



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38660
Telefax: (43 01) 4000 99 38660
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

1) GZ: VGW-101/014/6541/2018-4
2) GZ: VGW-101/014/6542/2018
A. KG

Wien, 17.9.2018

Geschäftsabteilung: H

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr. Findeis über die Beschwerden der A. OG (nunmehr: A. KG) ,vom 14.5.2018, 1) gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 20.4.2018, Zahl ..., sowie 2) gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 20.4.2018, Zahl ..., zu Recht erkannt:

Beide Beschwerden werden jeweils als unbegründet abgewiesen.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

B E G R Ü N D U N G

Ad 1)

Der Magistrat der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, entzog mit Bescheid vom 20.4.2018, Zahl ..., gemäß § 91 Abs. 2 iVm § 85 Z 2 und § 13 Abs. 3 GewO 1994 der A. OG, Rechtsform: Offene Gesellschaft, Firmenbuchnummer ..., die Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes: Platten- und Fliesenleger verbunden mit Keramiker (verbundenes Handwerk) im Standort Wien, B.-gasse.

Dagegen richtet sich die rechtzeitig erhobene Beschwerde der A. OG vom 14.5.2018. Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass der unbeschränkt haftenden Gesellschafterin C. GmbH kraft dieser Funktion nicht automatisch ein maßgeblicher Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte zukomme. Richtig sei, dass Herr D. E. der Geschäftsführer der C. GmbH sei, aber infolge Eröffnung des Konkursverfahrens betreffend die C. GmbH (HG Wien, AZ ...) werde dieses Unternehmen von einem Masseverwalter (Herrn Dr. F.) verwaltet. Sohin komme maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte, wenn überhaupt, dem Masseverwalter zu. Herr G. sei der alleinige Geschäftsführer der Beschwerdeführerin; Herr D. E. sei daher von der Geschäftsführung ausgeschlossen (§ 114 Abs. 2 UGB). Er sei überwiegend weisungsgebunden gemäß § 115 UGB. Es werde daher die Aufhebung des angefochtenen Bescheides beantragt.

Ad 2)

Die belangte Behörde entzog mit Bescheid vom 20.4.2018, Zahl ... der A. OG gemäß § 91 Abs. 2 iVm mit § 85 Z 2 und § 13 Abs. 3 GewO 1994 die Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes „Bodenleger (Handwerk)“ im Standort Wien, B.-gasse.

Dagegen richtet sich die rechtzeitig erhobene Beschwerde der A. OG vom 14.5.2018. Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass der unbeschränkt haftenden Gesellschafterin C. GmbH kraft dieser Funktion nicht automatisch ein maßgeblicher Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte zukomme. Richtig sei, dass Herr D. E. der Geschäftsführer der C. GmbH sei, aber infolge Eröffnung des Konkursverfahrens betreffend die C. GmbH (HG Wien, 007, Aktenzeichen ...) werde dieses Unternehmen von einem Masseverwalter (Herrn Dr. F.) verwaltet. Sohin komme maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte, wenn überhaupt, dem Masseverwalter zu. Herr G. sei der alleinige Geschäftsführer der Beschwerdeführerin. Herr D. E. sei daher von der Geschäftsführung ausgeschlossen (§ 114 Abs. 2 UGB). Er sei überwiegend weisungsgebunden gemäß § 115 UGB. Es werde daher die Aufhebung des angefochtenen Bescheides beantragt.

Ad 1) und 2)

Unter Zugrundelegung des Gesellschafterbeschlusses der Beschwerdeführerin vom 12.5.2015, der Bekanntmachung in der Insolvenzdatei vom 1.6.2017 des Konkursverfahrens des Handelsgerichtes Wien, AZ, ..., des Beschlusses des Handelsgerichtes Wien vom 8.8.2017, AZ: ..., der an die Beschwerdeführerin gerichteten Aufforderung der belangten Behörde vom 4.1.2018 gemäß § 91 Abs. 2 GewO, der Beschwerden vom 14.5.2018, sowie der Firmenbuchauszüge vom 25.5.2018, FN ... und FN ... sowie vom 30.8.2018, FN ..., und der GISA-Auszüge

vom 25.5.2018, GISA-Codes ..., ..., stellt das Verwaltungsgericht Wien folgenden entscheidungsrelevanten Sachverhalt als erwiesen fest:

Die Beschwerdeführerin ist seit 13.9.2012 zur Ausübung des reglementierten Gewerbes: Platten- und Fliesenleger verbunden mit Keramiker (verbundenes Handwerk) im Standort Wien, B.-gasse und seit 21.5.2015 zur Ausübung des reglementierten Gewerbes: Bodenleger im Standort Wien, B.-gasse, berechtigt. Zuzufolge des Gesellschafterbeschlusses vom 12.5.2015 war zur Geschäftsführung der Beschwerdeführerin allein Herr H. G. berechtigt. Unbeschränkt haftende Gesellschafter der Beschwerdeführerin waren seit 6.5.2015 und auch im Zeitpunkt der Einbringung der vorliegenden Beschwerde jeweils selbständig vertretend Herr H. G. und die C. GmbH.

Alleiniger handelsrechtlicher Geschäftsführer der C. GmbH, der die GmbH selbständig vertritt, und Mehrheitseigentümer seit 20.5.1995, ist Herr D. E.: Über diesen wurde mit Beschluss des Handelsgerichtes Wien vom 8.8.2017, AZ: ..., das Insolvenzverfahren mangels Kostendeckung nicht eröffnet. Der Zeitraum, in dem in der Insolvenzdatei Einsicht in den genannten Insolvenzfall gewährt wird, ist noch nicht abgelaufen.

Mit Beschluss des Handelsgerichtes vom 16.5.2017, AZ: ..., wurde über die C. GmbH der Konkurs verhängt und wurde am 17.5.2017 Dr. F. zum Masseverwalter bestellt.

Mit Verfahrensordnung vom 4.1.2018, zugestellt am 9.1.2018, forderte die belangte Behörde, unter Anführung beider Gewerbeberechtigungen der Beschwerdeführerin, sowie des wesentlichen Inhaltes des Beschlusses des Handelsgerichtes Wien vom 8.8.2017, AZ ..., des Hinweises, dass der Zeitraum, in dem in die Insolvenzdatei Einsicht in den genannten Insolvenzfall gewährt werde, noch nicht abgelaufen sei, und dass Herrn E. damit ein Gewerbeausschlussgrund gemäß § 13 Abs. 3 GewO 1994 treffe, die Beschwerdeführerin auf, binnen einer Frist von zwei Monaten ab Zustellung des Schreibens, Herrn D. E., dem als handelsrechtlichen Geschäftsführer der C. GmbH maßgeblicher Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte der C. GmbH zukomme, zu entfernen, in eventu die C. GmbH als unbeschränkte haftende Gesellschafterin der Beschwerdeführerin zu entfernen und dies der Behörde nachzuweisen.

Dieser Aufforderung wurde nicht fristgerecht entsprochen, denn Herr D. E. blieb einziger handelsrechtlicher Geschäftsführer der C. GmbH und diese blieb unbeschränkt haftende Gesellschafterin der Beschwerdeführerin.

Mit Firmenbucheintragung vom 24.7.2018 (Antrag auf Änderung am 25.6.2018) wurde die A. OG (Offene Gesellschaft) in die A. Kommanditgesellschaft (KG) umgewandelt, H. G. blieb und wurde der einzige unbeschränkt haftende Gesellschafter, die C. GmbH schied aus, D. E. wurde Prokurist.

Diesen Feststellungen liegt der Inhalt der oben angeführten Aktenbestandteile zugrunde.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Gemäß § 91 Abs. 2 GewO 1994 hat die Behörde, wenn der Gewerbetreibende eine juristische Person oder eine eingetragene Personengesellschaft ist und sich die im § 87 angeführten Entziehungsgründe oder der in § 85 Z 2 GewO angeführte Endigungsgrund sinngemäß auf eine natürliche Person, der ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte zusteht, 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.

Nach § 85 Z 2 GewO 1994 endet die Gewerbeberechtigung mit Eintritt des Ausschlussgrundes gemäß § 13 Abs. 3 oder § 13 Abs. 5 erster Satz.

Gemäß § 13 Abs. 3 GewO 1994 sind Rechtsträger von der Gewerbeausübung als Gewerbetreibende (§ 38 Abs. 2 GewO) 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 Einsicht in die Eintragung der mangels kostendeckenden Vermögens oder wegen Vermögenslosigkeit nach § 68 Insolvenzordnung (IO) nicht eröffneten Insolvenzverfahren ist gemäß § 256 Abs. 4 IO nach drei Jahren nach der Eintragung nicht mehr zu gewähren.)

Gemäß § 13 Abs. 5 erster Satz GewO 1994 ist eine natürliche Person 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.

Die Aufforderung nach § 91 Abs. 2 GewO 1994 hat der Gewerbeentziehung nach dieser Gesetzesstelle voranzugehen und stellt insofern eine Voraussetzung für diese dar. Diese Aufforderung ist mangels eines rechtserzeugenden oder rechtsfeststellenden Inhalts kein Bescheid. Dem Rechtsschutzbedürfnis dessen, dem bei nicht fristgerechter Befolgung der Aufforderung die Gewerbeberechtigung entzogen wird, ist jedoch Rechnung getragen, wenn er die Rechtmäßigkeit der Aufforderung, also auch die dafür bestimmenden Gründe, im sodann folgenden Entziehungsverfahren geltend machen sowie den (allenfalls)

ergangenen Entziehungsbescheid (auch) aus diesen Gründen im Rechtsmittelweg bekämpfen kann. Aus dem akzessorischen Charakter einer Entziehung nach § 91 Abs. 2 GewO 1994 folgt aber auch, dass diese nicht auf einen Entziehungstatbestand gegründet werden darf, der nicht Gegenstand der vorausgegangenen Aufforderung war (siehe VwGH 18.2.2009, 2008/04/0213, mit Verweis auf VwGH 24.1.1995, 94/04/0221). Durch die Aufforderung nach § 91 Abs. 2 GewO 1994 wird die Sache des Entziehungsverfahrens festgelegt, welche auch die in dieser Aufforderung angeführten für die Entfernung der genannten natürlichen Person bestimmenden Gründe umfasst (vgl. VwGH 18.6.2012, 2012/04/0013, mwN).

Es steht dem Verwaltungsgericht daher nicht zu, nach der Aufforderung gemäß § 91 Abs. 2 GewO 1994 die Gründe, aus denen die Entfernung einer Person mit maßgebendem Einfluss für erforderlich erachtet wurde, auszutauschen. Dies würde nämlich, weil nur die im Entziehungsbescheid genannten Gründe überprüfbar sind, dazu führen, dass die nicht gesondert anfechtbare Aufforderung und vor allem die dafür bestimmend gewesenen Gründe keiner rechtlichen Kontrolle unterlägen, was dem Rechtsschutzbedürfnis des Gewerbetreibenden zuwider liefe (vgl. wiederum das bereits zitierte Erkenntnis 2008/04/0213).

Die in § 91 Abs. 2 GewO 1994 geregelte Entziehung der Gewerbeberechtigung stellt eine Sanktion für die Nichtentfernung der Person, der ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte zusteht, dar; Änderungen im maßgebenden Sachverhalt nach Ablauf der dem Gewerbetreibenden gesetzten behördlichen Frist sind unbeachtlich (vgl. VwGH 2.2.2012, 2011/04/0197, 21.1.2015, 2013/04/0127, 17.2.2016, Ra 2016/04/0012, 11.11.2015, Ra 2015/04/0063, 29.06.2017, Ra 2017/04/0059).

Dass die C. GmbH geraume Zeit nach Ablauf der zweimonatigen Frist aus der A. OG (nunmehr KG) ausgeschieden ist, hat demnach außer Betracht zu bleiben.

Richtig ist, dass Herr E. laut Gesellschafterbeschluss (Änderung des Gesellschaftsvertrages) vom 12.5.2015 von der Geschäftsführung der C. GmbH ausgeschlossen war, jedoch war (und ist) er der einzige vertretungsbefugte handelsrechtliche Geschäftsführer und Mehrheitseigentümer der C. GmbH. Damit steht ihm jedenfalls ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb deren Geschäfte zu (vgl. VwGH 3.9.2008, 2008/04/0121). Als einziger Vertretungsbefugter (der C. GmbH), einer der beiden unbeschränkt haftenden Gesellschafter der Beschwerdeführerin, die beide im relevanten Zeitraum selbständig vertretungsbefugt waren, kam Herrn E. auch ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte der Beschwerdeführerin zu. Wie groß der tatsächliche Einfluss des Herrn E. auf die Gesellschaft gewesen ist und inwieweit er tatsächlich Einfluss ausgeübt hat, ist für die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 13 Abs. 5 GewO 1994 bedeutungslos.

Wenn die Beschwerdeführerin geltend macht, dass Herr E. infolge des Konkursverfahrens und der Bestellung des Masseverwalters, höchstens diesem eine maßgebliche Einflussnahme möglich gewesen sei, ist dazu auszuführen:

Nach ständiger Rechtsprechung (siehe OGH 11.10.1994, 1 Ob 567/94; zuletzt Beschluss vom 24.9.2015, 9 Ob A 389/15a,) bleibt die Organisation der durch die Konkursöffnung aufgelösten GmbH gemäß § 84 Z 4 GmbHG auch im Konkurs gewahrt; die Organe nehmen weiterhin ihre Funktionen wahr, soweit diese nicht vom Insolvenzverwalter verdrängt werden oder deren Ausübung dem Zweck des Konkurses zuwiderliefe. Die Befugnisse der Gesellschaftsorgane werden somit insofern durch die Befugnisse des Insolvenzverwalters überlagert. Dem Insolvenzverwalter ist es hingegen verwehrt, Mitglieder der Organe abzuberaufen bzw. zu bestellen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in einer Vielzahl von Erkenntnissen mit der Entziehung der Gewerbeberechtigung gemäß § 91 Abs. 2 GewO 1994 auseinandergesetzt und dabei festgehalten, dass die in § 91 Abs. 2 GewO 1994 geregelte Entziehung der Gewerbeberechtigung eine Sanktion für die Nichtentfernung darstellt.

Eine Aufforderung zur Entfernung einer Person mit maßgebendem Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte gemäß § 91 Abs. 2 GewO 1994 hat unabhängig davon zu ergehen, ob und auf welche Weise es dem Gewerbetreibenden möglich ist, der betroffenen Person die mit dem maßgeblichen Einfluss auf den Geschäftsbetrieb verbundene Position zu entziehen. Gelingt die Entfernung von dieser Position - aus welchen Gründen immer - nicht fristgerecht, so ist die Gewerbeberechtigung zu entziehen (vgl. VwGH 22.2.2012, 2007/04/0001 mit Hinweis auf Erkenntnis vom 3.9.2008, ZI. 2008/04/0121, mwN).

Im vorliegenden Fall bedeutet dies: Da weder die Entfernung des Herrn E. aus dessen Funktion als allein vertretungsbefugten handelsrechtlichen Geschäftsführer der C. GmbH erfolgte, noch diese als unbeschränkt haftende Gesellschafterin der Beschwerdeführerin innerhalb der behördlich gesetzten Frist ausschied, stand Herrn D. E. (im verfahrensgegenständlich relevanten Zeitraum) ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte der Beschwerdeführerin zu, weshalb in Anwendung der §§ 91 Abs. 2 iVm 85 Z 2 und 13 Abs. 3 GewO die Entziehung deren beider Gewerbeberechtigungen rechtens war.

Es war demnach spruchgemäß zu entscheiden.

Von einer mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG abgesehen werden.

Gegen dieses Erkenntnis ist die ordentliche Revision nicht zulässig, 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 Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung oder ist diese als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

B E L E H R U N G

Gegen diese Entscheidung besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. 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.

Dr. F i n d e i s
Richterin