

# TE Vwgh Erkenntnis 1995/11/6 95/04/0117

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.11.1995

## Index

50/01 Gewerbeordnung;

## Norm

GewO 1973 §366 Abs1 Z3 idF 1993/029;

GewO 1973 §370 Abs2 idF 1993/029;

GewO 1973 §39 idF 1993/029;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Griesmacher und die Hofräte Dr. Jakusch und Dr. Stöberl als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Marihart, über die Beschwerde des F in D, vertreten durch Dr. J, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 19. April 1995, Zl. VwSen-221056/3/Kl/Rd, betreffend Übertretung der GewO 1973, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

## Begründung

Mit dem im Instanzenzug gemäß § 66 Abs. 4 AVG ergangenen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 19. April 1995 wurde die Berufung des Beschwerdeführers gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 18. Juli 1994, betreffend Übertretung der Gewerbeordnung abgewiesen und das Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, daß als verletzte Rechtsvorschrift i.S.d. § 44a Z. 2 VStG "§ 366 Abs. 1 Z. 4 i. V.m. § 81 Abs. 1 und § 74 Abs. 2 Z. 1 und 4 GewO 1973, BGBl. Nr. 50/1974 i.d.F. der Gewerberechtsnovelle 1992, BGBl. Nr. 29/1993" und als Strafnorm i.S.d. § 44a Z. 3 VStG "§ 366 Abs. 1 Einleitung GewO 1973 i.d.F. der Gewerberechtsnovelle 1992" zu zitieren sei. Hiezu wurde u.a. ausgeführt, über den Beschwerdeführer sei mit dem genannten Straferkenntnis wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z. 3 i.V.m. § 81 Abs. 1 und § 74 Abs. 2 Z. 1 und 4 GewO 1994 eine Geldstrafe von S 5.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 2 Tage) verhängt worden, weil er es als zum Tatzeitpunkt gemäß § 370 Abs. 2 GewO verantwortlicher gewerberechtl. Geschäftsführer der KG "D in T, D-GesmbH & Co" für das Handelsgewerbe zu vertreten habe, daß von dieser Gesellschaft in T, W-Straße 117, am 20. September 1993 der - mit im einzelnen angeführten Bescheiden der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land - genehmigte Einkaufsmarkt nach erfolgter genehmigungspflichtiger Änderung ohne die hierfür erforderliche gewerbebehördliche

Genehmigung betrieben worden sei, "indem ein im Bereich des Einganges zum do. Geschäft auf dem Parkplatz des gegenständlichen Einkaufsmarktes konsenslos aufgestelltes Zelt in der Größe von ca. 9 x 9 m für den Verkauf von Lebensmittel (z.B. Kartoffel) verwendet wurde, wodurch die Möglichkeit einer Gefährdung des Lebens und der Gesundheit der Kunden, die das Zelt bzw. den Einkaufsmarkt der Art des Betriebes gemäß aufsuchen und die Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs auf dem do. Parkplatz bestand". Der Beschwerdeführer habe nicht bestritten, daß der Einkaufsmarkt - wie dargestellt - nach erfolgter genehmigungspflichtiger Änderung ohne die erforderliche gewerbebehördliche Genehmigung betrieben worden sei. Soweit er jedoch in der Berufung seine Verantwortlichkeit als gewerberechtl. Geschäftsführer in Frage gestellt habe, seien seine Ausführungen un schlüssig, die angegebenen Daten nicht nachvollziehbar und es seien weder Beweisanträge gestellt worden, noch der Berufung Beweise angeschlossen gewesen. Hingegen ergäbe sich aus dem Verfahrensakt, daß die "D in T", D-GesmbH & CO zum Tatzeitpunkt bestanden habe und ihre Gewerbeberechtigung zu diesem Zeitpunkt daher gemäß § 85 Z. 4 GewO nicht erloschen gewesen sei. Somit komme auch die Annahme, die Eigenschaft des Beschwerdeführers als gewerberechtl. Geschäftsführer der genannten Gesellschaft habe geendet, weil deren Gewerbeberechtigung erloschen sei, nicht in Betracht. Eine anderweitige Beendigung der Geschäftsführereigenschaft des Beschwerdeführers sei aber weder der Gewerbebehörde bekanntgegeben worden, noch seien in der Berufung "entsprechende Umstände vorgebracht und glaubhaft gemacht" worden.

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:

Der Beschwerdeführer erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid im Recht, "als gewerberechtl. Geschäftsführer nur bestraft werden zu dürfen, wenn ich diese Funktion tatsächlich ausgeübt bzw. ausüben konnte und eine Straftat tatsächlich gesetzt habe und keine andere Person i.S.d. § 9 VStG wirksam zum Verantwortlichen bestellt wurde, verletzt, aufgrund von unrichtiger Gesetzesauslegung der belangten Behörde sowie weiters in meinem subjektiven Recht, nur nach Durchführung eines ordnungsgemäßen Verfahrens (inkl. Abhaltung einer mündlichen Verhandlung), insbesondere auch amtswegigen Ermittlung des gesamten Sachverhaltes unter Verwendung aller amtsbekannten Tatsachen bestraft werden zu dürfen, wenn sich ein Verschulden meiner Person herausstellt und kein von mir bestellter verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher für die Tat herangezogen werden kann, verletzt". Er bringt hiezu im wesentlichen vor, er habe in seiner Berufung klar dargelegt, daß er "das gesamte Unternehmen und so auch den "D in T" bzw. die Betreibergesellschaft" bereits am 1. März 1993 verkauft und keinerlei Anordnungsbefugnis mehr über die Betriebe gehabt hätte. Daraus sei klar erkennbar, daß vereinbart gewesen sei, daß auch die Stellung des Beschwerdeführers als gewerberechtl. Geschäftsführer mit der Übertragung ende, da er ohne die entsprechenden Voraussetzungen diese Position auch nicht habe einnehmen können. Er sei mit dem Verkauf seiner Gesellschaften als handelsrechtl. Geschäftsführer abberufen worden. Gemäß § 39 Abs. 2 GewO könne ein gewerberechtl. Geschäftsführer für eine juristische Person nur bestellt werden, wenn er dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der juristischen Person angehöre oder mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigt, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechts voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer sei. Durch die "eindeutigen Ausführungen" in der Berufung sei jedoch klar, daß der Beschwerdeführer ab 1. März 1993 keine dieser Bedingungen mehr erfüllt habe und daher als gewerberechtl. Geschäftsführer nicht mehr habe fungieren können. Es sei Aufgabe des Gewerbeberechtigten, die jeweiligen Änderungen des gewerberechtl. Geschäftsführers bekanntzugeben, nicht aber die Aufgabe des Beschwerdeführers. Dies übersehe die belangte Behörde ganz offensichtlich, wenn sie sich darauf berufe, daß eine Anzeige des Wechsel des gewerberechtl. Geschäftsführers erst mit Schreiben vom 12. August 1994 erfolgt und darin der Wechsel mit 6. Oktober 1993 angegeben worden sei. Die belangte Behörde unterliege eindeutig dem Rechtsirrtum, "daß der § 39 Abs. 4 GewO, nämlich die Anzeige des Ausscheidens eines Geschäftsführers bei der Bezirksverwaltungsbehörde eine normative Wirkung" habe. Dies sei selbstverständlich unrichtig, weil es sich hier lediglich um eine Form- bzw. Ordnungsvorschrift handle. Das Ausscheiden erfolge bereits mit der Beendigung des der Geschäftsführertätigkeit zugrundeliegenden Verhältnisses zwischen dem Gewerbeinhaber und dem Geschäftsführer. Dennoch gehe die belangte Behörde rechtsirrig davon aus, daß ein einmal bestellter gewerberechtl. Geschäftsführer solange als Geschäftsführer angesehen werden müsse, solange eine Änderung nicht angezeigt worden sei. Bei Erstattung einer Anzeige der

Änderung des gewerberechtlichen Geschäftsführers, "wie sie hier erst verspätet am 12. August 1994 falscherweise für den 6. Oktober 1993 erfolgte," habe die belangte Behörde zwar zunächst von dieser Angabe auszugehen. Werde allerdings im Strafverfahren der ehemalige Geschäftsführer "für die Übertretung verantwortlich gemacht" und rechtfertige er sich damit, daß die strafbare Handlung nach seinem Ausscheiden als Geschäftsführer begangen worden sei, so habe die Behörde festzustellen (materielle Wahrheitsfindung), ob und gegebenenfalls wann der Beschuldigte als Geschäftsführer ausgeschieden sei. Die Behauptung, der Beschwerdeführer sei zum Tatzeitpunkt bereits ausgeschieden gewesen, sei der Berufung eindeutig zu entnehmen. Der Beschwerdeführer bringt weiters vor, er sei persönlich weder von der erstinstanzliche Behörde niederschriftlich gefragt worden, noch sei ihm von der belangten Behörde die Möglichkeit eingeräumt worden, sich "unter Vorhalt dieser Urkunden, auf welche man sich beruft", zu rechtfertigen. Dazu wäre jedenfalls in einer mündlichen Verhandlung Gelegenheit gewesen. Auch habe er in der Berufung konkret jenen Teil des Sachverhaltes bestritten, wonach er für den Verstoß gegen die Gewerbeordnung verantwortlich sei. Er habe daher nicht nur die rechtlichen Ausführungen i.S.d. § 51e Abs. 2 VStG bekämpft. Schließlich zeigten die Ausführungen der belangten Behörde, daß sie seine Berufung entweder nicht richtig deuten, bzw. den vom Beschwerdeführer vorgebrachten Sachverhalt nicht ordnungsgemäß einer Überprüfung unterziehen habe können. Umso mehr wäre die belangte Behörde daher verpflichtet gewesen, hier eine mündliche Verhandlung durchzuführen, "da jedenfalls im Zweifel als Beweis meine Parteieneinvernahme angenommen werden hätte müssen". Bei Durchführung einer mündlichen Verhandlung hätte die belangte Behörde zu einem anderen Ergebnis gelangen können, da die Abberufung des Beschwerdeführers sowohl als handelsrechtlicher wie als gewerberechtlicher Geschäftsführer einerseits und die Bestellung des Hubert H. gemäß § 9 VStG zum "Verantwortlichen" andererseits festgestellt hätte werden können bzw. müssen. Da der Beschwerdeführer - wie amtsbekannt - während seiner Zeit als handels- und gewerberechtlicher Geschäftsführer für den Markt "D in T" immer den Marktleiter zum verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlichen gemäß § 9 VStG bestellt habe, wäre nämlich - sollte der Beschwerdeführer zum Tatzeitpunkt tatsächlich noch gewerberechtlicher Geschäftsführer gewesen sein - auch die entsprechende Bestellung des Hubert H. zum Tatzeitpunkt noch aufrecht und daher dieser und nicht der Beschwerdeführer zur Verantwortung zu ziehen gewesen. Die Bestellung des Hubert H. zum "Verantwortlichen gemäß § 9 VStG" sei der belangten Behörde aus einem anderen - näher bezeichneten - Verfahren bekannt gewesen.

Diese Ausführungen sind nicht geeignet, die Beschwerde zum Erfolg zu führen:

Gemäß § 366 Abs. 1 Z. 4 GewO 1973 - in der im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung der Gewerberechtsnovelle 1992, BGBl. Nr. 29/1993 - begeht eine Verwaltungsübertretung - die nach dem Einleitungssatz dieser Gesetzesstelle mit einer Geldstrafe bis zu S 50.000,-- zu bestrafen ist -, wer eine genehmigte Betriebsanlage ohne die erforderliche Genehmigung ändert oder nach der Änderung betreibt (§ 81).

Gemäß § 370 Abs. 2 leg. cit. sind, wenn die Bestellung eines Geschäftsführers angezeigt oder genehmigt wurde, Geldstrafen gegen den Geschäftsführer zu verhängen.

Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, als gewerberechtlicher Geschäftsführer der KG "D in T, D-GesmbH & CO" bestellt gewesen zu sein, sondern er bestreitet, daß diese Bestellung zum Tatzeitpunkt der gegenständlichen Verwaltungsübertretung noch aufrecht gewesen sei. Ihm ist darin zuzustimmen, daß die Geschäftsführeigenschaft mit dem Ausscheiden - und nicht etwa erst mit der Anzeige des Gewerbeinhabers über das Ausscheiden endet. Demnach fällt auch die strafrechtliche Verantwortung des Geschäftsführers mit seinem "Ausscheiden" weg, wobei das Tatbestandsmerkmal dieses Begriffes - unabhängig von zwischen dem Gewerbeinhaber und dem gewerberechtlichen Geschäftsführer bestehenden zivilrechtlichen Verhältnis - bereits durch ein "faktisches Ausscheiden oder Entfernen" erfüllt wird (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. Dezember 1992, Zl. 92/04/0203).

Im Gegensatz zu seinem Vorbringen in der Beschwerde hat der Beschwerdeführer allerdings im Verwaltungsstrafverfahren, insbesondere auch in seiner Berufung die Behauptung unterlassen, er sei als gewerberechtlicher Geschäftsführer der KG "D in T, D-GesmbH & CO" ausgeschieden. Er hat vielmehr - nach Ausweis der vorgelegten Verwaltungsakten - im erstinstanzlichen Verfahren keine Stellungnahme abgegeben und in seiner Berufung vom 8. August 1994 diesbezüglich folgendes ausgeführt:

"Die X wurde per 1.3.1993 an die Firma M verkauft und die "D in T" D-GesellschaftmbH & CO nachträglich per 1.3.1994 mit der neugegründeten Firma Y GesellschaftmbH verschmolzen.

Ich war seit dem 1.3.1993 nicht mehr befugt, das Unternehmen zu betreiben. Eine etwaig aufrechte gewerberechtliche Geschäftsführerbestellung mußte sohin spätestens 6 Monate danach, sohin per 1.9.1993, erlöschen.

Es wird auch sohin meine Funktion als gewerberechtl. Geschäftsführer der Kommanditgesellschaft "D in T D-Gesellschaft mbH & Co bezweifelt".

Diesen Ausführungen läßt sich zwar entnehmen, daß der Beschwerdeführer zufolge Verkaufes der "X" seit dem 1. März 1993 nicht mehr befugt gewesen sei, dieses Unternehmen zu betreiben. Daß dies allerdings auch von Einfluß auf die, zum Tatzeitpunkt unbestrittenermaßen noch bestehende Gewerbeinhaberin "D in T" D-Gesellschaft mbH & Co und die Eigenschaft des Beschwerdeführers als deren gewerberechtl. Geschäftsführer gewesen wäre, ergibt sich daraus jedoch ebensowenig wie ein zureichender Grund für die - nicht näher dargelegten - Zweifel des Beschwerdeführers, ob er diese Funktion im Tatzeitpunkt (noch) eingenommen habe.

Der Grundsatz der Amtswegigkeit des Verwaltungsstrafverfahrens befreit den Beschuldigten nicht von der Verpflichtung, zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes beizutragen. Diese Verpflichtung erfordert es aber, daß der Beschuldigte den Erhebungsergebnissen ebenso konkrete Behauptungen entgegensetzt und Beweise anbietet. Unterläßt er dies, so bedeutet es keinen Verfahrensmangel, wenn die Behörde von Amts wegen keine weiteren Beweiserhebungen durchführt (vgl. die bei Hauer-Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens<sup>4</sup> (1990) 844 f referierte hg. Judikatur).

Mangels konkreter Behauptungen des Beschwerdeführers im Verwaltungsstrafverfahren, vor dem Tatzeitpunkt der gegenständlichen Verwaltungsübertretung als gewerberechtl. Geschäftsführer der KG "D in T, D-Gesellschaft mbH & CO" ausgeschieden zu sein, kann der belangten Behörde daher nicht mit Erfolg entgegengetreten werden, wenn sie davon ausging, daß die Bestellung des Beschwerdeführers zum gewerberechtl. Geschäftsführers der genannten Gesellschaft zum angeführten Zeitpunkt aufrecht war.

Soweit der Beschwerdeführer das Unterbleiben der öffentlichen mündlichen Verhandlung rügt, ist ihm entgegenzuhalten, daß er es unterlassen hat, auch die Wesentlichkeit dieses allfälligen Verfahrensmangels i.S.d. § 42 Abs. 2 Z. § lit. c VwGG darzutun. Da der Beschwerdeführer im Verwaltungsstrafverfahren mehrmals Gelegenheit hatte, seinen Standpunkt vorzubringen, kann nämlich nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß die öffentliche mündliche Verhandlung erforderlich gewesen wäre, um dem Beschwerdeführer ein entsprechendes Vorbringen zu ermöglichen.

Soweit der Beschwerdeführer jedoch erstmals in Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof darlegt, daß die vorliegende Verwaltungsübertretung von Hubert H. zu verantworten wäre, weil er diesen gemäß § 9 Abs. 2 VStG zum verantwortlichen Beauftragten bestellt hätte, ist ihm - abgesehen davon, daß er mit diesem Vorbringen unter das im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gemäß § 41 Abs. 1 VwGG geltenden Neuerungsverbot fällt - entgegenzuhalten, daß für den Bereich des Gewerberechtes nach dem diesbezüglich klaren Wortlaut des § 9 Abs. 1 VStG, der die Subsidiarität dieser Bestimmung gegenüber allfälligen entsprechenden Regelungen in den besonderen Verwaltungsgesetzen (hier somit in § 370 Abs. 2 GewO) normiert, § 9 Abs. 2 VStG nicht anwendbar ist (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 15. Dezember 1987, Slg. 12590 A).

Die sich somit als unbegründet erweisende Beschwerde war gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG i. V.m. der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994.

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

ECLI:AT:VWGH:1995:1995040117.X00

#### **Im RIS seit**

20.11.2000

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

© 2024 JUSLINE

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

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