

15. Vor dem Hintergrund der Feststellungen des BVwG zum fraglichen in Usbekistan existierenden Straftatbestand samt seiner Anwendung und zum vom Revisionswerber behaupteten Fluchtgrund, der als nicht gegeben angesehen wurde (die diesbezügliche Beweiswürdigung wird in der Revision nicht weiter bekämpft), ist die einzelfallbezogene Beurteilung des BVwG, die darauf abstellt, dass gegen Personen, die „kein bestimmtes Profil“ aufweisen, oder wenn nicht besondere Umstände vorliegen, die staatliches Interesse begründeten (dies sei im

Fall des Revisionswerbers nicht gegeben, weil sein Vorbringen zum von ihm angeführten Fluchtgrund als nicht glaubwürdig eingestuft worden sei), eine Strafverfolgung nicht stattfindet, nicht zu beanstanden.

16. In der Revision werden sohin keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinn des Art 133 Abs 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher ohne weiteres Verfahren in nicht öffentlicher Sitzung gem § 34 Abs 1 VwGG – in einem gem § 12 Abs 2 VwGG gebildeten Senat – zurückzuweisen.

MATERIENRECHT

Wirtschaftsrecht

Berufsrecht

■ ZVG-Slg 2016/126, 543

Entziehung der Gewerbeberechtigung – Auftrag an den Gewerbeinhaber zur Entfernung der Person, der ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte zusteht

GewO § 87 Abs 1, § 91 Abs 2

Bei Anwendung des §§ 91 Abs 2 GewO 1994 ist lediglich zu prüfen, ob einer der im § 87 Abs 1 GewO 1994 genannten Tatbestände auf die natürliche Person, der ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte zusteht, sinngemäß zutrifft. Die Behörde hat hingegen nicht zu prüfen, ob bezogen auf diese Person auch die Tatbestände des § 87 Abs 2 bis 6 bzw des § 26 gegeben sind, weil § 91 Abs 2 eine den vorgenannten Bestimmungen vergleichbare Regelung nicht kennt (vgl VwGH 28. 1. 1997, 97/04/0004 und vom 20.10.2004, 2004/04/0051). Nach der ständigen Rsp des VwGH tritt die in § 91 Abs 2, 2. Satz, GewO 1994 normierte Rechtsfolge der Verpflichtung der Behörde, die Gewerbeberechtigung zu entziehen, nur dann nicht ein, wenn der Auftrag zur Entfernung der Person, der ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte zusteht, vom Gewerbeinhaber fristgerecht erfüllt wird. Einer verspäteten Entsprechung dieses Auftrages kommt hingegen keine rechtliche Relevanz zu (VwGH 19. 12. 1995, 95/04/0225).

LVwG NÖ 25.2.2016,
LVwG-AV-80/001-2016

Aus den Entscheidungsgründen

Sachverhalt

[...]

Betreffend die ***, ***, ***, ist im GISA die Berechtigung für das Gewerbe „Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik“ GISA-Zahl: ***, Standort: ***, ***, eingetragen. Im Firmenbuch ist zu FN *** betreffend die *** Herr ***, geboren ***, als handelsrechtlicher Geschäftsführer eingetragen gewesen, dem laut Firmenbuchauszug seit 16.7.2004 die selbstständige Vertretungsbefugnis zukam. Mit Beschluss des Landesgerichtes Korneuburg (119), Aktenzeichen ***, vom 27. Juli 2015 wurde betreffend Herrn ***, Dienstleistungen in der ADV, ***, ***, Geburtsdatum: ***, das Insolvenzverfahren mangels Kostendeckung nicht eröffnet und festgestellt, dass der Schuldner zahlungsunfähig ist. Mit Beschluss des Landesgerichtes Korneuburg vom 25. September 2015 wurde festgestellt, dass die Nichteröffnung des gegenständlichen Insolvenzverfahrens mangels Kostendeckung rechtskräftig ist. Mit Schriftsatz vom 20. Oktober 2015, ***, forderte die BH Gänserndorf die Gewerbeinhaberin unter Hinweis auf den vorgenannten Beschluss des Landesgerichtes Korneuburg und unter Hinweis auf die maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen sowie unter Mitteilung der Tatsache, dass Herr *** als alleinigem handelsrechtlichem Geschäftsführer der GesmbH ein maßgeblicher Einfluss zustehe, auf, Herrn *** bis spätestens 30. November 2015 aus der *** zu entfernen. Weiters verwies die Behörde darauf, dass nach fruchtlosem Ablauf der vorgenannten *** für die Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik im Standort ***, ***, entzogen werde.

Entsprechend dem Rückschein jener Sendung, die den bezeichneten Schriftsatz der Behörde enthielt, wurde

das Schriftstück der Gewerbetreibenden am 22.10.2015 durch Hinterlegung zugestellt.

Zum Stichtag 3.12.2015 war Herr ***, geboren ***, weiterhin als alleiniger handelsrechtlicher Geschäftsführer der *** im Firmenbuch (***) eingetragen.

Der in Beschwerde gezogene Bescheid der BH Gänserndorf vom 3. Dezember 2015, ***, wurde der *** entsprechend dem vorliegenden Rückschein am 7.12.2015 durch Hinterlegung zugestellt.

Mit E-Mail vom 7.12.2015 an die belangte Behörde teilte Herr *** mit, dass er seinen Anwalt erst am Montag wieder telefonisch erreiche und dass er sich bezüglich des weiteren Vorgehens zur Lösung des aktuellen Problems melden werde.

Mit E-Mail vom 14.12.2015 teilte Herr *** der belangten Behörde mit, dass die von der Behörde geforderte „Änderung des handelsrechtlichen Geschäftsführers“ im Laufe der nächsten Woche veranlasst werde.

Die belangte Behörde teilte mit Schriftsatz vom 14. Dezember 2015, ***, der *** mit, dass die Gewerbeberechtigung mit dem nunmehr in Beschwerde gezogenen Bescheid von der Behörde entzogen worden sei. Wörtlich führte die belangte Behörde im Schriftsatz vom 14. Dezember 2015 weiters an:

„Der Bescheid wurde am 7.12.2015 durch Hinterlegung zugestellt und würde in Rechtskraft erwachsen (also die Gewerbeberechtigung rechtskräftig entzogen werden), wenn nicht bis 5.1.2016 das Rechtsmittel der Beschwerde gegen diesen Bescheid eingebracht wird.

Dieser Beschwerde kann jedoch nur dann stattgegeben werden, wenn spätestens mit der rechtzeitigen Einbringung einer solchen auch der Nachweis erbracht wird, dass der handelsrechtliche Geschäftsführer in seiner Funktion entfernt wurde (Nachweis wird durch Eintragung im Firmenbuch erbracht).“

Mit E-Mail vom 22.12.2015 teilte Herr *** mit dem Zusatz „***“ mit, dass der von der Behörde geforderte Wechsel des allein Handlungsbevollmächtigten handelsrechtlichen und gewerberechtigten Geschäftsführers der *** durch Eigentümerbeschluss und Notariatsakt vom 21.12.2015 mit sofortiger Wirkung rechtskräftig sei. Herr *** sei als Geschäftsführer abberufen und Frau *** als neue Geschäftsführerin eingesetzt worden. Die Eintragung im Firmenbuch werde vom Notar entsprechend veranlasst.

Mit E-Mail vom 22.12.2015 teilte die belangte Behörde Herrn *** und Frau *** mit, dass der Bezug habende Entziehungsbescheid in Rechtskraft erwachsen würde, wenn nicht bis 5.1.2016 das Rechtsmittel der Beschwerde

de gegen diesen Bescheid eingebracht werde. Dieser Beschwerde könne jedoch nur dann stattgegeben werden, wenn spätestens mit der rechtzeitigen Einbringung einer solchen auch der Nachweis erbracht werde, dass der handelsrechtliche Geschäftsführer in seiner Funktion entfernt werde (der Nachweis werde durch Eintragung im Firmenbuch erbracht).

Das nachstehende E-Mail reiche für den Weiterbestand der gegenständlichen Gewerbeberechtigung nicht aus.

Mit Schriftsatz vom 30. Dezember 2015, ***, stellte die belangte Behörde zum Beschwerdeschriftsatz der Einschreiterin vom „22.12.2016“ (gemeint: 22.12.2015) fest, dass entgegen der Ansicht der Einschreiterin (Rechtswirksamkeit des Geschäftsführerwechsels mit Notariatsakt) diese erst mit erfolgter Eintragung im Firmenbuch gegeben sei.

Zur weiteren (positiven) Erledigung der Beschwerde sei somit die Vorlage des Firmenbuchauszuges erforderlich, aus dem ersichtlich sei, dass Herr *** nicht mehr als handelsrechtlicher Geschäftsführer der GesmbH eingetragen sei. Weiters wurde von der Behörde gegenüber der Einschreiterin auf das Erfordernis der Einzahlung der Pauschalgebühr verwiesen.

Entsprechend dem aktuellen Firmenbuchauszug betreffend die Gewerbeinhaberin, ***, vertritt Frau ***, geboren ***, seit 21.12.2015 die *** als handelsrechtliche Geschäftsführerin selbstständig.

Herr ***, geboren ***, ist als selbstständig vertretungsbefugter Prokurist eingetragen. Ebenso ist Herr ***, geboren ***, neben zwei weiteren Gesellschaftern, als Gesellschafter mit einer Stammeinlage von € 26.250,- eingetragen.

Die BH Gänserndorf hat eine Beschwerdeentscheidung nicht erlassen.

Dieser maßgebliche Sachverhalt stand auf Grund des nicht angezweiferten, unbedenklichen und vollständig vorliegenden Inhaltes des Aktes der belangten Behörde sowie auf Grund der vorliegenden Firmenbuchauszüge unzweifelhaft fest. Eine Hinterfragung von weiteren Sachverhaltselementen hatte nicht zu erfolgen, sodass vor dem erkennenden LVwG eine (weitergehende) Beweisführung nicht erforderlich war. Die Beurteilung der Beschwerde anhand des festzustellenden Sachverhaltes besteht in der Beurteilung einer Rechtsfrage.

Begründung¹

[...]

1 Zitierung im Wortlaut der Entscheidung.

Betreffend Herrn *** wurde in der Insolvenzdatei mit Datum 20. Juli 2015 bekannt gemacht, dass das Insolvenzverfahren mangels Kostendeckung nicht eröffnet wird und dass der Schuldner zahlungsunfähig ist. Die dreijährige Frist für die Einsicht in diese Eintragung in der Insolvenzdatei war weder im Zeitpunkt der seitens der Behörde an die *** ergangenen Aufforderung laut Schriftsatz vom 20. Oktober 2015 noch im Zeitpunkt der Erlassung des in Beschwerde gezogenen Bescheides noch im Zeitpunkt der Erlassung des gegenständlichen Erkenntnisses abgelaufen.

Es lagen somit in Bezug auf Herrn ***, geboren ***, im Zeitpunkt der seitens der Behörde an die *** ergangenen Aufforderung laut Schriftsatz vom 20. Oktober 2015, zugestellt durch Hinterlegung am 22. Oktober 2015, den Genannten bis 30.11.2015 aus der Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu entfernen, die maßgeblichen Voraussetzungen nach § 87 Abs 1 Ziffer 2 GewO 1994 iVm § 13 Abs 3 Z 1 und 2 GewO 1994 vor.

Herr ***, geboren ***, hatte in der *** auch nach dem 30.11.2015, nämlich bis 21.12.2015, die Funktion als alleiniger handelsrechtlicher Geschäftsführer inne, weshalb davon auszugehen war, dass dieser natürlichen Person bis 21.12.2015 ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte der juristischen Person zukam.

Dem alleinigen handelsrechtlichen Geschäftsführer einer GmbH kommt, schon im Hinblick auf deren rechtliche Organisationsform, ein maßgebender Einfluss iSd § 91 Abs 2 GewO 1994 zu (vgl VwGH 20.10.2004, 2004/04/00 51).

Bei Anwendung des §§ 91 Abs 2 GewO 1994 ist lediglich zu prüfen, ob einer der im § 87 Abs 1 GewO 1994 genannten Tatbestände auf die natürliche Person, der ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte zusteht, sinngemäß zutrifft. Die Behörde hat hingegen nicht zu prüfen, ob bezogen auf diese Person auch die Tatbestände des § 87 Abs 2 bis 6 bzw des § 26 gegeben sind, weil § 91 Abs 2 eine den vorgenannten Bestimmungen vergleichbare Regelung nicht kennt (vgl VwGH 28.1.1997, 97/04/0004 und vom 20.10.2004, 2004/04/0051).

Ein Gerichtsbeschluss betreffend die Abweisung eines Antrages auf Konkurseröffnung mangels eines zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens voraussichtlich hinreichenden Vermögens sowie die aufrecht bestehende Möglichkeit zur Einsicht in die Insolvenzdatei, welche Tatbestandsvoraussetzungen im gegenständlichen Fall als vorliegend anzusehen waren, stellen gem § 91 Abs 2 GewO 1994 iVm § 87 Abs 1 Ziffer 2 GewO 1994 die maßgeblichen Sachverhaltselemente dar, auf Grund welcher die Gewerbeberechtigung zu entziehen ist und wonach die Behörde unter Berücksichtigung der Vorgaben des § 91 Abs 2 GewO 1994 verhalten ist, im Wege einer

Verfahrensanordnung an den Gewerbetreibenden die Aufforderung zu richten, dies unter Setzung einer angemessenen Frist, für das Entfernen der Person mit maßgebendem Einfluss auf die Geschäfte des Unternehmens Sorge zu tragen, wodurch der Gewerbetreibende, dies ausschließlich bei fristgerechter Erfüllung dieses Auftrages, die Entziehung abwenden kann.

Die belangte Behörde hat eine Aufforderung iSd § 91 Abs 2 GewO 1994 nachweislich an die *** gerichtet und nach der Beurteilung des erkennenden Gerichtes für die Entfernung des Herrn *** auch eine ausreichend lange Frist (Zustellung der Aufforderung 22. Oktober 2015 bis zum Ablauf des 30. November 2015) gewährt.

§ 16 Abs 1 GmbHG enthält keine Regelung, die eine notarielle Beurkundung des Beschlusses der Gesellschafter einer GmbH über den Widerruf einer Geschäftsführerbestellung oder eine Beglaubigung der Unterschriften der Gesellschafter erfordert. § 49 Abs 1 leg cit, der das Formerfordernis der materiellen Beurkundung normiert, bezieht sich ausschließlich auf Beschlüsse der Gesellschafter, mit denen eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages erfolgt. Darüber hinaus ist ein Beschluss iSd § 16 Abs 1 GmbHG unabhängig von seiner Eintragung im Firmenbuch (dies entgegen der Rechtsansicht der belangten Behörde) mit Bekanntgabe an den Geschäftsführer sofort wirksam. Die Eintragung eines derartigen Beschlusses im Firmenbuch hat lediglich deklarativen Charakter.

Die von der belangten Behörde gewährte Frist war unter Berücksichtigung dieser Vorgaben daher als angemessen festgesetzt anzusehen.

Nach der ständigen Rsp des VwGH tritt die in § 91 Abs 2, 2. Satz, GewO 1994 normierte Rechtsfolge der Verpflichtung der Behörde, die Gewerbeberechtigung zu entziehen, nur dann nicht ein, wenn der Auftrag zur Entfernung der Person, der ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte zusteht, vom Gewerbeinhaber fristgerecht erfüllt wird. Einer verspäteten Entsprechung dieses Auftrages kommt hingegen keine rechtliche Relevanz zu (VwGH 19. 12. 1995, 95/04/0 225).

Die *** hat innerhalb der ihr gesetzten Frist einen Beschluss der Gesellschafter dieser GmbH über den Widerruf der Bestellung des Herrn *** als handelsrechtlichen Geschäftsführer nicht gefasst bzw innerhalb der ihr von der Behörde gesetzten Frist eine Bekanntgabe an Herrn *** bezüglich der Enthebung aus der Position mit maßgebendem Einfluss auf diese Gesellschaft nicht vorgenommen.

Laut Mitteilung der *** entsprechend dem Schriftsatz dieser Gesellschaft vom 22. Dezember 2015 ist ein Eigentümerbeschluss auf Enthebung des Genannten als handelsrechtlicher Geschäftsführer erstmals am 21.12.2015,

somit nach Ablauf der dieser Gesellschaft mit 30. November 2015 behördlich gesetzten Frist, erfolgt.

Die *** hat somit innerhalb der ihr gesetzten Frist jene Person, der ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte dieser Gesellschaft zustand und auf die sich der fragliche, im § 87 GewO 1994 angeführte Entziehungsgrund bezog, nicht entfernt.

An dieser Sach- und Rechtslage ändert auch der Umstand nichts, dass die belangte Behörde im Schreiben vom 14. Dezember 2015, ***, darauf verwiesen hat, dass der der gegenständlichen Entscheidung zu Grunde liegende Bescheid in Rechtskraft erwachsen würde, wenn nicht bis 5.1.2016 das Rechtsmittel der Beschwerde gegen diesen Bescheid eingebracht würde.

Es handelt sich bei dieser Information der belangten Behörde um eine Wiedergabe gesetzlich bestehender Vorgaben.

Auch der Umstand, dass die belangte Behörde weiters im bezeichneten Schriftsatz – dies nach der Rechtsbeurteilung des erkennenden Gerichtes nicht im Einklang mit den bestehenden Vorgaben – darauf hingewiesen hat, dass der Beschwerde nur dann stattgegeben werden könne, wenn spätestens mit der rechtzeitigen Einbringung ein Nachweis erbracht werde, wie von der Behörde verlangt und wonach der Nachweis durch die Eintragung im Firmenbuch erbracht werden solle, ist nicht geeignet, Änderungen in der Sach- und Rechtslage herbeizuführen.

Die Behörde hat diese, ihre Rechtsansicht, nicht einer Beschwerdeentscheidung zu Grunde gelegt, da sie eine Beschwerdeentscheidung nicht erlassen hat. Eine Bindung des erkennenden Gerichtes an eine nach der Beurteilung des erkennenden Gerichtes nicht zutreffende Rechtsansicht der belangten Behörde besteht nicht.

Weiters war festzustellen, dass der Bezug habende Schriftsatz vom 4. Dezember 2015, ***, nach der Erlassung des in Beschwerde gezogenen Bescheides der belangten Behörde gegenüber der *** ergangen ist (Zustellung des Bescheides durch Hinterlegung am 7.12.2015, bezeichneter Schriftsatz vom 14. Dezember 2015), so dass das erkennende Gericht nicht von einer allfälligen „Fristverlängerung“ durch die Behörde gegenüber der Gewerbeinhaberin auszugehen hatte, wie auch die *** einen derartigen Sachverhalt nicht zu Grunde legen konnte, da davon auszugehen war, dass die Tatbestandsvoraussetzung des Nichtentsprechens des Auftrages zur Entfernung des Herrn *** durch die Gewerbeinhaberin nach Ablauf der Frist, somit mit Ablauf des 30.11.2015, als erfüllt anzusehen war.

Die belangte Behörde hatte daher auf Grund des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen des § 87 Abs 2 Ziffer 2 GewO 1994 iVm § 13 Abs 3 Z 1 und 2 GewO 1994 nach Setzung einer angemessenen Frist zur Entfernung des Herrn *** als handelsrechtlichen Geschäftsführer und somit als Person, der maßgebender Einfluss auf die Gesellschaft der Gewerbeinhaberin zukam und auf die der bezeichnete Ausschlussgrund zutraf, auf Grund der Tatsache, dass die genannte natürliche Person innerhalb der gesetzten Frist nicht entfernt wurde, die Gewerbeberechtigung der *** nach § 91 Abs 2 GewO 1994 zu entziehen.

Der in Beschwerde gezogene Bescheid wurde daher rechtmäßiger Weise erlassen.

Die vom erkennenden Gericht vorgenommene Spruchkorrektur erfolgte unter Berücksichtigung der Vorgaben des § 95 Abs 2 GewO 1994 zur besseren Verklarung.

Festgestellt wird, dass nur im Verfahren des Widerrufs der Bestellung eines Geschäftsführers oder Filialgeschäftsführers für die Ausübung des Gewerbes gem § 91 Abs 1 GewO 1994 sowohl dem Gewerbeinhaber als auch dem Geschäftsführer oder Filialgeschäftsführer das Recht der Beschwerde zusteht.

Was hingegen die Entziehung der Gewerbeberechtigung einer GmbH gem § 91 Abs 2 GewO 1994 anlangt, so wird dadurch nur in die Rechtsposition der GmbH, nicht aber in die Rechtsstellung ihres Geschäftsführers, eingegriffen (vergleiche VwGH 28. 3. 2001, 2 1000/04/0164). Die Abhaltung einer öffentlichen mündlichen Beschwerdeverhandlung konnte unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der maßgebliche Sachverhalt bereits auf Grund der Aktenlage und der Firmenbuchauszüge klar feststand, eine Beweisführung durch das erkennende Gericht nicht zu erfolgen hatte und dem nicht Art 6 EMRK und Art 47 GRC entgegenstanden, entfallen.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da im gegenständlichen Verfahren keine Rechtsfrage zu lösen war, der iSd Art 133 Abs 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil die Entscheidung nicht von der Rsp des VwGH abweicht, eine solche Rsp fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rsp des VwGH nicht einheitlich beantwortet wird.

Die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Verfügung der Entziehung der Gewerbeberechtigung nach § 91 Abs 2 GewO 1994 sind klar und unzweifelhaft festgelegt und liegt zu den Rechtsfolgen des nicht fristgemäßen Entsprechens einer diesbezüglichen Aufforderung durch die Behörde seitens des Gewerbetreibenden eine eindeutige höchstgerichtliche Judikatur vor.