

Arbeitszeit neu

Abbau von Zeitguthaben
Zeitwertkonten

Mehrarbeitszuschlag bei Teilzeitbeschäftigung

Fahrnisexekution durch
Versteigerung im Internet

GmbH-Reform
Stammkapital € 1,-

D & O-Versicherung für
Stiftungsvorstand

Checkliste
Arbeitsvertrags-Kündigung

Gruppenträger-Umgründung
Verlustvortragsübergang

Gewerbeberechtigung eines
Gemeinnützigen Vereins

„Disqualification“ – Ausschluss von der Gewerbeausübung

KARINA LAHNSTEINER

Die Ausübung aller in der GewO geregelten Gewerbe durch Kapitalgesellschaften setzt voraus, dass bei den Personen mit maßgebendem Einfluss keine Gewerbeausschlussgründe vorliegen, also „relative Unbescholtenheit“ gegeben ist. In bestimmten Fällen wird zusätzlich auch eine gewerbespezifische „Zuverlässigkeit“ verlangt. Ein Überblick.

A. Allgemeine Voraussetzungen

Wer ein Gewerbe ausüben will, muss die allgemeinen Voraussetzungen der §§ 8 ff GewO¹⁾ erfüllen. Für einige Gewerbe normiert die GewO noch besondere Voraussetzungen (§§ 16 ff).²⁾

Zu den allgemeinen Voraussetzungen gehört ua die (relative) Unbescholtenheit: bestimmte strafgerichtliche oder finanzstrafbehördliche Verurteilungen, Insolvenzverfahren oder eine Entziehung oder gerichtliche Verlustigerklärung einer Gewerbeberechtigung bilden persönliche Ausschließungsgründe (§ 13). Unter bestimmten Voraussetzungen hat die Behörde („Beh“) jedoch Nachsicht zu erteilen.³⁾

Mag. *Karina Lahnsteiner* ist Rechtsanwaltsanwältin bei der CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Wien.

- 1) Soweit nachstehend nicht anders angegeben, beziehen sich Paragraphenzitate auf die GewO.
- 2) *Feik* in *Bachmann ua*, Besonderes Verwaltungsrecht⁶, 161.
- 3) Vgl §§ 26 und 27 GewO.

Ausschluss von der Gewerbeausübung gem § 13 GewO

Gem § 13 Abs 1 sind zB natürliche Personen von der Ausübung eines Gewerbes ausgeschlossen, wenn sie von einem Gericht wegen eines Kridadelikts (§§ 156 bis 159 StGB)⁴⁾ oder wegen einer sonstigen strafbaren Handlung zu einer drei Monate übersteigenden Freiheitsstrafe oder zu einer Geldstrafe von mehr als 180 Tagessätzen verurteilt worden sind und in beiden Fällen die Verurteilung nicht getilgt ist. Von der Ausübung eines Gastgewerbes sind natürliche Personen ausgeschlossen, wenn gegen sie eine nicht getilgte gerichtliche Verurteilung wegen Übertretung der §§ 28 bis 31 SMG vorliegt.⁵⁾

Gem § 13 Abs 3 sind Personen oder Rechtsträger von der Gewerbeausübung als Gewerbetreibende ausgeschlossen, wenn über sie ein Konkurs mangels Masse rechtskräftig nicht eröffnet wurde und der Zeitraum, in dem in der Insolvenzdatei Einsicht in den genannten Insolvenzfall gewährt wird, noch nicht abgelaufen ist.

§ 13 Abs 6 normiert einen Ausschlussgrund im Gefolge einer Verlustigerklärung des Gewerbes durch Gerichtsurteil bzw im Gefolge einer Gewerbeentziehung gem § 87 Abs 1 Z 3 (infolge schwerwiegender Verstöße gegen Rechtsvorschriften und Schutzinteressen) oder § 87 Abs 1 Z 4 (infolge Bestrafung wegen Beihilfe zu unbefugter Gewerbeausübung), wenn durch die Ausübung dieses Gewerbes der Zweck einer solchen Maßnahme vereitelt werden könnte.⁶⁾

Ein Rechtsträger, wie zB eine KapGes, ist gem § 13 Abs 7 von der Ausübung des Gewerbes ausgeschlossen, wenn der Ausschlussgrund auf eine Person zutrifft, der ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte zusteht. Beim *maßgebenden Einfluss* geht es um die finanzielle, wirtschaftliche, unternehmerische, handelsrechtliche Verantwortung.⁷⁾ Dabei kommt es nicht nur auf die rechtlichen Gestaltungsformen, sondern auch auf tatsächliche Gesichtspunkte an.⁸⁾ Ein maßgebender Einfluss ist zB für den Vorstand einer AG,⁹⁾ den Geschäftsführer einer GmbH oder GmbH & Co KG,¹⁰⁾ den Komplementär einer KG,¹¹⁾ aber auch für einen Allein- oder Mehrheitsgesellschafter¹²⁾ zu bejahen.

B. Besondere Voraussetzungen

Für bestimmte Gewerbe sind zusätzlich zu den allgemeinen Voraussetzungen noch besondere Antrittserfordernisse zu erfüllen. Dazu gehören etwa Befähigungsnachweise oder die Zuverlässigkeit, aber auch das Vorliegen eines Bedarfs oder der Abschluss einer Haftpflichtversicherung.¹³⁾

Relative Zuverlässigkeit gem § 95 GewO

Seit der GewONov 2002 (BGBl I 2002/111) gibt es die Kategorie der bewilligungspflichtigen gebundenen Gewerbe nicht mehr. Der Gesetzgeber geht jedoch davon aus, dass es bei einzelnen Gewerben aus öffentlichen Rücksichten nach wie vor unerlässlich ist, die Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden vor dem Gewerbeantritt genau zu überprüfen.¹⁴⁾ Das Nichtvorliegen eines Gewerbeausschlussgrundes nach § 13 ist zwar eine Voraussetzung für die Erlangung einer Gewerbeberechtigung (auch für ein in § 95 erwähntes Gewerbe). Darüber hinaus hat die Beh zusätzlich zu

beurteilen, ob der Bewerber die für die Ausübung des Gewerbes erforderliche *Zuverlässigkeit* besitzt.¹⁵⁾

Gem § 95 Abs 1 ist bei bestimmten Gewerben von der Beh zu überprüfen, ob der Bewerber oder, falls sich eine juristische Person oder eingetragene Personengesellschaft um die Gewerbeberechtigung bewirbt, die im § 13 Abs 7 genannten Personen (denen maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte zusteht) die für die Ausübung des Gewerbes erforderliche Zuverlässigkeit (§ 87 Abs 1 Z 3) besitzen. Mit der Gewerbeausübung darf der Anmelder in diesen Fällen erst mit der Rechtskraft des Bescheids gem § 340 beginnen.

§ 95 erfasst folgende Gewerbe: Baumeister; Brunnenmeister; Chemische Laboratorien; Elektrotechnik; Pyrotechnikunternehmen; Gas- und Sanitärtechnik; Herstellung von Arzneimitteln aus Giften und Großhandel mit Arzneimitteln und Giften; Inkassoinstitute; Reisebüros; Sicherheitsgewerbe (Berufsdetektive, Bewachungsgewerbe); Sprengunternehmen; Vermögensberatung; Waffengewerbe und Zimmermeister.

Die Ausübung eines in § 95 genannten Gewerbes ist nur zu gestatten, wenn der Bewerber die dafür erforderliche Zuverlässigkeit besitzt („relative“ Zuverlässigkeit); Bezirksverwaltungsbehörde bzw Bundespolizeidirektion haben an der Feststellung der Zuverlässigkeit – dh an der Feststellung des Nichtvorliegens von Tatsachen, die es zweifelhaft erscheinen lassen, dass das Gewerbe ordnungsgemäß geführt wird – mitzuwirken (vgl § 336 a). Dabei ist auf das gewerbespezifische Verhalten des Bewilligungswerbers abzustellen. Beispielsweise sind Verurteilungen wegen Schlepperei (§ 114 FPG) bei der Zuverlässigkeitsprüfung für das Reisebürogewerbe (§ 95 Abs 1 iVm § 94 Z 56 GewO) zu beachten.¹⁶⁾

Gem § 95 Abs 1 hat die Beh zu prüfen, ob die betreffende Person die „für die Ausübung eines Gewerbes erforderliche Zuverlässigkeit (§ 87 Abs 1 Z 3)“ besitzt. Dabei geht es nicht um eine irgendwie geartete (moralische) Zuverlässigkeit schlechthin, sondern um eine spezifische gewerberechtliche Zuverlässigkeit, bei deren Vorliegen mit gutem Grund bzw hoher Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann, dass der Bewerber das von ihm angemeldete Gewerbe gem § 95 Abs 1 ohne Verstoß gegen relevante öffentliche Interessen ausüben wird („Prognoseentscheidung“). Die Zuverlässigkeit gem § 95 Abs 1 äußert sich in einem Freisein von schwerwiegenden Verstößen gegen die

4) Betrügerische Krida, Schädigung fremder Gläubiger, Begünstigung eines Gläubigers oder grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen.

5) § 13 Abs 1 Satz 2 GewO.

6) Dies gilt auch für eine natürliche Person, die wegen Zutreffens der im § 87 Abs 1 Z 3 oder 4 angeführten Entziehungsgründe Anlass für einen behördlichen Widerruf gem § 91 Abs 1 oder einen Entfernungs-auftrag gem § 91 Abs 2 gegeben hat.

7) *Hanusch*, Kommentar GewO § 13 Rz 14.

8) VwGH 21. 8. 1990, 88/04/0036, 0044.

9) VwSlg 13.251 A (1990).

10) VwGH 29. 3. 1994, 94/04/0017.

11) VwGH 26. 4. 1994, 94/04/0048.

12) *Kinscher/Pallege-Barfuß*, GewO⁷ § 13 Rz 30.

13) *Feik in Bachmann ua*, Besonderes Verwaltungsrecht⁶, 162.

14) *Hanusch*, Kommentar GewO § 95 Rz 1.

15) *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO² § 95 Rz 5.

16) *Feik in Bachmann ua*, Besonderes Verwaltungsrecht⁶, 164.

iZm dem betreffenden Gewerbe zu beachtenden Rechtsvorschriften und Schutzinteressen, insb auch diejenigen zur Wahrung des Ansehens des Berufsstandes.¹⁷⁾

Gem § 87 Abs 1 Z 3 ist die Gewerbeberechtigung von der Beh zu entziehen, wenn der Gewerbeinhaber infolge schwerwiegender Verstöße gegen die iZm dem betreffenden Gewerbe zu beachtenden Rechtsvorschriften und Schutzinteressen, insb auch zur Wahrung des Ansehens des Berufsstandes, die für die Ausübung dieses Gewerbes erforderliche Zuverlässigkeit nicht mehr besitzt. Schutzinteressen gem § 87 Abs 1 Z 3 sind insb die Hintanhaltung der illegalen Beschäftigung, der Kinderpornographie, des Suchtgiftkonsums, des Suchtgiftverkehrs, der illegalen Prostitution sowie der Diskriminierung von Personen allein auf Grund ihrer Rasse, ihrer Hautfarbe, ihrer nationalen oder ethnischen Herkunft, ihres religiösen Bekenntnisses oder einer Behinderung (§ 87 Abs 1 letzter Satz).

Nach der Judikatur des VwGH ist unter der Zuverlässigkeit iSd § 175 Abs 1 Z 1 GewO 1994 (jetzt: § 95 Abs 1 GewO) eine solche Geisteshaltung und Sinnesart zu verstehen, die Gewähr dafür bietet, dass bei Ausübung des Gewerbes zu beachtende Rechtsvorschriften gewahrt werden.¹⁸⁾ Entscheidende Bedeutung kommt dabei gerichtlich strafbaren Handlungen und Verwaltungsübertretungen des Genehmigungswerbers zu, die allerdings nicht iZm der Gewerbeausübung begangen worden sein müssen.¹⁹⁾ So fehlt es bei mehrmaliger Übertretung von die Verkehrssicherheit dienenden Vorschriften an der Zuverlässigkeit für die Ausübung des Taxi-Gewerbes.²⁰⁾ Die Beh hat die Zuverlässigkeit grundsätzlich unabhängig von einer allfälligen Bestrafung zu beurteilen.²¹⁾ Auch bereits getilgte strafbare Handlungen können zur Beurteilung der Zu-

verlässigkeit herangezogen werden, wenn sie für die Beurteilung der Person und die Ausübung des betreffenden Gewerbes Bedeutung haben. Für die Versagung der Bewilligung sind außerdem bereits Zweifel an der Zuverlässigkeit ausreichend.²²⁾ Daher bildet bereits die Anklageerhebung wegen Neutralitätsgefährdung einen Versagungsgrund für die Ausübung eines Waffengewerbes.²³⁾ Als schwerwiegender Verstoß ist ggf auch eine wiederholte Übertretung an sich nicht derart schwer wiegender Verhaltenspflichten zu verstehen.²⁴⁾

Die Prüfung der erforderlichen gewerberechtlichen Zuverlässigkeit erfolgt im Rahmen eines Anmeldeverfahrens (vgl §§ 339, 340). Die Beh hat über das Ergebnis ihrer diesbezüglichen Feststellungen längstens binnen drei Monaten (ab Vorliegen aller Anmeldeunterlagen) einen Feststellungsbescheid zu erlassen (vgl § 340 Abs 2). Erwächst der Bescheid, mit dem das Vorliegen der Zuverlässigkeit festgestellt wird, in Rechtskraft, so hat die Beh den Anmelder umgehend in das Gewerbeverzeichnis einzutragen (§ 340 Abs 2 zweiter Satz) und der Anmelder darf mit der Gewerbeausübung beginnen (§ 95 Abs 1 zweiter Satz).²⁵⁾

17) Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO² § 95 Rz 6.

18) VwGH 27. 11. 1990, 89/04/0018.

19) VwGH 27. 11. 1990, 89/04/0018.

20) VwGH 10. 4. 1991, 90/03/0243.

21) VwGH 27. 4. 1993, 92/04/0247.

22) VwGH 2. 12. 1987, 87/03/0082.

23) VwGH 21. 8. 1990, 88/04/0036, 0044; zu alledem vgl Potacs in *Holoubek/Potacs*, Öffentliches Wirtschaftsrecht Bd 1², 46.

24) VwGH 13. 12. 2000, 2000/04/0180; vgl auch Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO² § 87 Rz 16.

25) Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO² § 95 Rz 9.