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-851124/2/MS

Datum:
Linz, 10. Jänner 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Süß über die Beschwerde des A P, vertreten durch S-H Rechtsanwälte, H, L, gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 6. Dezember 2018, GZ: 0069024/2018, betreffend die Feststellung des Nichtvorliegens der Voraussetzungen des angemeldeten Gewerbes und die Untersagung der Gewerbeausübung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und der bekämpfte Bescheid behoben.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Mit Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) vom 6. Dezember 2018, GZ: 0069024/2018, wurde über die Gewerbeanmeldung des A P (im Folgenden: Beschwerdeführer) wie folgt abgesprochen:

„Zu folgender Gewerbeanmeldung vom 26.11.2018 wird festgestellt, dass die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorliegen:

Gewerbeanmelder: A P
geboren am x in L, Staatsbürgerschaft: Österreich
wohnhaft in S, L
Wortlaut der Gewerbeberechtigung:
Massage, eingeschränkt auf die klassische Massage
Standort: S, L, Österreich

Die Ausübung des Gewerbes wird untersagt.

Rechtsgrundlagen in der jeweils gültigen Fassung:
§ 13 abs. 3 und § 340 Abs. 3 Gewerbeordnung 1994“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend stützt die belangte Behörde ihre Entscheidung auf den Beschluss des Bezirksgerichtes Linz vom 27. Dezember 2017, Zl. 26 S 215/17s, mit dem der Konkurs mangels eines zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens voraussichtlich hinreichenden Vermögens rechtskräftig nicht eröffnet wurde und stellte fest, dass aufgrund dieser Eintragung ein Gewerbeausschlussgrund vorliegt.

II. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vom Rechtsvertreter des Beschwerdeführers verfasste rechtzeitige Beschwerde vom 20. Dezember 2018, in der die Aufhebung des bekämpften Bescheides beantragt und der Beschwerdegrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung geltend gemacht wurden.

Begründend wird Folgendes dargelegt:
„Die Behörde 1. Instanz stellt lediglich fest, dass der Konkursantrag des Beschwerdeführers (Eigenantrag) mit Beschluss vom 27.12.2017 unter der AZ: 26 S 215/17s BG Linz mangels des zur Deckung der Kosten erforderlichen Vermögens abgewiesen worden ist. Darüber hinaus trifft der Magistrat keine weiteren Feststellungen.

Mangelnde Feststellungen betreffen den Beschwerdegrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung und sind unter diesem Beschwerdegrund zu rügen bzw. geltend zu machen:

Der Beschwerdeführer wünscht nachstehende ergänzende Feststellungen:
Aus dem Akt 26 S 215/17s BG Linz ist ersichtlich, dass der Beschwerdeführer selbst einen Konkursantrag gestellt hat und dazu einen Kostenvorschuss von EUR 1.000,00 erlegt hat. Das Gericht hat in diesem Verfahren dem Beschwerdeführer einen ergänzenden Auftrag erteilt, weitere EUR 500,00 an Kostenvorschuss zu erlegen. Dieser Kostenvorschuss konnte innerhalb der dreiwöchigen Frist nicht erlegt werden, weshalb das Gericht den Konkursantrag mangels Kostendeckung abgewiesen hat. Dieser Beschluss wurde mit 15.01.2018 rechtskräftig (Insolvenzdatei 26 S 215/17s).

Aus dem Konkursedikt ist weiters ersichtlich, dass der Beschwerdeführer noch vor Rechtskraft des obigen Beschlusses denselben Konkursantrag nochmals überreicht hat und dabei auch die weiteren EUR 500,00 an Kostenvorschuss erlegt hat. Das BG Steyr hat unter der AZ 26 S 5/18k bereits am 16.01.2018 das Schuldenregulierungsverfahren eröffnet. Dieses Schuldenregulierungsverfahren hat mit der Annahme eines Zahlungsplanes mit einer Quote von 20,23% geendet. Der Zahlungsplan wurde am 24.03.2018 rechtskräftig bestätigt.

Legt man diese gewünschten Feststellungen auf die Bestimmungen der GewO um, so liegt auf der Hand, dass kein Grund für die Untersagung des Gewerbes nach § 13 Abs. 3 Z 1 GewO vorliegt. Zum einen sind die beiden Verfahren 26 S 215/17s und 26 S 5/18k völlig ident (gleiche Anträge, gleiche Gläubiger, gleiche ...) und hat letzteres mit der Eröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens und der Annahme des Zahlungsplanes sowie der Entschuldung des Beschwerdeführers geführt. Der Antrag auf Abweisung des Konkurses mangels Vermögens im Verfahren 26 S 215/17s ist durch das nachfolgende Verfahren überholt und damit bedeutungslos. § 13 Abs. 3 Z 1 GewO ist zweifelsfrei so zu verstehen, dass eine Untersagung des Gewerbes nur dann zulässig ist, wenn ein Konkursantrag mangels Vermögens abgewiesen wird und es dabei bleibt und dem Beschwerdeführer keine Entschuldung im Zuge eines zu eröffnenden Insolvenzverfahrens gelingt.

Eine Vielzahl von gleichgelagerten Fällen wurden in der Vergangenheit immer damit gelöst, dass ein Versagungsgrund für das Gewerbe nicht vorliegt. Jede andere Rechtsansicht wäre verfehlt und würde dazu führen, dass ein insolventer Beschwerdeführer trotz Zahlungsplanes oder Sanierungsplanes und damit verbunden mit einer völligen Entschuldung, nicht mehr unternehmerisch tätig und insbesondere kein Gewerbe mehr ausüben kann."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Mit Schreiben vom 3. Jänner 2019 legte die belangte Behörde die ggst. Beschwerde unter gleichzeitiger Übermittlung des Verfahrensaktes dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor, ohne von der Möglichkeit der Beschwerdevorentscheidung Gebrauch gemacht zu haben und beantragte die Beschwerde als unbegründet abzuweisen. Auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde verzichtet.

III. Beweis wurde erhoben durch die Einsichtnahme in den von der belangten Behörde vorgelegten Verfahrensakt sowie durch eine online-Abfrage in der Ediktsdatei.

Demnach steht folgender Sachverhalt fest:
Mit Eingabe vom 26. November 2018 meldete der Beschwerdeführer im Standort S, L das Gewerbe „Massage“ an und schränkte das angemeldete Gewerbe am 5. Dezember 2018 auf die klassische Massage mit dem Wortlaut „Massage, eingeschränkt auf die klassische Massage“ ein.

Mit Beschluss des BG Linz vom 15. Jänner 2018, zu AZ 26 S 215/17s, wurde das Schuldenregulierungsverfahren mangels Kostendeckung rechtskräftig nicht eröffnet.

Mit weiterem Beschluss des BG Linz vom 16. Jänner 2018, zu AZ 26 S 5/18k, wurde das Schuldenregulierungsverfahren eröffnet und in weiterer Folge der Zahlungsplan rechtzeitig bestätigt. Das Schuldenregulierungsverfahren ist aufgehoben.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:
Gemäß § 13 Abs. 3 GewO sind Rechtsträger 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.

Die belangte Behörde stützt ihre Entscheidung auf den Beschluss des BG Linz zur AZ: 26 S 215/17s, worin das Schuldenregulierungsverfahren mangels Kostendeckung rechtskräftig nicht eröffnet wurde und ist der Zeitraum, in dem in der Insolvenzdatei Einsicht in den Insolvenzfall gewährt wird, noch nicht abgelaufen.

Bei isolierter Betrachtung und Heranziehung dieses Beschlusses liegen die Voraussetzungen für die bescheidmäßige Untersagung der Gewerbeausübung für das beantragte Gewerbe „Massage, eingeschränkt auf klassische Massage“ vor.

Der Beschwerdeführer führt jedoch in der Beschwerde einen weiteren Beschluss des BG Steyr zur AZ: 26 S 5/18k (richtig wohl: BG Linz) ins Treffen, wonach das Schuldenregulierungsverfahren eröffnet, der Zahlungsplan angenommen und

rechtskräftig bestätigt und in der Folge das Schuldenregulierungsverfahren aufgehoben wurde.
Auf diesen Umstand der Beschwerde ging die belangte Behörde nicht ein, obwohl es ihr durch eine Abfrage der Insolvenzdatei möglich gewesen wäre, diesen Umstand bereits im bei ihr anhängigen Verfahren zu ermitteln und in die Entscheidung miteinfließen zu lassen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 28.3.2007, 2005/04/0177, im Zusammenhang mit der Entziehung der Gewerbeberechtigung nach vorangegangener Abweisung des Konkurses über das Vermögen des Betroffenen mangels kostendeckenden Vermögens und der Eröffnung eines Konkursverfahrens mit weiterem vor Entscheidung der Behörde liegenden Beschluss ausgesprochen, dass die Behörde im Rahmen des amtswegigen Ermittlungsverfahrens auf die Konkurseröffnung, die der Entziehung der Gewerbeberechtigung entgegen steht, hätte Bedacht nehmen müssen und hat den dort angefochtenen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit aufgehoben.

Nichts anderes kann für den Ausschluss von der Gewerbeausübung gelten. Der Beschluss über die Eröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens erfolgte am 16. Jänner 2018 und somit vor Erlassung des hier bekämpften Bescheides und wäre auf diesen Beschluss Bedacht zu nehmen gewesen, der dem Ausschluss von der Gewerbeausübung und der Untersagung der Gewerbeausübung entgegen steht.

Unter Berücksichtigung des Beschlusses des BG Linz zur AZ: 26 S 5/18k vom 16. Jänner 2018 ist festzustellen, dass die Voraussetzungen des § 13 Abs. 3 Z. 1 und 2 GewO, der Folge der Ausschluss von der Gewerbeausübung ist, nicht vorliegen und ist daher der Beschwerde Folge zu geben und der bekämpfte Bescheid zu beheben.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen oben zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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. 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

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.
Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision an den Verwaltungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Süß