

# TE Vwgh Erkenntnis 1996/11/12 96/04/0206

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 12.11.1996

## Index

50/01 Gewerbeordnung;

## Norm

GewO 1994 §39 Abs1;

GewO 1994 §39 Abs2;

GewO 1994 §39 Abs3;

GewO 1994 §39 Abs5;

GewO 1994 §9 Abs1;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Griesmacher und die Hofräte DDr. Jakusch, Dr. Gruber, Dr. Stöberl und Dr. Blaschek als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Marihart, über die Beschwerde der X & Co. KEG in Y, vertreten durch Dr. H, Rechtsanwalt in F, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Salzburg vom 7. August 1996, Zl. 5/01-1031/9-1996, betreffend Untersagung der Gewerbeausübung, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 4.565,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem als Ersatzbescheid für den mit hg. Erkenntnis vom 23. April 1996, Zl.96/04/0025, aufgehobenen Bescheid des Landeshauptmannes vom 11. Juli 1995 ergangenen Bescheid vom 7. August 1996 nahm der Landeshauptmann von Salzburg im Instanzenzug die Anzeige der Beschwerdeführerin vom 17. März 1995 über die Bestellung des Georg H. zum gewerberechtlichen Geschäftsführer für die Ausübung des Gastgewerbes gemäß § 124 Z. 9 mit den Berechtigungen gemäß § 142 Abs. 1 Z. 2, 3 und 4 GewO 1994 in der Betriebsart eines Restaurants an einem näher bezeichneten Standort auf der Rechtsgrundlage der §§ 9 Abs. 1, 39 Abs. 2 und 345 Abs. 9 GewO 1994 nicht zur Kenntnis und stellte gemäß § 340 Abs. 7 leg. cit. fest, daß damit die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung des angemeldeten Gewerbes durch die Beschwerdeführerin am besagten Standort nicht vorlägen und es wurde die Ausübung des Gewerbes untersagt. Durch Übernahme der entsprechenden Feststellungen im Bescheid der

Erstbehörde ging der Landeshauptmann bei dieser Entscheidung davon aus, der in Aussicht genommene gewerberechtliche Geschäftsführer sei bereits bei folgenden Unternehmen als gewerberechtlicher Geschäftsführer bestellt:

"-

A GesmbH (Weinschenke in V);

-

B & Co KEG (Kaffeehaus in S);

-

C & Co KEG (Kaffeerestaurant in K);

-

D & Co KEG (Restaurant in W);

-

E & Co KEG (Gasthaus in U);

I GesmbH & Co KEG (Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik, beschränkt auf Rechenzentrum - Y);

J GesmbH & Co KEG (Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik - in Y);

-

K KEG (Fahrradbotendienst - Y);

L-GesmbH

o Übernahme von Werkverträgen über Sekretariatsleistungen,

wie insbesondere Tätigkeiten eines Schreib- und Übersetzungsbüro - Y,

o Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung

und Informationstechnik, eingeschränkt auf den Betrieb eines Rechenzentrums - Y."

Außerdem sei der in Aussicht genommene Geschäftsführer Gewerbeinhaber für folgende Berechtigungen:

"-

Bar in P

-

Bar in M

-

Kaffeehaus in Y

-

Weinstube in V"

Ausgehend von diesen Feststellungen führte der Landeshauptmann im angefochtenen Bescheid nach Darstellung des Verfahrensganges im wesentlichen aus, was die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes der entsprechenden Betätigungsmöglichkeit eines Geschäftsführers im Sinne des § 39 Abs. 2 GewO 1994 betreffe, werde auf die Ausführungen im Bescheid des Landeshauptmannes vom 23. Februar 1996, Zi. 5/01-1031/6-1996, verwiesen, "wonach zusammengefaßt dargestellt, die Vielzahl der Geschäftsführerfunktionen bzw. Aufgaben als gewerberechtlicher

Geschäftsführer den Komplementär der Beschwerdeführerin Georg H. mit Sicherheit daran hindern, insbesondere den Kreis der öffentlichen Interessen, die bei Ausübung eines Gastgewerbes zu berücksichtigen sind, entsprechend wahrzunehmen".

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof erachtet sich die Beschwerdeführerin nach ihrem gesamten Vorbringen in dem Recht auf Ausübung des in Rede stehenden Gewerbes verletzt. In Ausführung des so zu verstehenden Beschwerdepunktes macht sie geltend, abgesehen davon, daß es unzulässig sei, in einem Bescheid auf die Begründung eines anderen Bescheides, welcher nicht Verfahrensgegenstand sei, zu verweisen, sei die dort geäußerte Rechtsansicht der belangten Behörde unrichtig. Die Gewerbeordnung habe bis zur Novelle 1988 in § 39 Abs. 2 Z. 3 vorgesehen, daß dann, wenn der Geschäftsführer die Voraussetzungen gemäß den Z. 2 oder 3 erfülle, er diese Funktion nur bei zwei verschiedenen Gewerbetreibenden ausüben dürfe, es sei denn, daß er diese Funktionen bei zu einem Konzern gehörenden Gewerbetreibenden ausübe. Da diese Bestimmung in der Folge ersatzlos beseitigt worden sei, sei prinzipiell davon auszugehen, es sei vom Gesetzgeber keine zahlenmäßige Beschränkung vorhanden, bei wie vielen Gewerbetreibenden der Geschäftsführer eine Funktion ausüben dürfe. Im vorliegenden Fall sei der in Aussicht genommene Geschäftsführer Komplementär der Beschwerdeführerin. Es müsse einen Unterschied zwischen einer Kapitalgesellschaft und einer Personengesellschaft geben, da die Haftungsmaßstäbe völlig andere seien. Die von der belangten Behörde zitierte Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes sei noch unter der Herrschaft der "alten Gewerbeordnung" ergangen und habe ein anderes Gewerbe betroffen. Tatsache sei, daß die Rechtsform der Erwerbsgesellschaften erst seit dem Jahr 1993 bestehe und dazu noch keine Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes existierten. Schutzzweck der Norm des § 39 Abs. 1 GewO 1994 sei, daß der bestellte gewerberechtliche Geschäftsführer u.a. der Behörde gegenüber anstelle des Gewerbeinhabers für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich sei. Eine entsprechende Betätigung im Sinne der angeführten Bestimmung könne demnach nur dann angenommen werden, wenn durch sie eine gesetzmäßige Gewerbeausübung sichergestellt und somit unter Bedachtnahme auf die im Einzelfall in Betracht zu ziehende gewerbliche Betätigung die bloße Scheinerfüllung dieses Erfordernisses ausgeschlossen werde. Dem Tatbestandselement der entsprechenden Betätigung im Betrieb zufolge müsse somit unter Bedachtnahme auf die Art oder auch den Umfang des Gewerbebetriebes und die Lebensumstände des Geschäftsführers die Beurteilung gerechtfertigt sein, daß der Geschäftsführer zu einer derartigen Betätigung in der Lage sei. Als Begründung, warum die belangte Behörde die ausreichende Betätigungs möglichkeit verneine, werde die "nachbarschaftsrechtliche relevante Regelung der festgelegten Sperrstunde bzw. der konsumenten- und jugendschutzrechtlichen Bestimmungen" herangezogen. Mit keinem Wort erwähne die belangte Behörde, warum dem gewerberechtlichen Geschäftsführer die Einhaltung dieser Vorschriften unmöglich sei. Wäre es im Sinne des Gesetzgebers, daß ein gewerberechtlicher Geschäftsführer lediglich eine Funktion ausüben dürfe, so müsse dies ausdrücklich normiert sein. Nicht nur, daß es eine derartige Norm nicht gebe, sei die Bestimmung, welche eine solche Beschränkung vorgesehen habe, zu einem früheren Zeitpunkt beseitigt worden. Es könne als gesicherte Tatsache gelten, daß auch ein Einzelunternehmer, welcher ein Gastgewerbe gemäß § 124 Z. 9 betreibe, nicht rund um die Uhr am Betriebsort sich aufhalten könne. Wenn es aber einem Einzelunternehmer möglich sei, Gewerbebetriebe sonder Zahl zu führen, ohne nachweisen zu müssen, daß er tatsächlich während der gesamten Öffnungszeit in seinem Betrieb "aufhältig" sei, so sei nicht einzusehen, warum ein Komplementär einer ähnlich gelagerten Verantwortung nicht nachkommen werde. Es habe hinsichtlich der bisherigen Tätigkeit des gewerberechtlichen Geschäftsführers keine Klage gegeben. Diese Tatsache spreche dafür, daß auch im gegenständlichen Fall die gesetzlichen Voraussetzungen, nämlich die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes sowie die entsprechende Betätigung gegeben sei. Es verstoße nach Meinung der Beschwerdeführerin klar gegen den Gleichheitsgrundsatz, wenn einem Einzelunternehmen die Ausübung von Gewerben sonder Zahl ermöglicht werde, jedoch einem Komplementär und sohin Vollhafter diese Möglichkeit genommen werde. Die Beschwerdeführerin habe in ihrer Berufung dezidiert ausgeführt, daß die Behauptung, der bestellte gewerberechtliche Geschäftsführer sei bei den Firmen J GesmbH & Co KEG, K-KEG, L-GesmbH bereits als gewerberechtlicher Geschäftsführer bestellt und Gewerbeinhaber mit den Berechtigungen Bar in P, Bar in M, Kaffeehaus in Y, Weinstube in V, dahingehend unrichtig

sei, daß die genannten Betriebe allesamt ruhend gemeldet seien und eine mögliche Wiederaufnahme einerseits nicht auch die Wiederaufnahme mit dem bestellten Geschäftsführer voraussetze und andererseits für die Einzelgenehmigungen ein Bestandverhältnis vonnöten wäre, welches für keinen der Standorte aber gegeben sei. Die belangte Behörde habe sich damit in keiner Weise auseinandergesetzt. Allein daraus sei aber ableitbar, daß für den Fall, als in sieben Fällen eine bereits erteilte Geschäftsführerbestellung seitens des gewerberechtlichen Geschäftsführers nunmehr nicht ausgeübt werde und scheinbar zum damaligen Zeitpunkt die Voraussetzungen, nämlich die der entsprechenden Betätigung gegeben gewesen seien, nunmehr bei Aufnahme einer weiteren Bestellung zum gewerberechtlichen Geschäftsführer die gesetzlichen Voraussetzungen sehr wohl gegeben seien. Schließlich verstöße die Erlassung des angefochtenen Bescheides gegen den Grundsatz des "ne bis in idem", da - aus für den Verwaltungsgerichtshof nicht nachvollziehbar dargelegten Gründen - "der Bescheid des Amtes der Salzburger Landesregierung vom 11. Juli 1995, Zl: 5/01-1031/2-1995, sohin materiell rechtskräftig und durch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes auch in formale Rechtskraft erwachsen" sei.

Gemäß § 9 Abs. 1 GewO 1994 können juristische Personen, Personengesellschaften des Handelsrechtes (offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften) sowie eingetragene Erwerbsgesellschaften (offene Erwerbsgesellschaften und Kommandit-Erwerbsgesellschaften) Gewerbe ausüben, müssen jedoch einen Geschäftsführer oder Pächter (§§ 39 und 40) bestellt haben.

Gemäß § 39 Abs. 1 leg. cit. kann der Gewerbeinhaber 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; er hat einen Geschäftsführer zu bestellen, wenn er keinen Wohnsitz im Inland hat.

Nach dem Abs. 2 dieser Gesetzesstelle muß der Geschäftsführer den für die Ausübung des Gewerbes vorgeschriebenen persönlichen Voraussetzungen entsprechen, seinen Wohnsitz im Inland haben und in der Lage sein, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen.

Gemäß § 39 Abs. 5 GewO 1994 ist der Gewerbeinhaber 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.

Soweit die Beschwerdeführerin eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides schon darin erblickt, daß in dessen Begründung auf die Ausführungen in einem anderen Bescheid verwiesen wird, vermag dem der Verwaltungsgerichtshof im konkreten Fall schon deshalb nicht zu folgen, weil die belangte Behörde in diesem Zusammenhang den wesentlichen Inhalt ihrer Begründung wiederholt hat und somit nachvollziehbar bleibt, aus welchen Gründen sie zur spruchgemäßen Erledigung gekommen ist.

Der Verwaltungsgerichtshof vermag aber auch nicht die Rechtsansicht der Beschwerdeführerin zu teilen, die Erlassung des angefochtenen Bescheides verstöße gegen den Grundsatz des "ne bis in idem". Die von der Beschwerdeführerin dafür angebotenen Gründe sind für den Verwaltungsgerichtshof nicht nachvollziehbar, insbesondere bleibt unverständlich, warum die Beschwerdeführerin meint, durch die Aufhebung des Bescheides des Landeshauptmannes von Salzburg vom 11. Juli 1995 mit hg. Erkenntnis vom 23. April 1996 sei dieser Bescheid "auch in formale Rechtskraft erwachsen", bedeutet doch die Aufhebung eines Bescheides durch den Verwaltungsgerichtshof das Ausscheiden des aufgehobenen Bescheides aus dem Rechtsbestand.

In der Sache selbst ist die Beschwerdeführerin mit ihren vergleichenden Ausführungen über die Rechtsstellung eines Einzelunternehmers und eines gewerberechtlichen Geschäftsführers sowie über die unterschiedlichen Haftungsregelungen bei Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften auf den Wortlaut der Bestimmung des § 39 Abs. 2 GewO 1994 zu verweisen, die für den gewerberechtlichen Geschäftsführer die Möglichkeit, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen, ohne Rücksicht darauf normiert, in welcher Rechtsform der Gewerbeinhaber auftritt. Auch ist es mit Rücksicht auf den unterschiedlichen Regelungsgegenstand für die Auslegung des Begriffes der "entsprechenden Betätigungsmöglichkeit" ohne Bedeutung, daß der Gesetzgeber eine solche für die Erteilung einer Gewerbeberechtigung an einen Einzelunternehmer nicht voraussetzt.

Bei der Auslegung des unbestimmten Gesetzesbegriffes der "entsprechenden Betätigungsmöglichkeit" eines Geschäftsführers im Sinne des § 39 Abs. 2 GewO 1994 ist vielmehr, wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung dargetan hat (vgl. zuletzt das hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 1995, Zl. 95/04/0229), in erster Linie

auf die Bestimmungen des Abs. 1 und 5 leg. cit. Bedacht zu nehmen, aus denen hervorgeht, daß der bestellte gewerberechtliche Geschäftsführer der Behörde gegenüber an Stelle des Gewerbeinhabers für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich ist, woraus sich aber im Zusammenhang mit der Art der von dem jeweils in Betracht kommenden Gewerbe umfaßten Tätigkeit auch das Ausmaß des erforderlichen Betätigungssumfanges des Geschäftsführers ergibt. Eine entsprechende Betätigung kann danach nur angenommen werden, wenn durch sie eine gesetzmäßige Gewerbeausübung sichergestellt und somit unter Bedachtnahme auf die im Einzelfall in Betracht zu ziehende gewerberechtliche Betätigung die bloße Scheinerfüllung dieses Erfordernisses ausgeschlossen wird. Es muß sohin unter Bedachtnahme auf die Art oder den Umfang des Gewerbebetriebes oder auf die Lebensumstände des Geschäftsführers die Beurteilung gerechtfertigt sein, daß der Geschäftsführer zu einer derartigen Betätigung in der Lage ist.

Im vorliegenden Fall vermag nun der Verwaltungsgerichtshof selbst unter Bedachtnahme auf das Vorbringen in der Beschwerde über das Ruhen diverser gegenständlicher Gewerbeberechtigungen keine Rechtswidrigkeit darin zu erblicken, wenn die belangte Behörde von der Annahme ausging, der in Aussicht genommene gewerberechtliche Geschäftsführer sei nicht in der Lage, sich im Sinne des § 39 Abs. 2 GewO 1994 im Gewerbebetrieb der Beschwerdeführerin entsprechend zu betätigen. Auch wenn man nur die nicht als ruhend gemeldeten Gewerbeberechtigungen berücksichtigt, ist der gewerberechtliche Geschäftsführer nämlich noch in fünf weiteren an weit auseinander liegenden Standorten betriebenen Gastgewerben und in einem weiteren Gewerbe der Wirtschaftsberatung tätig, ohne daß von vornherein erkennbar wäre, wie er unter diesen Umständen in allen Betrieben eine kontinuierliche Kontrolltätigkeit zur Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften bei Ausübung des Gewerbes entfalten können.

Bei dieser Sachlage wäre es Aufgabe der Beschwerdeführerin gewesen, im Rahmen ihrer Verpflichtung zur Mitwirkung an der Ermittlung des maßgeblichen Sachverhaltes (vgl. das bereits zitierte hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 1995, Zl. 95/04/0229) durch ein konkretes Vorbringen aufzuzeigen, welche Möglichkeiten einer "entsprechenden" betrieblichen Tätigkeit die von ihr als gewerberechtlicher Geschäftsführer namhaft gemachte Person haben werde. Der von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang vertretenen Meinung, allein aus dem Umstand, daß die in Rede stehende Person ursprünglich für einen noch größeren Kreis von Gewerbebetrieben als gewerberechtlicher Geschäftsführer bestellt worden sei und diese Tätigkeiten klaglos bewältigt habe, ergebe sich, daß er sich nunmehr auch im gegenständlichen Gewerbe entsprechend werde betätigen können, vermag sich der Verwaltungsgerichtshof nicht anzuschließen. Denn entscheidend für die Lösung der vorliegenden Frage ist nicht, ob es bisher bereits zu Beanstandungen bei der Tätigkeit des gewerberechtlichen Geschäftsführers gekommen ist, sondern ob die Erwartung gegeben ist, daß der Geschäftsführer nach den objektiv gegebenen Rahmenbedingungen in der Lage sein werde, der ihm obliegenden, sich aus der Natur des betreffenden Gewerbes ergebenden Kontrolltätigkeit zur Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften bei Ausübung des Gewerbes nachzukommen.

Aus den dargelegten Gründen war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBI. Nr. 416/1994.

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

ECLI:AT:VWGH:1996:1996040206.X00

**Im RIS seit**

20.11.2000

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>