

TE Lvwg Erkenntnis 2019/2/18 LVwG- 2018/40/2489-4

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.02.2019

Entscheidungsdatum

18.02.2019

Index

50/01 Gewerbeordnung

40/01 Verwaltungsverfahren

Norm

GewO 1994 §39

VStG §45 Abs1 Z1

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Mag. Piccolroaz über die Beschwerde der AA, vertreten durch Rechtsanwalt BB, Adresse 1, Z, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Y vom 20.09.2018, ZI ****, betreffend eine Übertretung der Gewerbeordnung 1994, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung,

zu Recht:

1. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG eingestellt.
2. Die ordentliche Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde der Beschwerdeführerin folgender Sachverhalt zur Last gelegt:

„Die Beschuldigte, AA, geb. **.**.****, wohnhaft in X, Adresse 2, besitzt seit dem 08.07.2016 das Gastgewerbe gem. § 94 Z 26 GewO 1994, in der Betriebsart: Almwirtschaft, gem. § 111 Abs. 1 Zif. 2 GewO 1994, hinsichtlich der Verabreichung von Speisen eingeschränkt auf Imbisse und bäuerliche Spezialitäten, am Standort CC-Alm. Im Zuge einer Überprüfung musste festgestellt werden, dass sie folgende Übertretung nach der Gewerbeordnung zu verantworten hat: der bestellte gewerberechtliche Geschäftsführer DD, geb. am **.**.****, wurde im Zeitraum Juli 2018 bis zumindest 17.09.2018 nicht mit mindestens der Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit als vollversicherungspflichtiger Arbeitnehmer nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes angemeldet, obwohl es sich um ein Gewerbe handelt, für welches die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben ist, und das

Gewerbe zumindest vom Juli 2018 bis zum 17.09.2018 ausgeübt wurde.

Die Beschuldigte hat dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 367 Zif. 5 i.V.m. § 39 Abs. 2 GewO 1994

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird folgende Strafe verhängt:

Strafe in Euro

200,00

Ersatzfreiheitsstrafe

18 Stunden

Freiheitsstrafe von

Strafbestimmung:

§ 367 Zif. 5 GewO 1994

Im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe wird die festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe vollzogen.

Weiters hat der Beschuldigte gemäß § 64 Abs. 2 VStG als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens 10 % v.H. der verhängten Strafe (jedoch mindestens € 10,00 pro Übertretung), das sind € 20,00 zu bezahlen, sowie gemäß § 54 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 die Kosten eines allfälligen Vollzuges der Ersatzfreiheitsstrafe zu ersetzen.

Der zu entrichtende Betrag setzt sich daher wie folgt zusammen:

Strafe: € 200,00

Verfahrenskosten: € 20,00

Barauslagen: € 0,00 (Kopiekosten)

insgesamt: € 220,00“

In der dagegen fristgerecht erhobenen Beschwerde bringt die rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführerin im Wesentlichen zusammengefasst vor, dass irgendwelche Eintragungen im Internet keinen Beweis darstellten, dass bereits im Juli 2018 der Gastbetrieb aufgenommen worden sei. Bei Einzelunternehmen würde eine Frist von einem Monat für die Neubestellung eines Geschäftsführers bestehen. Diese Frist sei jedenfalls eingehalten.

Beweis wurde aufgenommen durch Einsicht in den Akt der belangten Behörde, Einsicht in das Gewerbeinformationssystem Austria, Einholung eines Versicherungsdatenauszuges für Herrn DD sowie aufgrund der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol, in welcher die Beschwerdeführerin persönlich einvernommen wurde.

II. Sachverhalt:

Die Beschwerdeführerin war vom 08.07.2016 bis zum 26.09.2018 Inhaberin des reglementierten Gewerbes Gastgewerbe gemäß § 94 Z 26 GewO 1994 in der Betriebsart: Almwirtschaft, gemäß § 111 Abs 1 Z 2 GewO 1994, hinsichtlich der Verabreichung von Speisen eingeschränkt auf Imbisse und bäuerliche Spezialitäten. Als gewerberechtlicher Geschäftsführer war Herr DD vom 08.07.2016 bis 26.09.2018 bestellt.

Herr DD war in der Zeit von 20.06.2016 bis 18.09.2016 und vom 03.07.2017 bis 27.09.2017 als Angestellter der Frau AA bei der Sozialversicherung gemeldet.

Der gewerberechtliche Geschäftsführer Herr DD ist der Beschwerdeführerin vor Wiederbeginn der Sommersaison 2018 auf der CC-Alm in W plötzlich abgesprungen und hat seinen Dienst im Sommer 2018 nie angetreten. Die Beschwerdeführerin hat das Gastgewerbe ab 01.08.2018 bis zumindest 17.09.2018 ausgeübt.

III. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Auszug aus dem Gewerbeinformationssystem Austria zur GISA-ZI **** und dem Versicherungsdatenauszug für Herrn DD, Versicherungsnummer ****, mit Stand vom 29.11.2018. Die Feststellungen zum Ausscheiden des gewerberechtlichen Geschäftsführers ergeben sich aus der glaubwürdigen und

widerspruchsfreien Aussage der Beschwerdeführerin vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol. Die Feststellung hinsichtlich des Beginns der gastgewerblichen Tätigkeit ergibt sich aus der Aussage der Beschwerdeführerin selbst in Verbindung mit der Anzeige der Wiederaufnahme des Gewerbes vom 24.07.2018 an die Wirtschaftskammer Tirol.

IV. Rechtslage:

Die im gegenständlichen Verfahren maßgeblichen Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994 lauten:

„§ 9.

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

(2) 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.

(3) Sofern eingetragene Personengesellschaften ein Gewerbe, für das die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben ist, ausüben wollen, muß ein persönlich haftender Gesellschafter, der nach dem Gesellschaftsvertrag zur Geschäftsführung und zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt ist, oder ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer zum Geschäftsführer (§ 39) bestellt werden. Diese Bestimmung gilt nicht für die in § 7 Abs. 5 angeführten Gewerbe, die in der Form eines Industriebetriebes ausgeübt werden; weiters ist diese Bestimmung im Falle des Todes des Geschäftsführers (§ 39) nicht anzuwenden, wenn die Gesellschaft nach dem Tod dieses persönlich haftenden Gesellschafters das Gewerbe weiter ausübt, bis zur Beendigung der Verlassenschaftsabhandlung nach diesem Gesellschafter, im Falle des vorherigen Ausscheidens der Verlassenschaft aus der Gesellschaft nur bis zum Zeitpunkt des Ausscheidens.

(4) Ist eine juristische Person persönlich haftende Gesellschafterin einer eingetragenen Personengesellschaft, so wird dem Abs. 3 auch entsprochen, wenn zum Geschäftsführer (§ 39) dieser Personengesellschaft eine natürliche Person bestellt wird, die dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der betreffenden juristischen Person angehört, oder die ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer dieser juristischen Person ist.

(5) Ist eine eingetragene Personengesellschaft persönlich haftende Gesellschafterin einer anderen solchen Personengesellschaft, so wird dem Abs. 3 auch entsprochen, wenn zum Geschäftsführer (§ 39) eine natürliche Person bestellt wird, die ein persönlich haftender Gesellschafter der betreffenden Mitgliedsgesellschaft ist und die innerhalb dieser Mitgliedsgesellschaft die im Abs. 3 für den Geschäftsführer vorgeschriebene Stellung hat. Dieser Mitgliedsgesellschaft muß innerhalb der eingetragenen Personengesellschaft die im Abs. 3 für den Geschäftsführer vorgeschriebene Stellung zukommen.

(6) Ist eine juristische Person persönlich haftende Gesellschafterin einer eingetragenen Personengesellschaft und ist diese Personengesellschaft persönlich haftende Gesellschafterin einer anderen solchen Personengesellschaft, so wird dem Abs. 3 auch entsprochen, wenn zum Geschäftsführer (§ 39) der zuletzt genannten Personengesellschaft eine Person bestellt wird, die dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der juristischen Person angehört, wenn weiters die juristische Person innerhalb der Mitgliedsgesellschaft die im Abs. 3 vorgeschriebene Stellung hat und wenn schließlich dieser Mitgliedsgesellschaft innerhalb ihrer Mitgliedsgesellschaft ebenfalls die im Abs. 3 vorgeschriebene Stellung zukommt.

§ 39.

a) Gewerberechtlicher Geschäftsführer

(1) Der Gewerbeinhaber kann für die Ausübung seines Gewerbes einen Geschäftsführer bestellen, der dem Gewerbeinhaber gegenüber für die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes und der Behörde (§ 333) gegenüber für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich ist. Der Gewerbeinhaber hat einen

Geschäftsführer zu bestellen, wenn er den Befähigungsnachweis nicht erbringen kann oder wenn er keinen Wohnsitz im Inland hat. Für Gewerbeinhaber, die keinen Wohnsitz im Inland haben, entfällt die Verpflichtung, einen Geschäftsführer zu bestellen, wenn

1. die Zustellung der Verhängung und die Vollstreckung von Verwaltungsstrafen durch Übereinkommen sichergestellt sind, oder
2. es sich um Staatsangehörige eines Vertragsstaates des EWR handelt, die ihren Wohnsitz in einem Vertragsstaat des EWR haben, oder
3. es sich um Staatsangehörige der Schweizerischen Eidgenossenschaft handelt, die ihren Wohnsitz in der Schweiz oder in einem Vertragsstaat des EWR haben.

(2) 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.

Diese Bestimmung gilt nicht für die im § 7 Abs. 5 angeführten Gewerbe, die in der Form eines Industriebetriebes ausgeübt werden. Innerhalb eines Konzerns kann eine Bestellung zum Geschäftsführer auch für mehrere Konzernunternehmen erfolgen, wenn der Geschäftsführer Arbeitnehmer im Sinne des dritten Satzes zumindest bei einem der Konzernunternehmen ist. Der gemäß Abs. 1 für die Ausübung eines Gewerbes, für das die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben ist, zu bestellende Geschäftsführer muss ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer sein. Die bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 29/1993 geltenden Bestimmungen des § 39 Abs. 2 gelten für Personen, die am 1. Juli 1993 als Geschäftsführer bestellt waren, bis zum Ablauf des 31. Dezember 1998 weiter.

(2a) Der Geschäftsführer muss seinen Wohnsitz im Inland haben. Dies gilt nicht, sofern

1. die Zustellung der Verhängung und die Vollstreckung von Verwaltungsstrafen durch Übereinkommen sichergestellt sind, oder
2. es sich um Staatsangehörige eines Vertragsstaates des EWR oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft handelt, die ihren Wohnsitz in einem Vertragsstaat des EWR oder in der Schweiz haben, oder
3. es sich um Drittstaatsangehörige handelt, denen ein Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt-EG“ oder „Daueraufenthalt-Familienangehöriger“ erteilt wurde und die ihren Wohnsitz in einem Vertragsstaat des EWR oder in der Schweiz haben.

(3) In den Fällen, in denen ein Geschäftsführer zu bestellen ist, muß der Gewerbeinhaber sich eines Geschäftsführers bedienen, der sich im Betrieb entsprechend betätigt.

(4) Der Gewerbeinhaber hat die Bestellung und das Ausscheiden des Geschäftsführers der Bezirksverwaltungsbehörde anzuzeigen (§ 345 Abs. 1). Die zuständige Behörde hat in jenen Fällen, in denen dieses Bundesgesetz die Bestellung eines Geschäftsführers vorschreibt und ein Arbeitnehmer als Geschäftsführer angezeigt oder genehmigt (§ 176) wird, die Bestellung oder das Ausscheiden mit Sozialversicherungs- und Dienstgeberkontonummer auf automationsunterstütztem Weg dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger zur Weiterleitung an den Versicherungsträger (§ 321 ASVG) anzuzeigen. Der Versicherungsträger hat das Ende der Pflichtversicherung eines ihm angezeigten und nicht ausgeschiedenen Geschäftsführers möglichst auf automationsunterstütztem Weg der Bezirksverwaltungsbehörde anzuzeigen.

(5) Der Gewerbeinhaber ist von seiner Verantwortung für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften im Rahmen des § 370 nur befreit, wenn er die Bestellung eines dem Abs. 2 entsprechenden Geschäftsführers gemäß Abs. 4 angezeigt hat.“

V. Erwägungen:

Der Beschwerdeführerin wird im Rahmen des gegenständlichen Strafverfahrens vorgeworfen, den gewerberechtlichen Geschäftsführer Herrn DD nicht zur Sozialversicherung angemeldet zu haben.

Wie aus den Feststellungen ersichtlich, hat der gewerberechtliche Geschäftsführer das Dienstverhältnis offensichtlich einseitig beendet (vgl. „Er ist mir plötzlich abgesprungen“). Aufgrund dieser einseitigen Aufkündigung eines allenfalls bestehenden Dienstverhältnisses ist somit davon auszugehen, dass der gewerberechtliche Geschäftsführer jedenfalls vor Beginn der Sommersaison 2018 tatsächlich ausgeschieden ist. Die Geschäftsführeigenschaft hat daher spätestens zu Beginn der Sommersaison 2018 geendet (vgl. dazu zB VwGH 06.11.1995, 95/04/0117, 12.05.2011, 2008/04/0046).

Die Beschwerdeführerin hat den gewerberechtlichen Geschäftsführer Herrn DD für die Sommersaison 2018 unbestrittenmaßen nicht zur Sozialversicherung angemeldet. Dies ist ein weiteres Indiz dafür, dass der gewerberechtliche Geschäftsführer seinen Dienst für die Sommersaison 2018 tatsächlich nie angetreten hat. Der exakte Zeitpunkt des Ausscheidens des gewerberechtlichen Geschäftsführers konnte nicht festgestellt werden, zumal auch die Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Einvernahme vor dem Landesverwaltungsgericht den exakten Zeitpunkt nicht angeben konnte, sie hat lediglich zu Beginn der Sommersaison erfahren, dass sie keinen Geschäftsführer mehr habe, dass er ihr eben plötzlich abgesprungen sei.

Damit in Verbindung erweist sich der Tatvorwurf, die Beschwerdeführerin habe sich eines gewerberechtlichen Geschäftsführers bedient, der nicht zur Sozialversicherung angemeldet gewesen wäre, als unzutreffend. Vielmehr ist der gewerberechtliche Geschäftsführer bereits vor dem vorgeworfenen Tatzeitraum faktisch ausgeschieden.

Der Beschwerde war daher Folge zu geben und das Strafverfahren hinsichtlich dieses Tatvorwurfes einzustellen.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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

Rechtsmittelbelehrung

Soweit die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof in Wien für zulässig erklärt worden ist, kann innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung dieser Entscheidung eine ordentliche Revision erhoben werden. Im Fall der Nichtzulassung der ordentlichen Revision kann innerhalb dieser Frist nur die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden.

Wenn allerdings in einer Verwaltungsstrafsache oder in einer Finanzstrafsache eine Geldstrafe von bis zu Euro 750,00 und keine Freiheitsstrafe verhängt werden durfte und im Erkenntnis eine Geldstrafe von bis zu Euro 400,00 verhängt wurde, ist eine (ordentliche oder außerordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichtshof wegen Verletzung in Rechten nicht zulässig.

Jedenfalls kann gegen diese Entscheidung binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, erhoben werden.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen und es ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 zu entrichten. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die (ordentliche oder außerordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

Es besteht die Möglichkeit, für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof und für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof Verfahrenshilfe zu beantragen. Verfahrenshilfe ist 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 bzw wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von der Partei 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.

Für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof ist der Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der oben angeführten Frist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der oben angeführten Frist im Fall der Zulassung der ordentlichen Revision beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen. Im Fall der Nichtzulassung der ordentlichen Revision ist der Antrag auf Verfahrenshilfe beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dabei ist im Antrag an den Verwaltungsgerichtshof, soweit dies dem Antragsteller zumutbar ist, kurz zu begründen, warum entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes die Revision für zulässig erachtet wird.

Zudem 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 können.

Hinweis:

Rechtskräftig verhängte Geldstrafen (sowie Verfahrenskostenbeiträge) sind bei der Behörde einzubezahlen (vgl§ 54b Abs 1 VStG).

Landesverwaltungsgericht Tirol

Mag. Piccolroaz

(Richter)

Schlagworte

Geschäftsführer

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LWVGTI:2019:LWwG.2018.40.2489.4

Zuletzt aktualisiert am

28.02.2019

Quelle: Landesverwaltungsgericht Tirol LVwg Tirol, <https://www.lwvg-tirol.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at