

## 3. Bestellung von besonderen berufsrechtlichen Geschäftsführern

### 3.1. Einleitung

Allen in diesem Kapitel dargestellten Geschäftsführern ist gemeinsam, dass sie der Behörde gegenüber für die Einhaltung der von ihrer Funktion umfassten gesetzlichen Bestimmungen und gegenüber der Gesellschaft für eine sorgsame Pflichterfüllung verantwortlich sind. Die Vertretungsorgane trifft in diesem Fall keine verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit, **außer** dass **311**

- Rechtsverletzungen des Geschäftsführers wissentlich geduldet werden;
- sie im Hinblick auf die Bestellung des obligatorischen oder fakultativen Geschäftsführers ein Auswahlverschulden<sup>684</sup> zu verantworten haben.

Berufsrechtliche Geschäftsführer sind zu bestellen (im Gewerberecht) oder können bestellt werden, zB im Hinblick auf den gaswirtschaftsrechtlichen Geschäftsführer (§ 46 Abs 1 GWG).

### 3.2. Gewerberechtlicher Geschäftsführer

#### 3.2.1. Grundlagen

##### 3.2.1.1. „Gewerbliche Tätigkeiten“

Das Gewerberecht ist der *Kern* aller österreichischen berufsrechtlichen Bestimmungen und aus diesem Grunde auch für GmbHs von großer praktischer Bedeutung. Eine GmbH mit Sitz bzw Niederlassung im Inland ist als juristische Person im Sinne des § 9 Abs 1 GewO innerhalb ihres gesetzlich zulässigen Wirkungsbereichs gewerberechtsfähig. So wie auch eine physische Person berechtigt diese Gewerberechtssubjektivität die Gesellschaft, ein oder mehrere Gewerbe anzumelden und diese innerhalb der gesetzlichen Rahmenbedingungen auszuüben.<sup>685</sup> Die gleichen Grundsätze gelten auch für die meisten nicht vom Geltungsumfang der Gewerbeordnung umfassten Berufe.<sup>686</sup> **312**

684 VwGH 30.10.1991, **91/09/0060**.

685 N. Raschauer in Gruber/ Harrer (Hrsg), GmbHG<sup>2</sup> (2018) Anh § 15: GewR Rz 1.

686 Vgl hierzu die gesetzlichen Bestimmungen für Rechtsanwälte (§ 1a RAO), Patentanwälte (§ 1a Abs 1 PatAnwG), Steuerberater und Wirtschaftsprüfer (§§ 51 ff WTBG 2017), Ziviltechniker (§ 21 ZTG), Ärzte (§ 52 Abs 1 Z 2 ÄrzteG), Zahnärzte (§ 26 Abs 1 Z 2 ZÄG) und Tierärzte (§ 15a TierärzteG).

**313** Folgende Tätigkeiten dürfen nicht in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ausgeübt werden:

- Betrieb von Versicherungsgeschäften (§ 1 Abs 2, § 3 VAG)<sup>687</sup>
- Tätigkeit als politischer Verein (§ 1 Abs 2 GmbHG)
- Tabaktrafiken (vgl §§ 23 Abs 1, 27 Abs 2 und 36 Abs 4 TabMG 1996)
- Rauchfangkehrer (§ 121 Abs 1 GewO)
- Apotheken (§ 12 Abs 3 ApothekenG)<sup>688</sup>
- Notare (§ 22 NO)
- Betrieb eines Hypothekendarlehensgeschäftes (§ 2 HypBG)
- Tätigkeit als Beteiligungsgesellschaft (§ 3 Abs 2 BfGG)
- Börsengeschäfte (§ 3 BörseG)
- Bausparkassen (§ 5 Abs 1 Z 1 BSpG)
- Pensionskassen (§ 6 PKG)
- Fahrschulen (§ 109 KFG)
- Schiffspfandbriefbanken (§ 2 SchiffsbankG)

**314** Der **Geltungsumfang** der Gewerbeordnung erstreckt sich auf alle Tätigkeiten, die gewerbsmäßig ausgeübt werden, nicht verboten sind<sup>689</sup> und für die keine gesetzliche Ausnahme besteht. Von der Gewerbeordnung nicht umfasst sind Tätigkeiten,

- für die spezielle Berufsregelungen bestehen<sup>690</sup>;
- die in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fallen<sup>691</sup>;
- die als nicht regelungsbedürftig bzw nicht regelungszugänglich erachtet werden (zu dieser Gruppe zählt in erster Linie die Ausübung künstlerischer oder literarischer Tätigkeiten [§ 2 Abs 1 Z 7 GewO]);
- die ohne ausdrückliche Normierung als ausgenommen erachtet werden (darunter fallen die Verwaltung eigenen Vermögens und die bloße Raumvermietung ohne weitere Dienstleistungen<sup>692</sup>).

**315** Eine Tätigkeit ist **gewerbsmäßig** (§ 1 Abs 2 GewO), die selbständig, regelmäßig und in Ertragszielungsabsicht betrieben wird. **Selbständigkeit** bedeutet das Ausüben einer Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr<sup>693</sup> (§ 1 Abs 3 GewO). Sie ist

---

687 Die Vermittlung von Versicherungsgeschäften ist hingegen zulässig.

688 OGH 28.6.1977, **5 Ob 618/77** = HS 11.328 = SZ 50/96.

689 VwGH 28.10.1997, **97/04/0120**; VwGH 27.3.1990, **89/94/0170**.

690 Unter diese Kategorie fallen insbesondere der Bergbau, das Recht der in Kammern organisierten freien Berufe (Notare, Rechtsanwälte, Steuerberater, [Zahn-]Ärzte, Ziviltechniker), Hebammen, Börsensensale, Psychologen und Psychotherapeuten, Versicherungen, Banken, Eisenbahn-, Seilbahn-, Schifffahrts- und Luftverkehrsunternehmen sowie Privatschulen.

691 In die Gesetzgebungskompetenz der Länder fallen (unter anderem) die Land- und Forstwirtschaft einschließlich ihrer Nebengewerbe, der Betrieb von Buschenschänken, die Privatzimmervermietung bis zu zehn Betten, die Tätigkeit der Berg- und Schiffführer sowie von Schischulen, Kinos und Veranstaltungsbetriebe sowie Privatunterricht.

692 VwGH 24.6.2009, **2008/15/0060**; OGH 28.7.1998, **1 Ob 157/98i** = MietSlg 50.185 = MietSlg 50.248.

693 Siehe hierzu exemplarisch VwGH 15.9.1999, **98/04/0104**.

gekennzeichnet durch eine unternehmerische Entscheidungsfreiheit sowie die Tragung des Unternehmerrisikos.<sup>694</sup> Das Vorliegen einer Selbständigkeit wird durch eine „*gesamthafte wirtschaftliche Betrachtungsweise*“<sup>695</sup> und nicht nur nach den äußeren rechtlichen Formen beurteilt.<sup>696</sup> Eine Tätigkeit verliert das Merkmal der Selbständigkeit jedoch nicht bloß deshalb, weil sie von der ausübenden GmbH nicht persönlich erbracht wird. Die Gesellschaft ist vielmehr berechtigt, die Ausübung der in den Berechtigungsumfang ihres Gewerbes fallenden Tätigkeiten ganz oder zum Teil Dritten zu überlassen.<sup>697</sup>

Das Begriffsmerkmal „Regelmäßigkeit“ erfordert eine gewisse zeitliche Kontinuität und gleichmäßige wiederkehrende Maßnahmen. Auch **einmalige Handlungen** sind erfasst<sup>698</sup>, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann oder wenn die Handlung längere Zeit in Anspruch nimmt (§ 1 Abs 6 GewO).<sup>699</sup> **316**

Der Ausübung eines Gewerbes gleichgehalten wird das Anbieten **317**

- einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen (§ 1 Abs 4 GewO) auf Websites<sup>700</sup> et cetera;
- von Tätigkeiten bei Ausschreibungen.

Ein „Anbieten“ im Sinne von § 1 Abs 4 zweiter Satz GewO liegt vor, wenn eine an einen größeren Kreis von Personen gerichtete Ankündigung geeignet ist, in der Öffentlichkeit den Eindruck zu erwecken, es werde eine unter den Wortlaut der Ankündigung fallende gewerbliche Tätigkeit entfaltet.<sup>701</sup> Maßgeblich für ein Angebot im Sinne des § 1 Abs 4 zweiter Satz GewO ist grundsätzlich der objektive Wortlaut des Angebots, nicht die Absicht des Anbietenden.<sup>702</sup> Dabei genügt es, dass eine Ankündigung in der Öffentlichkeit (beim „Publikum“) den Eindruck erwecken kann, es werde eine unter den Wortlaut der Ankündigung fallende gewerbliche Tätigkeit entfaltet.<sup>703</sup> **318**

Eine **Erwerbsabsicht** liegt vor, wenn die Tätigkeit der Erzielung von Einkünften dient<sup>704</sup> und/oder zum Gegenstand eines Gewerbes gemacht wird.<sup>705</sup> Kennzeich- **319**

694 VwGH 23.4.1991, **88/04/0111**.

695 VwGH 29.1.2018, **Ra 2016/04/0058**; VwGH 24.6.2015, **2013/04/0113** = VwSlg 19146 A/2015; VwGH 12.5.2011, **2010/04/0013**; VwGH 23.4.1991, **88/04/0111**.

696 VwGH 18.8.2017, **Ra 2017/04/0081**; VwGH 6.11.1995, **94/04/0107**.

697 VwGH 16.5.2018, **Ra 2017/04/0087**.

698 VwGH 16.5.2018, **Ra 2017/04/0087**.

699 VwGH 15.9.2006, 2004/04/0185; VwGH 11.11.1998, **98/04/0050**; VwGH 27.5.1997, **96/04/0270**; VwGH 2.3.1977, **1880/76** = VwSlg 9263 A/1977.

700 VwGH 1.2.2017, **Ra 2016/04/0147** = JuSGuide 2017/21/4948.

701 Vgl insoweit VwGH 23.11.2016, **2016/04/0098** = GesRZ 2917, 5 = VwSlg 19492 A/2016; VwGH 5.9.2013, **2012/09/0101**.

702 VwGH 19.11.2003, **2000/04/0093**; VwGH 10.6.1992, **92/04/0044**.

703 *Pöschl*, System der Gewerbeordnung (2016) Rz 25; VwGH 25.2.2004, **2002/04/0069**; VwGH 2.6.1999, **98/04/0051**.

704 VwGH 29.1.1991, **88/04/0218**.

705 *Fritz*, Mustersammlung zum GmbH-Recht IP<sup>2</sup> (2017) 212.

### 3. Bestellung von besonderen berufsrechtlichen Geschäftsführern

---

nend für die auf Dauer<sup>706</sup> angelegte Erwerbstätigkeit ist die im Unternehmen planmäßig organisierte Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr.<sup>707</sup>

- 320** Im Hinblick auf die **Ertragserzielungsabsicht** ist in erster Linie das Vorhaben<sup>708</sup> maßgeblich, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil<sup>709</sup> zu erzielen;<sup>710</sup> der wirtschaftliche Vorteil kann dabei zugunsten einer anderen unternehmerischen Tätigkeit bestehen.<sup>711</sup> Nicht maßgeblich ist hingegen, ob in weiterer Folge tatsächlich Erträge gewonnen werden können und für welchen Zweck der wirtschaftliche Vorteil angestrebt wird.<sup>712</sup>

#### 3.2.1.2. Einteilung der Gewerbe

- 321** Für die Einteilung der Gewerbe sind folgende Grundsätze bzw Unterscheidungskriterien maßgeblich.<sup>713</sup>

- Freie Gewerbe ohne (der Regelfall) oder (ausnahmsweise) mit Berufsausübungsvorschriften<sup>714</sup>
  - Freie Gewerbe umfassen alle Tätigkeiten, die in § 94 GewO nicht als reglementierte Gewerbe angeführt sind.<sup>715</sup>
  - Die Erbringung eines Befähigungsnachweises ist grundsätzlich nicht erforderlich.
- Reglementierte Anmeldegewerbe<sup>716</sup>

---

706 VwGH 16.5.2018, **Ra 2017/04/0087**.

707 Vgl stellvertretend für mehrere VwGH 16.5.2018, **Ra 2016/04/0002**; VwGH 19.6.1991, **90/04/0036**.

708 VwGH 29.1.2018, **Ra 2016/04/0058**.

709 Ein *wirtschaftlicher Vorteil* ist jede wirtschaftlich positive Wirkung bzw jeder den Unternehmenszielen dienende positive Effekt (zB Festigung bestehender Geschäftsverbindungen, Steigerung des Bekanntheitsgrades der Gesellschaft, ihrer Produkte und/oder Dienstleistungen sowie Verbesserung der Kreditwürdigkeit). Siehe hierzu unter anderem VwGH 9.8.2015, **Ra 2015/03/0031**; VwGH 31.5.2012, **2010/06/0207**.

710 VwGH 24.6.2015, **2013/04/0113** = VwSlg 19146 A/2015; VwGH 31.5.2012, **2010/06/0207**.

711 VwGH 13.10.1993, **92/03/0191**; VwGH 13.10.1993, **92/03/0054**; VwGH 2.10.1989, **88/04/0045**; VwGH 28.6.1989, **88/03/0077**.

712 VwGH 24.6.2015, **2013/04/0113** = VwSlg 19146 A/2015.

713 Vgl hierzu auch *Fritz*, Prokura und Handlungsvollmacht<sup>3</sup> (2015) Rz 559.

714 Das zweite Hauptstück der Gewerbeordnung („Bestimmungen für einzelne Gewerbe“) sieht auch einige wenige für folgende freie Gewerbe vor: „Adressverlage und Direktmarketingunternehmen“ (§ 151 GewO), „Arbeitsvermittlung“ (§ 151a GewO), „Auskunfteien über Kreditverhältnisse“ (§ 152 Abs 1 GewO), „Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik“ (§ 153 GewO), „Handelsgewerbe und Handelsagentengewerbe“ (§ 154 GewO), „Pfandleiher“ (§§ 155, 156 GewO), „Tankstellen“ (§ 157 GewO), „Versteigerung beweglicher und unbeweglicher Sachen“ (§ 158 GewO), „Personenbetreuung“ (§ 159 ff GewO). In weiterer Folge sind in § 162 jene Tätigkeiten taxativ aufgezählt, die weder zu den reglementierten noch zu den durch BGBl [I 2017/94] aufgehobenen Teilgewerben zählen.

715 Schon alleine aufgrund ihrer Anzahl sind die einzelnen freien Gewerbe in der Gewerbeordnung namentlich nicht angeführt. Das Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort führt jedoch eine beispielhafte (VwGH 25.9.2012, **2012/04/0067**) Liste der freien Gewerbe, die in regelmäßigen Intervallen aktualisiert wird: [https://www.bmdw.gv.at/Nationale%20Marktstrategien/Documents/Bundeseinheitliche\\_Liste\\_der\\_freien\\_Gewerbe.pdf](https://www.bmdw.gv.at/Nationale%20Marktstrategien/Documents/Bundeseinheitliche_Liste_der_freien_Gewerbe.pdf).

716 „Anmeldegewerbe“ sind sämtliche freie Gewerbe und der überwiegende Teil der reglementierten Gewerbe. Sie dürfen im Falle der Erfüllung der allgemeinen und besonderen Voraussetzungen bereits

- Reglementierte Gewerbe mit Überprüfung der Zuverlässigkeit im Sinne des § 95 GewO
  - Für die Ausübung eines reglementierten Gewerbes<sup>717</sup> ist grundsätzlich eine fachliche Befähigung erforderlich.
- Verbundene Gewerbe
  - Verbundene Gewerbe setzen sich aus zwei oder mehreren Gewerben zusammen; sie sind in § 94 GewO ausdrücklich als solche bezeichnet.
  - Für die Ausübung eines verbundenen Gewerbes genügt der Befähigungsnachweis für ein Gewerbe.
- Erzeugungs-, Handels- und Dienstleistungsgewerbe
  - Diese Unterscheidung ist nur im Hinblick auf den Umfang der allgemeinen Nebenrechte von Bedeutung; sie spielt für den Zugang zur Gewerbeausübung keine Rolle.
- Gewerbeausübung in Form eines Industriebetriebes<sup>718</sup>
  - Die Einstufung als Industriebetrieb darf nicht willkürlich erfolgen; sie ist abhängig von Betriebsgröße, Betriebsablauf und Automatisierungsgrad, dem Vorhandensein eines allfälligen Betriebsrats et cetera.
  - Nicht jede gewerbliche Tätigkeit kann in industrieller Form ausgeübt werden.<sup>719</sup>
  - Ein nicht unbedeutender (Kosten-)Nachteil dieser Form der Gewerbeausübung besteht darin, dass durch die Anwendung der kollektivvertraglichen Bestimmungen für Industriebetriebe ein finanzieller Mehraufwand entsteht.

Das Gewerberecht stellt auf allgemeine Voraussetzungen sowie bei *reglementierten Gewerben* auf eine bestimmte fachliche Befähigung ab. Da eine GmbH als juristische Person die fachlichen Voraussetzungen (mangels Möglichkeit einer Berufsausbildung) nicht erfüllen kann<sup>720</sup>, ist durch ihr Vertretungsorgan pro ausgeübtes 322

---

ab der vollständigen Anmeldung des betreffenden Gewerbes bei der Bezirksverwaltungsbehörde des Standortes der Gewerbeinhaberin ausgeübt werden. Bei Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen erfolgt eine Eintragung in das Gewerbeinformationssystem Austria (GISA) und Übermittlung eines Auszugs (mit bloß deklarativer Wirkung [VwGH 1.10.2018, 2017/04/0016]) an die Gesellschaft als Anmelderin des Gewerbes (§ 340 Abs 1 GewO 1994). Erfüllt die Anmeldung die gesetzlichen Voraussetzungen nicht, so hat dies die Behörde mit Bescheid festzustellen und die Ausübung zu untersagen (§ 340 Abs 3 GewO).

717 Die (derzeit) insgesamt 82 reglementierten Gewerbe sind in § 94 GewO 1994 taxativ aufgezählt.

718 Für Industriebetriebe ist zwar ein gewerberechtlicher Geschäftsführer zu bestellen, für den jedoch mit **Ausnahme** der Gewerbe „Baumeister“, „Herstellung von Arzneimittel und Giften“, „Herstellung und Aufbereitung von Medizinprodukten, soweit diese Tätigkeiten nicht unter ein anderes reglementiertes Gewerbe fallen“, „Steinmetzmeister einschließlich Kunststeinerzeuger und Terrazzomacher“, „Waffengewerbe“ und „Holzbau-Meister“ **kein Befähigungsnachweis** erforderlich ist (§ 7 Abs 5 GewO).

719 Die Gewerbeausübung in Form eines Industriebetriebes ist unzulässig bei Handels-, Verkehrs- und Tourismusgewerben sowie jenen Tätigkeiten, bei denen die persönliche Dienstleistung im Vordergrund steht (§ 7 Abs 6 GewO).

720 Juristische Personen sind nur insoweit handlungsfähig, als ihnen das Verhalten Dritter zugerechnet wird; VwGH 2.2.2012, 2011/04/0219.

Gewerbe<sup>721</sup> eine physische Person zum gewerberechtlichen Geschäftsführer zu bestellen (§§ 9 Abs 1 und 39 GewO).

#### 3.2.1.3. Gewerbelizenz

- 323** Die mit der Gewerberechtsnovelle BGBl I 2017/94 in § 38 GewO eingeführte Gewerbelizenz umfasst alle Gewerbeberechtigungen eines Gewerbeinhabers. Sie ist ein eigenständiges Recht, das den einzelnen Gewerbeberechtigungen rechtlich zwar übergeordnet ist, allerdings nicht eigenständig – also ohne dass die Gewerbelizenz nicht zumindest eine Gewerbeberechtigung umfasst – begründet werden kann.<sup>722</sup> Aus diesem Grund gibt es auch keine gesonderten behördlichen Individualverfahren, mit denen eine Gewerbelizenz begründet oder beendet wird. Die Begründung erfolgt vielmehr automatisch mit der Anmeldung des ersten Gewerbes durch eine bestimmte Person, im konkreten Fall also durch eine GmbH. Die Gewerbelizenz endet auch automatisch, sobald die jeweilige Gewerbeinhaberin über keine einzige Gewerbeberechtigung mehr verfügt. Eine (juristische) Person kann nur über eine Gewerbelizenz verfügen.<sup>723</sup>
- 324** An den Umstand des Vorliegens (bzw Nichtvorliegens) einer Gewerbelizenz knüpfen sich folgende Rechtsfolgen, insbesondere im Hinblick auf die Ausübung freier Gewerbe:
- Zusätzliche freie Gewerbe sind nicht mehr anzumelden, sondern im Verfahren gemäß § 345 GewO anzuzeigen. Die auf Grundlage des § 339 GewO erforderlichen Bestimmungen über den Gewerbewortlaut, Standort und notwendige Beilagen bleiben weiter maßgeblich. Gewerbewortlaute mehrerer freier Gewerbe können zu einem Wortlaut verbunden werden.
  - Sobald eine Person über eine Gewerbelizenz verfügt, ist das Ausüben eines freien Gewerbes ohne entsprechende Gewerbeberechtigung keine unbefugte Gewerbeausübung gemäß § 366 Abs 1 Z 1 GewO. Das Ausüben eines freien Gewerbes ohne Gewerbeberechtigung ist nur mehr dann eine unbefugte Gewerbeausübung, wenn die Gesellschaft über keine Gewerbelizenz verfügt.<sup>724</sup>
  - Wird bei aufrechter Gewerbelizenz ein freies Gewerbe ausgeübt, ohne dass eine Gewerbeberechtigung erlangt worden ist und die spezifische Ausübung nicht von allfälligen Nebenrechten gedeckt ist, so ist das Verhalten mit Sanktionen ansteigender Strenge bedroht.
    - Zunächst ist die Person von der Behörde gemäß § 371b GewO zu beraten und aufzufordern, dass für die Tätigkeit eine Gewerbeberechtigung zu erlangen ist.

---

721 N. Raschauer in Gruber/Harrer (Hrsg), GmbHG<sup>2</sup> (2018) Anh § 15: GewR Rz 10.

722 Vgl hierzu weiterführend Roth, Gewerbelizenz, Gewerbeberechtigung und Nebenrechte, JAP 2018/2019, 83 (84).

723 Potacs in Holoubek/Potacs (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht I<sup>4</sup> (2019) 72.

724 Siehe hierzu allerdings die Ausnahmen in § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994.

- – Wird daraufhin dieser Aufforderung Folge geleistet, so ist das Verhalten nicht weiter mit Strafverfolgung bedroht.
- – Wird daraufhin eine Gewerbebeanmeldung unterlassen, so kommt bei Ersttätern § 367 Z 8 GewO zur Anwendung.
- Wird ein freies Gewerbe wiederholt ohne entsprechende Gewerbeberechtigung ausgeübt, so ist § 366 Abs 1 Z 10 GewO anzuwenden.
- Allfällige sonstige Rechtsfolgen, für welche das Gesetz zwingend einen Tatbestand gemäß § 366 Abs 1 Z 1 GewO erfordert, können nicht eintreten, sofern es sich bei der – für die sonstige Rechtsfolge und Prüfung maßgebliche – Tätigkeit um ein freies Gewerbe handelt, das bei aufrechter Gewerbeberechtigung ausgeübt wird.<sup>725</sup>

### 3.2.1.4. Die Rechtsfigur des gewerberechtlichen Geschäftsführers

Sinn und Zweck der Geschäftsführerbestellung<sup>726</sup> ist es, dass in der Gesellschaft eine Person vorhanden ist, die entsprechende fachliche Kenntnisse sowie Fähigkeiten aufweist und der Gewerbeinhaberin sowie der Behörde gegenüber in der im § 39 Abs 1 GewO bezeichneten Weise verantwortlich ist.<sup>727</sup> Der gewerberechtliche Geschäftsführer hat die für die Ausübung des Gewerbes erforderlichen persönlichen und bei reglementierten Gewerben **fachlichen Voraussetzungen** zum Zeitpunkt der Gewerbebeanmeldung zu erfüllen.<sup>728</sup> Inhaberin der Gewerbeberechtigung ist die GmbH, nicht der gewerberechtliche Geschäftsführer<sup>729</sup>.

Der gewerberechtliche Geschäftsführer ist eine natürliche Person, die 326

- vom Vertretungsorgan der GmbH als Trägerin der Gewerbeberechtigung durch einen zivilrechtlichen gesellschaftsinternen Vorgang bestellt wird<sup>730</sup>;
- die für den Gewerbeantritt erforderlichen persönlichen und bei reglementierten Gewerben fachlichen Voraussetzungen<sup>731</sup> (Befähigungsnachweis) erfüllt;
- in der Lage sein muss, sich im Unternehmen der GmbH als Gewerbeinhaberin tatsächlich zu betätigen<sup>732</sup>, und über eine selbständige fachliche Anordnungsbefugnis verfügt;

725 Dies ergibt sich daraus, dass weder § 366 Abs 1 Z 10 noch § 367 Z 8 GewO 1994 privilegierte Tatbestände des § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994 sind. Es handelt sich vielmehr um eigenständige neue Deliktstypen, die aus § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994 herausgelöst worden sind.

726 Die Möglichkeit zur Ausübung eines Gewerbes durch Geschäftsführer war bereits in der Gewerbeordnung 1859 (!) in den §§ 58 und 139 GewO 1859 (RGI 1859/227) vorgesehen.

727 *Ortner/Cetin*, Haftung des gewerberechtlichen Geschäftsführers gegenüber Dritten (I), *ecolex* 2018, 614; VwGH 26.2.1998, **97/07/0172**.

728 VwGH 11.5.2017, **Ro 2016/04/0008**; VwGH 15.9.2011, **2011/04/0033**; VwGH 17.12.2002, **2002/04/0108**.

729 Der von der Gesellschaft bestellte gewerberechtliche Geschäftsführer kann seinerseits – aufgrund früherer oder parallel ausgeübter beruflicher Tätigkeiten – Inhaber einer Gewerbeberechtigung sein; das hat jedoch nichts mit der GmbH im engeren Sinn zu tun. Vgl hierzu auch *Fritz*, Die Haftung des gewerberechtlichen Geschäftsführers, SWK 14/15/2008, W 97 ff.

730 VwGH 24.5.1995, **94/09/0280**.

731 In aller Regel durch Erbringung eines förmlichen Befähigungsnachweises oder behördlicher Feststellung der individuellen Befähigung (§ 19 GewO 1994).

732 VwGH 27.1.2010, **2006/04/0038** = VwSlg 17818 A/2010; VwGH 12.11.1996, **96/04/0206**.

### 3. Bestellung von besonderen berufsrechtlichen Geschäftsführern

---

- der Gesellschaft gegenüber für die fachlich einwandfreie Gewerbeausübung<sup>733</sup> (zivil-/arbeitsrechtlicher Pflichtenkreis) und der Behörde gegenüber für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften (öffentlich-rechtlicher Pflichtenkreis) verantwortlich ist;
- Dritten gegenüber für die Überschreitung der gewerberechtlichen Befugnisse der Gesellschaft haftet.<sup>734</sup>

**327** Die Bestellung eines gewerberechtlichen Geschäftsführers dient auch dazu, die (ohnehin sehr umfassende) Haftung der unternehmensrechtlich zur Vertretung berufenen GmbH-Geschäftsführer zu vermeiden.

**328** In § 39 GewO sind wichtige Bestimmungen über die Bestellung, Aufgaben, Verantwortlichkeit und das Ausscheiden eines gewerberechtlichen Geschäftsführers normiert.<sup>735</sup> Neben dieser zentralen Rechtsgrundlage bestehen in der Gewerbeordnung – sehr unsystematisch – weitere Regelungen zur Rechtsstellung eines gewerberechtlichen Geschäftsführers.<sup>736</sup>

**329** Die große **praktische Bedeutung** des gewerberechtlichen Geschäftsführers ist der Tatsache geschuldet, dass weder die Gesellschafter noch die gesellschaftsrechtlichen Geschäftsführer über eine einschlägige fachliche Befähigung im Falle der Ausübung eines reglementierten Gewerbes durch die GmbH verfügen müssen, wenn diese formale Voraussetzung von einer anderen Person – eben dem gewerberechtlichen Geschäftsführer – erbracht wird.<sup>737</sup>

**330** Verfügt eine GmbH als Gewerbeinhaberin über mehrere Gewerbeberechtigungen, kann sie für jedes Gewerbe eine andere Person als gewerberechtlichen Geschäftsführer bestellen.<sup>738</sup> Vorbehaltlich der Erfüllung allfälliger fachlicher („besonderer“) Voraussetzungen<sup>739</sup> kann eine Person auch gewerberechtlicher Geschäftsführer für mehrere von der Gesellschaft ausgeübte Gewerbe sein.

---

733 OGH 30.6.2003, 7 **Ob 135/03h** = RdW 2003, 627 = ecolex 2003,907 = JBl 2004,107 (*Thunhart*).

734 Unter diese Bestimmung fällt die Einhaltung des jeweiligen Berechtigungsumfangs für das von der GmbH ausgeübte Gewerbe. Vgl hierzu OGH 28.9.2017, **8 Ob 57/17s** = RWZ 2017/81, 383 (*Wenger*) = Zak 2017/714, 417 = bau aktuell 2018/1, 39 = GES 2017,436 = RdW 2018/129, 162 = Jus-Extra ÖGH-Z 6312 = bbl 2018, 35/31 = bbl 2018, 35/32 = ecolex 2018/71, 153 (*Reich-Rohrwig*) = RZ 2018, 85 EÜ90 = ZVR 2018/49, 75 (*Danzl*) = ZRB 2018, 63 (*Wenusch, Fössl/Rebisant*) = Zak 2018/423, 224 (*Told*) = ZRB 2018, 91 (*Wiesinger*) = ÖJZ 2018/133, 1047 (*Told*); *Ortner/Cetin*, Haftung des gewerberechtlichen Geschäftsführers gegenüber Dritten (Teil I), ecolex 2018, 614; *Ortner/Cetin*, Verwaltungsrechtliche Geschäftsführer und Verantwortliche: Eine Bestandsaufnahme (Teil II), ecolex 2018,706; *Handig*, Mit einem Hang rutscht der gewerberechtliche Geschäftsführer in die Haftung, ecolex 2018, 307.

735 *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO<sup>3</sup> (2011) § 39 Rz 4.

736 Vgl hierzu die §§ 8 Abs 2 und 3, 9, 11 Abs 6, 16 Abs 1, 17, 21 Abs 4, 22 Abs 3, 41 Abs 4 und 5, 47, 85, 91, 95 Abs 2, 121 Abs 1a, 122, 339 Abs 3, 341, 361, 363 Abs 1, 365a, 367, 370 sowie 377 Abs 8 und 10 GewO 1994.

737 *Fritz*, Die GmbH und ihr gewerberechtlicher Geschäftsführer, Bilanzbuchhalter 66/16, 55.

738 VwGH 28.9.2011, **2011/04/0128** = VwSlg 18226 A/2011.

739 Die fachlichen Voraussetzungen sind abhängig vom jeweiligen reglementierten Gewerbe und können auf folgende Weise erbracht werden: Meister- oder Befähigungsprüfung (einschließlich Unternehmer- und Ausbilderprüfung), facheinschlägiges Studium oder entsprechende berufsbildende höhere Schule sowie individuelle Befähigung (vgl hierzu stellvertretend VwGH 11.5.2017, **Ra 2015/04/0094**). Zu diesen Alternativen des „Wissenserwerbes“ kommen noch qualifizierte Praxiszeiten, deren Dauer wiederum von der jeweiligen fachlichen Ausbildung abhängig ist.



Demgegenüber können mehrere Geschäftsführer nicht für ein und dasselbe Gewerbe bestellt werden<sup>740</sup>; erfolgt die Gewerbeausübung an mehreren Betriebsstätten, ist jedoch die Bestellung zusätzlicher Filialgeschäftsführer (§ 47 GewO) denkbar.<sup>741</sup> Werden mehrere gewerberechtliche Geschäftsführer für verschiedene Gewerbe bestellt, darf es keinen Zweifel über den Umfang der übertragenen Verantwortlichkeit geben.<sup>742</sup> Die Bestellung eines gewerberechlichen Geschäftsführers lediglich für die Ausübung eines Teiles des Gewerbes ist unzulässig.<sup>743</sup> **331**

Ein gewerberechlicher Geschäftsführer kann auch zum verantwortlichen Beauftragten für die Einhaltung sonstiger – nicht gewerberechlicher – Vorschriften bestellt werden. **332**

Der gewerberechliche Geschäftsführer ist nicht „Unternehmer“, ihn trifft sohin auch keine Unternehmerhaftung iSd § 18 UWG.<sup>744</sup>

### 3.2.2. Für die Funktion in Frage kommender Personenkreis

#### 3.2.2.1. Gestaltungsalternativen

Unabhängig von der Art des ausgeübten Gewerbes können zum gewerberechlichen Geschäftsführer sowohl ein Mitglied des Vertretungsorgans der GmbH („gesellschaftsrechtlicher Geschäftsführer“) als auch „andere Personen“<sup>4745</sup> bestellt werden. **333**

Gewerberechlicher Geschäftsführer einer **GmbH & Co KG**<sup>746</sup> kann sowohl der gesellschaftsrechtliche Geschäftsführer der Komplementär-GmbH als auch ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter, voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer<sup>747</sup> (eine „andere Person“) der Kommanditgesellschaft sein. **334**

740 VwGH 28.9.2011, **2011/04/0128** = VwSlg 18226 A/2011; *Rebhahn*, Der gewerberechliche Geschäftsführer (1994) 13 f; *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO<sup>3</sup> (2011) § 39 Rz 4.

741 Eine gesetzliche Verpflichtung zur Bestellung eines oder mehrerer Filialgeschäftsführer im Sinne des § 47 GewO besteht jedoch nicht; vgl hierzu VwGH 6.11.1995, **94/04/0057**.

742 VwGH 28.9.2011, **2011/04/0128** = VwSlg 18226 A/2011.

743 *Gruber/Palige-Barfuß*, GewO<sup>7</sup> (2018) § 39 Anm 18.

744 OGH 21.11.2006, **4 Ob 137/06k** = ÖBl-LS 2007/68 = ARD 5764/10/07 = ecolex 2007/124, 266 (*Braunböck*) = RdW 2007/416, 409 = ÖJZ 2018/133, 1047 (*Told*). Vgl hierzu auch *Köhler in Ennöckl/Raschauer/Wessely* (Hrsg), Kommentar zur Gewerbeordnung 1994 (2015) § 39 Rz 7; *N. Raschauer in Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG<sup>2</sup> (2018) Anh § 15: GewR Rz 18.

745 In der für die Bestellung eines gewerberechlichen Geschäftsführers maßgeblichen Bestimmung des § 39 GewO wird der Begriff „andere Personen“ zwar nicht verwendet, die Parallelität zur Bestellung von verantwortlichen Beauftragten, die gemäß § 9 Abs 2 VStG nicht „zur Vertretung nach außen berufen sind“, ist aber augenscheinlich.

746 VwGH 13.2.2018, **Ra 2017/02/0146**.

747 Nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechts voll versicherungspflichtig sind gemäß § 4 ASVG in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung versicherte Dienstnehmer; zum Begriff *Vollversicherung* vgl *Pfeil*, Österreichisches Sozialrecht<sup>12</sup> (2018) 13.

#### 3.2.2.2. Zugehörigkeit zum gesetzlichen Vertretungsorgan der Gesellschaft

- 335** Wird ein gesellschaftsrechtlicher Geschäftsführer auch zum gewerberechtlichen Geschäftsführer bestellt, so kommt es weder auf die Art seiner organschaftlichen Vertretung<sup>748</sup> noch darauf an, in welchem (sozialversicherungsrechtlichen) Vertragsverhältnis<sup>749</sup> die Organfunktion ausgeübt wird. Es ist jedoch erforderlich, dass diesem (auch) gewerberechtlichen Geschäftsführer eine Anordnungsbefugnis im Sinne des § 39 Abs 2 GewO erteilt wird und er sich im Betrieb der Gesellschaft entsprechend betätigt; bei der Namhaftmachung eines gewerberechtlichen Geschäftsführers aus dem Kreis der Vertretungsorgane sind zum Nachweis der Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 39 Abs 2 GewO die entsprechenden Erklärungen der Bezirksverwaltungsbehörde vorzulegen.<sup>750</sup>
- 336** Die *Personalunion* gesellschaftsrechtlicher–gewerberechtlicher Geschäftsführer ist in der Unternehmenspraxis bei Klein(st)betrieben eher der Regelfall als die Ausnahme.<sup>751</sup> Die Bestellung eines „zur Vertretung nach außen Berufenen“ auch zum gewerberechtlichen Geschäftsführer führt in diesem Fall aber nicht zu einem *Weniger* an Verantwortung, sondern – ganz im Gegenteil – zur Verpflichtung, einen umfassenden Katalog an gewerberechtlichen sowie sonstigen sich auf den Kompetenztatbestand „Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie“ (Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG) stützenden Vorschriften<sup>752</sup> zu kennen und einzuhalten.<sup>753</sup>
- 337** Ein **ständiger Vertreter** im Sinne des § 107 Abs 2 GmbHG zählt **nicht** zu den durch die Verfassung einer juristischen Person zur Vertretung berufenen Organen.<sup>754</sup> Durch den Bestellungsakt der ausländischen Gesellschaft zum ständigen Vertreter wird dieser nicht zum Organ der Gesellschaft, sondern „nur“ zu deren rechtsgeschäftlichem Vertreter.<sup>755</sup>

---

748 *Fritz*, Wie führe ich eine GmbH richtig?<sup>2</sup> (2015) Rz 2/174.

749 In Frage kommen insoweit ein echter oder ein freier Dienstvertrag, ein Auftrag im Sinne der §§ 1002 ff ABGB sowie – ausnahmsweise – auch ein Werkvertrag. Zur Abgrenzung zwischen den einzelnen Vertragsverhältnissen vgl exemplarisch VwGH 19.10.2015, **2013/08/0185**. Siehe auch *Freudhofmeier*, Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag (2007) 21 ff.

750 Vgl hierzu auch TOP 34 der Gewerbereferententagung 2018 in Maria Taferl. Siehe im Detail Abschnitt 3.2.3.6. und 3.2.3.7.

751 Mit gutem Grund lässt sich folgende Schlussfolgerung ziehen: Je kleiner die unternehmerischen Strukturen und je weniger Mitarbeiter beschäftigt werden, desto eher werden die Mitglieder des Vertretungsorgans der GmbH auch die berufsrechtliche Funktion des gewerberechtlichen Geschäftsführers übernehmen.

752 Vgl hierzu stellvertretend für mehrere VwGH 13.2.2018, **Ra 2017/02/0146**.

753 *Unterweiger/Potakowskyj*, Zur Haftung des gewerberechtlichen Geschäftsführers nach der Gewerberechtsnovelle 1988, GesRZ 1991, 93. Vgl hierzu die tabellarische Haftungszuordnung in **Rz 461**.

754 VwGH 26.4.2017, **Ra 2017/17/0201** = RdW 2017/402 = ARD 6578/15/2017; VwGH 16.3.2016, **Ra 2014/05/0002**.

755 Aus diesem Grund ist nachzuweisen, ob die für die Bestellung als gewerberechtlicher Geschäftsführer ins Auge gefasste Person nach dem Recht des Staates, in dem die ausländische Gesellschaft ihren Sitz hat, auch organschaftlich zur Vertretung berufen ist bzw ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechts voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer im Sinne des § 39 Abs 2 Z 2 GewO ist. Vgl hierzu auch TOP 10 der Gewerbereferententagung 2018 in Maria Taferl.

Auch die Bestellung eines *bloßen* (Filial-)Prokuristen zum gewerberechtlichen Geschäftsführer ist unzulässig, weil es sich bei ihm um kein gesetzlich zur Vertretung berufenes Organ im Sinne des § 39 Abs 2 Z 1 GewO handelt.<sup>756</sup> **338**

### 3.2.2.3. „Andere Personen“

Die zweite (Bestellungs-)Alternative des § 39 Abs 2 GewO – Bestellung einer anderen Person als einem Angehörigen des zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organs einer juristischen Person – erfordert **grundsätzlich**, dass diese Person **339**

- die *allgemeinen* (im Sinne von persönlichen) Voraussetzungen für die Gewerbeausübung erfüllt;
- in der Lage ist, sich im Betrieb der Gewerbeinhaberin tatsächlich zu betätigen;
- über eine selbstverantwortliche Anordnungsbefugnis verfügt;
- der Bestellung und Erteilung einer Anordnungsbefugnis zugestimmt hat.

Im Hinblick auf die Verpflichtung zu Punkt 2, nämlich sich im Betrieb der Gewerbeinhaberin tatsächlich zu betätigen, ist

- einerseits zwischen reglementierten Gewerben, für die die Erbringung eines Befähigungsnachweises obligatorisch ist, und
- andererseits freien Gewerben sowie einer Gewerbeausübung in industrieller Form (§ 7 Abs 5 GewO)

zu unterscheiden.

Die Voraussetzungen für die Bestellung „anderer Personen“ zu verantwortlichen Beauftragten werden im Detail im Kapitel 2.2. erörtert.<sup>757</sup>

Übt hingegen die Gesellschaft ein **freies Anmeldegewerbe** oder ein Gewerbe in **industrieller Form** aus, dann können neben den gesellschaftsrechtlichen Geschäftsführern sowie mit einer Arbeitszeit von zumindest der Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit voll versicherungspflichtigen Mitarbeitern **auch** **340**

- freie Dienstnehmer unabhängig von der Dauer ihrer Tätigkeit für die Gesellschaft oder
- echte Dienstnehmer mit einer geringeren wöchentlichen Beschäftigungsdauer als die Hälfte der Normalarbeitszeit<sup>758</sup>,

zu gewerberechtlichen Geschäftsführern bestellt werden.<sup>759</sup>

756 VwGH 28.06.1994, **93/04/0246** = VwSlg 14084 A/1994.

757 Die gleichzeitige Ausübung der Funktionen „gewerberechtlicher Geschäftsführer“ und „verantwortlicher Beauftragter“ durch *andere Personen* – also Mitarbeiter der Gesellschaft – hat in der Unternehmenspraxis große Bedeutung; sie ist vielfach alternativlos. Zum Beispiel 1. im Falle eines gewerberechtlichen Geschäftsführers eines Produktionsbetriebes mit einem großen Maschinenpark, der gleichzeitig zum verantwortlichen Beauftragten für den Arbeitnehmerschutz bestellt wird; 2. des Hoteldirektors, der räumlich (für *sein Hotel*) zum verantwortlichen Beauftragten bestellt wird und gleichzeitig (gewerberechtlicher) Filialgeschäftsführer (§ 47 GewO) ist.

758 VwGH 30.1.1996, **94/04/0169**; VwGH 27.6.1989, **87/04/0192**.

759 *Fritz*, Wie führe ich eine GmbH richtig?<sup>2</sup> (2015) Rz 2/176.