

# Gewerberechtlicher Geschäftsführer und verantwortlicher Beauftragter im Lichte der Arbeitnehmerfreizügigkeit

von RA Dr Michael Wukoschitz, Wien

In der Entscheidung vom 7.5.1998, Rs-C 350/96 - „Clean Car Autoservice“<sup>1</sup> hat der EuGH klargestellt, daß das Erfordernis eines inländischen Wohnsitzes für den gewerberechtlichen Geschäftsführer<sup>2</sup> mit dem Grundsatz der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art 48 EG-V nicht in Einklang zu bringen war.

Auch die Erweiterung auf Staaten, mit denen ein Vollstreckungsabkommen für Verwaltungstrafen besteht, nach der Neuregelung des § 39 GewO durch die Gewerberechtsnovelle 1997<sup>3</sup> greift im Hinblick auf die Entscheidungsgründe des EuGH zu kurz. Im übrigen stehen die selben Bedenken auch dem Wohnsitzerfordernis für den „verantwortlichen Beauftragten“ in § 9 VStG entgegen, zu dem § 39 GewO im Bereich des Gewerbe-rechts *lex specialis* ist<sup>4</sup>.

## Grundzüge der Arbeitnehmerfreizügigkeit:

Die durch die VO 1612/68/EWG näher konkretisierte Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art 48 EG-V soll als tragendes Element der Grundfreiheiten die Gleichstellung aller EU-Bürger auf dem Arbeitsmarkt der Gemeinschaft sichern.

Jede (bloß) auf unterschiedlicher Staatsangehörigkeit beruhende Ungleichbehandlung in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung oder sonstige Arbeitsbedingungen ist zu beseitigen (Art 48 Abs 2 EG-V), was nicht nur die arbeitsrechtliche sondern auch die sozial- und steuerrechtliche Gleichstellung umfaßt.

Ohne dies ausdrücklich hervorzuheben folgt der EuGH in der angesprochenen Entscheidung offenkundig einer weiten Interpretation der „sonstigen Arbeitsbedingungen“, indem er nicht nur Ansprüche oder Vergünstigungen dem Gleichbehandlungsgebot unterstellt, sondern auch die Fähigkeit jene Verpflichtungen und Verantwortungen übernehmen zu können, die eine bestimmte Position - sei es aufgrund des Gesetzes, sei es zufolge vertraglicher Vereinbarung - mit sich bringt, weil andernfalls der Zugang zu solchen Positionen schlechthin abgeschnitten wäre.

## Die Entscheidung des EuGH:

Der EuGH geht davon aus, daß der Grundsatz der Gleichbehandlung im Gemeinschaftsrecht nicht nur die offene Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit verbietet, sondern auch alle verdeckten Formen der Diskriminierung, die unter Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale zum selben Ergebnis führen<sup>5</sup>. Die Unterscheidung nach dem Wohnsitz berge die Gefahr solch verdeckter Diskriminierung in sich<sup>6</sup> und könne daher nur dann gerechtfertigt sein, wenn sie auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer unabhängigen Erwägungen beruhe und in angemessenem Verhältnis zu einem legitimen Zweck stünde<sup>7</sup>.

Das Wohnsitzerfordernis für den gewerberechtlichen Geschäftsführer sei teils gar nicht geeignet, die Erreichung angestrebten Ziele

- der Sicherstellung entsprechender Tätigkeit im Betrieb sowie
  - der Zustellung und Vollstreckung von Verwaltungstrafen
- zu gewährleisten, teils gehe die Regelung über das Erforderliche hinaus:

Die Möglichkeit zur Betätigung im Betrieb hänge eher von der konkreten Entfernung ab als vom Staatsgebiet; die Zustellung von Strafbescheiden und deren Vollstreckung sei dagegen auch durch weniger einschneidende Maßnahmen wie etwa Zustellung am Sitz des Gewerbebetriebs und Stellung einer Sicherheit erreichbar<sup>8</sup>.

Selbst solche Maßnahmen seien aber nicht gerechtfertigt, wenn mit dem Wohnsitzstaat (ohnedies) ein einschlägiges Zustellungs- und Vollstreckungsabkommen bestehe<sup>9</sup>.

## Die Neuregelung des § 39 GewO:

Die Gewerberechtsnovelle 1997 hat das Wohnsitzerfordernis für den gewerberechtlichen Geschäftsführer insoweit eingeschränkt, als in den Abs 1 und 2 jeweils der Halbsatz eingefügt wurde „sofern die Zustellung der Verhängung und die

<sup>1</sup>WBI 1998, 251 (=ecolex 1998, 505)

<sup>2</sup>§ 39 GewO idF vor der Novelle BGBl I 1997/63

<sup>3</sup>BGBl I 1997/63

<sup>4</sup>Gerscha/Steuer, Kommentar zur GewO, Rz 12 zu § 39

<sup>5</sup>Rn 26 f

<sup>6</sup>Rn 29

<sup>7</sup>Rn 31

<sup>8</sup>Rn 34 ff

<sup>9</sup>Rn 37

Vollstreckung von Verwaltungsstrafen nicht durch Übereinkommen sichergestellt sind<sup>10</sup>.

Ein solches Abkommen existiert derzeit freilich nur mit Deutschland<sup>11</sup>, sodaß ein Geschäftsführer mit Wohnsitz in einem anderen EU-Staat (etwa: Italien) nach dem Gesetzeswortlaut nachwievornicht bestellt werden kann. Auch die neue Regelung verstößt daher gegen Art 48 EG-V, weil sie Unionsbürger mit Wohnsitz in einem EU-Staat, mit dem kein Zustellungs- und Vollstreckungsabkommen besteht, durch unangemessene Regelung indirekt diskriminiert. Die Bestellung etwa eines EU-Bürgers mit Wohnsitz in Italien zum gewerberechtigten Geschäftsführer für ein österreichisches Unternehmen scheint daher letztlich - gegebenenfalls wiederum über den EuGH - durchsetzbar.

Um die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu gewährleisten müßte nämlich der Gesetzgeber gegenüber Personen mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat ohne Zustell- und Vollstreckungsabkommen für Verwaltungsstrafsachen die vom EuGH angesprochenen gelinderen Mittel einsetzen, dürfte diese aber nicht schlechthin von der Bestellung ausschließen.

#### *Der „verantwortliche Beauftragte“ nach § 9 VStG*

Auch die Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten für die Einhaltung von (anderen) Verwaltungsvorschriften setzt nach § 9 Abs 4 VStG (ua) den Wohnsitz im Inland voraus. Arbeitnehmereigenschaft des Betroffenen ist (zwar) kein Erfordernis, doch kann sich die wohnsitzbedingt mangelnde 'Eignung' eines Arbeitnehmers zur Übernahme verwaltungstrafrechtlicher Verantwortung ebenso wie beim gewerberechtigten Geschäftsführer als Einstellungs- oder auch Beförderungshindernis und damit als Behinderung in Zugang zur bzw Ausübung der Beschäftigung auswirken.

Die vom EuGH gegen § 39 GewO (aF) angeführten Argumente greifen gleichermaßen für den verantwortlichen Beauftragten im (sonstigen) Verwaltungsrecht: die Zustellung und Vollstreckung von Strafbescheiden kann auf weniger einschneidenden Weise als dem völligen Ausschluß von der Übernahme der Verantwortung durch Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten sichergestellt werden. Auch solche Maßnahmen erübrigen sich überhaupt, soweit ein Zustell- und Vollstreckungsabkommen besteht.

#### *Zusammenfassung:*

Gemessen an der Entscheidung C 350/98 erweisen sich sowohl § 39 GewO in der geltenden

Fassung als auch § 9 VStG als gemeinschaftsrechtswidrig, weil sie in unsachlicher und unangemessener Weise den Zugang zur Beschäftigung für Personen mit Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat behindern.

Beide Regelungen erscheinen daher „reparaturbedürftig“. Ob der Gesetzgeber dazu (jeweils) eines konkreten Anlaßfalles oder sogar einer neuerlichen EuGH-Entscheidung bedarf, bleibt abzuwarten.

---

<sup>10</sup>Art I Z 25 u 26

<sup>11</sup>BGBI 1990/526