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-800497/5/HW

Datum:
Linz, 1. August 2023

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Wiesinger über die Beschwerde von C F, X, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung vom 21.11.2022, GZ: BHUU/922160007823/22, wegen Übertretung der Gewerbeordnung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird teilweise stattgegeben und es werden die verhängten Geldstrafen auf je 210 Euro, die Ersatzfreiheitsstrafen auf je 32 Stunden und die Beiträge zu den Kosten der erstinstanzlichen Strafverfahren auf je 21 Euro (gesamt sohin 42 Euro) herabgesetzt. Im Übrigen wird die Beschwerde mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass im Spruch das Wort „beschränktau" durch die Wortfolge „beschränkt auf den Handel mit Fliesen und Baustoffen" ersetzt wird, im Spruch nach der Wortfolge „Erdarbeiten, unter Ausschluss jeder einem der konzessionierten Gewerbe" die Wortfolge „vorbehaltenen Tätigkeit" eingefügt wird und bei den verletzten Rechtsvorschriften Folgendes ergänzt wird: „§ 9 Gewerbeordnung 1994 in Verbindung mit § 39 Abs. 4 Gewerbeordnung 1994".

II. Die beschwerdeführende Partei hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurden über die Beschwerdeführerin (kurz „Bf") Geldstrafen samt Ersatzfreiheitsstrafen mit der Begründung verhängt, dass diese es als handelsrechtliche Geschäftsführerin der F T GmbH in X, zu verantworten habe, dass die genannte Firma nach dem Ausscheiden des gewerberechtlichen Geschäftsführers am 13.01.2022 ihrer Verpflichtung, innerhalb eines halben Jahres einen gewerberechtlichen Geschäftsführer namhaft zu machen, nicht nachgekommen sei. Die genannte Gesellschaft übe daher seit dem 14.07.2022 bis zumindest 28.08.2022 die im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses näher bezeichneten Gewerbe ohne Namhaftmachung eines gewerberechtlichen Geschäftsführers aus.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die gegenständliche Beschwerde, in welcher im Wesentlichen kurz zusammengefasst vorgebracht wird, dass der ehemalige Geschäftsführer seine Funktion am 13.01.2022 zurückgelegt habe und die Bf am 13.01.2022 die handelsrechtliche Geschäftsführung übernommen habe. Der ehemalige Geschäftsführer sei seit 13.01.2022 als Prokurist befugt, rechtmäßig Handlungen zu setzen. Da es sich um einen rein formalen Fehler handle, sei die Strafe überzogen.

II.1. Folgender Sachverhalt wird als erwiesen angenommen:
Die F T GmbH verfügte zumindest im Zeitraum 13.01.2022 bis 28.08.2022 unter anderem über die Gewerbeberechtigungen für die Gewerbe „Erdarbeiten, unter Ausschluss jeder einem der konzessionierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit" und „Handelsgewerbe gemäß § 103 Abs.1 lit.b Ziff.25 GewO.1973, beschränkt auf den Handel mit Fliesen und Baustoffen". Die Bf ist seit 13.01.2022 handelsrechtliche Geschäftsführerin dieser Gesellschaft. Der frühere gewerberechtliche Geschäftsführer (J Fo) beendete seine Funktion mit 13.01.2022, die neue gewerberechtliche Geschäftsführerin (Bf) wurde nicht vor dem 29.08.2022 bei der Behörde angezeigt, sodass die genannten Gewerbe im Tatzeitraum ohne Namhaftmachung eines neuen gewerberechtlichen Geschäftsführers ausgeübt wurden. Betreffend die Bf ist von einer verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit und einem monatlichen Nettoeinkommen von ca. 2.692 Euro auszugehen. Ein für die Strafbemessung relevantes Vermögen kann nicht festgestellt werden.

II.2. Der unter Punkt II.1. festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus den von der Behörde vorgelegten Unterlagen. Die Feststellungen betreffend das Bestehen der Gewerbeberechtigungen und die Stellung der Bf als handelsrechtliche Geschäftsführerin gründen vor allem auf den nicht bestrittenen Ausführungen im angefochtenen Straferkenntnis und den Angaben der Bf. Dass der

frühere gewerberechtliche Geschäftsführer seine diesbezügliche Funktion mit 13.01.2022 beendete und die neue gewerberechtliche Geschäftsführerin nicht vor dem 29.08.2022 bei der Behörde angezeigt wurde, folgt vor allem aus der Anzeige vom 29.08.2022 (ON 4). Im Übrigen wurde dies auch bereits im angefochtenen Straferkenntnis festgestellt und von der Bf nicht substantiiert bestritten. Die Feststellungen zum Einkommen gründen auf der Eingabe der Bf im Behördenverfahren. Dass von einer verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit auszugehen ist, folgt aus der Beschwerdevorlage, wonach keine Verwaltungsstrafvormerkungen betreffend die Bf aufscheinen. Dies steht auch im Einklang mit den Ausführungen in der Beschwerde.
Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde nicht beantragt und war auch nicht erforderlich (vgl. § 44 Abs. 3 Z 3 VwGVG).

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

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

Gemäß § 9 Abs. 1 GewO 1994 können juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften Gewerbe ausüben, müssen jedoch einen Geschäftsführer bestellt haben. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung darf bei Ausscheiden des Geschäftsführers das Gewerbe bis zur Bestellung eines neuen Geschäftsführers, längstens jedoch während sechs Monaten, weiter ausgeübt werden. Nach § 39 Abs. 4 GewO 1994 hat der Gewerbeinhaber die Bestellung und das Ausscheiden des Geschäftsführers der Behörde anzuzeigen.

III.2. Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, hat der frühere gewerberechtliche Geschäftsführer (J F) seine Funktion mit 13.01.2022 beendet, jedoch wurde die neue gewerberechtliche Geschäftsführerin (Bf) nicht vor dem 29.08.2022 bei der Behörde angezeigt. Es wurden daher die Gewerbe „Erdarbeiten, unter Ausschluss jeder einem der konzessionierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit" und „Handelsgewerbe gemäß § 103 Abs.1 lit.b Ziff.25 GewO.1973, beschränkt auf den Handel mit Fliesen und Baustoffen" im Zeitraum 14.07.2022 bis 28.08.2022 ausgeübt, obwohl der frühere gewerberechtliche Geschäftsführer J F mit 13.01.2022 als Geschäftsführer ausgeschieden ist und zumindest bis zum 29.08.2022 keine Anzeige über die Bestellung der neuen gewerberechtlichen Geschäftsführerin bei der Behörde erstattet wurde. Es kann der belangten Behörde daher nicht entgegengetreten werden, wenn sie davon

ausgeht, dass die zur Last gelegte Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht verwirklicht wurde.

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift nicht anderes bestimmt. Gegenständlich wird nichts anderes bestimmt, sodass zur Strafbarkeit Fahrlässigkeit ausreicht. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (vgl. § 5 VStG). Im vorliegenden Fall wurde von der Bf nichts vorgebracht und es hat sich im Verfahren auch sonst nichts ergeben, was geeignet wäre, ein fehlendes Verschulden der Bf darzulegen. Insbesondere hätte die Bf gegenständlich die Verpflichtung getroffen, sich mit den einschlägigen Normen ihres Betätigungsfeldes ausreichend vertraut zu machen (vgl. VwGH 04.10.2012, 2010/09/0077). Es ist im vorliegenden Fall daher von Fahrlässigkeit und sohin der belangten Behörde folgend auch von der Erfüllung der subjektiven Tatseite auszugehen.

III.3. Zum Vorbringen der Bf ist noch Folgendes auszuführen:
Es geht bei der verfahrensgegenständlichen Übertretung (§ 367 Z 1 GewO 1994 in Verbindung mit §§ 9 und 39 Abs. 4 GewO 1994) um die Anzeige eines gewerberechtlichen Geschäftsführers und nicht um die Funktion des handelsrechtlichen Geschäftsführers. Für die Strafbarkeit nach § 367 Z 1 GewO 1994 ist im Übrigen auch unerheblich, ob ein Geschäftsführer unternehmensintern bereits bestellt wurde (*Wessely* in *Ennöckl/Raschauer/Wessely*, GewO § 367 Rz 3 mwN).

III.4. Zur Strafbemessung ist auszuführen, dass verfahrensgegenständlich eine Geldstrafe bis zu 2.180 Euro zu verhängen ist. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Gemäß Abs. 2 dieser Bestimmung sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Von der belangten Behörde wurden keine Milderungs- bzw. Erschwerungsgründe gewertet. Erschwerungsgründe sind auch für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht ersichtlich. Allerdings ist bei der Strafzumessung die (erstinstanz-

lich noch nicht berücksichtigte) Unbescholtenheit der Bf mildernd zu werten. Unter Berücksichtigung aller Umstände des vorliegenden Falls, insbesondere auch der im Spruch angelasteten Tat, der fahrlässigen Begehungsweise sowie der bisherigen Unbescholtenheit, erscheint dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Verhängung von Geldstrafen von je 210 Euro als tat- und schuldangemessen. Eine weitere Herabsetzung kommt nicht in Betracht, wobei sich die verhängte Geldstrafe ohnedies bereits im untersten Bereich des Strafrahmens bewegt. Ein Vorgehen nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG kommt nicht in Betracht, da die Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG nicht gegeben sind, insbesondere ist nicht ersichtlich, dass das Verhalten der Bf hinter dem in der gegenständlichen Strafdrohung typisierten Unrechtsgehalt und Schuldgehalt erheblich zurückbleiben würde. Es ist somit der Beschwerde hinsichtlich der Strafhöhe teilweise stattzugeben, wobei auch die Ersatzfreiheitsstrafen verhältnismäßig anzupassen sind.

III.5. Da im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses die Bezeichnung der Gewerbe unvollständig ist, ist der Spruch insoweit zu ergänzen. Es ist daher spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision: Die ordentliche Revision ist unzulässig, da im gegenständlichen Verfahren keine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die gegenständliche Entscheidung erfolgte anhand der Leitlinien der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des vorliegenden Einzelfalls, sodass dem keine Bedeutung über den vorliegenden Einzelfall hinaus zukommt.

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, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. 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 e

1. 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.

2. Bitte erachten Sie die von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelte Vorschreibung als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde eine aktualisierte Vorschreibung zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Wiesinger