OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-850910/9/Bm/AK

Datum:
Linz, 7. Juni 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bismaier über die Beschwerde des C S, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. K S, H, L, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung vom 4. Jänner 2018, GZ: BHUUGe-2018-2780, betreffend Untersagung der Gewerbeausübung nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 24. Mai 2018

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.:

1. Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung vom 4. Jänner 2018, GZ: BHUUGe-2018-2780, wurde festgestellt, dass die gesetzlichen Voraussetzungen zur Ausübung des Gewerbes „Baugewerbetreibender, eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten“ nicht vorliegen. Gleichzeitig wurde die Gewerbeausübung im Grunde des § 340 Abs. 3 iVm §§ 16 Abs. 2, 18 und 19 GewO 1994 untersagt.

Begründend wurde nach Zitierung der einschlägigen Rechtsvorschriften ausgeführt, der Bf könne keine ununterbrochene sechsjährige einschlägige Tätigkeit als Selbstständiger vorweisen und liege auch keine Qualifikation als Betriebsleiter vor. Nach § 16 Abs. 2 GewO 1994 sei unter dem Befähigungsnachweis der Nachweis zu verstehen, dass der Einschreiter die fachlichen einschließlich der kaufmännischen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen besitze, um die dem betreffenden Gewerbe eigentümlichen Tätigkeiten selbstständig ausführen zu können. Kaufmännische Kenntnisse seien zur Gänze nicht nachgewiesen worden; der im Lebenslauf angeführte rechnerische Abend im BWZ vom 22. Februar 1995 könne nicht als Ersatz der zu erbringenden kaufmännischen Kenntnisse herangezogen werden.

2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vom Rechtsvertreter des Bf rechtzeitig eingebrachte Beschwerde, mit welcher die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Feststellung, dass die Voraussetzungen zur Feststellung der individuellen Befähigung zur Ausübung des Gewerbes „Baugewerbetreibender, eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten“ vorliegen würden, beantragt wurden. Begründend wurde ausgeführt, schon aus der Bestätigung der D Bau GmbH vom 22. November 2017, die der handelsrechtliche Geschäftsführer dieser Gesellschaft ausgestellt habe, gehe klar hervor, dass der Bf tatsächlich und faktisch als Geschäftsführer tätig gewesen sei, auch wenn dieser nicht als solcher im Firmenbuch eingetragen sei. Auch die Beschäftigung des Bf bei dieser Gesellschaft unter der Bezeichnung „Arbeiter“ könne nichts daran ändern, weil der Bf eben faktisch tatsächlich wie ein Geschäftsführer über viele Jahre hinweg agiert habe. Auch die positive Stellungnahme der Wirtschaftskammer Oberösterreich vom 6. Dezember 2017 hätte entsprechend berücksichtigt werden müssen.
Bei richtiger rechtlicher Beurteilung dieser Urkunden wäre daher schon jedenfalls der erforderliche Nachweis der fachlichen Qualifikation als erfüllt anzusehen gewesen. Insbesondere aus der Bestätigung der D Bau GmbH vom 22. November 2017 gehe auch eindeutig hervor, dass der Bf seit 2009 als faktischer Geschäftsführer dieser Gesellschaft tätig sei. Dort sei auch dezidiert darauf verwiesen worden, dass der Bf insbesondere auch alle dafür erforderlichen kaufmännischen und fachlichen Tätigkeiten selbstständig gemacht habe. Nicht

erfindlich sei daher, wie die belangte Behörde zum Ergebnis kommen könne, dass vor allem die kaufmännischen Kenntnisse nicht nachgewiesen worden seien. Es werde dies auch in keiner Weise im ablehnenden Bescheid begründet. Die einzig dafür ganz kurz erwähnte Begründung sei offenbar jene, dass „ein Kleinunternehmen“, gemeint offenbar wie die D Bau GmbH, ohne die in diesem Absatz im bekämpften Bescheid angeführten Organisationsstrukturen „als Basis für die leitende Stellung nicht in Betracht kommt“. Diese Ansicht sei falsch. Die belangte Behörde gehe offenbar davon aus, dass die D Bau GmbH keine „Abteilungen“ habe, die organisatorisch eigenverantwortlich geführt werden müssen. Die Argumentation sei unschlüssig und nicht nachvollziehbar. In einem größeren Unternehmen werde es sehr wohl einzelne oder mehrere Abteilungen geben, die jeweils eigenverantwortlich zu führen seien. In einem kleineren Unternehmen, wie der D Bau GmbH, sei das anders organisiert. Dennoch müssten alle erforderlichen Arbeiten, die für die Abwicklung eines solchen Bauprojektes zu erbringen seien, gemacht werden. All das habe der Bf gemacht. Diese Argumentation der belangten Behörde sei unhaltbar. Dies würde bedeuten, dass eine GmbH mit kleiner Struktur niemanden benötige, der alle Tätigkeiten, die man in einer solchen Gesellschaft, auch wenn sie klein sei, durchführen müsse, um Projekte abzuwickeln, wie der Bf sie abgewickelt habe. Dazu seien im Lebenslauf des Bf alle von ihm abgewickelten Projekte angeführt worden, welche zahlreich seien und nachweislich bestens funktioniert hätten. Zum weiteren Nachweis für den erforderlichen individuellen Befähigungsnachweis im Sinne des § 19 GewO 1994 würde noch nachstehende Urkunde vorgelegt werden:

- Bestätigung der Marktgemeinde V vom 23. Jänner 2018, in welcher bestätigt werde, dass die Firma D Bau GmbH in den vergangenen Jahren mehrere Bauvorhaben der damaligen Gemeinde S zur vollsten Zufriedenheit ausgeführt habe. Es werde unter anderem dort auch festgehalten, dass „sämtliche Arbeiten vom Angebot bis zur Endabrechnung“ vom Bf durchgeführt worden seien. Alleine damit sei eindeutig bestätigt, dass der Bf als faktischer Geschäftsführer alle Tätigkeiten für die D Bau GmbH ausgeführt habe, die diese in den letzten Jahren durchgeführt habe, im Zusammenhang mit jenen Bauvorhaben, die sich aus dem ohnehin vorliegenden Lebenslauf ergeben. Der Umstand, dass der Bf zu Beginn der Tätigkeit bei der D Bau GmbH als Arbeiter gemeldet worden sei, habe letztlich keinerlei Einfluss darauf, dass der Bf faktisch wie ein Geschäftsführer tätig gewesen sei. Dass der Bf auch kein normaler Arbeiter sei, ergebe sich auch aus dem Umstand, dass dieser sogar 38%iger Anteilsinhaber und somit Mitgesellschafter der genannten Gesellschaft sei.

Sämtliche im Lebenslauf angeführten Bauvorhaben seien vom Anfang bis zur Fertigstellung, insbesondere für die D Bau GmbH, vom Bf abgewickelt worden. Darüber hinaus seien vom Bf auch noch für die H-Real GmbH ebenso dieselben Tätigkeiten für einige Bauvorhaben gemacht worden. Diese Tätigkeiten würden insbesondere schon das Aussuchen der Grundstücke und in der Folge Beauftragung des Architekten umfassen. Die Pläne und die Einreichung des Bauvorhabens würde

naturgemäß der Architekt machen. Der Bf sei aber schon bei den Bauverhandlungen großteils anwesend gewesen. In der Folge seien dann die Angebote von diversen Professionisten eingeholt worden, in weiterer Folge seien die Preisverhandlungen vom Bf geführt und die Aufträge erteilt worden. Die Aufträge seien auch namens der D Bau GmbH vom Bf unterschrieben worden, weil das auch mit dem Geschäftsführer so abgestimmt gewesen sei. Die Professionisten würden das immer anstandslos akzeptiert haben. In der Folge seien vom Bf auch die Bauaufsicht und die Bauüberwachung durchgeführt worden, ebenso wie die Baustellenkoordination.
Darauf hingewiesen werde, dass der Bf im baulichen Bereich sei 1988 tätig sei und auch eine Lehre als Zimmerer abgeschlossen habe. Danach sei der Bf für viele Jahre Baupolier und Haustechniker im Hotelbetrieb der Hotel G GmbH gewesen. Der von § 2 Abs. 1 Z 1 Baumeister-Verordnung geforderte Nachweis der fachlichen Qualifikation sei daher jedenfalls erbracht.
Es handle sich auch nicht um eine Frage der Beweiswürdigung, nämlich, ob man dem Bf und den Personen, die die vorgelegten Bestätigungen verfasst haben, glaube oder nicht. Alleine aufgrund der vom Bf durchgeführten Bauprojekte, die vom Bf von Anfang an geleitet und abgeschlossen worden seien, stehe fest, dass dieser die geforderten Voraussetzungen erfülle. Auch die in der Verordnung genannte Wortwahl „als Selbstständiger oder als Betriebsleiter“ könne dem nicht entgegenstehen. Der Bf sei faktisch Betriebsleiter. Dies habe auch der Hauptgesellschafter und handelsrechtliche Geschäftsführer der D Bau GmbH bestätigt. Wenn also sämtliche vom Bf im Lebenslauf angeführten Bauvorhaben von ihm vom Anfang bis zur Übergabe abgewickelt worden seien, nämlich insbesondere auch hinsichtlich der kaufmännischen und fachlichen Tätigkeiten, ergebe sich schon daraus bei richtiger rechtlicher Beurteilung, dass der Bf sämtliche Befähigungen, die für das gegenständliche Gewerbe gefordert würden, auch tatsächlich erfülle. Wenn dies bejaht werden könne, sei der individuelle Befähigungsnachweis festzustellen.

Der Bf stelle sohin den Antrag,
den angefochtenen Bescheid aufzuheben und dahingehend abzuändern, dass festgestellt wird, dass die Voraussetzungen zur Feststellung der individuellen Befähigung zur Ausübung des Gewerbes „Baugewerbetreibender, eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten“ vorliegen.

3. Die belangte Behörde legte mit Schreiben vom 1. Februar 2018 die Beschwerde samt Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (LVwG Oö.) zur Entscheidung vor.

4. Das LVwG Oö. hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt, insbesondere in die vom Bf vorgelegten Unterlagen sowie Einholung einer Stellungnahme der Wirtschaftskammer Oberösterreich, Landesinnung Bau Oberösterreich, sowie Durchführung einer mündlichen Verhandlung am

24. Mai 2018, an der der Bf und sein Rechtsvertreter teilgenommen haben und gehört wurden. Als Zeuge einvernommen wurde Herr D H, handelsrechtlicher Geschäftsführer der D Bau GmbH.

4.1. Folgender Sachverhalt ist entscheidungswesentlich:

Mit Eingabe vom 20. November 2017 meldete der Bf das Gewerbe „Baugewerbetreibender, eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten“ bei der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung für den Standort V, G, an.
Zum Nachweis der Befähigung wurden folgende Unterlagen vorgelegt:

- Lebenslauf mit Anführung von Wohnbauprojekten, die seit Gründung der D Bau GmbH vom Bf umgesetzt wurden (insgesamt acht Vorhaben, die die Errichtung von Wohnhäusern, Wohnungen und Altbausanierungen umfassen).
- Versicherungsbestätigung
- Bestätigung der D Bau GmbH vom 22. November 2017 mit folgendem Inhalt:
  „Wir bestätigen hiermit, dass Herr C S (geb. 21.07.1973) seit Gründung der D Bau GmbH im Jahr 2009 Miteigentümer und als zweiter Geschäftsführer tätig ist.
  Sein Aufgabenbereich umfasst nicht nur das Büro (Kalkulation, Ein-/Verkauf, Planung, Förderansuchen, Bankgespräche, etc.), sondern er ist auch direkt auf den Baustellen als Polier und Baustellenkoordinator tätig.“ Unterschrieben wurde diese Bestätigung vom handelsrechtlichen Geschäftsführer Dietmar H.
- Stellungnahme der Wirtschaftskammer Oberösterreich vom 6. Dezember 2017 mit folgendem Inhalt:
  „Herr S kann eine ununterbrochene sechsjährige einschlägige Tätigkeit als Selbstständiger bei der Firma D Bau GmbH, welche eine Gewerbeberechtigung „Baugewerbetreibender, eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten“ besitzt, nachweisen.“
- Firmenbuchauszug der DBau GmbH
- Firmenbuchauszug der H-Real GmbH
- Von der Marktgemeinde Vorderweißenbach wurde mit Schreiben vom 23. Jänner 2018 bestätigt, dass „die D Bau GmbH in den vergangenen Jahren mehrere Bauvorhaben für die damalige Gemeinde S zur vollsten Zufriedenheit ausgeführt hat. Die Erledigung der Aufträge erfolgte in reibungsloser Ausführung und jeweils im Rahmen der finanziellen Angebote. Bei den Bauvorhaben handelte es sich u.a. um den Dachgeschoßausbau im Gemeindekindergarten S, die Errichtung einer Lagerhalle beim Bauhof und den Umbau des Mahnmales ‚Eiserner Vorhang‘. Sämtliche Arbeiten, vom Angebot bis zur Endabrechnung, wurden von Herrn C S durchgeführt. Die Firma D Bau GmbH ist für den Ort und die Region ein wichtiger regionaler Nahversorger im Baubereich“.

Die D Bau GmbH verfügt über die Gewerbeberechtigung „Baumeister“ für den Standort B, K, und übernimmt als klassischer Bauträger Neubau-, Umbau- und Sanierungsprojekte.
Handelsrechtliche Geschäftsführer der D Bau GmbH sind Herr D H und Herr A S; Gesellschafter Herr Dietmar H mit einer Beteiligung am Stammkapital von 22.320 Euro und Herr C S mit einer Stammkapitalbeteiligung von 13.680 Euro. Als gewerberechtlicher Geschäftsführer der GmbH wurde mit 8. Februar 2011 Herr A S benannt.
Der Bf ist seit 17. Jänner 2011 bei der D Bau GmbH als Arbeiter sozialversicherungsrechtlich gemeldet. Neben dem Bf sind noch zwei weitere Arbeitnehmer bei der D Bau GmbH beschäftigt.

Der Zuständigkeitsbereich des Bf im Unternehmen umfasst folgende Tätigkeiten:
Kundenberatung
Koordination mit der beauftragten Baufirma
Prüfung der Ausschreibungsergebnisse
Beauftragung der Professionisten
Koordinierung der Professionisten
Bauaufsicht
wenn erforderlich auch Bautätigkeit

Für die Planungen der von der D Bau GmbH übernommenen Vorhaben wird ein Architekt beschäftigt, welcher auch die Ausschreibungen übernimmt.
Die Buchhaltung ist fremdvergeben bzw. wird von Herrn H übernommen.
Prokura wurde dem Bf nicht erteilt.

Im Zuge des Beschwerdeverfahrens wurde eine weitere Stellungnahme der Wirtschaftskammer Oberösterreich, Landesinnung Bau Oberösterreich, vom 27. Februar 2018 eingeholt. In dieser Stellungnahme führt die Wirtschaftskammer aus:
„Herr S ist - wie bereits erwähnt - im Besitze von 38% der Stimmrechte. Damit verfügt er über eine Sperrminorität, mit welcher er sämtliche Beschlüsse verhindern kann. Aus diesem Grunde hat Herr S also eine maßgebende Stellung im Unternehmen inne. Unseres Erachtens kann er damit auch als Selbstständiger im Sinne der Gewerbeordnung angesehen werden. Unsere positive und zustimmende Stellungnahme vom 6.12.2017 halten wir daher vollinhaltlich aufrecht.“

Weiters vorgelegt wurden folgende Nachweise:
Zeugnis über die Lehrabschlussprüfung im Lehrberuf Zimmerer
Zeugnis Baukoordinator, Prüfung abgelegt am 3. Dezember 2009 beim W

Teilnahmebestätigung „Rechnerischer Abend für Fortgeschrittene“, Bauwirtschaftszentrum Oberösterreich, 22. Februar 1995

Teilnahmebestätigung für das Führungskräfte-Kolleg in O
Teilnahmebestätigung für das Seminar Radonschutz bei Neubauten, praktische Umsetzung vom 12. Februar 2016

4.2. Der hier entscheidungswesentliche Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt, den vom Bf vorgelegten Unterlagen und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung, insbesondere den Aussagen des Bf und des einvernommenen Zeugen D H.
Der Bestätigung der D Bau GmbH vom 22. November 2017 kommt nur eingeschränkte Beweiskraft zu, da diese sehr allgemein gehalten ist und keine detaillierte Beschreibung des Aufgabengebietes des Bf enthält. So wurden auch in der Verhandlung keine näheren Ausführungen gemacht, in welcher Form z.B. die angeführte Kalkulation vom Bf vorgenommen wird, ebenso wenig wurde der angeführte Tätigkeitsbereich „Ein-/Verkauf“ näher umschrieben. Hinsichtlich der in der Bestätigung angeführten „Planung“ ergibt sich schon aus der Beschwerde, dass diese vom beigezogenen Architekten erfolgt und der Bf - wenn überhaupt - lediglich mitwirkt. Dies wurde auch in der Verhandlung bestätigt (Tonbandprotokoll [TBP], Seite 2). Soweit der Bf in der Beschwerde vorbringt, seine Tätigkeit umfasse auch das Aussuchen der Grundstücke, steht dies im Widerspruch zur Aussage des Zeugen H (TBP, Seite 3). Zudem widerspricht die Aussage, der Bf sei als zweiter Geschäftsführer tätig, der Firmenbucheintragung und dem Gewerbeinformationssystem. Das Gleiche gilt für die Bestätigung der Marktgemeinde V. Die Feststellung, dass sämtliche Arbeiten, vom Angebot bis zur Endabrechnung, vom Bf durchgeführt wurden, gibt keinen Aufschluss darüber, in welcher Verantwortungsebene diese Arbeiten vom Bf durchgeführt wurden.

5. Hierüber hat das LVwG Oö. erwogen:

5.1. Gemäß § 16 Abs. 1 GewO 1994 ist Voraussetzung für die Ausübung von reglementierten Gewerben und von Teilgewerben der Nachweis der Befähigung.

Gemäß Abs. 2 dieser Bestimmung ist unter Befähigungsnachweis der Nachweis zu verstehen, dass der Einschreiter die fachlichen einschließlich der kaufmännischen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen besitzt, um die dem betreffenden Gewerbe eigentümlichen Tätigkeiten selbstständig ausführen zu können.

Nach § 18 Abs. 1 GewO 1994 hat der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit für jedes reglementierte Gewerbe durch Verordnung festzulegen, durch welche Belege - für sich allein oder in entsprechender Verbindung untereinander - die Zugangsvoraussetzungen zum betreffenden Gewerbe, gegebenenfalls für dessen eingeschränkte Ausübung, im Hinblick auf die hierfür erforderliche fachliche Befähigung jedenfalls als erfüllt anzusehen sind.

Gemäß § 18 Abs. 3 GewO 1994 ist unter fachlicher Tätigkeit (Abs. 2 Z 8) eine Tätigkeit zu verstehen, die geeignet ist, die Erfahrungen und Kenntnisse zu vermitteln, die zur selbstständigen Ausübung des betreffenden Gewerbes erforderlich sind. Unter Tätigkeit in leitender Stellung (Abs. 2 Z 9) ist eine Tätigkeit zu verstehen, die überwiegend mit fachspezifischen Aufgaben und mit der Verantwortung für mindestens eine Abteilung des Unternehmens verbunden ist. Unter Tätigkeit als Betriebsleiter (Abs. 2 Z 10) ist eine Tätigkeit zu verstehen, die in einer der folgenden Funktionen ausgeübt wurde:

1. als Leiter des Unternehmens oder einer Zweigniederlassung oder
2. als Stellvertreter des Unternehmers oder des Leiters des Unternehmens, wenn mit dieser Stellung eine Verantwortung verbunden ist, die der des vertretenen Unternehmers oder Leiters entspricht oder
3. in leitender Stellung je nach Eigenart des betreffenden Gewerbes mit kaufmännischen oder mit kaufmännischen und technischen Aufgaben und mit der Verantwortung für mindestens eine Abteilung des Unternehmens.

Nach § 19 GewO 1994 hat die Behörde, wenn der nach § 18 Abs. 1 vorgeschriebene Befähigungsnachweis nicht erbracht werden kann, unter Bedachtnahme auf Vorschriften gemäß § 18 Abs. 4 das Vorliegen der individuellen Befähigung festzustellen, wenn durch die beigebrachten Beweismittel die für die jeweilige Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen nachgewiesen werden. Die Behörde hat das Vorliegen der individuellen Befähigung mit der Beschränkung auf Teiltätigkeiten des betreffenden Gewerbes auszusprechen, wenn die Befähigung nur in diesem Umfang vorliegt. § 373d Abs. 5 ist sinngemäß anzuwenden.

Nach § 94 Z 5 stellt das Gewerbe „Baumeister“ ein reglementiertes Gewerbe dar.

Nach § 99 Abs. 1 GewO 1994 ist der Baumeister (§ 94 Z 5) berechtigt,

1. Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten zu planen und zu berechnen,
2. Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten zu leiten und die Bauaufsicht durchzuführen,
3. Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten nach Maßgabe des Abs. 2 auch auszuführen und Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten abzubrechen,
4. Gerüste aufzustellen, für die statische Kenntnisse erforderlich sind,
5. zur Projektentwicklung, -leitung und -steuerung, zum Projektmanagement sowie zur Übernahme der Bauführung,
6. im Rahmen seiner Gewerbeberechtigung zur Vertretung seines Auftraggebers vor Behörden und Körperschaften öffentlichen Rechts.

Nach § 99 Abs. 5 GewO 1994 hat der Gewerbeanmelder, wenn das Gewerbe der Baumeister in einem Umfang angemeldet wird, der nicht das Recht zur umfassenden Planung gemäß Abs. 1 Z 1 beinhaltet, die Bezeichnung „Baugewerbetreibender“ unter Beifügung der entsprechenden Einschränkung zu verwenden. Nur Gewerbetreibende, deren Gewerbeberechtigung das Recht zur umfassenden Planung gemäß Abs. 1 Z 1 beinhaltet, dürfen die Bezeichnung „Baumeister“ verwenden. Gewerbetreibende, die zur Ausübung des Baumeistergewerbes, eingeschränkt auf die Ausführung von Bauten, berechtigt sind, dürfen keine Bezeichnung verwenden, die den Eindruck erwecken könnte, dass sie zur Planung von Bauten berechtigt sind.

Nach § 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. Liegen die Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes vor und hat die Anmeldung nicht ein in Abs. 2 genanntes Gewerbe zum Gegenstand, so hat die Behörde den Anmelder längstens binnen drei Monaten in das GISA einzutragen und durch Übermittlung eines Auszuges aus dem GISA von der Eintragung zu verständigen. Ist im Zeitpunkt der Gewerbeanmeldung ein Verfahren über eine erforderliche Nachsicht, eine Anerkennung gemäß § 373c oder eine Gleichhaltung gemäß § 373d oder § 373e anhängig, so hat die Behörde die innerhalb der im zweiten Satz festgelegten dreimonatigen Frist rechtskräftig erteilte Nachsicht, Anerkennung oder Gleichhaltung zu berücksichtigen. Als Tag der Gewerbeanmeldung gilt jener Tag, an welchem alle erforderlichen Nachweise (§ 339 Abs. 3) bei der Behörde eingelangt sind und die allenfalls erforderliche Feststellung der individuellen Befähigung gemäß § 19, eine erforderliche Nachsicht, eine Anerkennung gemäß § 373c oder eine Gleichhaltung gemäß § 373d oder § 373e rechtswirksam erfolgt ist. Als Mangel der gesetzlichen Voraussetzungen gilt auch, wenn der Firmenwortlaut im Hinblick auf den Inhalt des Gewerbes eine erhebliche Irreführung bedeuten würde.

Gemäß § 340 Abs. 2 GewO 1994 hat die Behörde, wenn die Anmeldung ein in § 95 genanntes Gewerbe zum Gegenstand hat, über das Ergebnis ihrer Feststellungen längstens binnen drei Monaten einen Bescheid zu erlassen. Erwächst der Bescheid, mit dem festgestellt wurde, dass die Voraussetzungen gemäß Abs. 1 vorliegen, in Rechtskraft, so hat die Behörde den Anmelder umgehend in das GISA einzutragen.

Nach Abs. 3 dieser Bestimmung 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.

In der aufgrund des § 18 Abs. 1 GewO 1994 ergangenen Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über die Zugangsvoraussetzungen für das

reglementierte Gewerbe der Baumeister (Baumeister-Verordnung) werden die Zugangsvoraussetzungen für das Baumeistergewerbe hinsichtlich der ausführenden Tätigkeiten geregelt.

Nach § 2 Abs. 1 dieser Verordnung ist durch die im Folgenden angeführten Belege die fachliche Qualifikation für das Baumeistergewerbe hinsichtlich der ausführenden Tätigkeiten als erfüllt anzusehen:

1. ununterbrochene sechsjährige einschlägige Tätigkeit als Selbstständiger oder als Betriebsleiter oder
2. ununterbrochene dreijährige einschlägige Tätigkeit als Selbstständiger oder als Betriebsleiter, wenn für die betreffende Tätigkeit eine mindestens dreijährige vorherige Ausbildung nachgewiesen wird, die durch ein staatlich anerkanntes Zeugnis bestätigt oder von einer zuständigen Berufs- oder Handelsinstitution als vollwertig anerkannt ist, oder
3. ununterbrochene vierjährige einschlägige Tätigkeit als Selbstständiger oder als Betriebsleiter, wenn für die betreffende Tätigkeit eine mindestens zweijährige vorherige Ausbildung nachgewiesen wird, die durch ein staatlich anerkanntes Zeugnis bestätigt oder von einer zuständigen Berufs- oder Handelsinstitution als vollwertig anerkannt ist, oder
4. ununterbrochene dreijährige einschlägige Tätigkeit als Selbstständiger, wenn für die betreffende Tätigkeit eine mindestens fünfjährige einschlägige Tätigkeit als Unselbstständiger nachgewiesen wird, oder
5. ununterbrochene fünfjährige fachspezifische Tätigkeit in leitender Stellung, davon eine mindestens dreijährige Tätigkeit mit technischen Aufgaben und mit der Verantwortung für mindestens eine Abteilung des Unternehmens, wenn für die betreffende Tätigkeit eine mindestens dreijährige vorherige Ausbildung nachgewiesen wird, die durch ein staatlich anerkanntes Zeugnis bestätigt oder von einer zuständigen Berufs- oder Handelsinstitution als vollwertig anerkannt ist.

Nach Abs. 2 des § 2 sind Tätigkeiten gemäß Abs. 1 Z 1 und 4 nur zu berücksichtigen, wenn sie nicht vor mehr als zehn Jahren beendet worden sind.

5.2. Nach dem oben zitierten § 340 Abs. 1 GewO 1994 hat die belangte Behörde bei Anmeldung eines Gewerbes das Vorliegen der für die Gewerbeausübung erforderlichen allgemeinen und besonderen Voraussetzungen zu prüfen. Zu den besonderen Voraussetzungen zählt unter anderem der Nachweis der erforderlichen Befähigung. Das heißt, von der Behörde ist neben den allgemeinen Voraussetzungen zunächst zu prüfen, ob vom Anmelder der Befähigungsnachweis gemäß der jeweilig in Betracht kommenden Verordnung über die Zugangsvoraussetzungen für das angemeldete Gewerbe erbracht ist.

Für die Ausübung des Gewerbes „Baugewerbetreibender, eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten“ legt die oben zitierte Baumeister-Verordnung im Sinne des

§ 18 Abs. 1 GewO 1994 die formellen Zugangsvoraussetzungen zur Ausübung fest. Diese Verordnung ist maßgebend für die Prüfung, ob der Bf den Befähigungsnachweis für die Ausübung des Baumeistergewerbes hinsichtlich der ausführenden Tätigkeiten erfüllt.

Nach dem durchgeführten Beweisverfahren ist davon auszugehen, dass der Bf die in der Baumeister-Verordnung festgelegten formalen Zugangsvoraussetzungen nicht erfüllt.
Entgegen der Ansicht der Wirtschaftskammer Oberösterreich kann aus dem Umstand, dass der Bf als Gesellschafter mit einem Gesellschaftsanteil von 38 % seit mehr als sechs Jahren an der Firma D Bau GmbH beteiligt ist, eine selbstständige Tätigkeit nicht geschlossen werden. Der Bf ist nicht geschäftsführender Gesellschafter und kann bei diesem Gesellschaftsanteil nicht von einem beherrschenden Einfluss auf die Betriebsführung der Gesellschaft gesprochen werden. Gegen den maßgebenden Einfluss spricht auch die sozialversicherungsrechtliche Meldung als Arbeiter.
Auch erfüllt der Bf nicht die Qualifikation als Betriebsleiter im Sinne des § 18 Abs. 3 GewO 1994, ist er doch weder Leiter des Unternehmens noch als Stellvertreter des Leiters des Unternehmens zu sehen. Auch wenn bestimmte Tätigkeiten eigenverantwortlich vom Bf übernommen werden, ist damit nach außen hin keine Verantwortung verbunden, die der des vertretenen Leiters entspricht. Zu Recht wurde von der belangten Behörde auch die in Z 3 des § 18 Abs. 3 GewO 1994 angeführte „leitende Stellung“ verneint, ist doch bei dieser Alternative vorauszusetzen, dass es sich überhaupt um ein in Abteilungen gegliedertes Unternehmen handelt.

Die belangte Behörde ist somit zu Recht davon ausgegangen, dass der Bf die fachliche Qualifikation gemäß § 2 Abs. 1 Baumeister-Verordnung nicht nachzuweisen vermag.

Kommt nun keiner der in dieser Verordnung vorgezeichneten Wege in Betracht, kann die Befähigung nach § 19 GewO 1994 auch dadurch nachgewiesen werden, dass der Bewerber durch entsprechende Beweismittel die für die jeweilige Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen nachweist (individueller Befähigungsnachweis).

Beim „individuellen Befähigungsnachweis“ wird demnach der gemäß § 18 Abs. 2 leg.cit. vorgeschriebene Befähigungsnachweis durch sonstige Nachweise ersetzt, die jene Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen belegen, die für die Ausübung des angemeldeten Gewerbes erforderlich sind.
Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kann die Feststellung der individuellen Befähigung für die Ausübung des jeweiligen Gewerbes nur dann bejahend getroffen werden, wenn die vom Antragsteller absolvierte Ausbildung (Bildungsgang, bisherige Tätigkeit) mindestens in gleicher Weise wie die in den den Befähi-

gungsnachweis festlegenden Vorschriften geforderte Ausbildung das Ausbildungsziel verwirklichen lässt (VwGH 6.4.2005, 2004/04/0047) und die vom Antragsteller beigebrachten Unterlagen die Annahme gerechtfertigt erscheinen lassen, dass er immerhin über so viele Kenntnisse und Erfahrungen verfügt, die als erforderlich erachtet werden, um Leistungen erbringen zu können, welche in der Regel von Inhabern des betreffenden Gewerbes verlangt werden.

Vorauszuschicken ist, dass nach § 19 erster Satz GewO 1994 es Sache des Antragstellers ist, die für die Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen initiativ nachzuweisen, sodass die Behörde in diesem Zusammenhang keine amtswegige Ermittlungspflicht trifft (VwGH 18.3.2015, Ro 2014/04/0035-5).

Nach den obigen Ausführungen hat sohin die Behörde den Bildungsgang des Bf mit den Rechtsvorschriften über den standardisierten Befähigungsnachweis zu vergleichen und aufgrund dieses Vergleiches zu beurteilen, ob der tatsächlich absolvierte Bildungsgang dem in den Zugangsbestimmungen festgelegten Bildungsziel entspricht. Kann dies bejaht werden, ist der individuelle Befähigungsnachweis festzustellen; entspricht die tatsächlich absolvierte Ausbildung nicht den ausbildungsrechtlichen Anforderungen, darf eine Feststellung im Sinne des § 19 GewO 1994 nicht getroffen werden.
Entscheidungsmaßstab für die Beurteilung des Vorliegens der individuellen Befähigung bildet gegenständlich der Inhalt der oben zitierten Verordnung über die Zugangsvoraussetzungen für das Baumeistergewerbe hinsichtlich der ausführenden Tätigkeiten. Die genannte Verordnung legt fünf alternative Zugangsvoraussetzungen für das in Rede stehende Gewerbe fest, wobei Z 1 eine mehrjährige einschlägige Tätigkeit als Selbstständiger oder als Betriebsleiter und Z 2 bis 5 je nach Kombination mit der Tätigkeit eine durch ein staatlich anerkanntes Zeugnis bestätigte Ausbildung verlangen.
Ausdrücklich festzuhalten ist, dass es sich bei dem gegenständlichen Gewerbe um ein sensibles Gewerbe handelt und die Ausübung mit einer hohen Verantwortung, was die besondere Gefahr für Leben und Gesundheit von Menschen und auch die Gefahr erheblicher vermögensrechtlicher Schädigungen betrifft, verbunden ist (vgl. in diesem Sinne auch §§ 18 Abs. 4 und 95 GewO 1994). Daraus ist ersichtlich, dass bloß eine fachliche Tätigkeit ohne irgendeine vergleichbare Ausbildung für die Erlangung der Befähigung für das Baumeistergewerbe, wenn auch eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten, nicht ausreicht.

Die Angabe in der Bestätigung des handelsrechtlichen Geschäftsführers der D Bau GmbH vom 22. November 2017, der Bf sei seit Gründung der D Bau GmbH als zweiter Geschäftsführer tätig, widerspricht dem Gewerberegisterstand, wonach gewerberechtlicher Geschäftsführer Herr S ist. Ebenso wenig ist der Bf handelsrechtlicher Geschäftsführer. Der Vergleichsmaßstab, ob die vom Bf tatsächlich absolvierte Ausbildung dem in den Zugangsbestimmungen festgelegten

Bildungsziel entspricht, wird wohl anhand der in der Befähigungsprüfungsordnung festgelegten Erfordernisse, eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten, zu treffen sein. Ausbildungen hinsichtlich Baupraxis, Baumanagement, Betriebsmanagement, einschlägiger Normen für den Hoch- und Tiefbau konnten vom Bf nicht vorgelegt werden. Auch wurden keine Nachweise vorgelegt, die die erforderlichen Kenntnisse aus den Bereichen Grundlagen der Buchführung, Grundzüge des Steuerrechts, bauwirtschaftsspezifische Personalverrechnung, Kostenrechnung und Kalkulation, Finanzierungsmethoden etc. nachweisen. Soweit der handelsrechtliche Geschäftsführer bestätigt, dass der Bf auch die Kalkulation bei den angeführten Vorhaben vorgenommen hat, reicht dies nicht hin, um die erforderlichen Kenntnisse auf diesen Gebieten nachzuweisen. Dies umso weniger, als diese Tätigkeiten auch nicht näher umschrieben und erläutert wurden und auch keine Nachweise geführt wurden, inwieweit der Bf mit kaufmännischen Belangen das Unternehmen betreffend betraut ist. Die vorgelegte Teilnahmebestätigung „Rechnerischer Abend für Fortgeschrittene“ vermag ausreichende kaufmännische Kenntnisse nicht nachzuweisen.
In der mündlichen Verhandlung wurden vom Bf die Tätigkeiten bei den jeweiligen Bauvorhaben beschrieben, nämlich im Wesentlichen Überprüfung der Ausschreibung, Auswahl und Beauftragung der Professionisten, Koordination der Professionisten, Vornahme der Bauaufsicht- und -koordination und zum Teil eigene Bautätigkeiten. Den angeführten Zuständigkeiten betreffend Mitarbeiter, wie Überwachung, Einstellungsgespräche etc., kann nicht so hohe Bedeutung zugemessen werden, da das Unternehmen lediglich zwei weitere Mitarbeiter beschäftigt. Die vom Bf ausgeübten Tätigkeiten mögen zwar eine qualifizierte Angestelltentätigkeit darstellen, eine Gleichwertigkeit dieser Tätigkeit mit der in der betreffenden Zugangsverordnung geforderten einschlägigen Tätigkeit als Selbstständiger oder Betriebsleiter kann darin nicht gesehen werden, zumal die berufliche Tätigkeit des Bf in der D Bau GmbH die in der Zugangsverordnung geforderte zeitliche Dauer von sechs Jahren auch nicht in einem wesentlichen Ausmaß übersteigt.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass in Gesamtbetrachtung vom Bf mit den von ihm vorgelegten Beweismitteln nicht nachgewiesen werden konnte, dass er für die Ausübung des Baumeistergewerbes, eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten über (ausreichende) Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen verfügt, die auch den für das Gewerbe geltenden ausbildungsrechtlichen Anforderungen entsprechen und demgemäß die individuelle Befähigung nicht festgestellt werden kann.

Ausdrücklich ist festzuhalten, dass die individuelle Befähigung keine „einfachere“, sondern nur eine andere Möglichkeit darstellt, den Befähigungsnachweis zu erbringen. Zweck dieser Bestimmung ist, dass der berufliche Zugang zwar auf verschiedenste Arten erlangt werden kann, wodurch jedoch die Qualitätssicherung

nicht in den Hintergrund gedrängt werden soll. Dieser Gedanke findet seinen Ausdruck darin, als mit dem Instrument der individuellen Befähigung eben „nur eine andere Möglichkeit“ geschaffen wird, eine Gewerbeberechtigung zu erhalten.

Aus den oben genannten Sach- und Rechtsgründen war somit die Beschwerde als unbegründet abzuweisen und der angefochtene Bescheid zu bestätigen.

Zu II.:

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

Hinweis

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bismaier