jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Lvwg Erkenntnis 2016/1/25 LVwG-2015/41/1675-7

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 25.01.2016

Entscheidungsdatum

25.01.2016

Index

50/01 Gewerbeordnung

Norm

GewO 1994 §39 Abs2 Z1
GewO 1994 §39 Abs2 Z2
GewO 1994 §340

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat durch seinen Richter Dr. Hermann Riedler über die Beschwerde der A A GmbH, Adresse 1, Z, vertreten durch die B B GmbH, Adresse 2, Y, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft X vom 01.06.2015, Zahl ***, nach öffentlicher mündlicher Verhandlung,

zu Recht erkannt:

1. Gemäß § 28 VwGVG wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

2. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG zulässig.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Soweit die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof in Wien für zulässig erklärt worden ist, kann innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung dieser Entscheidung eine ordentliche Revision erhoben werden. Im Fall der Nichtzulassung der ordentlichen Revision kann innerhalb dieser Frist nur die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden.

Wenn allerdings in einer Verwaltungsstrafsache oder in einer Finanzstrafsache eine Geldstrafe von bis zu 750 Euro und keine Freiheitsstrafe verhängt werden durfte und im Erkenntnis eine Geldstrafe von bis zu 400 Euro verhängt wurde, ist eine (ordentliche oder außerordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichthof wegen Verletzung in Rechten nicht zulässig.

Jedenfalls kann gegen diese Entscheidung binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, erhoben werden.

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. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die (ordentliche oder außerordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Sachverhalt und Beschwerdevorbringen:

Die A A GmbH ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung und ist im Standort Z, Adresse 1, zur Ausübung des Gewerbes „Erdbau gemäß § 1 Z 7 Teilgewerbe – Verordnung", BGBl II Nr 11/1998, berechtigt.

Die A A GmbH ist ein Familienunternehmen, Gesellschafter des Unternehmens sind C C und ihr Sohn DI D D. Handelsrechtliche Geschäftsführerin ist Frau C C, diese vertritt das Unternehmen seit dem 30.01.1996 selbständig.

Herr DI D D hatte vom 17.05.2013 bis zum 01.01.2015 bei der A A GmbH die Funktion des gewerberechtlichen Geschäftsführers inne und war bis zum 31.12.2014 bei der E E nach den Bestimmungen des ASVG versichert.

Mit Abtretungsvertrag vom 08.07.2014 hat DI D D von seinen Großeltern F F und G G 75% der Gesellschaftsanteile an der A A GmbH erworben, wodurch er nach § 2 Abs 1 Z 4 GSVG als GmbH–Gesellschafter seit dem 01.01.2015 nicht mehr bei der E E, sondern bei der I I als neuer Selbstständiger versichert ist. (GSVG-Versicherungspflicht). Dies änderte nichts daran, dass Dipl.-Ing. D D nach wie vor die Funktion eines gewerberechtlichen Geschäftsführers ausübte.

Mit Schreiben der Bezirkshauptmannschaft X vom 12.01.2015 wurde die nunmehr Beschwerde führende Gesellschaft zur Namhaftmachung eines neuen gewerberechtlichen Geschäftsführers aufgefordert.

Mit Schriftsatz vom 19.01.2015 teilte die A A GmbH, vertreten durch die H H GmbH & Co KG der belangten Behörde mit, dass Herr DI D D neuerlich als gewerberechtlicher Geschäftsführer für ihre Gesellschaft tätig sei bzw bestellt wurde. Eine entsprechende Erklärung über die Geschäftsführerbestellung des DI D D sowie über die Art und den Umfang der Tätigkeit als Geschäftsführer vom 29.01.2015 wurde ebenso vorgelegt wie Dienstzettel der Beschwerdeführerin vom 29.01.2015, wonach Herr DI D D als gewerberechtlicher Geschäftsführer am Ort des Arbeitgebers für sechs Tage/50 Stunden pro Woche und zu einem monatlichen Geschäftsführergehalt von Euro 2.500,-- beschäftigt ist.

Aufgrund einer zwischen der H H GmbH & Co KG (Steuerberatungskanzlei der Beschwerdeführerin) einerseits und der belangten Behörde sowie dem Amt der Tiroler Landesregierung, Sachgebiet Gewerberecht andererseits geführten Korrespondenz wurde vom Sachgebiet Gewerbe schlussendlich die Rechtsansicht vertreten, dass Herr DI D D als „nur Gesellschafter" der Beschwerdeführerin die gesetzlichen Voraussetzungen eines gewerberechtlichen Geschäftsführers iSd § 39 Abs 2 Z 1 und Z 2 GewO 1994 nicht erfülle, einerseits, weil er nicht dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der Beschwerdeführerin angehöre, andererseits, weil der Tatbestand des nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtigen Arbeitnehmers nicht erfüllt sei. Eine Bestätigung, dass Herr DI D D bei der I I kranken-, pensions – und unfallversichert sei, ersetze nicht die Anmeldung als Arbeitnehmer. Geschäftsführende GesellschafterInnen einer GmbH seien dann nicht als Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsvertragsrechtes zu qualifizieren, wenn sie kraft ihrer Beteiligung und der daraus erfließenden Rechte einen maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft ausüben können, dies sei bei einer 75%-igen Beteiligung der Fall. Von der Beschwerdeführerin wurde zusammengefasst die Rechtsansicht vertreten, dass im verfahrensgegenständlichen Fall die Tatbestandsmerkmale des § 39 Abs 2 Z 2 GewO weiterhin erfüllt seien, dies unter Hinweis auf den seit Mai 2013 bestehenden (mündlichen) Arbeitsvertrag.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid der Bezirkshauptmannschaft X vom 01.06.2015, Zahl ***, wurde über den Antrag der A A GmbH vom 19.01.2015 festgestellt, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Bestellung des Herrn Dipl.-Ing. D D als gewerberechtlicher Geschäftsführer der A A GmbH für die Ausübung des Gewerbes „Erdbau gemäß § 1 Z 7 Teilgewerbe-Verordnung" im Standort Z, Adresse 1 nicht vorliegen und die Geschäftsführerbestellung somit nicht zur Kenntnis genommen wird. Die Beschwerdeführerin wurde gleichzeitig darauf hingewiesen, dass für die gegenständliche Gewerbeberechtigung bis spätestens 30.06.2015 ein neuer gewerberechtlicher Geschäftsführer zu bestellen sei, der die gesetzlichen Voraussetzungen erfülle.

Unter Hinweis auf die Bestimmung des § 39 Abs 2 Z 1 und Z 2 GewO 1994 wurde in der Begründung des angefochtenen Bescheides darauf hingewiesen, dass Herr DI D D weder dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen

Organ der juristischen Person (A A GmbH) angehöre (§ 39 Abs 2 Z 1 GewO 1994) noch als nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer (§ 39 Abs 2 Z 2 GewO 1994) anzusehen sei. Eine Bestätigung, dass Herr DI D D bei der I I kranken-, pensions- und unfallversichert sei, ersetze nicht die Anmeldung als Arbeitnehmer. Hingewiesen wurde in diesem Zusammenhang auf den Erlass BMWFJ-30.599/0339-I/7/2009 (des Bundesministeriums für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft). Aus diesem ergebe sich, dass die aus § 39 Abs 2 GewO 1994 sich ergebende Rechtslage hinreichend klar erscheine und dass davon auf interpretativem Weg nicht abgegangen werden könne. Herr DI D D müsse dem vertretungsbefugten Organ (handelsrechtlicher Geschäftsführer) zugehörig gemacht werden, oder es müsse eine dem Gesetz entsprechende Anmeldung bei der E E erfolgen.

Gegen diesen Bescheid wurde von der A A GmbH, vertreten durch B B GmbH, Y, innerhalb offener Frist Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht erhoben und nach ausführlicher Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes insbesondere auf die oben angeführte Korrespondenz der Beschwerde führenden Gesellschaft, vertreten durch die H H GmbH & Co KG, mit der belangten Behörde und dem Sachgebiet Gewerbe des Amtes der Tiroler Landesregierung, der Antrag gestellt, das Landesverwaltungsgericht Tirol möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung in der Sache selbst entscheiden und den angefochtenen Bescheid dahingehend abändern, dass festgestellt werde, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Bestellung des DI D D als gewerberechtlicher Geschäftsführer der A A GmbH für die Ausübung des Gewerbes „Erdbau gemäß § 1 Z 7, Teilgewerbeverordnung im Standort Z, Adresse 1“ vorliegen, sodass die Geschäftsführerbestellung zur Kenntnis zu nehmen sei, in eventu den angefochtenen Bescheid wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit aufzuheben und die Rechtssache zur neuerlichen Sachentscheidung an die belangte Behörde zurückzuverweisen. In der Begründung wurde zusammengefasst ausgeführt, dass eine Verletzung des Legalitätsprinzips und des Gleichheitssatzes vorliege, zumal die belangte Behörde ihren Bescheid auf einen nicht kundgemachten Erlass des Bundesministeriums für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft gestützt und damit Willkür geübt habe. Die Bestellungsvoraussetzungen gemäß § 39 Abs 2 GewO 1994 lägen vor, die Rechtsansicht der belangten Behörde sei unrichtig und gehe am Telos des § 39 Abs 2 GewO vorbei. Sinn und Zweck des Rechtsinstitutes des gewerberechtlichen Geschäftsführers iSd § 39 GewO 1994 sei es, dass im Betrieb eine Person vorhanden sei, die entsprechende fachliche Kenntnisse und Fähigkeiten aufweise und dem Gewerbeinhaber sowie – insbesondere – der Behörde gegenüber in der im § 39 Abs 1 GewO 1994 bezeichneten Weise verantwortlich sei. Aus § 39 GewO 1994 lasse sich ganz allgemein die Intention des Gesetzgebers erkennen, dem gewerberechtlichen Geschäftsführer eine Stellung im Unternehmen einzuräumen, aufgrund der gewährleistet sei, dass er einerseits genug Übersicht über innerbetriebliche Vorgänge habe und andererseits die Möglichkeit habe, zur Vermeidung unerwünschter Entwicklungen korrigierend einzugreifen. Gefordert werde also eine starke Einbindung in das Unternehmen des Gewerbetreibenden, wodurch auch dem Scheingeschäftsführerunwesen entgegengewirkt werden solle. Ohne auf die wesentlichen Umstände des gegenständlichen Falles Rücksicht zu nehmen, habe sich die belangte Behörde ausdrücklich und bewusst jeglicher interpretativen Sinnermittlung des § 39 Abs 2 GewO verschlossen.

Zur Bestellungsvoraussetzung des § 39 Abs 2 Z 1 GewO 1994 (Mitglied des zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organs der juristischen Person) wurde von der Beschwerdeführerin die von der belangten Behörde verwendete vorgegebene Rechtsansicht im Erlass
BMWFJ-30.599/0339-I/7/2009 abgelehnt und unter Hinweis auf die Bestimmungen des
§ 20 Abs 1 und des § 39 Abs 1 GmbHG darauf hingewiesen, dass DI D D zwar kein Geschäftsführer im Gewerbebetrieb der Beschwerdeführerin, allerdings Mehrheitsgesellschafter sei, weil er über 75 % der Gesellschaftsanteile an der Beschwerdeführerin verfüge. Als solcher könne er selbstständig entsprechende Beschlüsse fassen und dem unternehmensrechtlichen Geschäftsführer dadurch Weisungen im Sinne des § 20 Abs 1 GmbHG erteilen. Als solcher könne DI D D auch die Geschäftsführung jederzeit mit Beschluss abberufen, weshalb ihm unmittelbare Aktions- und Entscheidungsmöglichkeit zukomme, weil er jederzeit der Geschäftsführung Weisungen erteilen bzw diese abberufen könne. Daraus folge, dass DI D D de facto die Bestellungsvoraussetzung des § 39 Abs 2 Z 1 GewO 1994 nicht nur zur Gänze erfülle, sondern diese auch bei weitem übertreffe. Damit entspreche seine Rechtsstellung vollkommen dem Telos des § 39 GewO 1994 und erfülle dieser bereits die Voraussetzung des § 39 Abs 2 Z 1 GewO 1994.

Zur Bestellungsvoraussetzung des § 39 Abs 2 Z 2 GewO 1994 (Arbeitnehmer) wurde von der Beschwerdeführerin die Rechtsansicht der belangten Behörde, dass hierzu „eine dem Gesetz entsprechende Anmeldung bei der E E erfolgen müsste, nicht geteilt und vorausgeschickt, dass der Arbeitnehmerbegriff des § 39 Abs 2 Z 2 leg cit im Gesetz selbst nicht definiert sei. Nach dem VwGH stehe dabei die Tatsache der Arbeitsleistung im Vordergrund, gleichgültig in welcher

vertraglichen Hülle sie nach außen in Erscheinung trete. Es reiche jedoch keine bloß faktische Arbeitsleistung aus, es müsse sich vielmehr um eine in Abhängigkeit gegenüber diesem Betriebsinhaber geleistete Tätigkeit handeln (vgl VwGH 09.10.1984, 84/04/0091). Die Übernahme der Gesellschaftsanteile durch DI D D mit 08.07.2014 und die Umstellung der Rechtsgrundlage der Sozialversicherungspflicht mit 01.01.2015 habe keine Änderung hinsichtlich seiner Vollversicherungspflicht herbeigeführt, weil DI D D nach wie vor voll versichert (Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung) sei. DI D D erbringe nachweislich Arbeitsleistungen im Umfang von 50 Wochenstunden im Unternehmen der Beschwerdeführerin sowie in Abhängigkeit gegenüber dieser, erziele somit nachweislich Einkünfte aus dem Dienstverhältnis zur Beschwerdeführerin und sei nachweislich aufgrund dieses Dienstverhältnisses nach den Bestimmungen des GSVG bzw ASVG voll versichert. Er sei daher als „vollversicherungspflichtiger Arbeitnehmer" nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechts und im Sinne des § 39 Abs 2 Z 2 GewO 1994 anzusehen. Auch in diesem Fall erfülle DI D D nicht nur den Tatbestand des § 39 Abs 2 Z 2 leg cit, sondern übertreffe sogar das Telos dieser Rechtsvorschrift, wonach – wie oben vorgebracht – das Rechtsinstitut des gewerberechtlichen Geschäftsführers sicherstellen solle, dass im Betrieb eine Person vorhanden sei, die entsprechende fachliche Kenntnisse und Fähigkeiten aufweise und dem Gewerbeinhaber, sowie – insbesondere – der Behörde gegenüber in der im § 39 Abs 1 GewO 1994 bezeichneten Weise verantwortlich sei und daher durch starke Einbindung in die Unternehmensstruktur aufweise. Anders als ein „einfacher" Angestellter sei DI D D 75% Mehrheitsgesellschafter der Beschwerdeführerin und damit viel stärker, weil höchst persönlich und persönlich verantwortlich in das Unternehmen der Beschwerdeführerin eingebunden.

Würde man den angefochtenen Bescheid vollstrecken wollen, dann würde das bedeuten, dass die Beschwerdeführerin einen unternehmensfremden Fachmann anstellen solle, nur um der Anforderung der Anmeldung bei der E E gerecht zu werden. Ein solcher Fachmann wäre aber zwangsläufig wesentlich schwächer in die Unternehmensstruktur der Beschwerdeführerin als DI D D eingebunden, weil er nicht Mehrheitsgesellschafter der Beschwerdeführerin wäre, sondern bloß ein Angestellter. Mit ihrer Forderung nach Anmeldung von DI D D bei der E E habe die belangte Behörde nicht nur die geltende Rechtslage im Sozialversicherungsrecht (ASVG– bzw GSVG-Versicherungstatbestände), sondern auch das Telos des § 39 GewO 1994 schlechthin verkannt.

Nach einem ergänzend durchgeführten Ermittlungsverfahren (Einholung einer Stellungnahme der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Landesstelle Tirol, vom 30.07.2015, und des Bundesministeriums für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft, vom 04.11.2015, zur Frage, inwieweit unter den geschilderten Verhältnissen die Tätigkeit des DI D D als „vollversicherungspflichtiger Arbeitnehmer" nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes und im Sinne des § 39 Abs 2 Z 2 GewO anzusehen sind, wurde am 15.12.2015 vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, anlässlich welcher die Beschwerdeführerin den Sachverhalt grundsätzlich außer Streit stellte und ausführte, dass es in diesem Verfahren nur um die Frage ginge, wie § 39 Abs 2 Z 1 und 2 GewO 1994 auszulegen seien. Zum § 39 Abs 2 GewO gäbe es, so der für die Beschwerdeführerin einschreitende Rechtsanwalt, keine Judikatur, wer Arbeitnehmer im Sinne dieser Bestimmung sei.

II. Rechtliche Erwägungen:

Wie von der Beschwerdeführerin ausgeführt, steht der maßgebliche Sachverhalt außer Streit und wird im verfahrensgegenständlichen Fall die Klärung der Frage begehrt, wie die Bestimmung des § 39 Abs 2 Z 1 und 2 GewO 1994 auszulegen sind.

Gemäß § 9 Abs 1 GewO 1994 können juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften (offene Gesellschaften und Kommanditgesellschaften) Gewerbe ausüben, müssen jedoch einen Geschäftsführer (§ 39) bestellt haben.

Gemäß § 39 Abs 1 GewO 1994 kann der Gewerbeinhaber für die Ausübung seines Gewerbes einen Geschäftsführer bestellen, der dem Gewerbeinhaber gegenüber für die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes und der Behörde (§ 333) gegenüber für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich ist. Der Gewerbeinhaber hat einen Geschäftsführer zu bestellen, wenn er den Befähigungsnachweis nicht erbringen kann, oder wenn er keinen Wohnsitz im Inland hat.

Gemäß § 39 Abs 2 GewO 1994 muss der Geschäftsführer den für die Ausübung des Gewerbes vorgeschriebenen persönlichen Voraussetzungen entsprechen und in der Lage sein, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen,

insbesondere dem Abs 1 entsprechende, selbst verantwortliche Anordnungsbefugnis besitzen. Er muss der Erteilung der Anordnungsbefugnis und seiner Bestellung nachweislich zugestimmt haben. Handelt es sich um ein Gewerbe, für das die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben ist, so muss der gemäß § 9 Abs 1 zu bestellende Geschäftsführer einer juristischen Person außerdem

1. dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der juristischen Person angehören oder

2. ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer sein.

Diese Bestimmung gilt nicht für die im § 7 Abs 5 angeführten Gewerbe, die in der Form eines Industriebetriebes ausgeübt werden. Innerhalb eines Konzerns kann eine Bestellung zum Geschäftsführer auch für mehrere Konzernunternehmen erfolgen, wenn der Geschäftsführer Arbeitnehmer im Sinne des dritten Satzes zumindest bei einem der Konzernunternehmen ist. Der gemäß Abs 1 für die Ausübung eines Gewerbes, für das die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben ist, zu bestellende Geschäftsführer muss ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb Beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes vollversicherungspflichtiger Arbeitnehmer sein. Die bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl Nr 29/1993 geltenden Bestimmungen des § 39 Abs 2 gelten für Personen, die am 01. Juli 1993 als Geschäftsführer bestellt waren, bis zum Ablauf des 31.Dezember 1998 weiter.

Gemäß § 340 Abs 1 leg cit hat die Behörde aufgrund der Anmeldung des Gewerbes
(§ 339 Abs 1) zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung des angemeldeten Gewerbes durch den Anmelder in dem betreffenden Standort vorliegen.

Nach § 340 Abs 3 GewO 1994 hat die Behörde, wenn die im Abs 1 genannten Voraussetzungen nicht vorliegen, – unbeschadet eines Verfahrens nach § 366 Abs 1 Z 1 – dies mit Bescheid festzustellen und die Ausübung des Gewerbes zu untersagen.

Gemäß § 28 Abs 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

Im gegenständlichen Verfahren ist strittig, ob einerseits DI D D als Mehrheitsgesellschafter der A A GmbH mit 75%-Beteiligung, ohne allerdings dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ dieser Gesellschaft anzugehören, die Bestellungsvoraussetzung zum gewerberechtlichen Geschäftsführer gemäß § 39 Abs 2 Z 1 GewO 1994 erfüllt bzw ob andererseits ein derartiger Gesellschafter, der zugleich Dienstnehmer einer GmbH, nämlich der A A GmbH ist, aufgrund seiner Mehrheitsbeteiligung aber nicht der Versicherungspflicht nach dem ASVG, sondern nach dem GSVG unterliegt, zum gewerberechtlichen Geschäftsführer gemäß § 39 Abs 2 Z 2 GewO 1994 bestellt werden kann. Im gegenständlichen Fall handelt es sich um die Bestellung zum gewerberechtlichen Geschäftsführer für ein Gewerbe, für das die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben ist (das Teilgewerbe „Erdbau“ gemäß § 1 Z 7 der ersten Teilgewerbe-Verordnung, BGBl II Nr 11/1998 stammt aus dem Gewerbe der Baumeister, einem reglementierten Gewerbe nach § 94 Z 5 GewO 1994). Unstrittig ist dabei, dass bei DI D D, ohne Berücksichtigung der Voraussetzungen nach § 39 Abs 2 Z 1 und 2 GewO, die für die Ausübung des fraglichen Gewerbes persönlichen Voraussetzungen vorliegen und DI D D seiner Bestellung nachweislich auch zugestimmt hat.

Es wurde kein Vorbringen dahingehend erstattet, dass die Beschwerdeführerin ihr Gewerbe in Form eines Industriebetriebes ausübt oder innerhalb eines Konzerns gewerbliche Tätigkeiten entfaltet, weshalb diese Fragen in der Folge irrelevant sind. Unstrittig ist auch, dass Herr DI D D nicht dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der Beschwerdeführerin angehört.

Nach dem Wortlaut des im Hinblick auf den Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides anzuwendenden § 39 Abs 2 Z 1 GewO 1994 muss der Geschäftsführer einer juristischen Person „dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der juristischen Person angehören“. Im Gesetz vom 06. März 1906 über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) werden im ersten Hauptstück, zweiter Abschnitt die gesellschaftlichen Organe näher bezeichnet. Hiezu gehören: die Geschäftsführer (der Vorstand), der Aufsichtsrat und die Generalversammlung. Gemäß § 18 Abs 1 GmbHG wird die Gesellschaft durch die von den Gesellschaftern beschlussmäßig bestellten (§ 15 leg cit) Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz und beruht nicht auf einer Willenserklärung der GmbH,

wodurch ihre Organstellung nur näher ausgestaltet wird. Das zur gesetzlichen Vertretung berufene Organ der GmbH im Sinne des § 39 Abs 2 Z 1 GewO 1994 ist (sind) daher der (die) Geschäftsführer (Vorstand) (vgl VwGH vom 20.12.1994, Zahl 94/04/0220).

Bei der Auslegung des Gesetzes ist nach der Judikatur des VwGH (vgl VwGH vom 16.12.2008, Zl 2007/09/0385,; VwGH vom 14.12.2007, Zl 2007/02/0295 ua) vom Vorrang des Wortlautes auszugehen; es ist nach der objektiven Methode die Frage zu beantworten, was der kundgemachte Text bedeutet; führt diese Vorgangsweise zu einem klaren Ergebnis, so ist dieses maßgebend (Hinweis E 15.2.1979, 1405/78, und E 24.9.1979, 1341/78). Lässt der Wortlaut (Wortsinn) keine Zweifel offen, so ist für eine teleologische Auslegung kein Raum (Hinweis E 3.3.1981, 789/80, VwSlg 10389 A/1981).

Aufgrund der klaren Vorgabe des § 39 Abs 2 Z 1 GewO 1994, die keine andere Interpretation erlaubt, verbleibt somit kein Raum, so wie die Beschwerdeführerin vermeint, auf das Telos des § 39 Abs 2 GewO 1994 abzustellen, wonach DI D D zwar kein Geschäftsführer im Gewerbebetrieb der Beschwerdeführerin, allerdings 75% Mehrheitsgesellschafter und damit in der Lage ist, selbstständig entsprechende Beschlüsse zu fassen und dem unternehmensrechtlichen Geschäftsführer dadurch Weisungen im Sinne des § 20 Abs 1 GmbHG zu erteilen, sodass ihm unmittelbare Aktions- und Entscheidungsmöglichkeit zukommt und er wesentlich stärker in das Unternehmen der Beschwerdeführerin eingebunden ist, als dies im Fall eines bloßen unternehmensrechtlichen Geschäftsführers der Fall wäre. DI D D gehört zweifelsfrei und wurde von ihm auch nicht in Abrede gestellt, wie im Wortlaut des § 39 Abs 2 Z 1 GewO 1994 verlangt, dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der juristischen Person – A A GmbH – nicht an, weshalb er die Voraussetzung des § 39 Abs 2 Z 1 GewO 1994 nicht erfüllt.

Da somit DI D D nicht dem zur gesetzlichen Vertretung gerufenen Organ der Beschwerdeführerin im Sinne des § 39 Abs 2 Z 1 GewO 1994 angehört, ist in weiterer Folge zu prüfen, ob dieser, um die Funktion eines gewerberechtlichen Geschäftsführers ausüben zu können, ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer ist. Die Beschwerdeführerin verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass der „Arbeitnehmerbegriff" des § 39 Abs 2 Z 2 leg cit im Gesetz selbst nicht definiert ist und weiters auf die Entscheidung des VwGH vom 09.10.1984 zu Zahl 84/04/0091, wonach die Tatsache der Arbeitsleistung im Vordergrund steht, gleichgültig in welcher vertraglichen Hülle sie nach außen in Erscheinung tritt, dass jedoch keine bloß faktische Arbeitsleistung ausreicht, sondern es sich vielmehr um eine in Abhängigkeit gegenüber diesem Betriebsinhaber geleistete Tätigkeit handeln muss.

Ein Arbeitnehmer ist eine Person, die sich aufgrund eines Vertrages zur Arbeitsleistung gegen Entgelt verpflichtet hat und die den Anweisungen ihres Arbeitgebers unterliegt. Der Kern des Arbeitnehmerbegriffs ist die Weisungsbefugnis des Gewerbetreibenden. Eine andere Auslegung widerspräche auch dem Telos des § 39 Abs 2 GewO 1994, muss der gewerberechtliche Geschäftsführer, der gleichzeitig Arbeitnehmer ist, doch dem Gewerbetreibenden gegenüber verantwortlich sein (vgl § 39 Abs 1 GewO). DI D D erbringt laut vorgelegtem Dienstzettel Arbeitsleistungen im Umfang von 50 Wochenstunden für die Beschwerdeführerin und bezieht ein monatliches Geschäftsführerentgelt von Euro 2.500,--. Zumal er mit Abtretungsvertrag vom 08.07.2014 75% der Gesellschaftsanteile an der Beschwerdeführerin übernommen hat und dadurch zum Mehrheitsgesellschafter wurde, werden seine Bezüge, die er bis zum 31.12.2014 für seine Tätigkeit als gewerberechtlicher Geschäftsführer erhielt, gemäß § 22 Z 2 EStG nicht mehr als Einkünfte aus nicht selbstständiger Arbeit, sondern als Einkünfte aus selbstständiger Arbeit behandelt und unterliegt er aufgrund der eingereichten Versicherungserklärung für Freiberufler seit dem 01.01.2015 der Pflichtversicherung nach § 2 Abs 1 Z 4 GSVG (Vollversicherung in der GSVG Pensions- und Krankenversicherung sowie in der ASVG-Unfallversicherung). Die Abgabe der Versicherungserklärung beruht auf den Eintritt in die Firma als Gesellschafter (Beteiligung 75%) und ist aus der Sicht der I I, Landesstelle Tirol, vom 30.07.2015 als selbstständige Erwerbstätigkeit zu sehen (vgl auch Stellungnahme der I I vom 30.07.2015).

DI D D hat im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol am 15.12.2015 angegeben, täglich im Betrieb zu sein und sich seine Arbeit selber zu geben, wobei der Auftrag für die Lohnverrechnung von der handelsrechtlichen Geschäftsführerin kommt. Gewisse Bereiche würden von seiner Mutter als handelsrechtlicher Geschäftsführerin, mache Bereiche wiederum von ihm als Mehrheitsgesellschafter wahrgenommen, wobei er zum Großteil die Erdbausachen mache. Arbeitszeiten, Arbeitsorte etc würden von ihm selber geregelt und entschieden.

DI D D ist, wie bereits mehrfach erwähnt, 75% Mehrheitsgesellschafter der Beschwerdeführerin und steht ihm, wie in der Beschwerde ausgeführt, unmittelbare Aktions- und Entscheidungsmöglichkeit zu, weil er jederzeit der Geschäftsführung Weisungen erteilen bzw diese abberufen kann.

Ein Dienstgeber kann nicht gleichzeitig sein eigener Dienstnehmer sein (vgl VwGH vom 20.11.2002, ZahÞ8/08/0017).

Ein Arbeitsvertrag ist vor allem durch die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers, sohin durch dessen Unterworfenheit unter die funktionelle Autorität des Arbeitgebers gekennzeichnet, die sich in organisatorischer Gebundenheit, insbesondere hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle – nicht notwendig auch in Weisungen über die Art der Tätigkeit – äußert. Wesentlich für den Arbeitsvertrag ist eine weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Arbeitnehmers, der in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterworfen ist, wenn dieses Verhalten schon im Arbeitsvertrag vorausbestimmt oder unter Heranziehung anderer Regeln bestimmbar ist, zumindest dessen laufender Kontrolle unterliegt. Die Bestimmungselemente der persönlichen Abhängigkeiten müssen nicht alle gemeinsam vorliegen und können auch in unterschiedlich starker Ausprägung auftreten. Entscheidend ist, ob die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit ihrem Gewicht und ihrer Bedeutung nach überwiegen (vgl Krejci in Rummel ABGB Rz 32 ff zu § 1151; Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht6 135ff; Liebeg aaO 47 f uva mwN).

Keine Arbeitnehmereigenschaft liegt vor bei unternehmertypischen Handlungen wie zB die Befugnis, in allen Geschäftsbereichen selbständig entscheiden zu können und damit auch in unmittelbar unternehmerischen Bereichen tätig zu werden (vgl 8 ObS 44/95 = ZIK 1997, 32 ua; Liebeg aaO 48 mwN).

Unter Berücksichtigung aller dieser Argumente ist nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Tirol davon auszugehen, dass DI D D auch nicht den Tatbestand des § 39 Abs 2 Z 2 GewO 1994 erfüllt, zumal bei diesem nicht von einem nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtigen Arbeitnehmer auszugehen ist. Auch der VwGH weist in der von der Beschwerdeführerin zit Entscheidung vom 09.10.1984, Zl 84/04/0091, darauf, dass keine bloß faktische Arbeitsleistung ausreicht, sondern dass es sich vielmehr um eine in Abhängigkeit gegenüber diesem Betriebsinhaber geleistete Arbeit handeln muss. In diesem Zusammenhang hat auch das Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft in seiner Stellungnahme vom 04.11.2015 (vgl LVwG 2015/41/1675-6) darauf hingewiesen, dass sich die im § 39 Abs 2 Z 2 GewO 1994 vorgeschriebene Vollversicherung nach dem ASVG bestimmt und die Versicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung (§ 4 ASVG) umfasst. Arbeitnehmer einer GmbH können nach Ansicht des Ministeriums nach den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen auch deren Gesellschafter sein. Voraussetzung ist jedoch, dass der Geschäftsführer der GmbH ihnen gegenüber weisungsbefugt ist. Ein Gesellschafter einer GmbH, dem mehr als 50% der Stimmen zustehen, kann kein Arbeitnehmer der Gesellschaft sein; ihm steht ein vielmehr maßgeblicher Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte der Gesellschaft zu. Unerheblich hierbei ist, ob der Gesellschafter seine Leitungsmacht tatsächlich ausübt. Insoweit Dipl.-Ing. D D über 75% der Gesellschaftsanteile der A A GmbH, verfügt, kann er nicht als Arbeitnehmer der Gesellschaft im Sinne des § 39 Abs 2 Z 2 GewO 1994 angesehen werden. Diese Rechtsansicht des Ministeriums ist schlüssig und schließt sich das Landesverwaltungsgericht dieser an.

Aus den angeführten Gründen erweist sich somit die gegen den Bescheid der belangten Behörde vom 01.06.2015 eingebrachte Beschwerde im Ergebnis als unbegründet, weshalb wie im Spruch zu entscheiden war.

III. Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschluss auszusprechen, ob die Revision gem Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Gemäß Art 133 Abs 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Hat das Erkenntnis nur eine geringe Geldstrafe zum Gegenstand, kann durch Bundesgesetz vorgesehen werden, dass die Revision unzulässig ist.

Zumal zur Frage, wer im Sinne der Bestimmung des § 39 Abs 2 Z 2 GewO 1994 ein nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer ist, soweit ersichtlich, keine Judikatur vorliegt, war die ordentliche Revision zuzulassen.

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr. Hermann Riedler

(Richter)

Schlagworte

gewerberechtlicher Geschäftsführer; Befähigungsnachweis; Voraussetzungen

Anmerkung

Mit Beschluss vom 21.06.2017, Z G 266/2016-12 wies der Verfassungsgerichtshof den Antrag des VERWALTUNGSGERICHTSHOFES, § 39 Abs. 2 dritter und vierter Satz GewO, in eventu § 39 Abs. 2 dritter Satz GewO, als verfassungswidrig aufzuheben, zurück.

Mit Beschluss vom 18.08.2017 stellte der Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 140 Abs. 1 iVm Art. 89 Abs. 2 und Art. 135 Abs. 4 B-VG an den Verfassungsgerichtshof den Antrag § 39 Abs. 2 dritter, vierter und sechster Satz Gewerbeordnung 1994, BGBl. I Nr. 194 idF BGBl. I Nr. 85/2012 (GewO 1994), als verfassungswidrig aufzuheben, in eventu § 39 Abs. 2 Gewerbeordnung 1994, BGBl. I Nr. 194 idF BGBl. I Nr. 85/2012 (GewO 1994), als verfassungswidrig aufzuheben.

Der Antrag des VERWALTUNGSGERICHTSHOFES, § 39 Abs. 2 dritter und vierter Satz GewO, in eventu § 39 Abs. 2 dritter Satz GewO, als verfassungswidrig aufzuheben wurde mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 14.03.2018, Z G 227/2017-10 I. zurückgewiesen (Hauptantrag) und II. abgewiesen (Eventualantrag).

Mit Erkenntnis vom 12.04.2018, Z Ro 2016/04/0006-12, wies der Verwaltungsgerichtshof die gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Tirol vom 25.01.2016, Z LVwG-2015/41/1675-7, erhobene ordentliche Revision als unbegründet ab.

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGTI:2016:LVwG.2015.41.1675.7

Zuletzt aktualisiert am

11.05.2018

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at