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-851871/2/MS

Datum:
Linz, 10. Oktober 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Süß über die Beschwerde der I-T GmbH als Masseverwalterin und Vertreterin der Insolvenzmasse im Sanierungsverfahren der H + S H B GmbH, 20 S 6/23t LG Wels, vertreten durch Rechtsanwalt MMag. C D, W, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 30. Mai 2023, GZ: BHVBGe-2017-404076/28-UMB, betreffend Anzeige des Fortbetriebes einer Gewerbeberechtigung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und der Bescheid vom 30. Mai 2023 wird ersatzlos behoben.

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. Verfahrensgang:

Die Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck (in weiterer Folge: belangte Behörde) stellte mit Bescheid vom 4. Oktober 2018 fest, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für das von der H + S H B GmbH, angemeldete Gewerbe „Baumeister“ im Standort L, L.Straße, vorliegen und wurde die Bestellung von Ing. S P gemäß § 94 Z 5, § 95 und § 340 Abs. 1 und 2 Gewerbeordnung (GewO) als gewerberechtlicher Geschäftsführer genehmigt (ON 12). Ing. P ist seit 1. August 2018 als Angestellter bei der H + S H B GmbH beschäftigt und gewerberechtlicher Geschäftsführer der H + S H B GmbH (Versicherungsbestätigung ON 11 und Bescheid ON 12).

Mit Beschluss des Landesgerichtes Wels vom 19. Jänner 2023, AZ 20 S 6/23t, wurde über das Vermögen der H + S H B GmbH das Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung eröffnet. Mit Schreiben vom 19. Jänner 2023 erstattete die I-T GmbH als Masseverwalterin bei der belangten Behörde unter anderem zum Gewerbe „Baumeister“ eine Fortbetriebsanzeige. Darin wird erklärt, dass die bisherigen gewerberechtlichen Geschäftsführer aus gewerberechtlicher Sicht für die Fortführung des Unternehmens verantwortlich sind und ihrer gewerberechtlichen Verantwortung auch zugestimmt haben. Ing. S P bestätigte mit seiner Unterschrift die Zustimmung als gewerberechtlicher Geschäftsführer (Auszug Ediktsdatei ON 19 und Eingabe ON 20).

Daraufhin erließ die belangte Behörde nach Wahrung des Parteiengehörs im bekämpften Bescheid gemäß §§ 44 iVm 41 Abs. 5, 39 Abs. 2 und 345 Abs. 5 Gewerbeordnung 1994 – GewO 1994 folgenden Spruch:
„Es wird festgestellt, dass die gesetzlichen Voraussetzungen zur Ausübung des Fortbetriebsrechtes der Gewerbeberechtigung für ‚Holzbau-Meister‘ der H GmbH durch die Insolvenzmasse, vertreten durch die I-T Gesellschaft m.b.H., W, als Masseverwalter nicht vorliegen und wird die Ausübung des Fortbetriebsrechtes untersagt.“

Nach Ansicht der belangten Behörde erfüllt ein Organ der in Insolvenz befindlichen Gesellschaft die Voraussetzungen des § 39 Abs 2 Z 1 GewO nicht, zumal das Organ der Gesellschaft nicht Organ der Insolvenzmasse ist, womit die gesetzlichen Voraussetzungen zur Ausübung des Fortbetriebsrechtes nicht vorliegen würden (ON 28).

Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 28. Juni 2023, worin die Beschwerdeführerin beantragte, das Verwaltungsgericht möge
1. eine mündliche Verhandlung durchführen und
2. in der Sache selbst erkennen und den angefochtenen Bescheid ersatzlos beheben, in eventu den angefochtenen Bescheid aufheben und die

Verwaltungssache zur Verfahrensergänzung an die Behörde zurückverweisen (ON 31).

Die belangte Behörde legte die Beschwerde samt Verfahrensakt mit Schreiben vom 30. Juni 2023 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor und beantragt darin, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen (ON 32).

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt. Da bereits nach der Aktenlage feststeht, dass der Bescheid zu beheben ist, konnte eine Verhandlung entfallen. Der relevante Verfahrensgang und Sachverhalt (I) ergeben sich aus dem Verwaltungsakt und sind nicht weiter strittig.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

Gemäß § 9 Abs. 1 GewO können juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften (offene Gesellschaften und Kommanditgesellschaften) Gewerbe ausüben, müssen jedoch einen Geschäftsführer (§ 39) bestellt haben.

Gemäß § 39 Abs. 2 GewO muss der Geschäftsführer 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.
[...]

Gemäß § 41 Abs. 1 Z. 4 GewO steht das Recht, einen Gewerbebetrieb auf Grund der Gewerbeberechtigung einer anderen Person fortzuführen (Fortbetriebsrecht), der Insolvenzmasse zu.
Gemäß § 41 Abs. 5 GewO tritt, wenn das Fortbetriebsrecht der Verlassenschaft oder der Insolvenzmasse zusteht, der Vertreter der Verlassenschaft oder der Insolvenzverwalter mit dem Einlangen der Anzeige des Fortbetriebes in die

Funktion des Geschäftsführers ein. Er gilt nicht als Geschäftsführer, wenn mit der Ausübung des Gewerbes ohne Geschäftsführer Gefahren für das Leben oder die Gesundheit von Menschen verbunden sind. In diesem Fall hat der Fortbetriebsberechtigte einen Geschäftsführer zu bestellen.

Gemäß § 44 GewO entsteht das Fortbetriebsrecht der Insolvenzmasse mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gewerbeinhabers. Der Insolvenzverwalter hat jedoch den Fortbetrieb ohne unnötigen Aufschub der Bezirksverwaltungsbehörde anzuzeigen (§ 345 Abs. 1). Er kann auch nach Maßgabe des § 43 Abs. 3 auf das Fortbetriebsrecht verzichten. Das Fortbetriebsrecht der Insolvenzmasse endet mit der Aufhebung des Insolvenzverfahrens.

Gemäß § 345 Abs. 5 GewO hat, die Behörde, bei der die Anzeige erstattet worden ist - unbeschadet eines Verfahrens nach §§ 366 ff, wenn die jeweils geforderten gesetzlichen Voraussetzungen nicht gegeben sind, dies mit Bescheid festzustellen und die Maßnahme oder die Tätigkeit, die Gegenstand der Anzeige ist, zu untersagen.

Gemäß § 370 Abs. 1 GewO sind, sofern die Bestellung eines Geschäftsführers angezeigt oder genehmigt wird, Geld- oder Verfallsstrafen gegen den Geschäftsführer zu verhängen.

Die Beschwerdeführerin äußert sich in der Beschwerde zu Theorien bezüglich der Rechtsstellung des Insolvenzverwalters.

Festzuhalten ist: Das Fortbetriebsrecht der Insolvenzmasse entsteht zusätzlich zur Gewerbeberechtigung des Gewerbeinhabers. Die GewO sieht (insoweit) die Insolvenzmasse als juristische Person und nicht bloß als Vermögensmasse ohne Rechtssubjektivität an (vgl. Gruber/Paliege-Barfuß, GewO7 § 44 (Stand 1.10.2017, rdb.at) RZ 5). Die Geschäftsführerbestellung für das Gewerbe „Baumeister“ (§ 94 Z. 5 GewO) ist gemäß § 95 Abs 2 GewO genehmigungspflichtig. Ein gewerberechtlicher Geschäftsführer liegt nur vor, wenn dessen Bestellung von der Bezirksverwaltungsbehörde rechtskräftig genehmigt wurde (Gruber/Paliege-Barfuß, GewO7 § 95 (Stand 1.9.2020, rdb.at) RZ 26).

Der Masseverwalter bestellte als Vertreter der fortbetriebsberechtigten Insolvenzmasse an seiner Stelle Ing. S P zum gewerberechtlichen Geschäftsführer (vgl. VwGH Ra 2020/04/0075 RZ 17). Da bereits der Bescheid vom 4. Oktober 2018 vorliegt, ist nach Ansicht des erkennenden Gerichts keine neue Genehmigung erforderlich. Auf Grund der Anzeige vom 19. Jänner 2023 gilt die bereits genehmigte, bei Eröffnung des Sanierungsverfahrens wirksame, Geschäftsführerbestellung auch für die fortbetriebsberechtigte Insolvenzmasse.

Die Ansicht der Behörde, § 39 Abs. 2 Z. 1 GewO sei im Fall des Ing. S P nicht erfüllt, ist nach Ansicht des erkennenden Gerichts unzutreffend.
Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 84 (Stand 1.10.2016, rdb.at) RZ 47 führt aus: „Durch die Konkurseröffnung wird die gemeinschuldnerische GmbH aufgelöst, Vertretungsrechte und Verfügungsrechte über ihr Vermögen gehen auf den Masseverwalter über. Ansonsten bleiben jedoch die Funktionen der Gesellschaftsorgane, insb des Geschäftsführers, durch die Konkurseröffnung unberührt (OGH 4. 3. 1975, 5 Ob 30/75; Gelter in Gruber/Harrer, GmbHG § 84 Rz 23). Die Geschäftsführer bleiben weiter im Amt und sind nach Maßgabe der dem Masseverwalter zugewiesenen Aufgaben weiterhin handlungsbefugt (OGH 9. 9. 2003, 11 Os 76/03; Koppensteiner/Rüffler3 § 84 Rz 11; Gellis/Feil7 § 84 Rz 6).“

Ing. S P gehört als gewerberechtlicher Geschäftsführer auch nach Eröffnung des Sanierungsverfahrens dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der H + S H B GmbH iSd § 39 Abs 2 Z 1 GewO an.
Nach Maßgabe der Anzeige vom 19. Jänner 2023 ist er als gewerberechtlicher Geschäftsführer für die Fortführung des Betriebes handlungs- und anordnungsbefugt. Weshalb die Voraussetzungen für das Fortbetriebsrecht nicht vorliegen sollten, ist nicht erkennbar. Aus diesem Grund war der Beschwerde stattzugeben und der Bescheid wie beantragt ersatzlos zu beheben.

IV. Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Der VwGH hat sich in seinem Erkenntnis vom 23.1.2023, Ra 2020/04/0075, mit dem Fortbetriebsrecht der Insolvenzmasse und der Verantwortlichkeit des Insolvenzverwalters befasst. Zur Frage, ob der handelsrechtliche und bereits genehmigte gewerberechtliche Geschäftsführer einer GmbH nach Eröffnung des Sanierungsverfahrens in der Fortbetriebsanzeige als gewerberechtlicher Geschäftsführer der Insolvenzmasse (§ 41 Z. 4 GewO) bestellt werden kann, liegt aber keine Rechtsprechung des VwGH 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 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. Süß