

# TE Vwgh Erkenntnis 1994/5/24 94/04/0064

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.05.1994

## Index

50/01 Gewerbeordnung;

50/02 Sonstiges Gewerberecht;

## Norm

GewO 1973 §130;

GewO 1973 §148 Abs1 idF 1993/029;

GewO 1973 §189;

GewO 1973 §190 Abs1 Z1 idF 1993/029;

GewO 1973 §39 Abs1 idF 1993/029;

GewO 1973 §39 Abs2 idF 1993/029;

GewO 1973 §39 Abs5;

GewO 1973 §9 Abs1 idF 1993/029;

GewRNov 1992;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Griesmacher und die Hofräte DDr. Jakusch, Dr. Gruber, Dr. Pallitsch und Dr. Stöberl als Richter, im Beisein der Schriftführerin Kommissarin Mag. Paliege, über die Beschwerde der J-Gesellschaft mbH in K, vertreten durch Dr. M, Rechtsanwalt in Z, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Salzburg vom 3. März 1994, Zl. 5/01-903/1-1994, betreffend Bestellung eines gewerberechtlichen Geschäftsführers, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

## Begründung

Der vorliegenden Beschwerde und dem der Beschwerde angeschlossenen angefochtenen Bescheid ist folgender Sachverhalt zu entnehmen:

Mit 30. Juni 1993 wurde S zum Prokuristen der Beschwerdeführerin bestellt. Mit Schreiben vom 10. August 1993, bei der Gewerberechtsbehörde erster Instanz eingelangt am 11. August 1993, gab die Beschwerdeführerin bekannt, "daß die Bestellung des Herrn O zum gewerberechtlichen Geschäftsführer widerrufen wird und Herr S zum gewerberechtlichen Geschäftsführer ernannt wird (in der Beschwerde ausgeführt mit: wurde)".

Mit Bescheid vom 3. September 1993 nahm die Bezirkshauptmannschaft als Gewerberechtsbehörde erster Instanz die Anzeige der Beschwerdeführerin über die Bestellung des S zum Geschäftsführer für die Ausübung des Gastgewerbes

in der Betriebsart "Frühstückspension" im Standort K, P-Straße Nr. 8, gemäß "§ 34 Abs. 4 und § 345 Abs. 8 Z. 1 GewO 1973" nicht zur Kenntnis.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung der Beschwerdeführerin gemäß § 66 Abs. 4 AVG in Verbindung mit § 39 Abs. 2 GewO 1973 keine Folge und berichtigte gemäß § 62 Abs. 4 AVG den Spruch des angefochtenen Bescheides insofern, "als anstelle der angeführten Gesetzesstelle "§ 34 Abs. 4" die Gesetzesstelle "§ 39 Abs. 4" zu treten hat und nach den zitierten Gesetzesstellen nach der Wortfolge "Ziffer 1" die Wortfolge "GewO 1973" eingefügt wird". In der Begründung des angefochtenen Bescheides wird ausgeführt, die Beschwerdeführerin habe in ihrer Berufung ausgeführt, die Behörde erster Instanz habe ihre Entscheidung nur darauf abgestellt, daß die Bestellungsanzeige am 11. August 1993 bei der Behörde eingebracht worden sei, Feststellungen über den Zeitpunkt der Bestellung des S zum Prokuristen seien jedoch nicht getroffen worden. Die Behörde habe auf den Bestellungsakt keinen Einfluß. Die Bestellung zum Prokuristen erfolge durch den Geschäftsführer. Die gesellschaftsinterne Bestellung zum Prokuristen sei per 30. Juni 1993 erfolgt, sodaß für die Bestellung eines gewerberechtlichen Geschäftsführers noch die zu diesem Zeitpunkt geltende Fassung des § 39 GewO 1973 anzuwenden sei. Hinzu komme, daß die Erteilung der Prokura durch den Geschäftsführer konstitutiv wirke, während die Eintragung ins Firmenbuch lediglich deklarativ sei. Die Behörde habe eine von der Gesellschaft vorgenommene Bestellung zur Kenntnis zu nehmen. Laut dem eindeutigen Wortlaut der Übergangsbestimmung im § 39 GewO 1973 komme es nicht auf den Zeitpunkt der Zurkenntnisnahme durch die Behörde an, sondern auf die Bestellung. Hierzu führt die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid aus, das Berufungsvorbringen wäre nur dann stichhältig, wenn die Übergangsbestimmung des § 39 Abs. 2 GewO 1973 in der Fassung der Gewerberechtsnovelle 1992, BGBl. Nr. 29/1993, die Formulierung "Personen, die am 1. Juli 1993 zum Prokuristen bestellt sind" enthielte. In der Berufung würden offensichtlich die beiden rechtlich völlig verschieden zu qualifizierenden Vorgänge der Bestellung eines Prokuristen und der Bestellung eines gewerberechtlichen Geschäftsführers nicht auseinandergehalten. Die Erteilung einer Prokura sei eine Angelegenheit des Privatrechtes, die nach handelsrechtlichen Bestimmungen zu beurteilen sei. Demgegenüber handle es sich bei der Bestellung eines gewerberechtlichen Geschäftsführers um einen Vorgang des öffentlichen Rechtes, für welchen die Bestimmungen der Gewerbeordnung maßgebend seien. Bei Erfüllung sämtlicher vom Gesetz geforderten Voraussetzungen wirke bei Anmeldungsgewerben die gemäß § 39 Abs. 4 GewO 1973 vorzunehmende Anzeige der Geschäftsführerbestellung konstitutiv. Der darüber von der Behörde gemäß § 345 Abs. 8 Z. 1 leg. cit. zu erlassende Bescheid habe deklarative Bedeutung. Für die Inanspruchnahme der im letzten Satz des § 39 Abs. 2 GewO 1973 normierten Übergangsbestimmung sei somit bei Anmeldungsgewerben das Einlangen der Bestellungsanzeige bei der zuständigen Gewerbebehörde maßgebend. Wenn die Beschwerdeführerin vorbringe, S sei am 30. Juni 1993 rechtswirksam zum Prokuristen bestellt worden, so bedeute dies lediglich, daß damit eine nach der damaligen Rechtslage gültige Voraussetzung für dessen Bestellung zum gewerberechtlichen Geschäftsführer geschaffen worden sei. Mit der Bestellung zum gewerberechtlichen Geschäftsführer habe dieser interne privatrechtliche Vorgang nichts zu tun. Auf Grund dieser eindeutigen Rechtslage hätte S nur unter der Voraussetzung in seiner Funktion als Prokurist zum gewerberechtlichen Geschäftsführer der Beschwerdeführerin bestellt werden können, wenn die Anzeige über die Bestellung spätestens am 1. Juli 1993 bei der Bezirkshauptmannschaft eingelangt wäre. Da die Anzeige jedoch erst am 11. August 1993 bei der Gewerbebehörde eingelangt sei, sei der Bescheid der Gewerbebehörde erster Instanz zu Recht erlassen worden.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Beschwerdeführerin erachtet sich in dem Recht verletzt, "daß die Anzeige über die Bestellung des S zum Geschäftsführer für die Ausübung des Gastgewerbes nicht zur Kenntnis genommen wurde". In Ausführung des so formulierten Beschwerdepunktes trägt die Beschwerdeführerin vor, auf den vorliegenden Fall sei die Übergangsregelung des § 39 Abs. 2 GewO 1973 in der Fassung der Gewerberechtsnovelle 1992 anzuwenden. Weder das Datum der Eintragung der Prokura in das Firmenbuch, noch der Zeitpunkt der Zurkenntnisnahme durch die Behörde sei entscheidend. Nach einschlägiger Rechtsprechung wirke die Erteilung der Prokura durch den Geschäftsführer konstitutiv, die Eintragung ins Firmenbuch sei lediglich deklarativ. Nach dem bisher nicht in Frage gestellten Parteivorbringen sei die Prokurabestellung durch den Geschäftsführer bereits jedenfalls vor Ablauf des 30. Juni 1993 erfolgt. Die Aufgabe der Behörde bestehe lediglich darin, eine von der Gesellschaft vorgenommene Bestellung zur Kenntnis zu nehmen. Nach dem Gesetzeswortlaut der genannten Übergangsbestimmung komme es

nicht auf den Zeitpunkt der Zurkenntnisnahme durch die Behörde, sondern auf den Zeitpunkt der Bestellung an. Da die Beschwerdeführerin "gleichzeitig mit der Bestellung zum Prokuristen auch den gewerberechtlichen Geschäftsführer S in seine Position ernannt hat", sei die Bestellung zum gewerberechtlichen Geschäftsführer im Sinne der Übergangsbestimmungen zu werten und hätte die belangte Behörde die Bestellung zum gewerberechtlichen Geschäftsführer zur Kenntnis nehmen müssen. Wesentlich sei der Bestellungsakt und nicht der Genehmigungsakt bzw. eine später durchgeführte Eintragung im Firmenbuch. Zu dieser Problematik habe weder der erstinstanzliche noch der zweitinstanzliche Bescheid Stellung genommen.

Diesem Vorbringen kommt keine Berechtigung zu.

Gemäß § 9 Abs. 1 GewO 1973 - in der im Zeitpunkt der Bescheiderlassung maßgeblichen Fassung der Gewerberechtsnovelle 1992, BGBl. Nr. 29/1993 - können juristische Personen, Personengesellschaften des Handelsrechtes (offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften) sowie eingetragene Erwerbsgesellschaften (offene Erwerbsgesellschaften und Kommandit-Erwerbsgesellschaften) Gewerbe ausüben, müssen jedoch einen Geschäftsführer oder Pächter (§§ 39 und 40) bestellt haben.

Gemäß § 39 Abs. 2 leg. cit. muß der Geschäftsführer den für die Ausübung des Gewerbes vorgeschriebenen persönlichen Voraussetzungen entsprechen, seinen Wohnsitz im Inland haben und in der Lage sein, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen. Handelt es sich um ein Gewerbe, für das die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben ist, so muß der gemäß § 9 Abs. 1 zu bestellende Geschäftsführer einer juristischen Person außerdem

1.

dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der juristischen Person angehören oder

2.

ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigt, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer sein.

Der gemäß Abs. 1 für die Ausübung eines Gewerbes, für das die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben ist, zu bestellende Geschäftsführer eines Gewerbeinhabers, der keinen Wohnsitz im Inland hat, muß ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer sein. Die bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 29/1993 geltenden Bestimmungen des § 39 Abs. 2 gelten für Personen, die am 1. Juli 1993 als Geschäftsführer bestellt sind, bis zum Ablauf des 31. Dezember 1998 weiter.

Die noch im § 39 Abs. 2 GewO 1973 in der Fassung vor der Gewerberechtsnovelle 1992 vorgesehene Zulässigkeit der Bestellung von Prokuristen, die nicht Dienstnehmer sind, zum gewerberechtlichen Geschäftsführer einer juristischen Person scheidet somit nach der hier anzuwendenden Rechtslage aus.

Die im letzten Satz des § 39 Abs. 2 GewO 1973 - in der hier anzuwendenden Fassung - vorgesehene Übergangsregelung für am 1. Juli 1993 als Geschäftsführer bereits bestellte Personen kommt hier nicht zur Anwendung.

Das hier in Rede stehende Gastgewerbe in der Betriebsart Frühstückspension war bis zur Gewerberechtsnovelle 1992, BGBl. Nr. 29/1993, ein konzessioniertes Gewerbe und ist seither in der Gruppe der nicht bewilligungspflichtigen gebundenen Gewerbe eingereiht.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Übergangsbestimmung des § 39 Abs. 2 letzter Satz GewO 1973 in der Fassung der Gewerberechtsnovelle 1992, BGBl. Nr. 29/1993, ist, daß eine Person am 1. Juli 1993 als gewerberechtlicher Geschäftsführer bereits bestellt ist. Zwar ist die Bestellung des gewerberechtlichen Geschäftsführers auch ein Akt des Gewerbeinhabers, somit zunächst ein zivilrechtlicher Vertrag. Die öffentlich-rechtliche Wirkung dieses Vertrages, die in der Verantwortlichkeit des Geschäftsführers für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften besteht, wurde jedoch bei den konzessionierten Gewerben gemäß § 130 GewO 1973 in der Fassung vor der Gewerberechtsnovelle 1992 erst durch die Genehmigung der Bestellung gemäß § 39 Abs. 5 leg. cit. begründet. Die gewerberechtliche Wirkung des Bestellungsvertrages entstand somit in diesem Fall nicht durch den Vertragsabschluß, sondern erst durch einen weiteren Rechtsakt, der im Gesetz ausdrücklich vorgesehen war. Unter "gewerberechtlicher Geschäftsführer" war bei einem konzessionierten Gewerbe nur ein von der Behörde genehmigter Geschäftsführer zu verstehen. Mit der bloßen Bestellung durch den Gewerbeinhaber wurde daher S (mangels gewerberechtlicher Genehmigung) noch nicht zum

gewerberechtlichen Geschäftsführer des von der Beschwerdeführerin bis zum 30. Juni 1993 betriebenen konzessionierten Gastgewerbes in der Betriebsart einer Frühstückspension (vgl. das hg. Erkenntnis vom 13. November 1984, VwSlg. N.F. Nr. 11581/A).

Bei Anmeldungsgewerben entfaltet die zivilrechtliche Bestellung des Geschäftsführers öffentlich-rechtliche Wirkung frühestens ab Entstehen des diesbezüglichen (Anmeldungs-)Gewerbes (arg. Gewerbeinhaber in § 39 Abs. 1 GewO 1973).

Das Gastgewerbe der hier zu beurteilenden Art wurde - wie oben bereits dargelegt - mit der diesbezüglich am 1. Juli 1993 in Kraft getretenen Gewerberechtsnovelle 1992 in die Gruppe der nicht bewilligungspflichtigen Anmeldungsgewerbe eingereiht. Da die Beschwerdeführerin somit vor dem 1. Juli 1993 noch kein Anmeldungsgewerbe ausgeübt hat, konnte S am 1. Juli 1993 noch nicht zum Geschäftsführer dieses Anmeldungsgewerbes im Sinne der Übergangsbestimmungen des § 39 Abs. 2 letzter Satz GewO 1973 in der Fassung der Gewerberechtsnovelle 1992 bestellt sein.

Da somit schon der Inhalt der Beschwerde erkennen läßt, daß die von der Beschwerdeführerin behaupteten Rechtsverletzungen nicht vorliegen, war die Beschwerde ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung gemäß § 35 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1994:1994040064.X00

#### **Im RIS seit**

20.11.2000

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)