R, x 15, und demnach als gemäß § 9 VStG 1991 verwaltungsstrafrechtlich verantwortliche Person der x GmbH wegen Nichteinhaltung der Vorschriften der GewO 1994 eine Geldstrafe in der Höhe von 600 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit derselben eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 92 Stunden verhängt, dies weil er es zu verantworten hat, dass, obwohl der gewerberechtliche Geschäftsführer K. R. mit 5. August 2017 aus der x GmbH ausgeschieden ist, kein neuer gewerberechtlicher Geschäftsführer/keine neue gewerberechtliche Geschäftsführerin bestellt wurde und das Gewerbe trotzdem ausgeübt worden ist.

Dies unter Hinweis auf die zur Anwendung gelangende Strafbestimmung des § 367 Abs. 1 GewO 1994 in wesentlichen mit der Begründung, die x GmbH besitzt im Standort R, x 15, eine Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe in der Betriebsart Diskothek. Der handelsrechtliche Geschäftsführer der Gesellschaft, Herr K. R. wurde mit Wirkung 5. August 2017 im Firmenbuch gelöscht. Auch die Funktion des Herrn K. R. als gewerberechtlicher Geschäftsführer wurde mit 5. August 2017 beendet. Der Aufforderung, einen neuen gewerberechtlichen Geschäftsführer binnen sechs Monaten namhaft zu machen, ist die GmbH bis zur Erlassung des bekämpften Bescheides nicht nachgekommen.

Der Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) rechtfertigte sich im Verfahren dahingehend, dass am 25. August 2017 über das Verfahren der x GmbH ein Insolvenzverfahren eröffnet worden sei. Er habe demnach die Aufforderung vom 15. September 2017, eine Stellungnahme zur Geschäftsführerfrage abzugeben, nicht erhalten, da im bereits eröffneten Insolvenzverfahren die Post an den zuständigen Masseverwalter gegangen sei. Er habe daher die Verwaltungsübertretung nicht zu verantworten. Die Behörde stellt fest, dass der gewerberechtliche Geschäftsführer mit 5. August 2017 aus der x GmbH ausgeschieden ist und bis zum heutigen Tag kein neuer gewerberechtlicher Geschäftsführer bestellt worden sei, das Gewerbe jedoch nach wie vor ausgeübt werde.

2. Gegen diesen Bescheid hat Herr Dr. R S, E, x 28/2/1, mit Schriftsatz vom 19. Juli 2018 innerhalb offener Frist Beschwerde erhoben. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, am 25. August 2017 sei über die x GmbH ein Insolvenzverfahren eröffnet worden. Über Antrag des Masseverwalters werde festgestellt, dass das bereits geschlossene Unternehmen des Schuldners geschlossen bleibe. Diesbezüglich verweist er auf den gleichzeitig vorgelegten zweiten Bericht des Insolvenzverwalters, wonach die Schuldnerin ihre Geschäftstätigkeit bereits im Juni 2017 eingestellt habe, sodass der

Insolvenzverwalter kein Unternehmen mehr vorgefunden habe. Das Unternehmen bestehe seit Juni 2017 nicht mehr, das Gewerbe werde seit Juni 2017 nicht ausgeübt, weshalb auch ein gewerberechtlicher Geschäftsführer nicht notwendig sei bzw. nicht neu zu bestellen sei.

3. Die belangte Verwaltungsstrafbehörde hat diese Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsakt zur Rechtsmittelentscheidung vorgelegt.
Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

Es ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich, wobei dieses aufgrund der Tatsache, dass die anzuwendenden Bundes- oder Landesgesetze nicht die Entscheidung durch einen Senat vorsehen, durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden hat (§ 2 VwGVG).

Die Beweisaufnahme erfolgte durch Akteneinsichtnahme des von der belangten Behörde vorgelegten Verwaltungsstrafaktes.
Von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 3 VwGVG Abstand genommen werden, da bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass das mit Beschwerde angefochtene Straferkenntnis aufzuheben ist.

4. Nachstehender Sachverhalt liegt der Entscheidung zu Grunde:

Der Beschwerdeführer ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der x GmbH im Standort R, x 15.

Die x GmbH verfügte zur Tatzeit über die Gewerbeberechtigung für das „Gastgewerbe in der Betriebsart Diskothek“.

Der handelsrechtliche Geschäftsführer K. R. wurde mit 5. August 2017 im Firmenbuch gelöscht.

Die Funktion des K. R. auch als gewerberechtlicher Geschäftsführer wurde mit 5. August 2017 beendet.

Die x GmbH wurde am 15. September 2017 von der belangten Behörde aufgefordert, einen neuen Geschäftsführer namhaft zu machen.

Der Bf hat der belangten Behörde mit Schreiben vom 8. Juni 2018 mitgeteilt, dass – wie auch der von ihm beigelegten Kopie des Beschlusses des Landesgerichtes Wels vom 25. August 2017 zu entnehmen ist – über das Vermögen der x GmbH unter AZ: 20 S 82/17k das Konkursverfahren eröffnet wurde.

Nach § 367 Abs. 1 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 2.180 Euro zu bestrafen ist, wer trotz der gemäß § 8 Abs. 2 oder 3 oder gemäß § 9 oder gemäß § 16 Abs. 1 bestehenden Verpflichtung zur Bestellung eines Geschäftsführers ein Gewerbe ausübt, ohne die Anzeige gemäß § 39 Abs. 4 über die Bestellung eines dem § 39 Abs. 2 entsprechenden Geschäftsführers erstattet zu haben.

§ 9 Abs. 1 GewO 1994: Juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften (offene Gesellschaften und Kommanditgesellschaften) können Gewerbe ausüben, müssen jedoch einen Geschäftsführer (§ 39) bestellt haben.

§ 9 Abs. 2 GewO 1994: Scheidet der Geschäftsführer aus, so darf das Gewerbe bis zur Bestellung eines neuen Geschäftsführers, längstens jedoch während sechs Monaten, weiter ausgeübt werden. Die Behörde hat diese Frist zu verkürzen, wenn mit der weiteren Ausübung des Gewerbes ohne Geschäftsführer eine besondere Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen verbunden ist oder in den vorangegangenen zwei Jahren vor dem Ausscheiden des Geschäftsführers das Gewerbe insgesamt länger als sechs Monate ohne Geschäftsführer ausgeübt wurde.

§ 39 Abs. 2 GewO 1994: Der Geschäftsführer muss den für die Ausübung des Gewerbes vorgeschriebenen persönlichen Voraussetzungen entsprechen und in der Lage sein, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen, insbesondere dem Abs. 1 entsprechende, selbstverantwortliche Anordnungsbefugnis besitzen. Er muss der Erteilung der Anordnungsbefugnis und seiner Bestellung nachweislich zugestimmt haben. Handelt es sich um ein Gewerbe, für das die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben ist, so muss der gemäß § 9 Abs. 1 zu bestellende Geschäftsführer einer juristischen Person außerdem

1. dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der juristischen Person angehören oder
2. ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer sein.

§ 9 Abs. 1 VStG: Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

Gemäß § 41 Abs. 5 GewO 1994 steht das Recht, einen Gewerbebetrieb aufgrund der Gewerbeberechtigung einer anderen Person vorzuführen (Fortbetriebsrecht) unter anderem auch der Insolvenzmasse zu.

Gemäß § 41 Abs. 5 GewO 1994 tritt, wenn das Fortbetriebsrecht der Insolvenzmasse zusteht, der Masseverwalter mit dem Einlangen der Anzeige des Fortbetriebes in die Funktion des Geschäftsführers ein.

Gemäß § 38 Abs. 5 GewO 1994 ist, sofern nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist, als Gewerbetreibender im Sinne dieses Bundesgesetzes der Gewerbeinhaber einschließlich des Fortbetriebsberechtigten zu verstehen.

Gemäß § 44 GewO 1994 entsteht das Fortbetriebsrecht der Insolvenzmasse mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gewerbeinhabers. ...
Das Fortbetriebsrecht der Insolvenzmasse endet mit der Aufhebung des Insolvenzverfahrens.

Der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes folgend ist Fortbetriebsberechtigter nach § 41 Abs. 1 Z 4 GewO 1994 und damit Gewerbetreibender nach § 38 Abs. 2 GewO 1994 die Insolvenzmasse.

Darüber hinausgehend stellt der Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 28. September 2011 fest, dass der Insolvenzverwalter nach § 41 Abs. 5 erster Satz GewO 1994 ex lege in die Funktion des (gewerberechtlichen) Geschäftsführers eintritt, soweit nicht die Ausnahme des zweiten Satzes dieser Bestimmung gegeben ist. Damit übernimmt der Insolvenzverwalter ex lege die Funktion des Geschäftsführers (vgl. auch Grabler/Stolzlechner/Wendl Gewerbeordnung 3/2011 554 f RZ 32 zu § 41 GewO 1994 mit Verweis auf die Materialien); eine Bestellung nach § 39 GewO 1994 samt Anzeige nach Abs. 4 dieser Bestimmung ist nicht erforderlich. Davon ausgehend ist auch die Bestellungsvoraussetzung des § 39 Abs. 2 GewO 1994, wonach der Geschäftsführer in der Lage sein muss, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen, nicht Voraussetzung eines Eintrittes des Insolvenzverwalters in die Funktion des Geschäftsführers nach § 41 Abs. 5 GewO 1994.

Im gegenständlichen Fall hat die Gesellschaft, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, das Gastgewerbe ausübt, demnach ein Gewerbe, bei welchem mit der Ausübung des Gewerbes ohne Geschäftsführer keine Gefahren für das Leben oder die Gesundheit von Menschen verbunden sind. Unstrittig steht im gegenständlichen Fall fest, dass über das Vermögen der x GmbH, deren handelsrechtlicher Geschäftsführer R S ist, am 25. August 2017 ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Lediglich zwanzig Tage zuvor wurden die Funktionen des Herrn K. R. als handelsrechtlicher Geschäftsführer bzw. auch als gewerberechtlicher Geschäftsführer beendet. Dieser Chronologie zufolge wird bis dahin die zitierte sechsmonatige Frist für die Neubestellung eines Geschäftsführers noch nicht schlagend.

Jedenfalls vor Ablauf dieser sechsmonatigen Frist wurde demnach das Insolvenzverfahren eröffnet und ist in der Folge, wie die obige Judikatur normiert, die Insolvenzmasse ex lege fortbetriebsberechtigt und der Masseverwalter demnach ex lege Geschäftsführer.

Nach Prüfung der Sach- und Rechtslage ergibt sich demnach für das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren, dass die Bestellung eines gewerberechtlichen Geschäftsführers aufgrund des anhängigen Insolvenzverfahrens nicht erforderlich war und dem handelsrechtlichen Geschäftsführer demnach ein entsprechender Vorwurf nicht mit verwaltungsstrafrechtlich relevanter Konsequenz vorgeworfen werden kann.

Unabhängig davon, ist dem Verfahrensakt keine Ermittlungstätigkeit, die zur Feststellung, das Unternehmen sei nach Beendigung der Geschäftsführertätigkeiten des K. R. weitergeführt worden, zu entnehmen.

Insgesamt war demnach aufgrund der dargestellten Sach- und Rechtslage wie im Spruch zu entscheiden und das verfahrensgegenständliche Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

II. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten.

Sie haben 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 kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Reichenberger