

2. Bestellung

2.1. Grundlagen und allgemeine Voraussetzungen

Die Bestellung gewerberechtllicher Geschäftsführer dient **der Qualitätssicherung der Gewerbeausübung**. Sie sind dem Gewerbeinhaber gegenüber für die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes und der Behörde gegenüber für die Einhaltung der gewerberechtllichen Vorschriften verantwortlich. Darüber hinaus können sie seit jeher die berufsrechtlichen Zugangsvoraussetzungen auf fachlicher Ebene substituieren. Zum gewerberechtllichen Geschäftsführer darf überhaupt nur bestellt werden, wer die **für die Ausübung des Gewerbes vorgeschriebenen persönlichen Voraussetzungen erfüllt**: Eigenberechtigung, Inlandswohnsitz oder Sitz im EWR oder in der Schweiz (bzw muss die Zustellung der Verhängung und die Vollstreckung von Verwaltungsstrafen sichergestellt sein) sowie Nichtvorliegen von Ausschlussgründen (siehe im Detail 1.1.3.1.). Im Fall von reglementierten Gewerben muss der gewerberechtlliche Geschäftsführer über einen entsprechenden Befähigungsnachweis verfügen.

Er muss weiters in der Lage sein, sich im **Betrieb entsprechend** zu betätigen, insbesondere eine entsprechende, **selbstverantwortliche Anordnungsbefugnis** besitzen. Er muss der Erteilung der Anordnungsbefugnis und seiner Bestellung nachweislich zugestimmt haben.

Wenn eine ordnungsgemäße Bestellung eines gewerberechtllichen Geschäftsführers erfolgt ist, geht die **verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit zur Einhaltung gewerblicher Vorschriften grundsätzlich auf den gewerberechtllichen Geschäftsführer über**. Mit seiner Bestellung wird er „verantwortlicher Beauftragter“ für das Gewerbeamt. Ausnahmen hinsichtlich der Haftungsbefreiung für die Gewerbeamtlerin bestehen jedoch im Zusammenhang mit Maßnahmen zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung (§§ 365m bis 365z GewO).

Zudem sind Gewerbebetreibende neben den gewerberechtllichen Geschäftsführern verantwortlich, wenn sie etwaige Verstöße wissentlich dulden oder es bei der Auswahl des gewerberechtllichen Geschäftsführers an der erforderlichen Sorgfalt fehlen haben lassen. Verletzt ein gewerberechtllicher Geschäftsführer eine Verwaltungsvorschrift auf besondere Weisung des Gewerbeamts, ist er dann nicht verantwortlich, wenn das rechtskonforme Verhalten nicht zumutbar war (siehe hierzu aber 2.3.2., 3.2.).

- 34 Gewerberechtliche Geschäftsführer werden **pro Gewerbeberechtigung** bestellt. Es ist nicht unüblich, dass insbesondere gewerblich tätige juristische Personen mehrere verschiedene Gewerbe ausüben. Verfügt ein Gewerbeinhaber über mehrere Gewerbeberechtigungen, kann er für jedes Gewerbe eine andere Person als gewerberechtlichen Geschäftsführer bestellen.²⁸ Zwar ist es möglich, dass eine Person gewerberechtliche Geschäftsführerin verschiedener Gewerbe ist. Voraussetzung dafür ist aber, dass bei dieser Person je betroffenes Gewerbe die entsprechenden Voraussetzungen (vor allem allenfalls Befähigung) vorliegen.

Hinweis: „Highlander-Prinzip“

Nach der Rechtsprechung des VwGH zu § 9 VStG darf die Bestellung eines strafrechtlich Verantwortlichen keine Zweifel über den Umfang der Übertragung der Verantwortlichkeit offenlassen. Eine solche eindeutige und zu keinen Zweifeln Anlass gebende Umschreibung des Verantwortungsbereichs liegt darüber hinaus nur dann vor, wenn für die in räumlicher, sachlicher und allenfalls auch zeitlicher Hinsicht abgegrenzte verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit immer nur eine von vornherein feststehende Person in Betracht kommt. Diese Grundsätze gelten auch für die Verantwortlichkeit eines gewerberechtlichen Geschäftsführers.²⁹

Je Gewerbe nur ein gewerberechtlicher Geschäftsführer: Es kann nur einen geben!

Aus der Funktion des gewerberechtlichen Geschäftsführers ergibt sich auch, welche Gewerbeinhaber zwingend gewerberechtliche Geschäftsführer bestellen müssen. Dies sind Einzelunternehmer, die selbst nicht über die erforderliche Befähigung verfügen, und juristische Personen, die ihrem Wesen nach überhaupt keine Befähigungen selbst erbringen können.

2.1.1. Obligatorische und fakultative Bestellung

2.1.1.1. Bei natürlichen Personen

- 35 Gewerbeinhaber, die natürliche Personen sind (Einzelunternehmer), müssen einen gewerberechtlichen Geschäftsführer bestellen, wenn sie
- den **Befähigungsnachweis nicht erbringen können** oder
 - keinen Wohnsitz im Inland haben.
- 36 Das Erfordernis des Inlandswohnsitzes entfällt, wenn ein Wohnsitz in der EU/im EWR oder der Schweiz besteht. Da der Wohnsitz im Inland sicherstellen soll, dass allfällige Verstöße im Zusammenhang mit der Gewerbeausübung verwaltungsstrafrechtlich geahndet werden können, entfällt das Erfordernis auch, wenn Übereinkommen bestehen, wonach die Zustellung der Verhängung und die Vollstreckung von Verwaltungsstrafen sichergestellt sind.

28 VwGH 28.9.2011, 2011/04/0128 = VwSlg 18226 A/2011; vgl statt aller zudem *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO³ § 39 Rz 4.

29 VwGH 28.9.2011, 2011/04/0128 RS 5.

Wenn daher Einzelunternehmer die berufsrechtliche Befähigung nicht selbst erbringen können, müssen sie zwingend (obligatorisch) einen gewerberechtlichen Geschäftsführer bestellen. Dies gilt auch für Fortbetriebsberechtigte (§ 41 GewO), wenn ihnen keine Nachsicht von der Bestellung erteilt wurde und sie die persönlichen Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes nicht nachweisen können (Befähigung). 37

Anmerkung: Fortbetriebsrecht

Fortbetriebsrecht meint das Recht, einen Gewerbebetrieb aufgrund einer bestehenden Gewerbeberechtigung einer anderen Person fortführen zu dürfen. Anwendungsfälle sind der Tod des Gewerbeinhabers, die Insolvenzeröffnung oder die Bestellung einer Zwangsverwaltung.

Auch hierbei gilt, dass grundsätzlich immer dann, wenn die Befähigung von den Fortbetriebsberechtigten nicht nachgewiesen werden kann, ein gewerberechtlicher Geschäftsführer zu bestellen ist, sofern die Behörde dafür keine Ausnahme (Nachsicht) erteilt. Gibt es schon einen gewerberechtlichen Geschäftsführer – zB weil der verstorbene Einzelunternehmer einen fakultativen Geschäftsführer bestellt hat –, endet dessen Tätigkeit durch Eintritt des Fortbetriebsfalls grundsätzlich nicht.

Der Insolvenzverwalter und der Vertreter der Verlassenschaft treten nach § 41 Abs 5 GewO aber kraft Gesetzes in die Funktion des gewerberechtlichen Geschäftsführers ein, auch wenn sie die Voraussetzungen des § 39 GewO nicht erfüllen (insbesondere Befähigungsnachweis). Ein allenfalls bereits vorhandener gewerberechtlicher Geschäftsführer verliert im Zeitpunkt der Anzeige seine Funktion; er kann aber freilich vom Insolvenzverwalter wiederbestellt werden. Sofern mit der Ausübung des Gewerbes ohne gewerberechtlichen Geschäftsführer eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen verbunden ist, muss jedoch auch in diesen Fällen ein „befähigter“ Geschäftsführer bestellt werden; der Insolvenzverwalter tritt in diesen Fällen auch *expressis verbis* nicht in die Funktion ein.³⁰

Darüber hinaus steht es jeder Einzelunternehmerin offen, einen gewerberechtlichen Geschäftsführer zu bestellen. In diesem Fall spricht man von **fakultativer Bestellung**. Die fakultative Bestellung ermöglicht auch dem Einzelunternehmer, sich grundsätzlich von der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit für die Einhaltung gewerberechtlicher Vorschriften zu befreien. 38

Zudem können von Einzelunternehmern auch für **andere Verwaltungsmaterien** (ArbeitnehmerInnenschutz, Abfallrecht, Wasserrecht etc) für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche ihres Unternehmens **verantwortliche Beauftragte** (siehe 2.7.2.) bestellt werden. Durch diese Optionen sind Einzelunternehmer juristischen Personen und deren Organen (unternehmensrechtliche Geschäftsführer, Vorstände) im Ergebnis gleichgestellt.

2.1.1.2. Bei juristischen Personen

Bei juristischen Personen und eingetragenen Personengesellschaften ist die Bestellung eines Geschäftsführers hingegen **immer obligatorisch**. Diese können 39

³⁰ Vgl Köhler in E/R/W GewO § 41 Rz 20 f; Gruber/Pallege-Barfuß, GewO⁷ § 41 Anm 35 ff, jeweils mwN.

2. Bestellung

Gewerbe ausüben und sind dementsprechend Gewerbeinhaberinnen, müssen jedoch einen Geschäftsführer bestellen (§ 9 Abs 1 GewO).

- 40 Scheidet der gewerberechtliche Geschäftsführer aus, so darf das Gewerbe bis zur Bestellung eines neuen Geschäftsführers, längstens jedoch während sechs Monaten weiter ausgeübt werden. Die Behörde hat diese Frist zu verkürzen, wenn mit der weiteren Ausübung des Gewerbes ohne Geschäftsführer eine besondere Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen verbunden ist oder in den vorangegangenen zwei Jahren vor dem Ausscheiden des Geschäftsführers das Gewerbe insgesamt länger als sechs Monate ohne Geschäftsführer ausgeübt wurde (§ 9 Abs 2 GewO; siehe 4.3.).

Hinweis: Gewerbeanmeldung bei juristischen Personen

Auch wenn juristische Personen nach Ausscheiden eines gewerberechtlchen Geschäftsführers bis zu sechs Monaten ihr Gewerbe ohne gewerberechtlchen Geschäftsführer weiterbetreiben dürfen, können sie wirksam **kein Gewerbe anmelden**, **ohne** einen gewerberechtlchen **Geschäftsführer** anzuzeigen.

- 41 Wenn es sich um ein **reglementiertes Gewerbe** handelt, muss der Geschäftsführer außerdem entweder
- dem zur **gesetzlichen Vertretung berufenen Organ** der juristischen Person angehören oder
 - ein **mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit** im Betrieb beschäftigt, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechts **voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer** sein.

Dies gilt sinngemäß für eingetragene Personengesellschaften. Bei diesen muss der gewerberechtliche Geschäftsführer ein persönlich haftender außenvertretungsbefugter Gesellschafter (§ 9 Abs 3 GewO) oder ein zumindest halbezeitbeschäftigter Arbeitnehmer sein.

- 42 **Nicht zulässig** ist aber die Bestellung von – nach GSVG zu versichernden – **Mehrheitsgesellschaftern** einer GmbH zu gewerberechtlchen Geschäftsführern, wenn sie nicht gleichzeitig unternehmensrechtliche Geschäftsführer sind.³¹

Bei **freien Gewerben** können auch Personen zu gewerberechtlchen Geschäftsführern bestellt werden, die weder Vertretungsbefugte noch (zumindest halbezeitbeschäftigte) Arbeitnehmerinnen sind.

Eine Ausnahme von diesen Erfordernissen besteht weiters für Industriebetriebe, weil hier die Erbringung eines Befähigungsnachweises grundsätzlich nicht erforderlich ist (siehe im Detail 1.4.).

31 Vgl VfGH 14.3.2018, G 227/2017; vgl im Detail zum Ausgangsverfahren vor dem VwGH auch *Tuma*, Mehrheitsgesellschafter als gewerberechtlcher Geschäftsführer? RdW 2016/550.

Achtung: Betätigungsmöglichkeit bei freien Gewerben und Industriebetrieben

Auch gewerberechtliche Geschäftsführerinnen, die für freie Gewerbe oder Industriebetriebe bestellt sind, müssen in der Lage sein, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen. Eine ausreichende Betätigungsmöglichkeit wird zB nicht vorliegen, wenn ein in Salzburg vollzeitbeschäftigter Koch die gewerberechtliche Geschäftsführung für drei Feinkostläden (jeweils einer in der Steiermark, im Burgenland und in NÖ) übernehmen soll (siehe unten 2.2.).

2.1.2. Schachtel- und Konzernprivileg

Wenn eine **juristische Person** wie eine GmbH oder eine AG **persönlich haftende Gesellschafterin einer eingetragenen Personengesellschaft** ist, darf auch eine außenvertretungsbefugte Person der juristischen Person (unternehmensrechtlicher Geschäftsführer, Vorstand) oder ein bei der juristischen Person zumindest halbezeitbeschäftigter, voll sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer zum gewerberechtlichen Geschäftsführer bestellt werden (§ 9 Abs 4 GewO). 43

Dies gilt sinngemäß auch für zweistöckige Personengesellschaften (§ 9 Abs 6 GewO), wobei bei diesen ein Außenvertretungsbefugter (Vorstand der AG, unternehmensrechtlicher Geschäftsführer der GmbH) – kein Arbeitnehmer! – bestellt werden muss. Eine mehr als zweistöckige GmbH & Co KG darf kein reglementiertes Gewerbe ausüben.³²

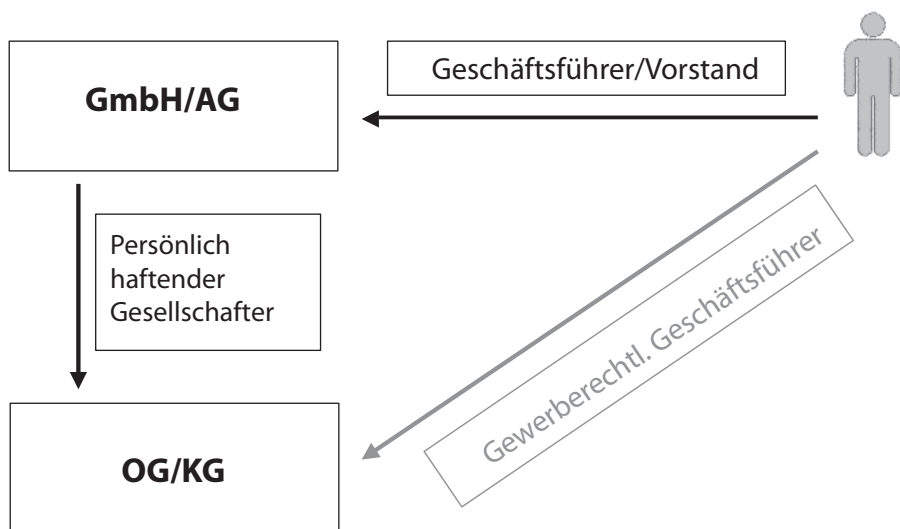


Abb 1: Bestellung gemäß § 9 Abs 4, 1. Fall GewO

32 Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO³ § 9 Rz 32; Werinos in E/R/W GewO § 9 Rz 12.