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-851519/9/HW

Datum:
Linz, 10. Mai 2021

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Wiesinger über die Beschwerde der A F GmbH, x, x, gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 14.10.2020, GZ: 0030505/2019, betreffend Entzug der Gewerbeberechtigung gemäß § 91 Abs. 2 GewO

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und es wird der angefochtene Bescheid aufgehoben.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem angefochtenen Bescheid wird der Beschwerde führenden Partei (kurz „Bf") die Gewerbeberechtigung Vermögensberatung mit x, Standort x, x, x, GISA Zahl: x, entzogen.

I.2. Dagegen richtet sich die verfahrensgegenständliche Beschwerde. In dieser wird unter anderem ausgeführt, dass von *„Amtsseite*" Schritte in einer Zeit gesetzt werden würden, in der durch diverse Maßnahmen eine unternehmerische Tätigkeit ohnedies erschwert sei, für *„viele rechtliche Angelegenheiten von den Ämtern und Behörden aufgrund der Umstände längere Fristen eingeräumt worden*" wären, aber von Seiten der belangten Behörde *„ohne [...] Prüfung [...] ein wirtschaftlich gefährdender Schritt gesetzt*" werde*.*

II.1. Das Landesverwaltungsgericht geht von folgendem Sachverhalt aus:
J H war zumindest bis Dezember 2020 Geschäftsführer der Bf. Mit Beschluss des Bezirksgerichtes Linz vom 24.06.2020, GZ: 26 Se 11/20w, bekannt gemacht am 25.06.2020, wurde das Schuldenregulierungsverfahren betreffend J H mangels Kostendeckung nicht eröffnet. Die Nichteröffnung dieses Schuldenregulierungsverfahrens mangels Kostendeckung ist rechtskräftig (Beschluss des Bezirksgerichtes Linz vom 13.07.2020). Mit Beschluss des Bezirksgerichtes Linz vom 07.10.2020, GZ: 26 S 103/20z, wurde das Schuldenregulierungsverfahren betreffend J H eröffnet (Insolvenzdatei).
Mit Schreiben vom 17.08.2020, gerichtet an die Bf, teilte die belangte Behörde mit, dass ein Antrag auf Konkurseröffnung betreffend J H mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen worden sei. Weiters wurde in diesem Schreiben unter Hinweis auf § 91 Abs. 2 GewO eine Frist bis 07.09.2020 für das Ausscheiden von J H als vertretungsbefugtes Organ gesetzt und es wurde zudem ausgeführt, dass nach fruchtlosen Ablauf dieser Frist die Gewerbeberechtigung entzogen werden müsste (Schreiben vom 17.08.2020).
Mit E-Mail vom 20.08.2020 übermittelte die Bf daraufhin eine Berufung von J H betreffend ein anderes Verfahren (GZ: 42706-2004) und führte aus, dass davon ausgegangen werde, *„dass von einem Entzug der Gewerbeberechtigung Abstand genommen*" werde und dies auch zur Folge hätte, dass *„ein Ausscheiden des Herrn Hausberger als vertretungsbefugtes Organ nicht vorgenommen werden muss.*" (E-Mail vom 20.08.2020)

II.2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den vorliegenden Unterlagen, wobei einzelnen Feststellungen vor allem auf dem jeweils in Klammer Angeführten beruhen. Dieser Sachverhalt wurde den Verfahrensparteien im Übrigen im Wesentlichen auch bereits mit Schreiben ON 4 vom Landesverwaltungsgericht als vorläufig angenommen bekannt gegeben und es wurde den Parteien mit dem

Schreiben ON 4 ausdrücklich Gelegenheit eingeräumt, allfällige Unrichtigkeiten bekannt zu geben (wobei darauf hingewiesen wurde, dass mangels entsprechender Mitteilung davon ausgegangen wird, dass der dargestellte vorläufig angenommene Sachverhalt nach Wissen der Parteien richtig ist). Von den Parteien wurden keine konkreten Unrichtigkeiten bekannt gegeben. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde nicht beantragt und sie war auch nicht erforderlich, da der entscheidungswesentliche Sachverhalt unstrittig feststeht. Im Übrigen wurde im Schreiben ON 4 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Durchführung einer mündlichen Verhandlung vorläufig nicht beabsichtigt sei und es wurden die Parteien aufgefordert, dies bekannt zu geben, sofern eine mündliche Verhandlung gewünscht wird. Von Parteien wurde trotz des Schreibens ON 4 keine Verhandlung beantragt.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Gemäß § 13 Abs. 3 GewO sind Rechtsträger von der Gewerbeausübung als Gewerbetreibende ausgeschlossen, wenn das Insolvenzverfahren mangels kostendeckenden Vermögens rechtskräftig nicht eröffnet oder aufgehoben wurde und der Zeitraum, in dem in der Insolvenzdatei Einsicht in den genannten Insolvenzfall gewährt wird, noch nicht abgelaufen ist. Gemäß § 85 Z 2 endigt die Gewerbeberechtigung mit Eintritt des Ausschlussgrundes gemäß § 13 Abs. 3 oder § 13 Abs. 5 erster Satz GewO. Ist der Gewerbetreibende eine juristische Person oder eine eingetragene Personengesellschaft und bezieht sich der in § 85 Z 2 GewO angeführte Endigungsgrund sinngemäß auf eine natürliche Person, der ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte zusteht, so hat die Behörde gemäß § 91 Abs. 2 GewO dem Gewerbetreibenden eine Frist bekanntzugeben, innerhalb der der Gewerbetreibende diese Person zu entfernen hat. Hat der Gewerbetreibende die genannte natürliche Person innerhalb der gesetzten Frist nicht entfernt, so hat die Behörde gemäß § 91 Abs. 2 GewO die Gewerbeberechtigung zu entziehen.

III.2. Im vorliegenden Fall wurde mit Beschluss des Bezirksgerichtes Linz vom 24.06.2020, GZ: 26 Se 11/20w, das Schuldenregulierungsverfahren betreffend J H mangels Kostendeckung rechtskräftig nicht eröffnet. Nach der Rsp des VwGH (vgl. VwGH 24.06.2015, Ro 2014/04/0038) besteht eine Bindung der Gewerbebehörden an die Beschlüsse des Insolvenzgerichtes und es sind die Umstände, die zur Abweisung des Insolvenzantrages geführt haben, unerheblich. Die belangte Behörde ist daher mit Recht vom Vorliegen des in § 85 Z 2 GewO angeführten Endigungsgrundes ausgegangen, wobei im Hinblick auf das mit Beschluss des Bezirksgerichtes Linz vom 07.10.2020, GZ: 26 S 103/20z, eröffnete Schuldenregulierungsverfahren betreffend J H noch auszuführen ist, dass nach stRsp des VwGH die in § 91 Abs. 2 GewO geregelte Entziehung der Gewerbeberechtigung eine Sanktion für die Nichtentfernung der Person, der ein

maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte zusteht, darstellt und Änderungen im maßgebenden Sachverhalt nach Ablauf der dem Gewerbetreibenden gesetzten behördlichen Frist (gegenständlich also nach dem 07.09.2020) unbeachtlich sind (*Gruber/Paliege-Barfuß,* GewO[7] § 91 Anm 19 mwN). Rechtsgrundlage für die verfahrensgegenständliche Entziehung wären die §§ 13 Abs. 3, 85 Z 2 und 91 Abs. 2 GewO.

Da sich gegenständlich der in § 85 Z 2 GewO angeführte Endigungsgrund sinngemäß auf eine natürliche Person bezieht (der ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte zusteht), hatte die belangte Behörde gemäß § 91 Abs. 2 GewO dem Gewerbetreibenden eine Frist bekanntzugeben, innerhalb der der Gewerbetreibende diese Person zu entfernen hat. Dies ist mit Schreiben vom 17.08.2020 geschehen, wobei in diesem Schreiben darauf hingewiesen wurde, dass ein Antrag auf Konkurseröffnung betreffend J H mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen worden sei und nach fruchtlosen Ablauf der gesetzten Frist die Gewerbeberechtigung entzogen werden müsste. Auch wenn im Schreiben vom 17.08.2020 von einem Beschluss des Landesgerichtes Linz die Rede ist, ändert dies nichts daran, dass der im Schreiben der belangten Behörde für die Entfernung angeführte bestimmende Grund die Nichteröffnung eines Schuldenregulierungsverfahrens mangels Kostendeckung war und sich dies (insbesondere auch für den Geschäftsführer der Bf) erkennbar auf die Nichteröffnung dieses Schuldenregulierungsverfahrens zu GZ: 26 Se 11/20w des Bezirksgerichtes Linz bezog. In der Beschwerde wird (wie sich aus den Beschwerdeausführungen ergibt, offenbar auch Bezug nehmend auf die COVID-19-Pandemie) unter anderem ausgeführt, dass für *„viele rechtliche Angelegenheiten von den Ämtern und Behörden aufgrund der Umstände längere Fristen eingeräumt worden*" wären, aber von Seiten der belangten Behörde *„ohne [...] Prüfung [...] ein wirtschaftlich gefährdender Schritt gesetzt*" werde. § 91 Abs. 2 GewO enthält keine ausdrückliche Regelung zur Länge der durch die Behörde einzuräumenden Frist. Es ist davon auszugehen, dass diese zur Entfernung einer natürlichen Person mit maßgebendem Einfluss – nach den Umständen des Einzelfalls – angemessen sein muss (*Kreisl* in *Ennöckl/Raschauer/Wessely*, GewO § 91 Rz 13 mwN). In der Rsp des VwGH wurde für die Entfernung eines unternehmensrechtlichen Geschäftsführers etwa eine Frist von zweieinhalb Monaten bzw. von zwei Monaten als ausreichend beurteilt (vgl. VwGH 28.08.1997, 97/04/0125; 02.05.2018, Ra 2018/03/0040). Aber auch eine Frist von vier Wochen soll nach der Rsp des VwGH nicht in jedem Fall zu knapp bemessen sein, um die Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers durchzuführen (vgl. VwGH 26.04.2005, 2004/03/0145). Die verfahrensgegenständliche Frist wurde im Sommer 2020 gesetzt. In der Beschwerde wird erkennbar Bezug nehmend auf die COVID-19-Pandemie unter anderem ausgeführt, dass die von *„Amtsseite*" gesetzten Schritte zu einer Zeit erfolgt wären, in welcher durch diverse Maßnahmen ohnedies die unternehmerische Tätigkeit erschwert sei. Gegenständlich wurde mit Schreiben vom 17.08. eine Frist bis 07.09. gesetzt, im

konkreten Fall stand daher nur ein Zeitraum von deutlich weniger als vier Wochen innerhalb der oberösterreichischen Schulsommerferien zur Verfügung, um die Abberufung des Geschäftsführers durchzuführen. Damit wurde nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich im vorliegenden Fall im Ergebnis keine angemessene Frist bekannt gegeben, sodass die Bekanntgabe nicht rechtmäßig erfolgt ist und daher trotz Versäumung dieser Frist die Voraussetzungen für die Erlassung eines Entziehungsbescheids nicht vorliegen, wobei die Bf dies auch noch im Beschwerdeverfahren geltend machen konnte (vgl. *Kreisl* in *Ennöckl/Raschauer/Wessely*, GewO § 91 Rz 14 mwN) und das Beschwerdevorbringen nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes insofern noch als ausreichend erscheint. Der Beschwerde ist daher spruchgemäß stattzugeben.

IV. Die ordentliche Revision ist zulässig, da Rechtsfragen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG beurteilt wurden, denen grundsätzliche Bedeutung zukommt. Dies betrifft etwa die Frage, wie konkret ein Vorbringen gegen die Länge der von der Behörde in der Aufforderung gemäß § 91 Abs. 2 GewO festgelegten Frist erfolgen muss bzw. ob auch eine Frist von deutlich weniger als vier Wochen in den Schulsommerferien als ausreichend für die Abberufung von einem unternehmerischen Geschäftsführer zu beurteilen wäre.

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 ordentlichen 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

Verfahrenshilfe für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof ist einer Partei 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 und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm 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; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.
Ein Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Verfahrenshilfe für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist einer Partei 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.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.
Ein Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Wiesinger