



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Blaschek und die Hofräte Dr. Kleiser und Dr. Mayr, die Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie den Hofrat Dr. Pürgy als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Mitter, in der Revisionssache der W Gesellschaft mbH in M, vertreten durch die List Rechtsanwalts GmbH in 1180 Wien, Weimarer Straße 55/1, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Tirol vom 25. Jänner 2016, Zl. LVwG-2015/41/1675-7, betreffend Bestellung eines gewerberechtl. Geschäftsführers (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bezirkshauptmannschaft Schwaz), den

### **B e s c h l u s s**

gefasst:

Der Verwaltungsgerichtshof stellt gemäß Art. 140 Abs. 1 iVm Art. 89 Abs. 2 und Art. 135 Abs. 4 B-VG an den Verfassungsgerichtshof den

### **A n t r a g**

§ 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.

### **Begründung:**

#### **Ausgangsverfahren**

- 1 Beim Verwaltungsgerichtshof ist zur Zl. Ro 2016/04/0006 eine ordentliche Revision gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Tirol vom 25. Jänner 2016, Zl. LVwG-2015/41/1675-7, anhängig.



### Vorgeschichte

- 2 Die Revisionswerberin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung und zur Ausübung des Gewerbes „Erbbau gemäß § 1 Z 7 Teilgewerbe-Verordnung“ (BGBl. II Nr. 11/1998) berechtigt.
- 3 Bei der Revisionswerberin handelt es sich um ein Familienunternehmen. Gesellschafter des Unternehmens sind M S und ihr Sohn DI S. Handelsrechtliche Geschäftsführerin ist M S, sie vertritt das Unternehmen seit dem 30. Jänner 1996 selbständig.
- 4 DI S ist im Besitz des zur Ausübung des Gewerbes der Revisionswerberin notwendigen Befähigungsnachweises und hatte bis zum 1. Jänner 2015 bei der Revisionswerberin die Funktion des gewerberechtl. Geschäftsführers inne und war bis zum 31. Dezember 2014 bei der Tiroler Gebietskrankenkasse (TGKK) nach den Bestimmungen des ASVG versichert.
- 5 Mit Abtretungsvertrag vom 8. Juli 2014 hat DI S von seinen Großeltern A und S W 75 % der Gesellschaftsanteile an der Revisionswerberin erworben. Als GmbH-Gesellschafter wurde er seit dem 1. Jänner 2015 nicht mehr bei der TGKK, sondern bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA) als neuer Selbständiger versichert. Die Funktion des gewerberechtl. Geschäftsführers übte DI S nach wie vor aus.
- 6 Nach Aufforderung durch die Bezirkshauptmannschaft Schwaz teilte die Revisionswerberin mit, dass Herr DI S neuerlich als gewerberechtl. Geschäftsführer für die Revisionswerberin tätig sei bzw. bestellt worden sei.
- 7 Mit Bescheid vom 1. Juni 2015 stellte die Bezirkshauptmannschaft Schwaz fest, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Bestellung des Herrn DI S als gewerberechtl. Geschäftsführer der Revisionswerberin nicht vorlägen und die Geschäftsführerbestellung nicht zur Kenntnis genommen werde. Gleichzeitig wurde die Revisionswerberin darauf hingewiesen, dass für die vorliegende Gewerbeberechtigung spätestens bis 30. Juni 2015 ein neuer gewerberechtl. Geschäftsführer zu bestellen sei, der die gesetzlichen Voraussetzungen erfülle.



- 8 Gegen diesen Bescheid erhob die Revisionswerberin Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Tirol (Verwaltungsgericht).

Angefochtenes Erkenntnis

- 9 Mit dem angefochtenen Erkenntnis wurde die Beschwerde nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß § 28 VwGVG als unbegründet abgewiesen (1.) und die ordentliche Revision gegen dieses Erkenntnis nach Art. 133 Abs. 4 B-VG für zulässig erklärt (2.).
- 10 Begründend führte das Verwaltungsgericht nach Feststellung des oben angeführten Sachverhaltes in rechtlicher Hinsicht aus, im vorliegenden Verfahren sei strittig, ob DI S als Mehrheitsgesellschafter der Revisionswerberin mit 75 %-Beteiligung, ohne allerdings dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ dieser Gesellschaft anzugehören, die Bestimmungsvoraussetzung gemäß § 39 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 erfülle bzw. ob ein derartiger Gesellschafter, der zudem Dienstnehmer einer GmbH sei, auf Grund seiner Mehrheitsbeteiligung aber nicht der Versicherungspflicht nach dem ASVG, sondern nach dem GSVG unterliege, gemäß § 39 Abs. 2 Z 2 GewO 1994 zum gewerberechtigten Geschäftsführer bestellt werden könne.
- 11 Vorliegend handle es sich um die Bestellung eines gewerberechtigten Geschäftsführers für ein Gewerbe, für das die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben sei. Das Teilgewerbe „Erdbau“ gemäß § 1 Z 7 der ersten Teilgewerbe-Verordnung, BGBl. II Nr. 11/1998, stamme aus dem Gewerbe der Baumeister, einem reglementierten Gewerbe. Fallbezogen sei unstrittig, dass bei DI S ansonsten die für die Ausübung des fraglichen Gewerbes persönlichen Voraussetzungen vorlägen und DI S seiner Bestellung nachweislich auch zugestimmt habe. Es sei kein Vorbringen erstattet worden, dass die Revisionswerberin ihr Gewerbe in Form eines Industriebetriebes ausübe oder innerhalb eines Konzerns gewerbliche Tätigkeiten entfalte, weshalb diese Fragen in der Folge irrelevant seien. Strittig sei lediglich das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 39 Abs. 2 Z 1 und 2 GewO 1994.



- 12 Unstrittig sei auch, dass Herr DI S nicht dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der Revisionswerberin angehöre.

Nach dem Wortlaut des § 39 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 müsse der Geschäftsführer einer juristischen Person „dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der juristischen Person angehören“.

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 ergebe sich unmittelbar aus dem Gesetz und beruhe nicht auf einer Willenserklärung der GmbH, wodurch ihre Organstellung nur mehr ausgestaltet werde. Das zur gesetzlichen Vertretung berufene Organ der GmbH im Sinne des § 39 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 sei daher der Geschäftsführer (Vorstand; Verweis auf das hg. Erkenntnis vom 20. Dezember 1994, 94/04/0220).

Auf Grund der klaren Vorgabe des § 39 Abs. 2 Z 1 GewO 1994, die keine andere Interpretation erlaube, verbleibe kein Raum, auf den Zweck (*telos*) des § 39 Abs. 2 GewO 1994 abzustellen, wonach DI S als Mehrheitsgesellschafter unmittelbare Aktions- und Entscheidungsmöglichkeit zukomme und er wesentlich stärker in das Unternehmen der Revisionswerberin eingebunden sei als dies im Falle eines bloß unternehmensrechtlichen Geschäftsführers der Fall wäre. Zweifelsfrei gehöre DI S jedoch, wie im Wortlaut des § 39 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 verlangt, dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der Revisionswerberin nicht an, weshalb er diese Voraussetzung nicht erfülle.

- 13 Daher sei weiter zu prüfen, ob DI S gemäß § 39 Abs. 2 Z 2 GewO 1994 ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechts voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer sei.

Die Revisionswerberin habe in diesem Zusammenhang darauf verwiesen, dass der „Arbeitnehmerbegriff“ im § 39 Abs. 2 Z 2 GewO 1994 nicht definiert sei, und das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 9. Oktober 1984, 84/04/0091, angeführt, wonach die Tatsache der Arbeitsleistung im



Vordergrund stehe, gleichgültig in welcher vertraglichen Hülle sie nach außen in Erscheinung trete.

Ein Arbeitnehmer sei eine Person, die sich auf Grund eines Vertrages zur Arbeitsleistung gegen Entgelt verpflichtet habe und die den Anweisungen ihres Arbeitgebers unterliege. Der Kern des Arbeitnehmerbegriffs sei daher die Weisungsbefugnis des Gewerbetreibenden. Eine andere Auslegung widerspreche dem *telos* des § 39 Abs. 2 GewO 1994, müsse der gewerberechtliche Geschäftsführer, der gleichzeitig Arbeitnehmer sei, doch dem Gewerbetreibenden gegenüber verantwortlich sein (vgl. § 39 Abs. 1 GewO 1994).

DI S erbringe laut vorgelegtem Dienstzettel Arbeitsleistungen im Umfang von 50 Wochenstunden für die Revisionswerberin und beziehe ein monatliches Geschäftsführerentgelt. Nachdem DI S mit Abtretungsvertrag vom 8. Juli 2014 75 % der Gesellschaftsanteile an der Revisionswerberin übernommen habe und dadurch zum Mehrheitsgesellschafter geworden sei, würden seine Bezüge, die er bis zum 31. Dezember 2014 für seine Tätigkeit als gewerberechtlicher Geschäftsführer erhalten habe, gemäß § 22 Z 2 Einkommensteuergesetz (EStG) nicht mehr als Einkünfte aus nicht selbständiger Arbeit, sondern als Einkünfte aus selbständiger Arbeit behandelt und unterliege er aufgrund der eingereichten Versicherungserklärung für Freiberufler seit dem 1. Jänner 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 beruhe auf dem Eintritt in die Firma als Gesellschafter (Beteiligung 75 %) und sei aus Sicht der SVA vom 30. Juli 2015 als selbständige Erwerbstätigkeit zu sehen.

Im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung habe DI S vor dem Verwaltungsgericht angegeben, täglich im Betrieb zu sein und sich seine Arbeit selber zu geben, wobei der Auftrag für die Lohnverrechnung von der handelsrechtlichen Geschäftsführerin komme. Gewisse Bereiche würden von der handelsrechtlichen Geschäftsführerin, manche Bereiche wiederum von ihm als Mehrheitsgesellschafter wahrgenommen, wobei er zum Großteil „die





Erdbausachen mache“. Arbeitszeiten, Arbeitsorte etc. würden von ihm selber geregelt und entschieden.

Wie von der Revisionswerberin selbst ausgeführt, stünden DI S als Mehrheitsgesellschafter unmittelbare Aktions- und Entscheidungsmöglichkeit zu, weil er jederzeit der Geschäftsführung der Revisionswerberin Weisungen erteilen bzw. diese abberufen könne. Ein Dienstgeber könne nicht gleichzeitig sein eigener Dienstnehmer sein (Verweis auf das hg. Erkenntnis vom 20. November 2002, 98/08/0017). Ein Arbeitsvertrag sei vor allem durch die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers, sohin durch dessen Unterworfenheit unter die funktionelle Autorität des Arbeitgebers gekennzeichnet. Wesentlich für den Arbeitsvertrag sei eine weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Arbeitnehmers, der in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterworfen sei. Keine Arbeitnehmereigenschaft liege bei unternehmertypischen Handlungen wie z.B. der Befugnis, in allen Geschäftsbereichen selbständig entscheiden zu können und damit auch in unmittelbar unternehmerischen Bereichen tätig zu werden, vor.

Auch der Verwaltungsgerichtshof weise in der von der Revisionswerberin angeführten Entscheidung vom 9. Oktober 1984, 84/04/0091, darauf hin, dass es sich vielmehr um eine in Abhängigkeit gegenüber diesem Betriebsinhaber geleistete Arbeit handeln müsse.

In diesem Zusammenhang habe auch das Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft in seiner Stellungnahme vom 4. November 2015 darauf hingewiesen, dass sich die im § 39 Abs. 2 Z 2 GewO 1994 vorgeschriebene Vollversicherung nach dem ASVG bestimme und die Versicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung (§ 4 ASVG) umfasse. Nach Auffassung des Ministeriums könne Arbeitnehmer einer GmbH nach den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen auch deren Gesellschafter sein. Voraussetzung sei jedoch, dass der Geschäftsführer der GmbH ihnen gegenüber weisungsbefugt sei. Ein Gesellschafter einer GmbH, dem mehr als 50 % der Stimmen zustünden, könne kein Arbeitnehmer der Gesellschaft sein; ihm stehe vielmehr ein maßgeblicher Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte



der Gesellschaft zu. Unerheblich sei, ob der Gesellschafter seine Leitungsmacht tatsächlich ausübe. Da DI S über 75 % der Gesellschaftsanteile der Revisionswerberin verfüge, könne er nicht als Arbeitnehmer der Gesellschaft im Sinne des § 39 Abs. 2 Z 2 GewO 1994 angesehen werden. Dieser Auffassung des Ministeriums schließe sich das Verwaltungsgericht an.

Daher sei davon auszugehen, dass DI S auch nicht die Voraussetzung des § 39 Abs. 2 Z 2 GewO 1994 erfülle.

- 14 Die Revision sei für zulässig zu erklären gewesen, weil zur Frage, wer im Sinne des § 39 Abs. 2 Z 2 GewO 1994 ein nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes vollversicherungspflichtiger Arbeitnehmer sei, soweit ersichtlich, keine Rechtsprechung vorliege.

#### Revision

- 15 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende ordentliche Revision.
- 16 Die Revision bringt vor, die vorliegend strittigen Rechtsfragen seien, ob ein Mehrheitsgesellschafter einer GmbH mit 75%-Beteiligung die Bestimmungsvoraussetzung zum gewerberechtl. Geschäftsführer gemäß § 39 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 erfülle bzw. ob ein derartiger Gesellschafter, der Dienstnehmer dieser GmbH sei, auf Grund seiner Mehrheitsbeteiligung aber nicht der Versicherungspflicht nach dem ASVG, sondern nach dem GSVG unterliege, zum gewerberechtl. Geschäftsführer gemäß § 39 Abs. 2 Z 2 GewO 1994 bestellt werden könne.
- 17 Die Auffassung des Verwaltungsgerichtes gehe am *telos* des § 39 Abs. 2 GewO 1994 vorbei. Sinn und Zweck des in § 39 GewO 1994 geregelten gewerberechtl. Geschäftsführers sei es, dass im Betrieb eine Person vorhanden sei, die entsprechende fachliche Kenntnisse und Fähigkeiten aufweise und dem Gewerbeinhaber sowie - insbesondere - der Gewerbebehörde gegenüber in der im § 39 Abs. 1 GewO 1994 bezeichneten Weise verantwortlich sei (Verweis auf das hg. Erkenntnis vom 26. Februar 1998, 97/07/0172).



Aus § 39 GewO 1994 lasse sich ganz allgemein die Intention des Gesetzgebers erkennen, dem gewerberechtl. Geschäftsführer eine Stellung im Unternehmen einzuräumen, auf Grund derer 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. Dies gehe auch aus den Erläuterungen zur Regierungsvorlage der Gewerbeordnungsnovelle 1992 hervor, in denen anlässlich der vorgeschlagenen Streichung der Bestellmöglichkeit eines Prokuristen zum gewerberechtl. Geschäftsführer angemerkt wurde, dass bei Gewerben, für die die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben sei, der Geschäftsführer einer juristischen Person enger als bisher an das Unternehmen gebunden werden solle; damit solle auch dem Scheingeschäftsführerwesen entgegengewirkt werden.

Das Verwaltungsgericht habe § 39 Abs. 2 GewO 1994 einen verfassungswidrigen Inhalt unterstellt und damit gegen den Gleichheitssatz nach Art. 7 B-VG verstoßen, weil es auf die wesentlichen Umstände des vorliegenden Falles keinerlei Rücksicht genommen und sich bloß mit der Wortinterpretation dieser Gesetzesbestimmung begnügt habe, ohne andere Interpretationsmethoden, insbesondere die teleologische Auslegung auszuschöpfen.

- 18 Im Hinblick auf § 39 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 bringt die Revision vor, die Entscheidung darüber, welche Person innerhalb einer Gesellschaft welche Funktion ausüben solle, sei eine rein unternehmerische Entscheidung. Der vorliegende Fall zeige, dass die zwei Funktionen, nämlich jene des unternehmensrechtl. und jene des gewerberechtl. Geschäftsführers, auseinanderfallen könnten, zumal eine derartige Arbeitsteilung nicht nur zur effizienteren Unternehmensführung beitragen könne, sondern auch dann sinnvoll sei, wenn der unternehmensrechtl. Geschäftsführer nicht den notwendigen Befähigungsnachweis erbringen könne, im Unternehmen aber Personen vorhanden seien, die diesen Nachweis erbringen könnten.



Unter Hinweis auf § 20 Abs. 1 GmbHG weist die Revision darauf hin, dass die Geschäftsführer einer GmbH den Gesellschaftern gegenüber weisungsgebunden seien. Nach § 39 Abs. 1 GmbHG sei für einen derartigen Weisungsbeschluss nach § 20 Abs. 1 GmbHG eine einfache Mehrheit erforderlich. Als 75 %-Mehrheitsgesellschafter könne DI S selbstständig entsprechende Beschlüsse fassen und daher dem unternehmensrechtlichen Geschäftsführer dadurch Weisungen im Sinne des § 20 Abs. 1 GmbHG erteilen. Auch der Gesellschaftsvertrag der Revisionswerberin sehe diesbezüglich nichts Abweichendes vor. DI S komme somit unmittelbare Aktions- und Entscheidungsmöglichkeit zu.

Daher sei § 39 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 analog auf den vorliegenden Fall anzuwenden. DI S erfülle nämlich die Bestimmungsvoraussetzung nach dieser Bestimmung nicht nur zur Gänze, sondern übertreffe diese auch bei weitem. Er sei nämlich als 75 %-Mehrheitsgesellschafter wesentlich stärker in das Unternehmen der Revisionswerberin eingebunden als das im Falle eines bloß unternehmensrechtlichen Geschäftsführers, der durch einfachen Gesellschafterbeschluss jederzeit abberufen werden könne und an der Gesellschaft nicht finanziell beteiligt sei, der Fall gewesen wäre. Somit entspreche die Rechtsstellung von DI S vollkommen dem *telos* des § 39 GewO 1994.

- 19 Zu § 39 Abs. 2 Z 2 GewO 1994 wiederholt die Revision die bereits vor dem Verwaltungsgericht vorgetragene Auffassung, dass der „Arbeitnehmerbegriff“ des § 39 Abs. 2 Z 2 GewO 1994 im Gesetz selbst nicht definiert sei und verweist auf das hg. Erkenntnis vom 9. Oktober 1984, 84/04/0091.

Auf Grund der Änderung der steuerlichen Einnahmequelle von unselbständiger zu selbständiger Arbeit habe die Versicherungspflicht von DI S gemäß § 4 Abs. 2 ASVG nicht mehr aufrechterhalten werden können. Nach § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG unterlägen selbständig erwerbstätige Personen der Versicherungspflicht nach dem GSVG, somit der Kranken- und Pensionsversicherung. Zusätzlich zu dieser Kranken- und Pensionsversicherungspflicht bestehe für die DI S die Unfallversicherungspflicht gemäß § 8 Abs. 1 Z 3 ASVG.



Damit stehe fest, dass die Übernahme der Gesellschaftsanteile durch DI S keine Änderung hinsichtlich seiner Vollversicherungspflicht herbeigeführt habe, weil DI S nach wie vor vollversichert (Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung) sei.

Die Arbeitsleistungen von DI S im Unternehmen stellten keine „bloß faktischen Arbeitsleistungen“ dar, sondern würden in Abhängigkeit auf Grund eines Dienstverhältnisses gegenüber der Revisionswerberin als Gewerbetreibende erbracht.

Daher sei DI S als „voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer“ nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechts und im Sinne des § 39 Abs. 2 Z 2 GewO 1994 anzusehen.

Würde man der Auffassung des Verwaltungsgerichtes folgen, würde das bedeuten, dass die Revisionswerberin einen unternehmensfremden Fachmann, der einen entsprechenden Befähigungsnachweis, über den DI S bereits verfüge, erbringen könne, in ihrem Unternehmen anstellen solle, nur um der Anforderung der Anmeldung bei der GKK gerecht zu werden. Ein solcher Fachmann wäre aber zwangsläufig wesentlich schwächer in die Unternehmensstruktur der Revisionswerberin eingebunden, weil er nicht Mehrheitsgesellschafter wäre, sondern bloß ein Angestellter. Diese Vorgehensweise könne unter keinen Umständen dem Willen des Gesetzgebers entsprechen.

20 Letztlich bringt die Revision als Verfahrensfehler vor, die belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht habe sich in ihrem Bescheid auf einen näher bezeichneten Erlass des Bundesministeriums für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft bezogen, welcher nicht kundgemacht worden sei.

21 Die Bezirkshauptmannschaft Schwaz erstattete keine Revisionsbeantwortung.



## Rechtslage

22 § 39 Gewerbeordnung 1994, BGBl. I Nr. 194 idF BGBl. I Nr. 85/2012  
(GewO 1994), lautet auszugsweise (die vom vorliegenden Antrag erfassten  
Wortfolgen sind unterstrichen):

### „a) Gewerberechtlicher Geschäftsführer

§ 39. (1) Der Gewerbeinhaber kann 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. Für Gewerbeinhaber, die keinen Wohnsitz im Inland haben, entfällt die Verpflichtung, einen Geschäftsführer zu bestellen, wenn

...

(2) Der Geschäftsführer muss 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, selbstverantwortliche 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 voll versicherungspflichtiger 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 1. Juli 1993 als Geschäftsführer bestellt waren, bis zum Ablauf des 31. Dezember 1998 weiter.

(2a) Der Geschäftsführer muss seinen Wohnsitz im Inland haben. Dies gilt nicht, sofern

...

(3) In den Fällen, in denen ein Geschäftsführer zu bestellen ist, muß der Gewerbeinhaber sich eines Geschäftsführers bedienen, der sich im Betrieb entsprechend betätigt.

(4) Der Gewerbeinhaber hat die Bestellung und das Ausscheiden des Geschäftsführers der Bezirksverwaltungsbehörde anzuzeigen (§ 345 Abs. 1). Die zuständige Behörde hat in jenen Fällen, in denen dieses Bundesgesetz die Bestellung eines Geschäftsführers vorschreibt und ein Arbeitnehmer als Geschäftsführer angezeigt oder genehmigt (§ 176) wird, die Bestellung oder das Ausscheiden mit Sozialversicherungs- und Dienstgeberkontonummer auf automationsunterstütztem Weg dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger zur Weiterleitung an den Versicherungsträger (§ 321 ASVG) anzuzeigen. Der Versicherungsträger hat das Ende der Pflichtversicherung eines ihm angezeigten und nicht ausgeschiedenen Geschäftsführers möglichst auf automationsunterstütztem Weg der Bezirksverwaltungsbehörde anzuzeigen.

(5) Der Gewerbeinhaber ist von seiner Verantwortung für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften im Rahmen des § 370 nur befreit, wenn er die Bestellung eines dem Abs. 2 entsprechenden Geschäftsführers gemäß Abs. 4 angezeigt hat.“

### **Erste Anfechtung**

- 23 Mit Beschluss vom 4. Juli 2016, A 2016/0005-1 = Ro 2016/04/0006-3, stellte der Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 140 Abs. 1 iVm Art. 89 Abs. 2 und Art. 135 Abs. 4 B-VG an den Verfassungsgerichtshof (VfGH) den Antrag, § 39 Abs. 2 dritter und vierter Satz Gewerbeordnung 1994, BGBl. I Nr. 194 idF BGBl. I Nr. 85/2012 (GewO 1994), *in eventu* § 39 Abs. 2 dritter Satz Gewerbeordnung 1994, BGBl. I Nr. 194 idF BGBl. I Nr. 85/2012 (GewO 1994), als verfassungswidrig aufzuheben.
- 24 Mit Beschluss vom 21. Juni 2017, G 266/2016, wies der VfGH diesen Antrag zurück.



- 25 Begründend verwies der VfGH auf seine Rechtsprechung zu den Prozessvoraussetzungen von Normenkontrollverfahren (Rz. 24) und kam zum Ergebnis, dass sich vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung der Antrag des Verwaltungsgerichtshofes als zu eng gefasst erweise (Rz. 25).
- 26 Dem Verwaltungsgerichtshof sei zuzustimmen, dass § 39 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 und § 39 Abs. 2 vierter Satz GewO 1994 in einem untrennbaren Zusammenhang stünden, weshalb sich der Eventualantrag als unzulässig erweise. Jedoch würde § 39 Abs. 2 sechster Satz GewO 1994 durch die Aufhebung von § 39 Abs. 2 dritter und vierter Satz GewO 1994 - mangels (sprachlicher) Differenzierung - einen Bedeutungswandel dergestalt erfahren, dass er nicht mehr nur auf Konzerne, sondern allgemein auch auf juristische Personen Anwendung finden würde, wodurch die behauptete Verfassungswidrigkeit nicht beseitigt würde. Die Regelung des § 39 Abs. 2 sechster Satz GewO 1994 betreffend Konzerne bekäme im Fall der Aufhebung des § 39 Abs. 2 dritter und vierter Satz GewO 1994 folglich einen Inhalt, der identisch wäre mit einem Teil des Inhalts der aufgehobenen Norm. Die Beseitigung der behaupteten Verfassungswidrigkeit könne somit mit der Aufhebung im beantragten Umfang nicht erreicht werden (Rz. 26 und 27).

### **Neuerliche Anfechtung**

- 27 Wie der VfGH in ständiger Rechtsprechung ausgesprochen hat, kann Art. 140 Abs. 1 B-VG nur der Sinn beigemessen werden, dass über bestimmte umschriebene Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes lediglich ein einziges Mal entschieden werden kann. Eine Entscheidung über bestimmte, im Sinne des § 62 Abs. 1 zweiter Satz VfGG dargelegte Bedenken gegen ein Gesetz schafft also nach allen Seiten hin Rechtskraft (vgl. den Beschluss des VfGH vom 15. Oktober 2016, G 183, 186/2016, G 184-185/2016, Rz. 25).
- 28 Entschiedene Sache liegt im Verhältnis zwischen einem Erkenntnis des VfGH und einem weiteren Gesetzesprüfungsantrag allerdings nur vor, wenn zum einen zwischen der seinerzeit geprüften und der nunmehr zur Prüfung gestellten Norm Identität besteht und zum andern über das im Antrag



vorgetragene Bedenken vom VfGH bereits im Vorerkenntnis abgesprochen wurde (vgl. den zitierten Beschluss des VfGH vom 15. Oktober 2016, Rz. 26 mit Verweis auf die Rechtsprechung des VfGH zur Zulässigkeit einer neuerlichen Sachentscheidung ob bisher nicht behandelter Bedenken).

29 Vorliegend beinhaltet die Entscheidung des VfGH im Beschluss vom 21. Juni 2017, G 266/2016, die Zurückweisung des Antrages des Verwaltungsgerichtshofes im zitierten Beschluss vom 4. Juli 2016. Eine die entschiedene Sache im Sinne der oben wiedergegebenen Rechtsprechung des VfGH begründende Sachentscheidung wurde vom VfGH nicht getroffen (vgl. auch *Rohregger*, Art. 140 B-VG, in: Korinek/Holoubek [Hrsg.], Bundesverfassungsrecht, Rz. 264 [2003], wonach aus der Zurückweisung eines Gesetzesprüfungsantrages keinerlei Bindungswirkung hinsichtlich der im Antrag dargelegten Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit der angefochtenen Bestimmung resultiert).

30 Der Verwaltungsgerichtshof hat nach wie vor die im Beschluss vom 4. Juli 2016 dargestellten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Bestimmung des § 39 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994, die nachstehend wiedergegeben werden. Da der Verwaltungsgerichtshof die im Beschluss vom 4. Juli 2016 aufgezeigten verfassungsrechtlichen Bedenken nach wie vor sieht und der Zurückweisungsbeschluss des VfGH vom 21. Juni 2017 an diesen Bedenken nichts ändert, hält es der Verwaltungsgerichtshof vielmehr geboten, neuerlich einen Antrag gemäß Art. 140 Abs. 1 B-VG an den VfGH zu stellen.

### **Präjudizialität**

Im zitierten Beschluss vom 4. Juli 2016 führte der Verwaltungsgerichtshof zur Präjudizialität der angefochtenen Bestimmungen wie folgt aus:

„Der Verwaltungsgerichtshof hat bei der Prüfung des angefochtenen Erkenntnisses gemäß Art. 133 Abs. 1 Z 1 B-VG den angefochtenen § 39 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 anzuwenden.

Die Revision erweist sich zunächst gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG als zulässig.

Das Verwaltungsgericht hat mit dem angefochtenen Erkenntnis die Beschwerde der Revisionswerberin als unbegründet abgewiesen und damit den



Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Schwaz vom 1. Juni 2015 bestätigt, mit welchem festgestellt wurde, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Bestellung des von der Revisionswerberin angezeigten gewerberechtlchen Geschäftsführers nicht vorliegen und die Geschäftsführerbestellung nicht zur Kenntnis genommen werde.

Tragend stützte das Verwaltungsgericht seine Abweisung auf den angefochtenen dritten Satz des § 39 Abs. 2 GewO 1994, wobei es feststellte, dass es sich vorliegend um das gemäß § 1 Z 7 der ersten Teilgewerbe-Verordnung, BGBl II. Nr. 11/1998, reglementierte Gewerbe ‚Erdbau‘ handle und dieses nicht in Form eines Industriebetriebes (§ 7 Abs. 5 GewO 1994) oder innerhalb eines Konzerns ausgeübt werde. Die persönlichen Voraussetzungen des angezeigten gewerberechtlchen Geschäftsführers (und damit auch ein entsprechender Befähigungsnachweis) lägen vor, strittig sei alleine das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 39 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994.“

31 Der VfGH hielt im zitierten Beschluss vom 21. Juni 2017, G 266/2017, hiezu fest, im Verfahren sei nichts hervorgekommen, was den VfGH im vorliegenden Fall an der Präjudizialität des § 39 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 zweifeln ließe: sowohl dem Antrag des Verwaltungsgerichtshofes als auch dem Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes (sowie dem damit bestätigten Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Schwarz) sei zu entnehmen, dass der Gegenstand der vorliegenden Entscheidungen das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen der im § 39 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 normierten Voraussetzungen zur Bestellung eines gewerberechtlchen Geschäftsführers für juristische Personen, die im reglementierten Gewerbe tätig sind, gewesen sei. Der Verwaltungsgerichtshof sei daher jedenfalls denkmöglich von der Präjudizialität der angefochtenen Bestimmung ausgegangen (Rz. 23).

32 An der im Beschluss vom 4. Juli 2016 dargestellten Präjudizialität des § 39 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 hat sich nichts geändert.

### **Verfassungsrechtliche Bedenken**

33 Die im zitierten Beschluss vom 4. Juli 2016 aufgezeigten verfassungsrechtlichen Bedenken sieht der Verwaltungsgerichtshof nach wie vor als gegeben an.



34 Diese sind (wie im zitierten Beschluss vom 4. Juli 2016 angeführt) folgende:

Eingriff in das Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung

35 Der Verwaltungsgerichtshof hat Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der im Spruch angeführten Bestimmungen, weil diese gegen das Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung (Art. 6 StGG) verstoßen.

36 Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zum verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung gemäß Art. 6 StGG sind gesetzliche, die Erwerbs(ausübungs)freiheit beschränkende Regelungen auf Grund des diesem Grundrecht angefügten Gesetzesvorbehaltes nur dann zulässig, wenn sie durch das öffentliche Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen sind. Das bedeutet, dass Ausübungsregeln bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe verhältnismäßig sein müssen. Es steht jedoch dem Gesetzgeber bei Regelung der Berufsausübung ein größerer rechtspolitischer Gestaltungsspielraum offen als bei Regelungen, die den Zugang zu einem Beruf (den Erwerbsantritt) beschränken, weil und insoweit durch solche die Ausübung einer Erwerbstätigkeit regelnden Vorschriften der Eingriff in die verfassungsgesetzlich geschützte Rechtssphäre weniger gravierend ist, als durch Vorschriften, die den Zugang zum Beruf überhaupt behindern (vgl. zu allem das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 27. November 2013, G 49/2013, VfSlg. 19.814, Rz. 21, mwN, dort betreffend die Regelung der GewO 1994 über den Befähigungsnachweis für Berufsfotografen).

37 Die allgemeinen Ziele, denen gewerberechtliche Rechtsvorschriften, welche bestimmte Tätigkeiten reglementieren und damit für den Erwerbsantritt einen Befähigungsnachweis erforderlich machen, dienen, sind nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes der Schutz vor Gefahren für die Gesundheit und Sicherheit sowie der Schutz der Konsumenten. Diese Ziele liegen im öffentlichen Interesse (vgl. das Erkenntnis des



Verfassungsgerichtshofes vom 27. November 2013, G 49/2013, VfSlg. 19.814, Rz. 24, mwN).

### Befähigungsnachweis bei juristischen Personen

38 § 39 GewO 1994 dient in Verbindung mit § 9 Abs. 1 GewO 1994 diesen Zielen, weil mit diesen Bestimmungen für juristische Personen, die selbst den Befähigungsnachweis nicht erbringen können (§ 39 Abs. 1 zweiter Satz GewO 1994), sichergestellt wird, dass der bestellte Geschäftsführer diesen Befähigungsnachweis erbringt (§ 39 Abs. 2 erster Satz GewO 1994).

39 Der gewerberechtliche Geschäftsführer ist sodann der juristischen Person (Gewerbeinhaber) gegenüber für die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes und der Gewerbebehörde gegenüber für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich (§ 39 Abs. 1 erster Satz GewO 1994).

### Entsprechende Betätigung im Betrieb (§ 39 Abs. 2 erster Satz und Abs. 3 GewO 1994)

40 Um diese Anforderungen erfüllen zu können, normiert das Gesetz, dass der gewerberechtliche Geschäftsführer in der Lage sein muss, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen, und insbesondere eine dem Abs. 1 entsprechende, selbstverantwortliche Anordnungsbefugnis besitzen muss (§ 39 Abs. 2 erster Satz GewO 1994). § 39 Abs. 3 GewO 1994 ordnet an, dass in den Fällen, in denen ein Geschäftsführer zu bestellen ist - also auch in den Fällen des § 9 Abs. 1 GewO 1994 bei juristischen Personen - sich der Gewerbeinhaber eines Geschäftsführers bedienen muss, der sich im Betrieb entsprechend betätigt.

41 Der Zweck dieser gewerberechtlichen Bestimmung ist erkennbar darauf gerichtet, durch die Pflicht der ein Gewerbe ausübenden juristischen Person zur Bestellung eines Geschäftsführers, der die für die Gewerbeausübung vorgeschriebenen persönlichen Voraussetzungen erfüllt und sich im Betrieb entsprechend betätigt, sicherzustellen, dass eine zur redlichen, fachkundigen



Ausübung des Gewerbes geeignete und dafür verantwortliche Person vorhanden ist. Dadurch sollen die Geschäftspartner der Gesellschaft (die Kunden) vor den nachteiligen Folgen des Fehlens eines sich entsprechend im Betrieb betätigenden gewerberechtlichen Geschäftsführers bewahrt werden (vgl. das Urteil des Obersten Gerichtshofes [OGH] vom 30. Juni 2003, 7 Ob 135/03h, mit Verweis auf seine ständige Rechtsprechung).

- 42 Dem gewerberechtlichen Geschäftsführer muss es daher möglich sein, die gewerbliche Tätigkeit im Betrieb ausreichend zu beobachten, zu kontrollieren und zu steuern. Von zentraler Bedeutung sind die Möglichkeit der Verhaltenssteuerung und entsprechende Verfügungs- und Überwachungsmöglichkeiten. Der gewerberechtliche Geschäftsführer muss in der Lage sein, Zustände, die der GewO 1994 widersprechen, abzustellen bzw. abstellen zu lassen (*Köhler* in: *Ennöckl/Raschauer/Wessely* [Hrsg.], Kommentar zur Gewerbeordnung 1994 [2015], Rz. 29 zu § 39; vgl. idS auch *Hanusch*, Kommentar zur Gewerbeordnung<sup>19</sup> [2013], Rz. 7 zu § 39, und *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, Kommentar zur GewO<sup>3</sup> [2011], Rz. 16 zu § 39).
- 43 Der Verwaltungsgerichtshof hat in diesem Sinne in seiner ständigen Rechtsprechung festgehalten, dass bei der Auslegung des unbestimmten Gesetzesbegriffes der „entsprechenden“ Betätigungsmöglichkeit eines Geschäftsführers im Sinne des § 39 Abs. 2 GewO 1994 in erster Linie auf die Bestimmungen der Abs. 1 und 5 des § 39 GewO 1994 Bedacht zu nehmen ist, aus denen hervorgeht, dass der bestellte gewerberechtliche Geschäftsführer der Behörde gegenüber anstelle des Gewerbeinhabers für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich ist. Daraus ergibt sich - im Zusammenhang mit der Art der von dem jeweils in Betracht kommenden Gewerbe umfassten Tätigkeit - auch das Ausmaß des erforderlichen Betätigungsumfanges des Geschäftsführers. Eine entsprechende Betätigung kann danach nur angenommen werden, wenn durch sie eine gesetzmäßige Gewerbeausübung sichergestellt und somit unter Bedachtnahme auf die im Einzelfall in Betracht zu ziehende gewerberechtliche Betätigung die bloße Scheinerfüllung dieses Erfordernisses ausgeschlossen wird (vgl. das hg. Erkenntnis vom 27. Jänner 2010, 2006/04/0038, mwN).



Zusätzliche Voraussetzungen des § 39 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994

- 44 § 39 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 trifft für juristische Personen, welche ein reglementiertes Gewerbe (§ 94 GewO 1994) auszuüben beabsichtigen bzw. ausüben, über die oben dargestellten allgemeinen Anforderungen des § 39 Abs. 2 erster Satz und Abs. 3 GewO 1994 hinaus eine besondere Regelung.
- 45 Danach darf eine juristische Person lediglich eine Person zum gewerberechtlichen Geschäftsführer bestellen, die dem Kreis der in Z 1 und 2 erwähnten Personen angehört (vgl. *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, Kommentar zur GewO<sup>3</sup> [2011], Rz. 26 zu § 39).
- 46 Diese Regelung ist somit abschließend. Andere Möglichkeiten der Bestellung eines gewerberechtlichen Geschäftsführers kennt § 39 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 nicht, auch wenn die allgemeinen Anforderungen des § 39 Abs. 2 erster Satz GewO 1994 - wie die vorliegende Revisionsache zeigt - in anderer Weise erfüllt werden könnten.
- 47 Der Gesetzgeber begründete die Notwendigkeit dieser Regelung wie folgt (vgl. RV 635 BlgNR 18. GP, 83, zur Gewerberechtsnovelle 1992, BGBl. Nr. 29/1993):  
„Bei Gewerben, für die die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben ist, soll der Geschäftsführer einer juristischen Person enger als bisher an das Unternehmen gebunden werden; damit soll auch dem Scheingeschäftsführerunwesen entgegengewirkt werden. Es sollen daher in Hinkunft nur mehr Personen bestellt werden können, die entweder dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der juristischen Person angehören oder als hauptberuflich beschäftigte Arbeitnehmer tätig werden.“
- 48 Dass eine besondere Regelung zusätzlich zu § 39 Abs. 2 erster Satz GewO 1973 getroffen wurde, wurde (in RV 798 BlgNR 15. GP, 8 f, zur Gewerbeordnungs-Novelle 1981) wie folgt begründet:  
„Erfahrungen der gewerberechtlichen Praxis zeigen, daß mit der im § 39 Abs. 2 enthaltenen Vorschrift, daß der Geschäftsführer in der Lage sein muß, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen, nicht das Auslangen gefunden werden kann. Es wird daher festgelegt, daß der gemäß § 9 Abs. 1 von einer juristischen



Person, die ein an einen Befähigungsnachweis gebundenes Gewerbe ausübt, zu bestellende Geschäftsführer eine Person zu sein hat, die neben der Erfüllung der schon bisher geltenden Voraussetzungen entweder dem zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufenen Organ angehören oder Prokurist sein oder ein Arbeitnehmer, der mindestens die Hälfte der nach den arbeitsrechtlichen Vorschriften geltenden wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigt ist, sein muß.“

Zur Verfassungswidrigkeit dieser (zusätzlichen) Voraussetzungen

- 49 Wie angeführt sind gesetzliche, die Erwerbs(ausübungs)freiheit beschränkende Regelungen auf Grund des diesem Grundrecht angefügten Gesetzesvorbehaltes nur dann zulässig, wenn sie durch das öffentliche Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen sind (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 27. November 2013, G 49/2013, VfSlg. 19.814, Rz. 21, mwN).
- 50 Diese Voraussetzungen erfüllt die angefochtene Bestimmung des § 39 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes nicht, wie die vorliegende Revisionssache deutlich zeigt:
- 51 Vorauszuschicken ist, dass der von der Revisionswerberin der Gewerbebehörde angezeigte gewerberechtliche Geschäftsführer nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes die im Wortlaut des § 39 Abs. 2 Z 1 und 2 GewO 1994 normierten Voraussetzungen nicht erfüllt:
- 52 Er gehört weder dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der revisionswerbenden GmbH an (vgl. zu dieser Voraussetzung iZm mit einer GmbH das hg. Erkenntnis vom 20. Dezember 1994, 94/04/0220) noch kann er als Mehrheitsgesellschafter der GmbH deren Arbeitnehmer sein (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 9. Oktober 1984, 84/04/0091, in dem der Verwaltungsgerichtshof zu § 39 Abs. 2 Z 3 GewO 1973 festgehalten hat, dass beim Begriff „Arbeitnehmer“ die Tatsache der Arbeitsleistung im Vordergrund steht, es sich dabei aber um eine in Abhängigkeit gegenüber dem Betriebsinhaber geleistete Tätigkeit handeln muss).





- 53 Gleichzeitig ist aber auf Grund der vom Verwaltungsgericht getroffenen Feststellungen davon auszugehen, dass der von der Revisionswerberin angezeigte gewerberechtliche Geschäftsführer als Mehrheitsgesellschafter der Revisionswerberin durchaus gemäß § 39 Abs. 2 erster Satz und Abs. 3 GewO 1994 in der Lage ist, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen, und eine, insbesondere dem Abs. 1 leg. cit. entsprechende, selbstverantwortliche Anordnungsbefugnis besitzt.
- 54 So ist nach der Rechtsprechung des OGH der Alleingesellschafter einer GmbH berechtigt, dem (handelsrechtlichen) Geschäftsführer der GmbH Weisungen zu erteilen, an die derselbe gebunden ist, sofern er sich dadurch nicht zivilrechtlich oder strafrechtlich haftbar macht (vgl. OGH vom 7. Mai 1979, Bkd 5/79 = RIS Justiz RS 0060037; vgl. auch das Urteil des OGH vom 20. Oktober 2015, 11 Os 52/15d = RIS Justiz RS 0130392). Auch Mehrheitsgesellschafter sind in diesem Sinne gegenüber den Geschäftsführern einer GmbH weisungsbefugt (vgl. § 39 Abs. 1 GmbH-Gesetz).
- 55 Es ist nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes dem Vorbringen der Revisionswerberin zu folgen, dass der angezeigte gewerberechtliche Geschäftsführer im Ergebnis die mit den Z 1 und 2 des § 39 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 verfolgte Zielsetzung nicht nur erfülle, sondern übertreffe. Er sei nämlich als Mehrheitsgesellschafter wesentlich stärker in das Unternehmen der Revisionswerberin eingebunden als das im Falle eines bloß unternehmensrechtlichen Geschäftsführers, der durch einfachen Gesellschafterbeschluss jederzeit abberufen werden könne und an der Gesellschaft nicht finanziell beteiligt sei, der Fall gewesen wäre.
- 56 Dem Vorbringen der Revisionswerberin, diese Bestimmung aus diesen Gründen nach dem aus den Gesetzesmaterialien erkennbaren *telos* der Regelung und nicht nach dem eindeutigen Wortlaut anzuwenden, steht die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entgegen, wonach im Hinblick auf den Gesetzestext und die Systematik des Gesetzes den Gesetzesmaterialien, soweit sie den aus dem Gesetzestext und der Systematik des Gesetzes gewonnenen Interpretationsergebnissen widersprechen, keine Bedeutung bei



der Auslegung des Gesetzes zukommen kann (vgl. das hg. Erkenntnis vom 24. Juni 2014, 2012/05/0151, mwN).

- 57 Was die in den Gesetzesmaterialien angeführte Notwendigkeit der Regelung des § 39 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 anlangt, ist auf Folgendes hinzuweisen:
- 58 Der Gesetzgeber begründete - wie oben dargestellt - die Einführung einer besonderen Regelung für juristische Personen, welche ein reglementiertes Gewerbe auszuüben beabsichtigen bzw. ausüben, mit (nicht näher genannten) Erfahrungen der gewerberechtlichen Praxis, die zeigten, dass mit der im § 39 Abs. 2 erster Satz GewO 1994 enthaltenen Vorschrift nicht das Auslangen gefunden werden konnte (RV 798 BlgNR 15. GP, 8 f).
- 59 Die vorliegend maßgebliche Fassung des § 39 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 begründete der Gesetzgeber mit der Notwendigkeit, den Geschäftsführer einer juristischen Person enger als bisher an das Unternehmen zu binden, und wiederum mit dem Ziel, dem Scheingeschäftsführerunwesen entgegenzuwirken.
- 60 Beide Ziele sind nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes nicht geeignet, die Verhältnismäßigkeit der Regelung des § 39 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 darzutun:
- 61 So ist nach Lage des vorliegenden Falles, in dem sich der angezeigte gewerberechtliche Geschäftsführer als Mehrheitsgesellschafter der Gewerbeinhaberin im familieneigenen Unternehmen betätigt, eine enge Bindung an das Unternehmen unstrittig anzunehmen. Eine entsprechende Betätigung des angezeigten gewerberechtlichen Geschäftsführers im Betrieb gemäß § 39 Abs. 3 GewO 1994 wird - wie dargestellt - nicht angezweifelt.
- 62 In diesem Zusammenhang ist auf das Argument der Revision hinzuweisen, wonach die Entscheidung darüber, welche Person innerhalb einer Gesellschaft welche Funktion ausüben solle, eine rein unternehmerische Entscheidung sei. Der vorliegende Fall zeige, dass die zwei Funktionen, nämlich jene des unternehmensrechtlichen und jene des gewerberechtlichen Geschäftsführers,



auseinanderfallen könnten, zumal eine derartige Arbeitsteilung nicht nur zur effizienteren Unternehmensführung beitragen könne, sondern auch dann sinnvoll sei, wenn der unternehmensrechtliche Geschäftsführer nicht den notwendigen Befähigungsnachweis erbringen könne, im Unternehmen aber Personen vorhanden seien, die diesen Nachweis erbringen könnten.

- 63 Die Revision weist auch zutreffend darauf hin, dass die Revisionswerberin bei Anwendung des § 39 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 gezwungen sei, einen unternehmensfremden Fachmann, der einen entsprechenden Befähigungsnachweis erbringen könne, über den der angezeigte gewerberechtliche Geschäftsführer bereits verfüge, in ihrem Unternehmen anzustellen. Ein solcher Fachmann wäre zwangsläufig als Angestellter wesentlich schwächer in die Unternehmensstruktur der Revisionswerberin eingebunden, als der angezeigte Mehrheitsgesellschafter (vgl. insoweit zur Verhältnismäßigkeit einer Einschränkung der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 8. Oktober 2009, B 828/09; G 205/09; V 42/09, VfSlg. 18.909, Pkt. V.2.1.).
- 64 Der in der vorliegenden Revisionssache zugrundeliegende Sachverhalt zeigt, dass Bedenken hinsichtlich eines Scheingeschäftsführers völlig unbegründet sind und die Regelung sohin wie von der Revision vorgebracht die unternehmerische Entscheidung, welche Person innerhalb einer Gesellschaft welche Funktion ausüben solle, in derartigen Fällen in unverhältnismäßiger Weise beschränkt. Somit zeigt sich, dass es nicht sachlich zu rechtfertigen sein dürfte, dass die beiden Kriterien des § 39 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 abschließend normiert sind und diese Regelung die im vorliegenden Fall gegebene Konstellation, in der die mit dieser Bestimmung verfolgte Zielsetzung ebenso erfüllt wird, ausschließt.
- 65 Zweifel an der Notwendigkeit der in § 39 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 aufgestellten Voraussetzungen sind deshalb berechtigt, weil es andere Bestimmungen des § 39 GewO 1994 gibt, die dem Problem des Scheingeschäftsführerunwesens ebenso entgegenwirken. So wird die nachweisliche Zustimmung nach § 39 Abs. 2 zweiter Satz GewO 1994 angeführt, mit welcher dem gewerberechtlichen Geschäftsführer seine Befugnis





deutlich vor Augen geführt wird (vgl. so *Hanusch*, Kommentar zur Gewerbeordnung<sup>19</sup> [2013], Rz. 13 zu § 39). Gemäß § 367 Z 7 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 2.180 € zu bestrafen ist, wer sich für die Ausübung eines Gewerbes eines Geschäftsführers bedient, der sich entgegen § 39 Abs. 3 leg. cit. nicht im Betrieb entsprechend betätigt.

- 66 Hinzu kommt, dass nach der ständigen Rechtsprechung des OGH der Normzweck des § 39 Abs. 3 GewO 1994 die Nichtigkeit einer Vereinbarung verlangt, mit der das Fehlen einer gewerberechtlichen Erlaubnis oder Konzession durch ein vorgetäushtes Anstellungsverhältnis ausgeglichen bzw. umgangen werden soll (vgl. das Urteil des OGH vom 30. Juni 2003, 7 Ob 135/03h, mwN; vgl. auch *Ennöckl/Raschauer/Wessely*, Kommentar zur Gewerbeordnung 1994 [2015], Rz. 30 zu § 39). Derartige Scheingeschäfte mit einem gewerberechtlichen Geschäftsführer sind daher nichtig.
- 67 Zusammenfassend erfüllt daher die angefochtene Bestimmung des § 39 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes nicht die in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes entwickelten Anforderungen.

### **Anfechtungsumfang**

- 68 Im Hinblick auf die Rechtsprechung des VfGH im zitierten Beschluss vom 21. Juni 2017 war der Anfechtungsumfang der zu prüfenden Gesetzesbestimmung weiter zu ziehen:
- 69 Wie der VfGH im zitierten Beschluss vom 21. Juni 2017 ausdrücklich darlegt, teilt er die Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes, dass § 39 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 und § 39 Abs. 2 vierter Satz GewO 1994 in einem untrennbaren Zusammenhang stehen.
- 70 Bezüglich des vom VfGH im zitierten Beschluss für die Zurückweisung begründend herangezogenen sechsten Satzes des § 39 Abs. 2 GewO 1994 ist der Verwaltungsgerichtshof auf Grund der Genese dieser Bestimmung (vgl. BGBl. Nr. 691/1981 sowie BGBl. I Nr. 63/1997 und die Bezugnahme auf



physische Personen in den Erläuterungen in RV 644 BlgNR 20. GP, 35) sowie im Hinblick darauf, dass darin auf den gemäß (§ 39) Abs. 1 GewO 1994 zu bestellenden Geschäftsführer (im Gegensatz zu dem nach dem dritten Satz gemäß § 9 Abs. 1 GewO 1994 zu bestellenden Geschäftsführer) abgestellt wird, der Ansicht, dass diese Bestimmung auf die Bestellung eines gewerberechtlchen Geschäftsführers durch eine natürliche Person als Gewerbeinhaber Anwendung findet. Davon ausgehend ist der Verwaltungsgerichtshof der Auffassung, dass eine allfällige Aufhebung des dritten und vierten Satzes des § 39 Abs. 2 GewO 1994 keine Auswirkung auf den Inhalt des sechsten Satzes und insbesondere keine Erweiterung seines Anwendungsbereiches auf juristische Personen nach sich ziehen würde.

- 71 Demgegenüber vertritt der VfGH im Beschluss vom 21. Juni 2017 die Auffassung, dass im Falle der Aufhebung von § 39 Abs. 2 dritter und vierter Satz GewO 1994 § 39 Abs. 2 sechster Satz GewO 1994 einen Bedeutungswandel erfahren würde und nicht mehr nur auf Konzerne, sondern allgemein auch auf juristische Personen Anwendung finden würde, wodurch die vom Verwaltungsgerichtshof gesehene Verfassungswidrigkeit nicht beseitigt werden könne (vgl. den zitierten Beschluss vom 21. Juni 2016, Rz. 26).
- 72 Davon ausgehend war der Anfechtungsumfang des Hauptantrages nunmehr soweit zu ziehen, dass er § 39 Abs. 2 dritter, vierter und sechster Satz GewO 1994 erfasst.
- 73 Der Eventualantrag erfasst als aufzuhebende Norm § 39 Abs. 2 GewO 1994 insgesamt. Zum einen hat die Bundesregierung im Verfahren G 266/2016 vorgebracht, auch § 39 Abs. 2 fünfter Satz GewO 1994 wäre in den Anfechtungsumfang miteinzubeziehen (vgl. Äußerung vom 25. Oktober 2016, dem Verwaltungsgerichtshof mitgeteilt mit G 266/2016-6). Zum Anderen erfolgt dies aus prozessualer Vorsicht und mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des VfGH, wonach eine zu weite Fassung des Antrages diesen nicht in jedem Fall unzulässig macht (vgl. die im zitierten Beschluss des VfGH vom 15. Oktober 2016, Rz 22., angeführte Rechtsprechung des VfGH).



### **Ergebnis**

- 74 Aus diesen Gründen stellt der Verwaltungsgerichtshof die eingangs formulierten Anträge.

W i e n , am 18. August 2017

