

# TE Lvwg Erkenntnis 2017/11/15 LVwG-2017/14/0182-6

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.11.2017

## Entscheidungsdatum

15.11.2017

## Index

50/01 Gewerbeordnung

## Norm

GewO 1994 §26 Abs1

GewO 1994 §91

VO(EG) Nr1079/2009 Art13 Abs1 lita

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat durch seinen Richter Dr. Klaus Dollenz über die Beschwerde 1. AA GesmbH, Z, sowie 2. BB, Y, beide vertreten durch Dr. CC, Rechtsanwalt in X, Adresse 1, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Tirol vom 16.12.2016, ZI \*\*\*\*, nach durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung am 20.09.2017,

zu Recht erkannt:

1. Gemäß § 28 VwGVG wird die Beschwerde hinsichtlich der Spruchpunkte I. und II. als unbegründet abgewiesen.
2. Der Beschwerde zu Punkt III. wird insofern stattgegeben als der dort angeführte Zeitraum von 1 Jahr auf 8 Monate verkürzt wird.
3. Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG unzulässig.

## Rechtsmittelbelehrung

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

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen. 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 kann.

#### Entscheidungsgründe

Dem Erstbeschwerdeführer wurde am 29.12.2016, dem Zweitbeschwerdeführer am 21.12.2016, der Bescheid des Landeshauptmannes von Tirol vom 16.12.2016, ZI \*\*\*\*, unter anderem mit folgenden Spruch zugestellt:

„Die AA GmbH (FN \*\*\*\*) mit Sitz in Z ist Inhaberin der mit Bescheid des Landeshauptmannes von Tirol vom 06.08.2014, \*\*\*\*, erteilten Konzession zur gewerbsmäßigen Beförderung von Gütern mit Kraftfahrzeugen im grenzüberschreitenden Güterverkehr mit 19 (neunzehn) Lastkraftwagen im Standort Z, Adresse 2.

Gemäß § 95 Abs. 2 und § 39 Abs. 2 Gewerbeordnung 1994, BGBl. Nr. 194/1994, in Verbindung mit § 5a Abs. 1 Güterbeförderungsgesetz 1995, BGBl. Nr. 593/1995, wurde der Antragstellerin die Genehmigung für die Bestellung des Herrn BB, geboren am xx.xx.xxxx in X, österr. Staatsbürger, wohnhaft in Y, Adresse 3, zum gewerberechtl. Geschäftsführer und Verkehrsleiter für die Ausübung des unter Punkt I genannten Gewerbes erteilt.

Mit Urteil des Landesgerichtes X vom 18.01.2016, GZ \*\*\*\* (RK 18.01.2016) wurde Herr BB, geb. am xx.xx.xxxx zu einer Geldstrafe von 210 Tagsätzen wegen des Vergehens Vollstreckungsverweigerung nach § 162 Abs. 1 u. 2 StGB, sowie zu einer Geldstrafe von 105 Tagsätzen wegen des Vergehens Vollstreckungsverweigerung nach § 162 Abs. 1 u. 2 StGB als Zusatzstrafe gemäß §§ 31 und 40 StGB unter Bedachtnahme auf LG X \*\*\*\* RK 09.01.2015 verurteilt. Weiters wurde er mit Urteil des Landesgerichtes X vom 09.01.2016, GZ \*\*\*\* (RK 09.01.2016) zu einer Geldstrafe von 150 Tagsätzen wegen des Vergehens Vorenthalten von Dienstnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung nach § 153 Abs. 1 u. 2 StGB verurteilt.

Im Zuge des Verfahrens wurde, da der Genannte von der Ausübung eines Gewerbes gemäß § 13 Abs. 1 Gewerbeordnung 1994, BGBl. Nr. 194/1994, ausgeschlossen ist, um Erteilung einer Nachsicht vom Gewerbeausschluss wegen gerichtlicher Verurteilung zum Zwecke der Ausübung des grenzüberschreitenden Güterverkehrs angesucht.

#### Spruch

Der Landeshauptmann von Tirol als Gewerbebehörde gemäß § 20 Güterbeförderungsgesetz 1995 in Verbindung mit § 361 Gewerbeordnung 1994, BGBl. Nr. 194/1994, entscheidet wie folgt:

I. Gemäß § 26 Abs. 1 Gewerbeordnung 1994 wird Herrn BB, geboren am xx.xx.xxxx in X, österr. Staatsbürger, wohnhaft in Y, Adresse 3, die Nachsicht vom Ausschluss von der Gewerbeausübung wegen gerichtlicher Verurteilung verweigert.

II. Gemäß § 91 Abs. 1 in Verbindung mit § 87 Abs. 1 Z 1 und 3 Gewerbeordnung 1994, BGBl. Nr. 194/1994, und Art 6 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1071/2009 wird der AA GmbH die Genehmigung für die Bestellung des Herrn BB geboren am xx.xx.xxxx in X, österr. Staatsbürger, wohnhaft in Y, Adresse 3, zum gewerberechtl. Geschäftsführer für die Ausübung der gewerbsmäßigen Beförderung von Gütern mit Kraftfahrzeugen im grenzüberschreitenden Güterverkehr mit 19 (neunzehn) Lastkraftwagen im Standort Z, Adresse 2 widerrufen.

Hinweis:

§ 9 Abs. 2 Gewerbeordnung 1994 gilt nicht bei Widerruf der Geschäftsführerbestellungen gemäß § 91 Abs. 1 Gewerbeordnung 1994 jedoch wird aufgrund der Derogation durch Art. 13 Abs. 1 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 1071/2009 der AA GmbH eine Frist von 3 (drei) Monaten zur Neubestellung eines Verkehrsleiters eingeräumt.

III. Gemäß § 5a Abs. 2 Güterbeförderungsgesetz 1995 in Verbindung mit Artikel 14 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1071/2009 wird Herr BB für den Zeitraum von 1 (einem) Jahr als ungeeignet erklärt die Verkehrstätigkeiten eines Unternehmens zu leiten.“

Dagegen wurde fristgerecht nachstehende Beschwerde erhoben:

„In umseits bezeichneter Verwaltungssache teilen die AA GmbH sowie BB mit, dass sie Rechtsanwalt Dr. CC mit ihrer rechtsfreundlichen Vertretung beauftragt haben und beruft sich dieser auf die erteilte Vollmacht.

Diese Beschwerde richtet sich gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Tirol als Gewerbebehörde vom 16.12.2016 zur GZ: \*\*\*\*, mit dem BB die Nachsicht vom Ausschluss von der Gewerbeausübung verweigert, die

Genehmigung für die Bestellung des BB zum gewerberechtl. Geschäftsführung widerrufen und BB für den Zeitraum von einem Jahr als ungeeignet erklärt wurde, die Verkehrstätigkeit eines Unternehmens zu leiten. Dieser Bescheid wird in allen drei Spruchpunkten, sohin in seinem gesamten Umfang angefochten.

Die Beschwerde ist rechtzeitig. Der bekämpfte Bescheid wurde der beschwerdeführenden Partei am 21.12.2016 zugestellt. Die vierwöchige Frist endet somit am 18.01.2017.

Geltend gemacht werden die Rechtsmittelgründe der unrichtigen Tatsachenfeststellung und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung.

Die Beschwerde wird begründet wie folgt:

#### 1. Mangelhaftigkeit des Verfahrens:

Die Behörde stützt ihre Begründung zum Teil auf drei Verurteilungen zu gesamt 465 Tagessätzen. Tatsächlich weist der Strafregisterauszug des BB lediglich zwei Verurteilungen auf, wobei mit dem zweiten Urteil (\*\*\*\*) eine Zusatzstrafe gemäß §§ 31 und 40 StGB unter Bedachtnahme auf das erste Urteil (\*\*\*\*) ausgesprochen wurde. Zusatzstrafe bedeutet, dass die Straftat, wenn sie bereits bekannt gewesen wäre, im ersten Verfahren bereits mitabgeurteilt hätte werden müssen.

Mit beiden Urteilen zusammen wurde BB zu einer Gesamtstrafe von 360 Tagessätzen verurteilt (150 TS und 210 TS). Darüberhinaus liegt keine weitere Verurteilung des BB vor. Die von der Behörde im Bescheid angeführten 105 TS stellen keine zusätzliche Strafe dar, sondern wurde vom Strafericht die Hälfte der Zusatzstrafe (das sind 105 TS) für eine Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen. Eine bedingte Strafnachsicht eines Teiles der Strafe erhöht nicht das Strafmaß, sie ist bereits im Strafmaß enthalten! Der Ausspruch der bedingten Strafnachsicht bedeutet, dass im Falle des Wohlverhaltens während der Probezeit nur der unbedingte Teil der Strafe tatsächlich vollzogen wird. Im gegenständlichen Fall ist dann nur die Geldstrafe im Ausmaß von 105 Tagessätzen zu bezahlen, während der Rest nachgesehen wird. Diesbezüglich wurde der Strafregisterauszug von der belangten Behörde unrichtig im Bescheid wiedergegeben.

Da es nach den Ausführungen der Behörde für die Beurteilung der Zuverlässigkeit durchaus von Einfluss ist, welche Verurteilungen neben einer einen Gewerbeausschlussgrund gemäß § 13 Abs 1 Zl lit. b GewO 1994 bildenden Verurteilungen vorliegen, ist die unrichtige Wiedergabe der strafrechtlich vorliegenden Verurteilungen des BB von wesentlicher Bedeutung für die Entscheidung der Behörde. Die Behörde geht von einem falschen Strafmaß aus und legt ihrer Prüfung der Zuverlässigkeit daher einen unrichtigen Sachverhalt zugrunde. Sie beachtet auch nicht, dass die zweite Verurteilung nur zur Verhängung einer Zusatzstrafe geführt hat, der Sachverhalt daher so zu beurteilen ist, als wäre im selben Urteil über die Straftaten des BB entschieden worden. Aus den aus dem Strafregisterauszug ersichtlichen Daten wurde die letzte Tat, die zur Verhängung der Zusatzstrafe geführt hat am 18.11.2013 gesetzt, jene des ersten Urteils am 15.07.2014. Auch dieser Umstand wird der Entscheidung der belangten Behörde in keiner Weise beachtet.

Die Behörde hat ihrer Entscheidung einen den Akten zugrunde gelegt und wesentlich Umstände nicht ausreichend berücksichtigt, sodass das Ermittlungsverfahren mangelhaft geblieben ist und die Entscheidung an einem wesentlichen Begründungsmangel leidet.

Soweit die Behörde aufgrund von Verwaltungsstrafen die Zuverlässigkeit des BB beurteilt, sind die von ihr herangezogenen Feststellungen widersprüchlich. Die Begründung und die Beurteilung der Behörde über die Zuverlässigkeit des BB sind daher nicht ausreichend nachvollziehbar und überprüfbar.

Auf Seite 3 und 5 des angefochtenen Bescheides wird in der Begründung zu Spruchpunkt I festgestellt dass 93 schwerwiegende Verstöße iSd § 5 Abs 2 Z 3 lit a und b Güterbeförderungsgesetz vorliegen würden, laut Begründung des Bescheides zu Spruchpunkt II werden auf Seite 5 hingegen nur 66 solche schwerwiegenden Verstöße festgestellt und auch die Liste der Verstöße (Seite 5 bis 7 des Bescheides) umfasst nur 66 Verstöße. Wie sich diesem Register entnehmen lässt, betrifft die Mehrzahl der Verstöße, nämlich 46 (!) einen Zeitraum vor August 2014, für 2016 scheinen nur drei Verstöße auf.

Der angefochtene Bescheid geht von unrichtigen Tatsachenfeststellungen aus, ist in seiner Begründung widersprüchlich und daher mangelhaft.

## 2. Unrichtige rechtliche Beurteilung, unrichtige Ermessensausübung

BB wurde mit den beiden Urteilen des Landesgerichtes X zu einer als Einheit zu sehenden Gesamtstrafe im Ausmaß von 360 Tagessätzen verurteilt wobei die Hälfte der Strafe bedingt nachgesehen wurde. Die Verurteilung stellt einen Ausschlussgrund gemäß § 13 Abs 1 Z 1 lit b Gewerbeordnung 1994 dar.

Allerdings ist nach § 26 Abs 1 Gewerbeordnung Nachsicht vom Ausschluss von der Gewerbeausübung zu erteilen, wenn nach der Eigenart der strafbaren Handlung und der Persönlichkeit des Verurteilten die Begehung einer gleichen oder ähnlichen Straftat bei Ausübung des Gewerbes nicht zu befürchten ist. Die angeführten Urteile des LG X beziehen sich auf Taten vor dem 15.07.2014. Seit der letzten Tat sind somit zweieinhalb Jahre vergangen. BB ist mittlerweile nicht mehr handelsrechtlicher Geschäftsführer, er hat sohin keinen Zugriff auf das Vermögen des Unternehmens und ist die Begehung einer gleichen oder ähnlichen Straftat (Vollstreckungsvereitelung und Vorenthalten von Dienstnehmerbeiträgen) nicht zu befürchten. Das Landesgericht X ist selbst auch von einer günstigen Prognose ausgegangen und hat aus diesem Grund die Hälfte der verhängten Strafe bedingt nachgesehen. Andere Verurteilungen liegen keine vor.

Aus dem Register der Verwaltungsverstöße geht hervor, dass die Verstöße 2014 (Bescheid, mit dem die Genehmigung erteilt wurde, BB gewerberechtlichen Geschäftsführer zu bestellen) zurückgegangen sind. Diesen Umstand stellt die belangte Behörde sogar selbst im bekämpften Bescheid außer Zweifel (Seite 8): „Da sich die Anzahl der schwerwiegenden Verstöße iSd § 5 Abs 2 Z 3 lit a und b Güterbeförderungsgesetz am Ende des Beobachtungszeitraumes verringert hat, Die belangte Behörde hat somit selbst festgestellt, dass sich die Verstöße verringert haben. Dieser Umstand muss sich auch hinsichtlich der Beurteilung der Zuverlässigkeit des BB zu seinen Gunsten auswirken.“

Insgesamt zeigt sich daher die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde hinsichtlich der Zuverlässigkeit als nicht stichhältig.

Wenn die Zuverlässigkeit des gewerberechtlichen Geschäftsführer der AA GmbH gegeben ist, liegen die Voraussetzungen für die Erteilung der Nachsicht vom Ausschluss der Gewerbeausübung vor und ist daher der Bescheid mit dem die Geschäftsführerbestellung des BB bewilligt wurde nicht zu widerrufen und ist auch ein Ausspruch gemäß § 5a Güterbeförderungsgesetz über die Dauer der Nichteignung hinfällig.

Die Beschwerdeführer stellen daher an das Landesverwaltungsgericht Tirol den

A n t r a g ,

es wolle

1. eine mündliche Verhandlung anberaumen,
2. der Beschwerde stattgeben und den bekämpften Bescheid in allen Punkten aufheben, sowie
3. aussprechen, dass die Nachsicht vom Ausschluss der Gewerbeausübung hinsichtlich des gewerberechtlichen Geschäftsführers der AA GmbH BB, geboren am xx.xx.xxxx, erteilt wird.

in eventu

es wolle den angefochtenen Bescheid ersatzlos beheben.

Die Gerichtsgebühr wurde überwiesen, die Überweisungsbestätigung liegt dieser Beschwerde bei, der Überweisungsauftrag wurde unwiderruflich erteilt.“

Infolge der erhobenen Beschwerde wurde am 20.09.2017 die öffentlichen mündliche Verhandlung durchgeführt, bei der einerseits der Zweitbeschwerdeführer einvernommen wurde, andererseits Beweis durch Einsichtnahme in die Auszüge aus dem Gerichtsakt \*\*\*\*. In einem Auszug der Insolvenzdatei betreffend Konkursverfahren DD GmbH Aktenzeichen \*\*\*\* und in das Schreiben der EE vom 15.09.2017 genommen wurde.

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens steht nachstehender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

Im Firmenbuch ist zu FN \*\*\*\* die Firma AA GmbH mit Sitz in Z, Adresse 2, eingetragen, Geschäftszweig der Firma ist die Vermietung und Verpachtung sowie Güterbeförderung im Straßenverkehr. Der Zweitbeschwerdeführer ist dort seit 09.06.2017 als handelsrechtlicher Geschäftsführer eingetragen. Aus dem Handelsregister ergibt sich, dass der schon

vom 22.03.2010 bis 12.02.2016 handelsrechtlicher Geschäftsführer war.

Mit Bescheid vom 06.08.2014, GZ \*\*\*\*, hat der Landeshauptmann von Tirol als Gewerbebehörde I. Instanz gemäß § 2 Abs 1 und Abs 2 Z 2 und § 3 Abs 1 iVm § 5 Abs 1 Güterbeförderungsgesetz der AA GmbH, Z, die Konzession zur Ausübung der gewerbsmäßigen Beförderung von Gütern und Kraftfahrzeugen im grenzüberschreitenden Güterverkehr mit 19 Lastkraftwagen im Standort Z, Adresse 2, erteilt. Ferner wurde der AA GmbH die Genehmigung für die Bestellung des Zweitbeschwerdeführers zum gewerberechtl. Geschäftsführer und Verkehrsleiter für die Ausübung des Gewerbes erteilt.

Im Genehmigungsbescheid findet sich ein Hinweis darauf, dass sich die Behörde innerhalb eines einjährigen Beobachtungszeitraumes vorbehält, ein Entziehungsverfahren mangels Zuverlässigkeit einzuleiten, falls die Maßnahmen zur Verringerung der Verwaltungsstrafe nicht wirksam sind.

Der Grund für diesen Hinweis liegt darin, dass von der Konzessionsbehörde in den Verwaltungsstrafvormerk des Zweitbeschwerdeführers Einsicht genommen wurde und wurde laut dem Akt für den Zeitraum 2009 bis 2014 insgesamt 218 Strafvormerkungen gefunden, wovon 55 Strafvormerkungen als schwerwiegend angenommen wurden. Die Zahl der Strafvormerkungen stiegen von 2009 mit 24 an, erreichten ihren Höhepunkt im Jahre 2013 mit 58 und reduzierten sich wieder im Jahre 2014 auf 21.

Zu Aktenzeichen \*\*\*\* wurde betreffend der FF GmbH beim Landesgericht X das Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung am 29.09.2014 eröffnet, am 14.10.2014 wurde von den Gläubigern der Sanierungsplan angenommen und am 04.12.2014 in der Ediktsdatei bestätigt, dass der Sanierungsplan rechtskräftig bestätigt wurde. Am 21.10.2016 wurde bekannt gemacht, dass die Überwachung der Erfüllung des Sanierungsplanes eingestellt wird, und wurde am 23.12.2016 in der Ediktsdatei festgehalten, dass die Einstellung der Überwachung rechtskräftig ist.

In der Insolvenzdatei befindet sich die Eintragung vom 16.06.2015, wonach das Insolvenzverfahren mangels Kostendeckung betreffend der DD GmbH in Y, Adresse 3, nicht eröffnet wird und ist dieser Beschluss vom 01.07.2015 rechtskräftig geworden.

Aus dem Strafakt des Landesgerichtes X zu Akt \*\*\*\* ergibt sich, dass von der EE am 08.08.2014 mitgeteilt wurde, dass der Zweitbeschwerdeführer als verantwortlicher handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma FF GmbH die Beiträge von insgesamt 68 Dienstnehmer zur Sozialversicherung im Zeitraum Dezember 2013 bis Juni 2014 in Höhe von 96.218,84 Euro vorenthalten hat, wodurch er das Vergehen nach § 153c StGB begangen habe. Mit Urteil des Landesgerichtes X vom 09.01.2015 wurde der Beschwerdeführer für den Zeitraum 16.01.2014 bis 15.07.2014 wegen des Vergehens des Vorenthaltens von Dienstnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung nach § 153c Abs 1 und 2 StGB nach § 153c Abs 1 StGB in Anwendung der § 28 Abs 1 und § 37 Abs 1 StGB zu einer Geldstrafe von 150 Tagessätzen im Uneinbringlichkeitsfall zu 75 Tagen Ersatzfreiheitsstrafe verurteilt. Der Tagessatz wurde mit 4,00 Euro bestimmt, sodass die Geldstrafe 600,00 Euro beträgt. Gemäß § 43a Abs 1 StGB wurde der Vollzug eines Tages der verhängten Geldstrafe zu 75 Tagessätzen zu je 4,00 Euro unter Bestimmung einer Probezeit von 3 Jahren bedingt nachgesehen, sodass der unbedingte Teil der Geldstrafe 300,00 Euro beträgt.

Mit Urteil des Landesgerichtes X vom 18.01.2016 wurde der Zweitbeschwerdeführer für schuldig erkannt, er habe in der Zeit zwischen Oktober 2010 bis 18.11.2013 als Drittschuldner, einen Bestandteil seines Vermögens beiseite geschafft und dadurch die Befriedigung des Gläubigers durch Zwangsvollstreckung geschmälert, in dem er in den Monaten Oktober 2010 bis Feber 2011, Juni 2011 bis März 2012 und Juni 2012 bis November 2013 gerichtlich gepfändete und daher einbehaltene Lohnbestandteile in Höhe von Euro 7.756,63 seines Arbeitnehmers GG nicht an die Bezirkshauptmannschaft X als Gläubiger weiterleitete sondern behielt. Der Beschwerdeführer habe dadurch das Vergehen der Vollstreckungsvereitelung nach § 162 Abs 1 und 2 StGB begangen und wurde über ihn gemäß § 31, § 40 StGB unter Bedachtnahme auf das Urteil des Landesgerichtes X vom 09.01.2015, \*\*\*\*, rechtskräftig seit 09.01.2015, nach § 162 Abs 2 StGB in Anwendung des § 37 Abs 1 StGB bei einer Zusatzstrafe in Form einer Geldstrafe von 210 Tagessätzen (Ersatzarrest 150 Tage) über den Kostenersatz des Strafverfahrens verpflichtet.

Aus dem Schreiben der EE vom 15.09.2017 (betrifft Sozialversicherungsbeiträge) lässt sich entnehmen, dass betreffend der Erstbeschwerdeführerin zum Zeitpunkt 14.09.2017 Euro 54.904,49, betreffend der Firma FF GmbH Euro 58.863,73 sowie betreffend der Firma JJ GmbH Euro 8.909,82 sowie betreffend der KK GmbH ein Betrag von Euro 9.254,89 offen ist.

Anlässlich seiner Einvernahme hat der Zweitbeschwerdeführer ausgeführt, dass infolge eines Geschäftes Sanierungsmaßnahmen von Euro 900.000,00 aufgelaufen sind, sodass er mit seinen Firmen in Schwierigkeiten gekommen ist. Ein Grund sei auch gewesen, dass er in einer Firma mehrere Tätigkeitsfelder gehabt habe, sodass verschiedene Kollektivverträge maßgebend waren, sodass zu viele Kosten aufgelaufen sind, worauf man beschlossen habe ein mehrere Firmen zu gründen, wobei die „Hauptfirma“ die Firma FF GmbH sei. Betreffend seiner Situation führte er an, dass er wichtig sei, dass er die Funktion ausübe, da er einfach mehr dahinter sei, als wenn jemand angestellt werde.

Wie sich aus dem Spruch des Bescheides des Landeshauptmannes von Tirol vom 16.12.2016 ergibt wurde dem Zweitbeschwerdeführer gemäß § 26 Abs 1 die Nachsicht vom Ausschluss der Gewerbeausübung wegen gerichtlicher Verurteilung verweigert.

§ 26 Abs 4 GewO normiert, dass die Nachsicht gemäß Abs 1, 2 oder 3 nicht zu erteilen ist, wenn andere Ausschlussgründe gemäß § 13 vorliegen, als jene, für die die Nachsicht erteilt werden soll.

Das vom Landesverwaltungsgericht Tirol durchgeführte Verfahren hat ergeben, dass am 16.06.2015 bekannt gemacht wurde, dass über die DD GmbH, Adresse 3, das Insolvenzverfahren mangels Kostendeckung nicht eröffnet wurde. Die Nichteröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Kostendeckung ist rechtskräftig geworden. Die Abwicklung dieser Gesellschaft erfolgte durch den Zweitbeschwerdeführer.

§ 13 GewO hat nachstehenden Wortlaut:

(1) Natürliche Personen sind von der Ausübung eines Gewerbes ausgeschlossen, wenn sie

1. von einem Gericht verurteilt worden sind

a) wegen betrügerischen Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen und Zuschlägen nach dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (§ 153d StGB), organisierter Schwarzarbeit (§ 153e StGB), betrügerischer Krida, Schädigung fremder Gläubiger, Begünstigung eines Gläubigers oder grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen (§§ 156 bis 159 StGB) oder

b) wegen einer sonstigen strafbaren Handlung zu einer drei Monate übersteigenden Freiheitsstrafe oder zu einer Geldstrafe von mehr als 180 Tagessätzen und

2. die Verurteilung nicht getilgt ist.

Von der Ausübung eines Gastgewerbes sind natürliche Personen ausgeschlossen, wenn gegen sie eine nicht getilgte gerichtliche Verurteilung wegen Übertretung der §§ 28 bis 31a des Suchtmittelgesetzes, BGBl. I Nr. 112/1997, in der jeweils geltenden Fassung, vorliegt. Bei Geldstrafen, die nicht in Tagessätzen bemessen sind, ist die Ersatzfreiheitsstrafe maßgebend. Bei Verhängung einer Freiheitsstrafe und einer Geldstrafe sind Freiheitsstrafe und Ersatzfreiheitsstrafe zusammenzuzählen. Dabei ist ein Monat dreißig Tagen gleichzuhalten. Die Bestimmungen dieses Absatzes gelten auch, wenn mit den angeführten Ausschlussgründen vergleichbare Tatbestände im Ausland verwirklicht wurden.

(2) Wer wegen der Finanzvergehen des Schmuggels, der Hinterziehung von Eingangs- oder Ausgangsabgaben, der Abgabenehlerei nach § 37 Abs. 1 lit. a des Finanzstrafgesetzes, BGBl. Nr. 129/1958, in der jeweils geltenden Fassung, der Hinterziehung von Monopoleinnahmen, des vorsätzlichen Eingriffes in ein staatliches Monopolrecht oder der Monopolhehlerei nach § 46 Abs. 1 lit. a des Finanzstrafgesetzes von einer Finanzstrafbehörde bestraft worden ist, ist von der Ausübung des Gewerbes ausgeschlossen, wenn über ihn wegen eines solchen Finanzvergehens eine Geldstrafe von mehr als 726 € oder neben einer Geldstrafe eine Freiheitsstrafe verhängt wurde und wenn seit der Bestrafung noch nicht fünf Jahre vergangen sind. Dies gilt auch, wenn mit den angeführten Ausschlussgründen vergleichbare Tatbestände im Ausland verwirklicht wurden.

(3) Rechtsträger sind von der Gewerbeausübung als Gewerbetreibende (§ 38 Abs. 2) ausgeschlossen, wenn

1. das Insolvenzverfahren mangels kostendeckenden Vermögens rechtskräftig nicht eröffnet oder aufgehoben wurde und

2. der Zeitraum, in dem in der Insolvenzdatei Einsicht in den genannten Insolvenzfall gewährt wird, noch nicht abgelaufen ist.

Dies gilt auch, wenn ein mit dem angeführten Ausschlussgrund vergleichbarer Tatbestand im Ausland verwirklicht wurde.

(4) Rechtsträger sind von der Begründung eines Gewerberechts, das Tätigkeiten der Versicherungsvermittlung oder der Kreditvermittlung beinhaltet, außer in den Fällen des Abs. 3 auch ausgeschlossen, wenn über ihr Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wurde und der Zeitraum der Einsichtsgewährung in die Insolvenzdatei noch nicht abgelaufen ist. Dies gilt auch bei Verwirklichung eines vergleichbaren Tatbestandes im Ausland. Der Ausschlussgrund liegt nicht vor, wenn im Rahmen des Insolvenzverfahrens der Sanierungsplan vom Gericht bestätigt wurde und dieser erfüllt worden ist oder wenn im Rahmen des Insolvenzverfahrens das Gericht den Zahlungsplan des Schuldners bestätigt hat und der Zahlungsplan erfüllt worden ist oder nach Durchführung eines Abschöpfungsverfahrens die Restschuldbefreiung erteilt wurde und unwiderrufen geblieben ist.

(5) Eine natürliche Person ist von der Ausübung des Gewerbes als Gewerbetreibender ausgeschlossen, wenn ihr ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte eines anderen Rechtsträgers als einer natürlichen Person zusteht oder zugestanden ist, bei dem der Ausschluss von der Gewerbeausübung gemäß Abs. 3 eintritt oder eingetreten ist. Trifft auf den Rechtsträger ein Ausschlussgrund gemäß Abs. 4 zu, ist die natürliche Person nur von der Ausübung eines Gewerbes, das Tätigkeiten der Versicherungsvermittlung beinhaltet, ausgeschlossen. Abs. 1 letzter Satz gilt sinngemäß.

(6) Eine natürliche Person, die durch das Urteil eines Gerichtes eines Gewerbes verlustig erklärt wurde oder der eine Gewerbeberechtigung auf Grund des § 87 Abs. 1 Z 3 oder 4 entzogen worden ist, ist von der Ausübung eines Gewerbes ausgeschlossen, wenn durch die Ausübung dieses Gewerbes der Zweck der mit dem Gerichtsurteil ausgesprochenen Verlustigerklärung des Gewerbes oder der Entziehung auf Grund des § 87 Abs. 1 Z 3 oder 4 vereitelt werden könnte. Dies gilt auch für eine natürliche Person, die wegen Zutreffens der im § 87 Abs. 1 Z 3 oder 4 angeführten Entziehungsgründe Anlass zu behördlichen Maßnahmen gemäß § 91 Abs. 1 oder 2 gegeben hat.

(7) Andere Rechtsträger als natürliche Personen sind von der Ausübung des Gewerbes ausgeschlossen, wenn eine natürliche Person, der ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte des betreffenden Rechtsträgers zusteht, gemäß Abs. 1 bis 3, 5 oder 6 von der Gewerbeausübung ausgeschlossen ist. Trifft auf die natürliche Person ein Ausschlussgrund gemäß Abs. 4 zu, ist der betreffende Rechtsträger nur von der Ausübung eines Gewerbes, das Tätigkeiten der Versicherungsvermittlung beinhaltet, ausgeschlossen. Abs. 1 letzter Satz gilt sinngemäß.

Das durchgeführte Beweisverfahren hat ergeben, dass der Beschwerdeführer nicht nur gewerberechtlicher Geschäftsführer sondern jetzt auch handelsrechtlicher Geschäftsführer ist, sodass davon ausgegangen werden kann, dass ihm ein maßgebender Einfluss auf die Firma zukommt, wobei in diesem Zusammenhang darauf zu verweisen ist, dass die Ausführungen in der Beschwerde – der Zweitbeschwerdeführer sei nicht mehr handelsrechtlicher Geschäftsführer und habe somit kein Zugriff auf das Vermögen des Unternehmens und sei die Begehung einer gleichen oder ähnlichen Straftat nicht zu befürchten, nunmehr ins Leere gehen, da der Beschwerdeführer seit 09.06.2017 handelsrechtlicher Geschäftsführer ist. Hinsichtlich der Behauptung, dass das Landesgericht X von einer günstigen Prognose ausgegangen ist, ist darauf hinzuweisen, dass nicht die ganze verhängte Strafe bedingt nachgesehen wurde sondern nur die Hälfte. Der Zweitbeschwerdeführer wurde wegen des Vergehens nach § 153 Abs 1 und 2 StGB für schuldig erkannt, da er der EE die fälligen Dienstnehmerbeiträge für die Monate Dezember 2013 bis einschließlich Juni 2014 in unerhobener jedenfalls aber Euro 96.218,84 nicht übersteigenden Höhe an den genannten Versicherungsträger weiterleitete. Er erhielt eine Zusatzstrafe wegen des Vergehens der Vollstreckungsverweigerung nach § 161 und § 162 StGB. Insgesamt wurden 360 Tagesätze vom Gericht verhängt, sodass die in § 13 Abs 1 lit b GewO genannte Grenze um das „Doppelte“ überschritten wurde.

Aus dem Schreiben der EE an das Landesverwaltungsgericht Tirol lässt sich entnehmen, dass bei dieser und insbesondere hinsichtlich bei der Erstbeschwerdeführerin Rückstände in namhafter Höhe aufgelaufen sind, sodass das Landesverwaltungsgericht Tirol zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht in der Lage versetzt ist, eine günstigere Prognose abzugeben Arbeitnehmerbeiträge insbesondere betreffend der Erstbeschwerdeführerin der EE besteht, sodass nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Beschwerdeführer in Hinkunft wegen einer Übertretung nach § 153c Abs 1 und 2 StGB neuerlich verurteilt wird, obwohl das Landesverwaltungsgericht Tirol nicht verkennet, dass der Beschwerdeführer bemüht ist, seine finanzielle Situation der Firma zu verbessern, was sich daraus ergibt, dass er nicht entgeltlich bei der Erstbeschwerdeführerin tätig ist.

Der Landeshauptmann von Tirol stützt sich in seinem Bescheid darauf, dass im Verwaltungsstrafregister der

Bezirkshauptmannschaft X 197 Verwaltungsvorstrafen als rechtskräftig verhängt aufscheinen, wovon 66 unter genannten schwerwiegenden Verstöße im Sinne des § 5 Abs 2 Z 3 lit a und b Güterbeförderungsgesetz darstellen. Der Konzessionsbescheid ist am 06.08.2014 rechtskräftig geworden. Unter Berücksichtigung dieses Umstandes lässt sich entnehmen, dass 43 Eintragungen vor diesem Zeitpunkt anzusetzen sind, wobei 23 Eintragungen Strafen nach Rechtskraft als Konzessionsbescheid betreffen, wobei auf das Jahr 2015 19 Eintragungen entfallen und 4 auf das Jahr 2016. Für das Jahr 2016 ist somit von einem Rückgang auszugehen, jedoch ist anzumerken, dass ab 13.02.2016 bis zum 08.06.2017 handelsrechtlicher Geschäftsführer Mag. LL gewesen ist, sodass nicht gesagt werden kann, dass der Beschwerdeführer rein für diesen Rückgang der Übertretungen verantwortlich ist, jedoch sieht sich das Landesverwaltungsgericht Tirol sieht sich durch den günstigen Verlauf 2016 veranlasst, Spruchpunkt III dahingehend abzuändern, als der dort genannte Zeitraum von 1 Jahr auf 8 Monate herabgesetzt wird. Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass dem Beschwerdeführer mitgeteilt wurde, dass hinsichtlich Strafvormerkungen seitens der Behörde ein Beobachtungszeitraum von 1 Jahr vorgesehen ist und ergibt sich für diesen Zeitraum keine nennenswerte Verbesserung im Vergleich zu den vorgenannten Jahren.

Aus vorgenannten Gründen war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage iSd Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen ist, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Entscheidung weicht weder von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab noch fehlt es an einer solchen.

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr. Klaus Dollenz

(Richter)

#### **Schlagworte**

Geschäftsführerbestellung; Widerruf; gewerberechtl. Geschäftsführer; handelsrechtlicher Geschäftsführer; maßgebender Einfluss; Rückstände; Prognose

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGTI:2017:LVwG.2017.14.0182.6

#### **Zuletzt aktualisiert am**

29.11.2017

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

© 2024 JUSLINE

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

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