

# TE Vwgh Erkenntnis 1991/3/19 90/04/0208

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.03.1991

## Index

10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);

50/01 Gewerbeordnung;

## Norm

B-VG Art130 Abs2;

GewO 1973 §13 Abs3;

GewO 1973 §13 Abs4;

GewO 1973 §13 Abs5;

GewO 1973 §87 Abs1 Z1;

GewO 1973 §87 Abs2;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Mag. Kobzina und die Hofräte Dr. Griesmacher, Dr. Weiss, DDr. Jakusch und Dr. Gruber als Richter, im Beisein des Schriftführers Oberkommissär Dr. Puntigam, über die Beschwerde der N-KG gegen den Bescheid des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 8. Juni 1990, Zl. 311.040/6-III/4/90, betreffend Entziehung von Gewerbeberechtigungen, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 3.035,- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Innsbruck vom 9. April 1987 wurden der Beschwerdeführerin die Berechtigungen zur Ausübung des "Schlossergewerbes gemäß § 94 Z. 71" und des "Handelsgewerbes gemäß § 103 Abs. 1 lit.b Z. 25 GewO 1973" im Standort X, A-Weg 8, "gemäß § 361 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 13 Abs. 3 und 87 Abs. 1 Z. 1" GewO 1973 entzogen. Die dagegen erhobene Berufung der Beschwerdeführerin wurde mit Bescheid des Landeshauptmannes von Tirol vom 13. Jänner 1988 abgewiesen.

Der dagegen erhobenen Berufung der Beschwerdeführerin wurde mit Bescheid des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 8. Juni 1990 "gemäß § 87 Abs. 1 Z. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 3 und 4" GewO 1973 keine Folge gegeben. Zur Begründung wurden vier Beschlüsse des Landesgerichtes Innsbruck angeführt, mit denen Anträge, über das Vermögen der Beschwerdeführerin den Konkurs zu eröffnen, mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen worden seien. Die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens wurden weiters u.a. dahin

wiedergegeben, daß die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 10. Mai 1990 die Kopie eines mit 9. Mai 1990 datierten Überweisungsauftrages an die Tiroler Gebietskrankenkasse vorgelegt habe. Der nunmehr noch offene Betrag (an Rückständen) in Höhe von S 54.295,19 würde bis September 1990 abgedeckt sein. Der Grund für die Nichteinhaltung der Ratenvereinbarung liege darin, daß die Beschwerdeführerin 90 Prozent ihrer Aufträge von der öffentlichen Hand erhalte. Das bedeute, daß sie einerseits hohe Vorfinanzierungskosten habe (Material), daß andererseits aber die Zahlungsziele doch häufig weit überschritten würden, sodaß es zu finanziellen Engpässen kommen könne. Da sich die Beschwerdeführerin bemühe (und es ihr auch gelinge), die laufenden Materialeinkäufe fristgerecht zu zahlen, käme es manchmal dazu, daß sie nicht mehr in der Lage sei, auch alle "alten" Schulden weiter zu verringern. So seien zugegebenermaßen die Forderungen der A-GesmbH, des B und der C-Bank noch unbeglichen. Es handle sich dabei durchwegs um "alte" Schulden, die einfach nicht alle gleichzeitig beglichen werden könnten. Aus dem Verzug in der Zahlung der Raten an die Gebietskrankenkasse (die laufenden Verbindlichkeiten würden indes fristgerecht geleistet) könne lediglich der Schluß gezogen werden, daß die Abdeckung der alten Verbindlichkeiten nicht ganz so schnell gehe, wie man bei Abschluß der Ratenvereinbarung erwartet habe. Dies ändere jedoch nichts daran, daß die "alten Schulden" immer geringer würden, was bei Einstellung der gewerblichen Tätigkeit der Beschwerdeführerin nicht möglich wäre, sodaß die Weiterführung des Unternehmens der Beschwerdeführerin schon bisher in bedeutendem Umfang den Interessen der Gläubiger gedient habe. Überdies sei eine Reihe von weiteren exekutionsgegenständlichen Forderungen ganz oder zumindest teilweise beglichen worden, wofür die bezug habenden Belege angeschlossen würden. Mit Schriftsatz vom 24. Mai 1990 habe die Beschwerdeführerin sodann noch ein Schreiben der D-GesmbH vorgelegt, demzufolge deren Forderung abgesehen von Zinsen und Kosten beglichen worden sei.

Mit diesem Vorbringen vermöge die Beschwerdeführerin insgesamt kein vorwiegendes Interesse ihrer Gläubiger an einer weiteren Gewerbeausübung darzulegen. Bei den in Auskünften der Exekutionsgerichte angeführten Beträgen handle es sich keineswegs um Mutmaßungen der Behörde, sondern um rechtskräftig festgestellte Verbindlichkeiten. Es wäre an der Beschwerdeführerin gelegen gewesen, allfällige rechtsvernichtende Umstände wie Schuldverfall, Tilgung oder Stundung - nötigenfalls auch mehrfache Beteiligungen - geltend zu machen sowie diesbezüglich ein entsprechendes Beweisanbot zu stellen, wozu die Beschwerdeführerin wiederholt aufgefordert worden sei. Der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, daß diese Vorgangsweise die Partei insofern besserstelle, als regelmäßig nur der Grundbetrag der Forderung, nicht jedoch die - insbesondere bei "Altgläubigern" - oft beträchtlichen Zinsen und Kosten erhoben bzw. der Entscheidung zugrunde gelegt werden könnten.

Aus der Differenzierung zwischen "alten" (jedoch neu andrängenden) und "neuen" Gläubigern lasse sich für den Standpunkt der Beschwerdeführerin nichts gewinnen. Die Beschwerdeführerin sei unwidersprochen nicht in der Lage, alle Gläubiger bei Andrängen zu befriedigen. Eine Reihung der Gläubiger nach subjektiver Dringlichkeit möge zwar nach der Lebenserfahrung den wirtschaftlichen Bedürfnissen des Schuldners entspringen, die Strafbestimmungen der §§ 158 und 159 Abs. 1 Z. 2 StGB (Begünstigung eines Gläubigers bzw. fahrlässige Krida) ließen indes für eine derartige Disposition kaum Raum. Andererseits entspreche es freilich den wirtschaftlichen Gepflogenheiten, bei Kunden zweifelhafter Bonität auf Leistung Zug um Zug zu bestehen und es sei für die Aufrechterhaltung eines Geschäftsbetriebes erforderlich, Lieferanten kontraktwillig zu erhalten, sodaß deren Forderungen zumeist bevorzugt bedient würden. Dieser Umstand vermöge jedoch nichts daran zu ändern, daß die wirtschaftliche Lage der Beschwerdeführerin es ihr nach wie vor nicht gestatte, auch bloß das exekutive Andrängen von Gläubigern abzuwehren.

Das Bundesministerium verkenne nicht, daß durch die Beschwerdeführerin (wenngleich über Andrängen) nicht unbeträchtliche Zahlungen geleistet worden seien, die Beschwerdeführerin also in diesem Rahmen über liquide Mittel verfügt habe. Diese seien indes offenkundig für die Abdeckung der Verbindlichkeiten generell nicht ausreichend.

Bei der Prüfung eines allfälligen Interesses der Gläubiger an einer weiteren Gewerbeausübung sei auf den Zeitpunkt der Bescheiderlassung abzustellen. Es sei der Behörde verwehrt, mit der Entscheidung solange zuzuwarten, bis eine allfällige Änderung der wirtschaftlichen Lage dem Gewerbeinhaber eine Einigung mit seinen Gläubigern ermögliche.

Entscheidungsrelevant sei lediglich, ob im gegenwärtigen Zeitpunkt von einem vorwiegenden Interesse der Gläubiger an einer weiteren Gewerbeausübung ausgegangen werden könne. Unerheblich sei hingegen, ob ein derartiges Gläubigerinteresse in einem (noch nicht konkretisierbaren) späteren Zeitpunkt eintreten könnte. Sofern die Berufung verneine, das vorgelegte Sachverständigengutachten von Dkfm. E attestiere eine Verbesserung der wirtschaftlichen

Situation und somit ein Interesse der Gläubiger an einer weiteren Gewerbeausübung (im Gutachten selbst werde indes auf die bedingte Aussagekraft der Bilanzen und der Buchhaltung hingewiesen und im Hinblick auf bestehende Unstimmigkeiten eine direkte Abstimmung mit einzelnen Lieferanten bzw. Zahlungs- und Bankbelegen angeregt, was jedoch aus Kostengründen unterblieben sei), sei ihr entgegenzuhalten, daß die festgestellte bzw. prognostizierte Besserung der wirtschaftlichen Lage unbestritten bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht in dem Maße eingetreten sei, daß Exekutionsführungen unterbunden hätten werden können, sohin ein ordnungsgemäßer wirtschaftlicher Verkehr ermöglicht wäre. Im Gutachten werde weiters ausgeführt, es könne wohl nicht von einer Zahlungsunfähigkeit, sondern nur von einer Zahlungsstockung gesprochen werden (auch eine dadurch charakterisierte wirtschaftliche Situation sei indes wohl kaum als im Interesse der Gläubiger gelegen anzusehen). Insofern hiemit die Voraussetzungen für die erfolgten Konkursabweisungen in Frage gestellt werden sollten, wäre einem solchen Vorbringen entgegenzuhalten, daß die Verwaltungsbehörde in dieser Hinsicht an die rechtskräftige Entscheidung des Konkursgerichtes gebunden sei. Von der Beschwerdeführerin sei mit Schriftsatz vom 10. Mai 1990 zugestanden worden, daß eine mit der Tiroler Gebietskrankenkasse getroffene Ratenvereinbarung nicht eingehalten und im übrigen Forderungen der A-GesmbH (wegen S 46.984,-), des B (wegen S 11.178,-) sowie der C-Bank (wegen S 37.870,-) nicht beglichen hätten werden können. Auch das immer wieder erforderliche exekutive Andrängen von Gläubigern, um Befriedigung ihrer Forderungen zu erlangen, spreche für sich. Insofern die Beschwerdeführerin unstreitig also die Verbindlichkeiten einer Reihe von Gläubigern auch bei exekutivem Andrängen nicht zu befriedigen vermöge, könne nicht davon gesprochen werden, die Gewerbeausübung sei im Sinne des § 87 Abs. 2 GewO 1973 vorwiegend im Interesse der Gläubiger (in ihrer Gesamtheit und nicht einzelner Gläubiger) gelegen. Die amtswegige Beischafterung eines Buchsachverständigengutachtens über das Vorliegen eines allfälligen Gläubigerinteresses im Sinne des § 87 Abs. 2 GewO 1973 sei daher entbehrlich gewesen. Die wirtschaftliche Lage der Beschwerdeführerin erscheine somit (ungeachtet der ihr durch die Verfahrensdauer gebotenen Möglichkeit einer Bereinigung) weiter dadurch gekennzeichnet, daß diese unbeschadet verschiedener Zahlungen nicht in der Lage sei, ihre Gläubiger bei Andrängen zu befriedigen. Von diesem Sachverhalt ausgehend bestehe kein Grund zur Annahme, daß den mit der Gewerbeausübung verbundenen Zahlungspflichten in Hinkunft nachgekommen werden könnte, da es unter dem Gesichtspunkt des Vorhandenseins der für die Abdeckung der Verbindlichkeiten erforderlichen liquiden Mittel letztlich irrelevant sei, ob "Alt-" oder "Neugläubiger" keine Befriedigung ihrer Forderungen zu erlangen vermögen (auch ein "Altgläubiger" könnte immerhin auf die für die Befriedigung von "Neugläubigern" reservierten Mittel oder das Umlaufvermögen exekutiv zu greifen versuchen und hiedurch die von der Beschwerdeführerin angestrebte bevorzugte Behandlung von Lieferanten zunichte machen). Bei dieser Sach- und Rechtslage sei es nicht möglich gewesen, von der Entziehung der Gewerbeberechtigungen abzusehen.

Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag auf Abweisung der Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Beschwerdeführerin erachtet sich im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof in dem Recht auf Nichtentziehung ihrer Gewerbeberechtigungen verletzt. Sie trägt in Ausführung dieses Beschwerdepunktes vor, die belangte Behörde hätte feststellen müssen, welche Vor- und Nachteile für die Gläubiger mit einer Einstellung und welche mit einer Weiterführung der Gewerbeausübung voraussichtlich verbunden gewesen wären. Um das Vorliegen der Voraussetzung nach § 87 Abs. 2 GewO 1973 überprüfen zu können, hätte die belangte Behörde keinesweges nur auf das Vorliegen formaler Tatbestände (exekutiv betriebene Forderungen) abstellen dürfen. Vielmehr hätte sie darlegen müssen, wie die Gläubiger stünden, wenn die Gewerbeausübung als Folge der Entziehung eingestellt würde, und wie sie stünden, wenn die Gewerbeausübung durch die Gewerbeinhaberin - infolge des Absehens von der Entziehung der Berechtigung - fortgesetzt würde. Es ergebe sich aus den allgemeinen Denkgesetzen, daß - bevor entschieden werden könne, ob die Entziehung oder das Absehen von der Entziehung für die Gläubiger günstiger wäre - untersucht werden müsse, welche Auswirkungen die betreffenden Maßnahmen auf die maßgebliche Personengruppe, also auf die Gläubiger, hätten. Da aber der Begründung des angefochtenen Bescheides jegliche Ausführungen darüber fehlten, mit welchen Vor- und Nachteilen die Gläubiger im Falle einer Entziehung zu rechnen hätten und welche Vor- und Nachteile für die Gläubiger mit einem Absehen von der Entziehung der Gewerbeberechtigung verbunden gewesen wären, habe

die belangte Behörde naturgemäß auch nicht die Vor- und Nachteile beider Varianten gegenüberstellen, geschweige denn abwägen können, ob mit einer Fortführung der Gewerbeausübung die Gläubiger deutlich besser gestellt wären als im Falle eines Entzuges der Gewerbeberechtigung.

Die belangte Behörde sei zu Unrecht davon ausgegangen, daß es das Vorliegen von exekutiv betriebenen Verbindlichkeiten der Gewerbeinhaberin zum entscheidungsmaßgeblichen Zeitpunkt ausschließe, daß die Gewerbeausübung vorwiegend im Interesse der Gläubiger gelegen sei. Nach den erläuternden Bemerkungen zu § 87 GewO 1973 solle die Behörde beispielsweise nicht eine Gewerbeberechtigung entziehen müssen, wenn die weitere Ausübung etwa wegen des Zustandekommens eines für die Gläubiger günstigen Ausgleiches oder Zwangsausgleiches im Interesse der Gläubiger gelegen wäre. Nun hätten bekanntlich Gemeinschuldner eines Ausgleiches oder Zwangsausgleichsverfahrens in aller Regel eine große Zahl von Verbindlichkeiten, von denen wiederum in aller Regel zumindest ein erheblicher Teil exekutiv betrieben werde.

Wenn also allein der Umstand, daß eine Gewerbeinhaberin nicht alle ihre Verbindlichkeiten sofort, also im entscheidungsmaßgeblichen Zeitpunkt, begleichen könne, es ausschließen würde, daß eine Fortführung der Gewerbeausübung im Interesse der Gläubiger gelegen sein könnte, so wäre eine Anwendung der Bestimmung des § 87 GewO 1973 auf ein Unternehmen, welches sich im Ausgleich oder Zwangsausgleich befinde, wohl niemals möglich, die erläuternden Bemerkungen wären dann schlichtweg falsch, was nichts anderes bedeuten würde, als daß der Gesetzgeber selbst nicht verstanden hätte, was er mit der Bestimmung des § 87 Abs. 2 GewO 1973 angeordnet habe.

Gegenüber den Fällen, die der Gesetzgeber in den erläuternden Bemerkungen angeführt habe, seien jedoch die Gläubiger der Beschwerdeführerin erheblich besser gestellt. Während es nämlich geradezu Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Ausgleiches oder Zwangsausgleiches darstelle, daß der Gemeinschuldner auch in absehbarer Zeit nicht in der Lage sei, alle seine Verbindlichkeiten abzudecken, habe die Beschwerdeführerin schon in der Zeit, in welcher das Berufungsverfahren bei der belangten Behörde anhängig gewesen sei, den überwiegenden Teil ihrer Verbindlichkeiten zur Gänze abgestattet. Dies sei allerdings der Begründung des angefochtenen Bescheides nur in unzulänglicher Weise zu entnehmen ("das Bundesministerium verkennt nicht, daß durch die Berufungswerberin nicht unbedeutende Zahlungen geleistet worden sind"). Da die belangte Behörde schon aus den im Akt befindlichen Unterlagen jedoch feststellen hätte können, daß die Beschwerdeführerin allein während des Berufungsverfahrens und ohne daß neue Verbindlichkeiten vernachlässigt worden wären, ein Vielfaches dessen an alten Verbindlichkeiten abgedeckt habe, was bei Schluß des Berufungsverfahrens noch offen gewesen sei (nachgewiesene Zahlungen und Einstellungen ca. S 1,2 Mio; offen am Ende des Berufungsverfahrens noch ca. S 170.000,-- bis S 200.000,--), entspreche die Begründung des angefochtenen Bescheides nicht der Anforderung des § 60 AVG 1950.

Daß das Vorliegen von Verbindlichkeiten das vorwiegende Interesse der Gläubiger an einer Fortführung der Gewerbeausübung ausschließe, widerspreche überdies schon dem Gesetzeswortlaut selbst, weil die Bestimmung des § 87 Abs. 2 GewO 1973 es geradezu voraussetze, daß die Gewerbeinhaberin zu dem für die Entscheidungsmaßgeblichen Zeitpunkt noch offene Verbindlichkeiten habe. Schließlich könne es ohne offene Verbindlichkeiten keine Gläubiger geben, weshalb bei einem Unternehmen, das zum maßgeblichen Zeitpunkt keine offenen Verbindlichkeiten mehr habe, die weitere Gewerbeausübung unmöglich im Interesse der Gläubiger gelegen sein könnte, weil es keine Gläubiger gäbe, die ein Interesse an der weiteren Gewerbeausübung haben könnten. Wäre aber die Rechtsansicht der belangten Behörde richtig, dann könnte § 87 Abs. 2 GewO 1973 nur solchen Gewerbeinhabern zugutekommen, die zwar über die für die Befriedigung aller ihrer Gläubiger erforderlichen Mittel verfügten, an die Gläubiger aber trotzdem nichts zahlten. Daß dieses Gesetzesverständnis zu einem unbilligen und zweifellos vom Gesetzgeber nicht gewünschten und vorhergesehenen Ergebnis führen würde, liege auf der Hand. Da die belangte Behörde aber deshalb nicht weiter auf das Vorbringen der Beschwerdeführerin eingegangen sei und offenbar deshalb keine weitergehenden Feststellungen und keine weiteren Ermittlungen durchgeführt habe, weil sie rechtsirrigerweise davon ausgegangen sei, der bloße Umstand, daß eine Gewerbeinhaberin bis zum entscheidungswesentlichen Zeitpunkt nicht schon alle ihre Gläubiger vollständig befriedigt habe, schließe es aus, daß eine weitere Gewerbeausübung im vorwiegenden Interesse der Gläubiger gelegen sein könne, habe die belangte Behörde die entscheidungswesentliche Rechtsfrage unrichtig gelöst, wodurch der angefochtene Bescheid auch mit einer inhaltlichen Rechtswidrigkeit belastet sei. Ob eine Fortsetzung der Gewerbeausübung vorwiegend im Interesse der Gläubiger gelegen sei, hänge nicht davon ab, ob eine Gewerbeinhaberin offene Verbindlichkeiten habe, und auch nicht davon, ob die Gläubiger exekutiv andrängten oder "stillhalten". Die einzig wesentliche Frage sei vielmehr, ob die Gläubiger bei einer weiteren Gewerbeausübung in

größeren Ausmaß mit Befriedigung rechnen könnten als im gegenteiligen Fall. Im Hinblick darauf, daß zuletzt, also laut der vom Bezirksgericht Hall i.T. vorgelegten Exekutionsliste vom März 1990 unter Berücksichtigung der nachgewiesenen Zahlungen und Einstellungen, lediglich noch Forderungen mit einer offenen Hauptsache von ca. S 116.000,- sowie eine restliche Forderung der TGKK in der Höhe von S 54.000,- bestanden hätten, könne es dahingestellt bleiben, ob die Verbindlichkeiten der Beschwerdeführerin zu Beginn des Jahres 1988 S 3 Mio. betragen hätten oder nur ca. S 1,2 Mio. (Saldo aus der Buchhaltung zum 31. Jänner 1988 laut Gutachten Dipl.-Kfm. E, Seite 28 unten), weil die Annahme der belangten Behörde, daß man von der Richtigkeit der Exekutionslisten ausgehen könne, für die Beschwerdeführerin noch günstiger wäre, als wenn man von der Richtigkeit des Gutachtens von Dipl.-Kfm. E ausgehe. Bei Zugrundelegung der Annahmen der belangten Behörde hätte nämlich die Beschwerdeführerin in knapp zwei Jahren ihre Verbindlichkeiten von ca. S 3 Mio. auf S 200.000,-, sohin um ca. S 2,8 Mio. verringert, während bei Zugrundelegung des Gutachtens von Dipl.-Kfm. E die Verbindlichkeiten von ca. S 1,2 Mio. auf ca. S 200.000,-, sohin um ca. S 1 Mio., verringert worden wären. Die Beschwerdeführerin sei somit allein in der Zeit, in der das Berufungsverfahren bei der belangten Behörde anhängig gewesen sei, in der Lage gewesen, aus den durch die Gewerbeausübung erzielten Erträgen zumindest 80 Prozent der bestehenden Verbindlichkeiten (1 Mio. von 1,2 Mio.), wenn man aber von den Annahmen des angefochtenen Bescheides ausgehe, sogar 92 Prozent (2,8 Mio. von 3 Mio.) abzudecken. Bei diesem Sachverhalt hätte die belangte Behörde ohne Hinweise darauf, daß sich die Situation in kurzer Zeit wieder grundlegend verschlechtern würde (solche lägen nicht vor und seien auch nicht festgestellt worden), wohl zweifelsfrei davon ausgehen müssen, daß es der Beschwerdeführerin in Kürze möglich sein werde, den im Verhältnis zu den schon abgedeckten Verbindlichkeiten geringen Rest an offenen Verbindlichkeiten abzudecken, was wiederum zweifelsohne im Interesse der Gläubiger gelegen wäre.

Nur für den Fall, daß die belangte Behörde dahingehend argumentieren sollte, unter Zugrundelegung der von den Exekutionsgerichten ursprünglich übermittelten Exekutionslisten hätte die Beschwerdeführerin Verbindlichkeiten in der Größenordnung von ca. 3 Mio. zu Beginn des Jahres 1988 aufgewiesen, während des Verfahrens seien Zahlungen und Einstellungen nur im Umfang von ca. 1,2 Mio. nachgewiesen worden, sodaß noch von offenen Verbindlichkeiten in der Höhe von 1,8 Mio. auszugehen sei, müsse, wie von der Beschwerdeführerin bereits im Verwaltungsverfahren dargetan worden sei, neuerlich darauf hingewiesen werden, daß eine bloße Aufsummierung der Hauptsachen aus den Exekutionsanträgen auch nicht annähernd über den Stand ihrer Verbindlichkeiten Auskunft geben könne. Die Beschwerdeführerin habe insbesondere das Gutachten von Dipl.-Kfm. E vorgelegt, aus dem sich ergebe, daß die offenen Verbindlichkeiten etwa 1/3 der Summe betragen, die die belangte Behörde durch bloßes Aufsummieren der Hauptsachenbeträge der Exekutionslisten errechnet habe. Die belangte Behörde hätte somit keinesfalls die Exekutionslisten unkritisch ihren Sachverhaltsfeststellungen zugrundelegen dürfen. Auch gehe die Mitwirkungspflicht einer Partei des Verwaltungsverfahrens keineswegs so weit, wie die belangte Behörde dies in der Begründung des angefochtenen Bescheides ausführe. So werde aus der Verpflichtung zur amtswegigen Ermittlung des Sachverhaltes doch abzuleiten sein, daß, wenn die Beschwerdeführerin allgemein darauf hinweise, daß in den Exekutionslisten viele Gläubiger doppelt angeführt seien, die belangte Behörde in den Exekutionslisten nachschauen müsse, ob dort tatsächlich die "gleichen Gläubiger" mehrfach aufschienen.

Wenn die belangte Behörde ausführe, das Gutachten von Dipl.-Kfm. E stehe mit den erfolgten Abweisungen der Anträge auf Konkurseröffnung, an welche die Verwaltungsbehörde als rechtskräftige Entscheidung eines Konkursgerichtes gebunden sei, im Widerspruch, so sei dem entgegenzuhalten, daß auch bei Zugrundelegung einer diesbezüglichen Bindungswirkung aus diesen Beschlüssen des Landesgerichtes Innsbruck nur abgeleitet werden könne, daß zum Beschlußzeitpunkt (der letzte Beschluß stamme von Anfang 1987) die Beschwerdeführerin kein zur Deckung der Kosten hinreichendes Vermögen aufgewiesen habe. Gehe man wie die belangte Behörde davon aus, daß diese Situation auch zum Zeitpunkt der angefochtenen Entscheidung, also ca. 3 Jahre später, nicht anderes gewesen sei, so wäre daraus lediglich abzuleiten, daß die Gläubiger der derzeit noch offenen Verbindlichkeiten aus einem auf die Entziehung der Gewerbeberechtigung zwangsläufig folgenden Konkursverfahren keinerlei Befriedigung erzielen könnten, was erst recht dafür spreche, daß die weitere Gewerbeausübung im vorwiegenden Interesse der Gläubiger gelegen sein müsse, da zur Befriedigung von deren Forderungen nur die Erträge aus der laufenden Gewerbeausübung, nicht aber etwa vorhandenes Vermögen zur Verfügung stünden. Über die Möglichkeit, durch weitere Gewerbeausübung Erträge zu erwirtschaften und daraus die Forderungen der Gläubiger zu befriedigen,

gäben aber die diesbezüglichen Beschlüsse des Konkursgerichtes keinerlei Auskunft, da diese Möglichkeit während eines Konkursverfahrens in aller Regel ja nicht bestehe. Außerdem sei diese Möglichkeit in den betreffenden Verfahren nie überprüft worden.

Entgegenzutreten sei auch der Ansicht der belangten Behörde, die von der Beschwerdeführerin vorgenommene Differenzierung zwischen "alten" und "neuen" Gläubigern verbiete sich aufgrund der Bestimmungen der §§ 158 und 159 Abs. 1 Z. 2 StGB. Die belangte Behörde übersehe dabei, daß beide Tatbestände eine Schädigung von Gläubigern zur Voraussetzung hätten. Bei der von der Beschwerdeführerin gewählten Vorgangsweise würden aber die neuen Gläubiger deshalb nicht geschädigt, weil ihre Forderungen laufend bezahlt würden. Den Altgläubigern entstehe deshalb kein Schaden, sondern vielmehr ein Nutzen, weil - wie bereits ausgeführt - aus der weiteren Gewerbeausübung, die naturgemäß das Eingehen neuer Verbindlichkeiten mit sich bringe, Erträge erwirtschaftet würden, wodurch den Altgläubigern eine weitergehende (in absehbarer Zeit sogar eine vollständige) Befriedigung zuteil würde als ohne eine solche Weiterführung. In Anbetracht der geringen Größenordnung der noch offenen alten Verbindlichkeiten im Verhältnis zu den bereits abgedeckten Verbindlichkeiten könne auch keine Rede mehr davon sein, daß etwa die Sanierung des Unternehmens der Beschwerdeführerin noch fraglich erschiene. Scheitern könnte eine solche Sanierung realistischweise nur dann, wenn die mit dem angefochtenen Bescheid ausgesprochene Entziehung der Gewerbeberechtigung aufrecht bliebe.

Die sofortige Schließung des Unternehmens der Beschwerdeführerin hätte nämlich zur Folge, daß eine ganze Reihe von Verbindlichkeiten entstünden, die ohne eine solche Schließung nicht entstünden (z.B. Ansprüche von Arbeitnehmern auf Kündigungsentschädigung und Abfertigung, Schadenersatzansprüche wegen nicht vollständiger Erfüllung halbfertiger Aufträge und Kosten, die durch das Konkursverfahren entstünden). Ob der Komplementär der Beschwerdeführerin in der Lage wäre, diese Verbindlichkeiten aus seinem Einkommen aus unselbständiger Arbeit abzudecken, erscheine zumindest fraglich. Auf jeden Fall wäre dies nur im Lauf vieler Jahre möglich, wogegen die Ergebnisse des Berufungsverfahrens den Schluß zuließen, daß bei weiterer Gewerbeausübung durch die Beschwerdeführerin in relativ kurzer Zeit mit einer vollständigen Abdeckung der noch offenen Verbindlichkeiten gerechnet werden könne.

Dem angefochtenen Bescheid lasse sich nicht entnehmen, welchen Sachverhalt die belangte Behörde ihrer Entscheidung in folgenden entscheidungswesentlichen Fragen zugrundegelegt habe, nämlich, ob die belangte Behörde davon ausgegangen sei, daß es der Beschwerdeführerin möglich sein werde, die Gesamtsumme ihrer Verbindlichkeiten durch die weitere Gewerbeausübung sukzessive zu verringern. Die Beschwerdeführerin habe dies behauptet, ferner ausgeführt und zumindest durch vorläufige Berechnungen plausibel gemacht, daß sie in den letzten Jahren positive Betriebsergebnisse, also Gewinne, erwirtschaftet habe. Sie habe ferner ein Gutachten von Dipl.-Kfm. E vorgelegt, aus dem sich insbesondere ergebe, daß sich die Ertragssituation des Unternehmens ab dem Wirtschaftsjahr 1986/87 deutlich verbessert habe, und aus dem sich weiters ergebe, daß zum 31. Jänner 1988 Verbindlichkeiten in der Größenordnung von ca. S 1,2 Mio. vorhanden gewesen seien. Ferner seien im Berufungsverfahren Zahlungsbestätigungen und Einstellungsschreiben über den Betrag von ebenfalls ca. S 1,2 Mio. vorgelegt worden (TGKK inbegriffen). Daß die Verbindlichkeiten dadurch noch nicht völlig getilgt seien, dürfte sich daraus erklären, daß sie sich seit 31. Jänner 1988 durch Zinsen und Kosten etwas erhöht hätten.

Aus der letzten Auskunft des Bezirksgerichtes Hall in Verbindung mit vorgelegten Zahlungsbestätigungen bzw. Einstellungsschreiben und einschließlich des Rückstandes bei der TGKK ergebe sich, daß die offenen Verbindlichkeiten der Beschwerdeführerin noch ca. S 200.000,- betragen. Außerdem sei die Einholung eines Buchsachverständigengutachtens beantragt worden. Außerdem habe die Beschwerdeführerin behauptet, die Auftragslage sei gut, eine Behauptung, deren Plausibilität zum einen durch die allgemein bekannte Tatsache, daß derzeit im Baunebengewerbe eine äußerst gute Konjunkturlage herrsche, gestützt werde, die zum anderen aber aus den bei Einholung des beantragten Buchsachverständigen-Gutachtens zweifelsohne aufgezeigten Betriebsergebnissen der letzten Jahre untermauert werden hätten können. Trotzdem habe die belangte Behörde zu diesen Behauptungen keinerlei Feststellungen getroffen. Aus der Begründung des angefochtenen Bescheides sei weder zu entnehmen, ob die belangte Behörde davon ausgehe, durch die Gewerbeausübung der Beschwerdeführerin seien Gewinne erzielt worden bzw. würden in Zukunft erzielt werden können, noch, in welchem Umfang die Beschwerdeführerin in der letzten Zeit die bestehenden Verbindlichkeiten abgebaut habe (es sei nur vage von "nicht unbeträchtlichen Zahlungen" die Rede), noch, in welcher Höhe die belangte Behörde noch offene Verbindlichkeiten der Beschwerdeführerin

annehme bzw. ob, und wenn ja, inwieweit die belangte Behörde davon ausgegangen sei, daß die Verbindlichkeiten der Beschwerdeführerin den mehrfach erwähnten Betrag von S 200.000,- übersteigen würden. Demzufolge habe die belangte Behörde auch sämtliche Feststellungen unterlassen, aus denen beurteilt werden könnte, ob nun die weitere Gewerbeausübung durch die Beschwerdeführerin für die Gläubiger einen überwiegenden Vorteil darstelle oder nicht.

So habe sich die belangte Behörde weder damit auseinandergesetzt, daß durch die mit der Entziehung der Gewerbeberechtigung notwendig werdende plötzliche Einstellung der Gewerbeausübung regelmäßig weitere erhebliche Verbindlichkeiten entstünden, noch damit, wie die Befriedigungsaussichten der Gläubiger in einem solchen Fall wären. Der Begründung des angefochtenen Bescheides fehlten sohin jegliche Anhaltspunkte, um beurteilen zu können, ob eine weitere Gewerbeausübung nun im überwiegenden Interesse der Gläubiger gelegen sei oder nicht. Der bloße Hinweis der belangten Behörde, die vorhandenen Altgläubiger könnten durch entsprechende Exekutionsführung die Befriedigung der Neugläubiger gefährden, vermöge die Auseinandersetzung mit den vorangeführten Fragen keineswegs zu ersetzen, zumal zum einen im Verfahren nicht hervorgekommen sei, daß diese Situation innerhalb der letzten zwei Jahre einmal eingetreten wäre, und zum anderen bestehende Verbindlichkeiten im Betrage von S 200.000,- bei einem jährlichen Gewinn von ca. S 500.000,- wohl kaum geeignet sein dürften, die Bezahlung der laufenden Verbindlichkeiten ernsthaft zu gefährden. Da aber weder über die Höhe der derzeit noch bestehenden Verbindlichkeiten noch über die Höhe der Gewinne noch über die Höhe der Umsätze irgendwelche Feststellungen getroffen worden seien, lasse sich derzeit auch nicht beurteilen, inwieweit diese aufgezeigte Gefahr tatsächlich bestehe. Weiters habe sich die belangte Behörde auch nicht mit dem Umstand auseinandergesetzt, daß die Beschwerdeführerin bei einem für sie positiven Abschluß des Gewerbeentziehungsverfahrens wieder kreditwürdig sein könnte und daher zur Abdeckung der noch bestehenden alten Verbindlichkeiten einen Kredit aufnehmen könnte, was natürlich während eines anhängigen Gewerbeentziehungsverfahrens nicht möglich sei. Das Fehlen der diesbezüglichen Feststellungen in der Begründung des angefochtenen Bescheides und die Unterlassung der für die angeführten Feststellungen nötigen Beweisaufnahmen, insbesondere die Unterlassung einer Einholung eines Buchsachverständigen-Gutachtens, mache den angefochtenen Bescheid wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften rechtswidrig.

Da der angefochtene Bescheid auf der unrichtigen Rechtsansicht beruhe, schon der Umstand, daß die Beschwerdeführerin noch offene Verbindlichkeiten habe, welche exekutiv betrieben würden, schlosse es aus, daß eine weitere Gewerbeausübung im vorwiegenden Interesse der Gläubiger gelegen sein könne, sodaß auf weiteres Vorbringen nicht mehr eingegangen werden müsse und auch die Einholung des beantragten Buchsachverständigen-Gutachtens entbehrlich sei, sei er auch inhaltlich rechtswidrig.

Dieses Vorbringen ist nicht geeignet, die Beschwerde zum Erfolg zu führen.

Nach § 87 Abs. 1 Z. 1 GewO 1973 ist von der Behörde u.a. die Gewerbeberechtigung zu entziehen, wenn einer der im § 13 Abs. 3 bis 5 angeführten Umstände, die den Ausschluß einer natürlichen oder juristischen Person oder Personengesellschaft des Handelsrechtes von der Gewerbeausübung zur Folge haben, vorliegt.

Gemäß § 13 Abs. 3 GewO 1973 ist eine natürliche oder juristische Person oder eine Personengesellschaft des Handelsrechtes, über deren Vermögen schon einmal der Konkurs oder zweimal das Ausgleichsverfahren eröffnet worden ist, von der Ausübung des Gewerbes auszuschließen; ein solcher Ausschluß ist nicht auszusprechen, wenn der Konkurs oder das Ausgleichsverfahren durch den Konkurs oder das Ausgleichsverfahren oder durch strafgesetzwidrige Handlungen eines Dritten verursacht worden ist. Nach Abs. 4 ist die Bestimmung des Abs. 3 auch anzuwenden, wenn es sich um eine natürliche oder juristische Person, oder eine Personengesellschaft des Handelsrechtes handelt, gegen die schon einmal der Antrag auf Konkurseröffnung gestellt, der Antrag aber mangels eines zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens voraussichtlich hinreichenden Vermögens abgewiesen worden ist.

Nach § 87 Abs. 2 GewO 1973 kann die Behörde von der im Abs. 1 Z. 1 vorgeschriebenen Entziehung der Gewerbeberechtigung u. a. wegen Abweisung eines Antrages auf Konkurseröffnung mangels eines zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens voraussichtlich hinreichenden Vermögens absehen, wenn die Gewerbeausübung vorwiegend im Interesse der Gläubiger gelegen ist.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung dargetan hat, folgt aus den Bestimmungen der §§ 87 Abs. 1 Z. 1 und 13 Abs. 3 und 4 GewO 1973, daß die danach von der Behörde jeweils zu treffende Entscheidung keine Ermessensentscheidung, sondern eine Entscheidung im Rahmen der gesetzlichen Gebundenheit ist. Dies - nämlich

eine Entscheidung im Rahmen der gesetzlichen Gebundenheit - gilt im übrigen ungeachtet der Verwendung des Wortes "kann" im § 87 Abs. 2 leg.cit. auch für die dort getroffene Regelung des Absehens von der im Abs. 1 Z. 1 vorgeschriebenen Entziehung der Gewerbeberechtigung, da auch in dieser Hinsicht ein behördliches Ermessen nicht etwa in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise eingeräumt wird. Ausgehend vom normativen Gehalt der zitierten Bestimmung ist die Gewerbeausübung jedenfalls nur dann "vorwiegend im Interesse der Gläubiger gelegen" und daher gemäß § 87 Abs. 2 GewO 1973 von der im Abs. 1 Z. 1 dieses Paragraphen in Verbindung mit § 13 Abs. 3 und 4 leg.cit. vorgeschriebenen Entziehung der Gewerbeberechtigung abzusehen, wenn auf Grund der nunmehrigen wirtschaftlichen Lage erwartet werden kann, daß der Gewerbetreibende auch den mit der Ausübung des den Gegenstand der ausgesprochenen Entziehung bildenden Gewerbes verbundenen Zahlungspflichten nachkommen wird, was jedenfalls voraussetzt, daß die erforderlichen liquiden Mittel zur Abdeckung der diesbezüglichen Verbindlichkeiten vorhanden sind. Hingegen ist es nicht schon allein entscheidungsrelevant, daß das entzogene Gewerbe ausgeübt wird, damit die vorhandenen Forderungen berichtigt werden (vgl. hierzu u.a. das hg. Erkenntnis vom 2. Oktober 1989, Zl. 89/04/0035).

Die Auffassung der Beschwerdeführerin trägt der normativen Bedeutung des in § 87 Abs. 2 GewO 1973 verwendeten Ausdruckes "vorwiegend im Interesse der Gläubiger gelegen" nicht Rechnung. Es geht im Sinne der vorstehenden Umschreibung der Rechtslage darum, daß die Zahlungspflichten bei Fälligkeit erfüllt werden. Eine vom Kriterium der Leistung aller fälligen Zahlungen losgelöste Vor- und Nachteilsabwägung im Sinne des Beschwerdevorbringens ist nicht vorzunehmen. Solange nicht die Erwartung der Zahlung bei Fälligkeit besteht, kommt auch einer einen Abbau von Schulden in sich schließenden Unternehmensentwicklung keine Relevanz zu. Durch ihren Hinweis auf die Fälle eines Ausgleiches oder eines Zwangsausgleiches vermag die Beschwerdeführerin nicht darzutun, daß der Bestimmung des § 87 Abs. 2 GewO 1973 der von ihr angenommene Inhalt zukomme. Die Beschwerdeführerin übersieht nämlich die Bestimmungen des § 53 Abs. 1 der Ausgleichsordnung und des § 156 Abs. 1 der Konkursordnung, wonach durch den rechtskräftig bestätigten Ausgleich der Schuldner (Gemeinschuldner) von der Verbindlichkeit befreit wird, seinen Gläubigern den Ausfall, den sie erleiden, nachträglich zu ersetzen oder für die sonst gewährte Begünstigung nachträglich aufzukommen. Im Falle eines Ausgleiches (Zwangsausgleiches) sind die Erwartungen an die Erfüllung von Zahlungspflichten somit auch unter Berücksichtigung der Rechtswirkung des Ausgleiches (Zwangsausgleiches) zu beurteilen. Es ist nach der Aktenlage und unter Bedachtnahme auf das Beschwerdevorbringen nicht als rechtswidrig zu erkennen, wenn die belangte Behörde die Rechtswirkung eines Ausgleiches (Zwangsausgleiches) mangels eines entsprechenden Verfahrens der Beschwerdeführerin nicht zugute hielt.

Die Beschwerdeführerin übersieht ferner, daß es sich bei den im § 87 Abs. 2 GewO 1973 angeführten Gläubigern, deren Interesse zu wahren ist, um alle Gläubiger des Gewerbeinhabers handelt, und zwar ohne Unterschied, ob es sich um früher entstandene oder um im Zuge der Gewerbeausübung gegenwärtig oder zukünftig neu entstehende Schuldverhältnisse handelt.

Nach der vorstehend dargestellten Rechtslage stellen im Gegensatz zu der von der Beschwerdeführerin vertretenen Auffassung schließlich auch die mit einer Schließung des Unternehmens verbundenen Kosten keinen für die Anwendung des § 87 Abs. 2 GewO 1973 maßgebenden Umstand dar.

Die belangte Behörde durfte insbesondere auch auf Grund des Schriftsatzes der Beschwerdeführerin vom 10. Mai 1990 davon ausgehen, daß die Beschwerdeführerin über die zur Abdeckung ihrer Verbindlichkeiten erforderlichen liquiden Mittel jedenfalls nicht in vollem Umfang verfügt. Der Verwaltungsgerichtshof vermag die von der belagten Behörde im Verwaltungsrechtszug ausgesprochene Maßnahme des Entzuges der Gewerbeberechtigungen der Beschwerdeführerin unter Abstandnahme von einem Absehen von der Entziehung auf Grund des § 87 Abs. 2 GewO 1973 somit nicht als rechtswidrig zu erkennen.

Da sich die vorliegende Beschwerde als unbegründet erweist, war sie gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 104/1991.

### **Schlagworte**

Ermessen besondere Rechtsgebiete

**European Case Law Identifier (ECLI)**



ECLI:AT:VWGH:1991:1990040208.X00

**Im RIS seit**

19.03.1991

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)