

TE Lvwg Erkenntnis 2019/2/19 LVwG-2018/25/0077-9

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.02.2019

Entscheidungsdatum

19.02.2019

Index

50/01 Gewerbeordnung;

Norm

GewO 1994 §91 Abs2;

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Dr. Hohenhorst über die Beschwerde der AA, Adresse 1, Z, vertreten durch BB, Adresse 2, Z, vom 03.01.2018 gegen den Bescheid der Bürgermeisterin von Z vom 04.12.2017, ZI ****, betreffend Entziehung der Gewerbeberechtigung, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung,

zu Recht:

1. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.
2. Die ordentliche Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang:

Die AA mit dem Sitz in Z, Adresse 1, ist als Gewerbeinhaberin unter der GISA ZI **** im Gewerberegister eingetragen und hat seit 11.02.2013 das Gewerbe „Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik“ angemeldet. CC, geb am *, ist bei der AA im Firmenbuch (FN ****) seit 18.05.2015 als unbeschränkt haftender Gesellschafter eingetragen und vertritt die Gesellschaft seither selbstständig. Zweiter unbeschränkt haftender Gesellschafter ist DD, geb *, der seit 12.07.1996 selbstständig vertritt.

Mit Beschluss des Bezirksgerichtes Z vom 20.12.2016, AZ ****, wurde über CC das Schuldenregulierungsverfahren mangels Kostendeckung nicht eröffnet, da der Schuldner zahlungsunfähig war. Mit Beschluss des Bezirksgerichtes Z vom 17.01.2017 wurde die Rechtskraft der Nichteröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens mangels Kostendeckung festgestellt.

Darauf aufbauend, leitete die belangte Behörde gegenüber der Kommanditgesellschaft ein Verfahren gemäß § 91 Abs 2 GewO ein.

Mit Schreiben der Bürgermeisterin von Z vom 24.08.2017 wurde die AA, Adresse 1, Z, gemäß § 91 Abs 2 GewO aufgefordert, binnen längstens 12 Wochen ab Erhalt dieser Zuschrift Herrn CC, geboren am *, aus der Funktion des Gesellschafters mit maßgebendem Einfluss der AA, FN ****, zu entfernen, widrigenfalls die Behörde die Gewerbeberechtigung „Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik“ zu entziehen hat. Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid entzog die belangte Behörde gem § 85 Z 2 iVm § 91 Abs 2 GewO 1994 der AA mit Sitz in Z, Adresse 1, die Gewerbeberechtigung unter der GISA-Zahl ****.

Dagegen richtet sich die fristgerechte und zulässige Beschwerde, in welcher die AA durch ihren Rechtsvertreter im Wesentlichen ausführt, dass die beschwerdeführende Kommanditgesellschaft von den Geschäftsführern DD und CC gemeinsam vertreten werde. Auch wenn Herr CC im Firmenbuch als unbeschränkt haftender Gesellschafter eingetragen ist und die Gesellschaft selbstständig vertreten soll, sei im Gesellschaftsvertrag sehr wohl vereinbart, dass die Geschäftsführer DD und CC die Firma nur gemeinsam vertreten können bzw gemeinsam die entsprechenden Entscheidungen zu treffen haben. Insbesondere bei der Zeichnungsberechtigung gegenüber der Bank sei schriftlich vereinbart, dass nur beide gemeinsam zeichnungsberechtigt sind. Somit sei Herr CC allein kein maßgebender Einfluss auf dem Betrieb der Geschäfte der Beschwerdeführerin möglich. Mit 01.01.2018 seien mehr als 15 % der Geschäftsanteile von Herrn CC verkauft worden. Wenn Herr CC kein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte der Beschwerdeführerin zukomme, liege auch kein Ausschlussgrund vor und sei die Gewerbeberechtigung nicht zu entziehen. Unabhängig davon werde beim Stadtmagistrat Z ein Antrag um Nachsicht vom Ausschlussgrund von der Gewerbeausübung gestellt werden. Mit der Sozialversicherung sei eine Ratenzahlung vereinbart, welche Herr CC einhalte. Es werde deshalb ersatzlose Bescheidaufhebung beantragt.

II. Sachverhalt:

Mit dem seit 18.01.2017 rechtskräftigen Beschluss des Bezirksgerichtes Z zu AZ ****, wurde die Nichteröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens mangels Kostendeckung betreffend CC verfügt.

Im Gesellschaftsvertrag der AA vom 15.07.2002/19.07.2002/14.08.2002/15.10.2002 ist unter anderem festgehalten, dass sich die Gesellschafterrechte, einschließlich der Stimmrechte nach dem Verhältnis der festen Kapitalkonten bestimmen. In diesem Gesellschaftsvertrag hatte der persönlich haftende Gesellschafter CC einen 31,25 %-Anteil. In der Zwischenzeit ist es immer wieder zu Verschiebungen der Kapitalkonten gekommen, zur Zeit der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht hatte CC ein Kapitalkonto von knapp über 50 %. Laut Gesellschaftsvertrag steht diesem ein monatlicher Gewinnvorwegbezug von Euro 1.850,00, sohin jährlich Euro 22.200,00 zu. Geschäftsführung und Vertretung obliegen den persönlich haftenden Gesellschaftern CC und DD. Sie sind je selbstständig zeichnungs- und vertretungsbefugt. Das Stimmrecht richtet sich nach der Höhe der festen Kapitalkonten. Je Euro 50,00 gewähren eine Stimme. Den Komplementären steht ein Vetorecht gegen alle Gesellschafterbeschlüsse zu. Sollte über das Vermögen eines Gesellschafters das Konkursverfahren eröffnet werden oder das Handelsgericht die Eröffnung eines Konkursverfahrens überhaupt mangels Masse ablehnen, so gilt dieser Gesellschafter automatisch als von der Gesellschaft ausgeschlossen. Diesen Vertrag ergänzende oder abändernde mündliche Vereinbarungen oder Nebenabreden bestehen nicht.

Die Beschwerdeführerin hat ihr Bankkonto bei der EE. Zum Stichtag 09.02.2018 bestand das kollektive Zeichnungsverfahren für das EE Online-Banking. Es werden jeweils die Online-Verfüger lautend auf CC und DD zur Zeichnung eines Online-Auftrages benötigt.

Dem Auftrag der belangten Behörde vom 24.08.2017 gem § 91 Abs 2 GewO, binnen längstens 12 Wochen CC aus der Funktion eines Gesellschafters mit maßgebendem Einfluss der DIC-Online Wolf & Co KG zu entfernen, wurde nicht entsprochen.

III. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Vorbringen des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung, der Einvernahme des Zeugen CC und der Verlesung der Akten des Stadtmagistrates Z und des Landesverwaltungsgerichts Tirol. Der Zeuge CC hinterließ in der mündlichen Verhandlung einen glaubwürdigen Eindruck und kamen beim Gericht keine Bedenken auf, dass er unwahre Sachverhalte dargelegt hätte.

IV. Rechtslage:

Im gegenständlichen Verfahren sind folgende Bestimmungen der Gewerbeordnung maßgeblich:

„(1) Natürliche Personen sind von der Ausübung eines Gewerbes ausgeschlossen, wenn sie

1. von einem Gericht verurteilt worden sind

a) wegen betrügerischen Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen und Zuschlägen nach dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (§ 153d StGB), organisierter Schwarzarbeit (§ 153e StGB), betrügerischer Krida, Schädigung fremder Gläubiger, Begünstigung eines Gläubigers oder grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen (§§ 156 bis 159 StGB) oder

b) wegen einer sonstigen strafbaren Handlung zu einer drei Monate übersteigenden Freiheitsstrafe oder zu einer Geldstrafe von mehr als 180 Tagessätzen und

2. die Verurteilung nicht getilgt ist.

Von der Ausübung eines Gastgewerbes sind natürliche Personen ausgeschlossen, wenn gegen sie eine nicht getilgte gerichtliche Verurteilung wegen Übertretung der §§ 28 bis 31a des Suchtmittelgesetzes, BGBl. I Nr. 112/1997, in der jeweils geltenden Fassung, vorliegt. Bei Geldstrafen, die nicht in Tagessätzen bemessen sind, ist die Ersatzfreiheitsstrafe maßgebend. Bei Verhängung einer Freiheitsstrafe und einer Geldstrafe sind Freiheitsstrafe und Ersatzfreiheitsstrafe zusammenzuzählen. Dabei ist ein Monat dreißig Tagen gleichzuhalten. Die Bestimmungen dieses Absatzes gelten auch, wenn mit den angeführten Ausschlussgründen vergleichbare Tatbestände im Ausland verwirklicht wurden.

(2) Wer wegen der Finanzvergehen des Schmuggels, der Hinterziehung von Eingangs- oder Ausgangsabgaben, der Abgabenhehlerei nach § 37 Abs. 1 lit. a des Finanzstrafgesetzes, BGBl. Nr. 129/1958, in der jeweils geltenden Fassung, der Hinterziehung von Monopoleinnahmen, des vorsätzlichen Eingriffes in ein staatliches Monopolrecht oder der Monopolhehlerei nach § 46 Abs. 1 lit. a des Finanzstrafgesetzes von einer Finanzstrafbehörde bestraft worden ist, ist von der Ausübung des Gewerbes ausgeschlossen, wenn über ihn wegen eines solchen Finanzvergehens eine Geldstrafe von mehr als 726 € oder neben einer Geldstrafe eine Freiheitsstrafe verhängt wurde und wenn seit der Bestrafung noch nicht fünf Jahre vergangen sind. Dies gilt auch, wenn mit den angeführten Ausschlußgründen vergleichbare Tatbestände im Ausland verwirklicht wurden.

(3) Rechtsträger sind 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.

Dies gilt auch, wenn ein mit dem angeführten Ausschlussgrund vergleichbarer Tatbestand im Ausland verwirklicht wurde.

(4) Rechtsträger sind von der Begründung eines Gewerberechts, das Tätigkeiten der Versicherungsvermittlung oder der Kreditvermittlung beinhaltet, außer in den Fällen des Abs. 3 auch ausgeschlossen, wenn über ihr Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wurde und der Zeitraum der Einsichtsgewährung in die Insolvenzdatei noch nicht abgelaufen ist. Dies gilt auch bei Verwirklichung eines vergleichbaren Tatbestandes im Ausland. Der Ausschlussgrund liegt nicht vor, wenn im Rahmen des Insolvenzverfahrens der Sanierungsplan vom Gericht bestätigt wurde und dieser erfüllt worden ist oder wenn im Rahmen des Insolvenzverfahrens das Gericht den Zahlungsplan des Schuldners bestätigt hat und der Zahlungsplan erfüllt worden ist oder nach Durchführung eines Abschöpfungsverfahrens die Restschuldbefreiung erteilt wurde und unwiderrufen geblieben ist.

(5) Eine natürliche Person ist von der Ausübung des Gewerbes als Gewerbetreibender ausgeschlossen, wenn ihr ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte eines anderen Rechtsträgers als einer natürlichen Person zusteht oder zugestanden ist, bei dem der Ausschluss von der Gewerbeausübung gemäß Abs. 3 eintritt oder eingetreten ist. Trifft auf den Rechtsträger ein Ausschlussgrund gemäß Abs. 4 zu, ist die natürliche Person nur von der Ausübung eines Gewerbes, das Tätigkeiten der Versicherungsvermittlung beinhaltet, ausgeschlossen. Abs. 1 letzter Satz gilt sinngemäß.

(6) Eine natürliche Person, die durch das Urteil eines Gerichtes eines Gewerbes verlustig erklärt wurde oder der eine

Gewerbeberechtigung auf Grund des § 87 Abs. 1 Z 3 oder 4 entzogen worden ist, ist von der Ausübung eines Gewerbes ausgeschlossen, wenn durch die Ausübung dieses Gewerbes der Zweck der mit dem Gerichtsurteil ausgesprochenen Verlustigerklärung des Gewerbes oder der Entziehung auf Grund des § 87 Abs. 1 Z 3 oder 4 vereitelt werden könnte. Dies gilt auch für eine natürliche Person, die wegen Zutreffens der im § 87 Abs. 1 Z 3 oder 4 angeführten Entziehungsgründe Anlaß zu behördlichen Maßnahmen gemäß § 91 Abs. 1 oder 2 gegeben hat.

(7) Andere Rechtsträger als natürliche Personen sind von der Ausübung des Gewerbes ausgeschlossen, wenn eine natürliche Person, der ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte des betreffenden Rechtsträgers zusteht, gemäß Abs. 1 bis 3, 5 oder 6 von der Gewerbeausübung ausgeschlossen ist. Trifft auf die natürliche Person ein Ausschlussgrund gemäß Abs. 4 zu, ist der betreffende Rechtsträger nur von der Ausübung eines Gewerbes, das Tätigkeiten der Versicherungsvermittlung beinhaltet, ausgeschlossen. Abs. 1 letzter Satz gilt sinngemäß.“

§ 85

„Endigung und Ruhen der Gewerbeberechtigungen

Die Gewerbeberechtigung endigt:

1. mit dem Tod der natürlichen Person, im Falle von Fortbetrieben (§§ 41 bis 45) erst mit der Endigung des Fortbetriebsrechtes;
2. mit Eintritt des Ausschlussgrundes gemäß § 13 Abs. 3 oder § 13 Abs. 5 erster Satz oder
3. mit dem Untergang der juristischen Person (§ 11 Abs. 1);
4. nach Maßgabe des § 11 Abs. 2 mit der Auflösung der eingetragenen Personengesellschaft, wenn keine Liquidation stattfindet, sonst im Zeitpunkt der Beendigung der Liquidation;
5. mit Ablauf von sechs Monaten nach dem Ausscheiden des letzten Mitgesellschafters aus einer eingetragenen Personengesellschaft, wenn der verbleibende Gesellschafter die Anzeige gemäß § 11 Abs. 3 unterlassen hat oder im Fall des § 11 Abs. 5 letzter Satz kein Geschäftsführer innerhalb dieser Frist bestellt wurde;
6. nach Ablauf von sechs Monaten nach der Eintragung eines der im § 11 Abs. 4 angeführten rechtserheblichen Umstände in das Firmenbuch, wenn der Nachfolgeunternehmer (Rechtsnachfolger) die Anzeige gemäß § 11 Abs. 5 unterlassen oder im Fall des § 11 Abs. 5 letzter Satz kein Geschäftsführer innerhalb dieser Frist bestellt wurde;
7. mit der Zurücklegung der Gewerbeberechtigung, im Falle von Fortbetrieben gemäß § 41 Abs. 1 Z 1 bis 3 mit der Zurücklegung des Fortbetriebsrechtes;
8. mit der Entziehung der Gewerbeberechtigung durch die Behörde (§§ 87, 88 und 91);
9. durch das Urteil eines Gerichtes (§ 90);
10. mit der Untersagung der Ausübung des in der Form eines Industriebetriebes angemeldeten Gewerbes (§ 347 Abs. 1);
11. mit der Nichtigerklärung eines Bescheides (§ 363 Abs. 1) oder in den sonst gesetzlich vorgesehen Fällen;
12. mit Zeitablauf oder mit Eintritt einer auflösenden Bedingung.“

§ 91

“...“

(2) Ist der Gewerbetreibende eine juristische Person oder eine eingetragene Personengesellschaft und beziehen sich die im § 87 angeführten Entziehungsgründe oder der in § 85 Z 2 angeführte Endigungsgrund sinngemäß auf eine natürliche Person, der ein maßgebender Einfluß auf den Betrieb der Geschäfte zusteht, so hat die Behörde (§ 361) 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 die Gewerbeberechtigung zu entziehen.“

V. Erwägungen:

Die Rechtsmittelwerberin bestreitet einen maßgebenden Einfluss von CC auf dem Betrieb der Geschäfts der AA. CC und DD sind die Komplementäre dieser Gesellschaft und jeder von beiden vertritt die KG selbstständig. Nur gegenüber

der Bank sind nur beide gemeinsam zeichnungsberechtigt. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes steht etwa einem handelsrechtlichen Geschäftsführer einer GmbH ein maßgebender Einfluss im Sinn des § 13 Abs 5 auf den Betrieb der Geschäfte dieser Gesellschaft zu. Auf ihn trifft daher der Gewerbeausschlussgrund des § 13 Abs 3 iVm Abs 5 zu (VwGH 17.04.1998, 98/04/0041). In einem im Sinn des § 91 Abs 2 abgeführten Entziehungsverfahren kommt es im gegebenen Zusammenhang nur darauf an, ob über das Vermögen des handelsrechtlichen Geschäftsführers der Konkurs eröffnet wurde oder ein Antrag auf Konkurseröffnung mangels eines zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens voraussichtlich hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde (VwGH 27.06.1995, 95/04/0039). Ob maßgebender Einfluss gegeben ist, hängt von den rechtlich gestalteten Umständen des Einzelfalls ab. Den erläuternden Bemerkungen 1972 (395 Blg Nr 13. GP 122) ist zu entnehmen, dass ein maßgebender Einfluss auch dann anzunehmen sein wird, wenn eine Person mehr als die Hälfte der Geschäftsanteile einer Gesellschaft besitzt.

Aus dem Gesellschaftsvertrag sprechen für einen maßgebenden Einfluss des CC die Umstände, dass er gem V/3 das höchste Kapitalkonto aller Gesellschafter und damit auch das höchste Stimmrecht hat (IX/4), weiters dass er nach VII/4 als einziger einen monatlichen Gewinnvorwegbezug erhält, dass die komplementäre CC und DD ein Vetorecht gegen alle Gesellschafterbeschlüsse haben (IX/7) und dass der Komplementär DD in Y wohnt.

Wenn nur beide Komplementäre und Geschäftsführer gemeinsam die Entscheidungen treffen könnten (was im Widerspruch zu Gesellschaftsvertrag VIII/1 steht) und nur beide gemeinsam der Bank gegenüber zeichnungsberechtigt sind, führt dies dazu, dass sowohl DD als auch CC maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte zukommt, weil ein Gesellschafter ohne den anderen nicht handlungs- und entscheidungsfähig ist und gegen den Willen des jeweils anderen keine Vertretungshandlungen vorgenommen werden können. Im konkreten Fall bedeutet dies, dass CC – unabhängig davon, wie hoch seine Geschäftsanteile derzeit noch nicht – jegliche Entscheidung von DD blockieren kann, was bedeutet, dass ihm allein schon dadurch maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte der KG zukommt.

§ 91 Abs 2 GewO gewährt der Behörde keine Ermessensentscheidung bei Vorliegen dieser Gründe („hat“ zu entziehen). Die Frage, ob mit der antragstellenden SVA eine Ratenzahlungsvereinbarung zur Begleichung der ausstehenden Verbindlichkeiten getroffen wurde und diese eingehalten wird, ist bei dieser rechtlichen Konstellation unerheblich, weil das entscheidende Ereignis nicht die Schulden bei der SVA oder anderen Gläubigern, sondern die rechtskräftige Nichteröffnung des Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens darstellt. Das Nachsichtsverfahren gem § 26 GewO steht damit auch in keinem Zusammenhang.

Da ein maßgebender Einfluss von CC auf den Betrieb der Geschäfte der Beschwerdeführerin vorliegt, musste die belangte Behörde wie im bekämpften Bescheid entscheiden, weshalb der dagegen erhobenen Beschwerde kein Erfolg zukommen konnte.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, oder außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen und es ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 zu entrichten.

Es besteht 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 können.

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr. Hohenhorst

(Richter)

Schlagworte

Natürliche Person;
maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte;

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGTI:2019:LVwG.2018.25.0077.9

Zuletzt aktualisiert am

25.03.2019

Quelle: Landesverwaltungsgericht Tirol LVwg Tirol, <https://www.lvwg-tirol.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at