

II. Anwendungsbereich der GewO

Literatur: *Binder*, Der Gewerbebegriff in Deutschland und Österreich – ein Vergleich: Bagatell- und Gelegenheitsgeschäfte, *GewArch* 1989, 249; *Handig*, Unterhaltung oder Gewerbe – eine gewerberechtliche Abgrenzung, *RdW* 2012, 651; *Kneihls*, Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie, in *FS Stolzlechner* (2013) 381; *Mosing*, Benötigt ein freier Dienstnehmer eine Gewerbeberechtigung? *RdW* 2012, 732; *Potacs*, Gewerbebegriff in wirtschaftlicher Betrachtungsweise, in *FS Stolzlechner* (2013) 531; *Rill*, Das Gewerbe: Grundfragen, Grundsätze und Standort im Rechtssystem, in *Korinek* 1; *Thienel*, „Personenbetreuung“ und Gewerbekompetenz, *JRP* 2007, 150; *G. Winkler*, Gewerbebegriff und Anwendungsbereich der GewO 1973, in *Rill* 1.

A. Gewerbsmäßig ausgeübte und erlaubte Tätigkeiten

Nach § 1 Abs 1 gilt die GewO für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten, soweit die §§ 2–4 nicht anderes bestimmen. § 1 statuiert also eine **Generalklausel zugunsten der GewO**: Ihr unterfallen grundsätzlich alle gewerbsmäßig ausgeübten, nicht verbotenen Tätigkeiten; Ausnahmen hievon müssen entweder in den §§ 2–4 oder – wie § 2 Abs 1 noch eigens ergänzt – ausdrücklich in einem anderen Gesetz festgelegt sein. **16**

1. Gewerbsmäßigkeit

Literatur: *Arnold*, Gesellschaftsrechtliche Probleme der GewO 1973, in *Rill* 127; *Binder*, Der Gewerbebegriff in Deutschland und in Österreich – ein Vergleich: Bagatell- und Gelegenheitsgeschäfte, *GewArch* 1989, 249; *Dehn*, Der Unternehmer nach den §§ 1ff UGB, *ÖJZ* 2006, 44; *Ennöckl* in *B. Raschauer*³ 117; *Erlacher/Forster*, Gewerbeordnung² Rz 12ff; *Erlacher/Forster* in *Aigner* ua 1 (11ff); *Feik* in *Bachmann* ua¹¹ 233 (245ff); *Filzmoser*, Telearbeit und Gewerbe, *ecolex* 1996, 384; *Filzmoser*, Gewerbe- und haftungsrechtliche Aspekte neuer Arbeitsformen, *RdW* 1999, 213; *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO³ § 1; *Gruber/Paliegge-Barfuß*, GewO⁷ § 1; *Hanusch*, GewO § 1; *Hattenberger*, Gewerberechtliche Fragen des Direktvertriebs, in *Geist/Resch* (Hrsg), *Direktvertrieb* (2000) 1; *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer*, Das Recht der Vereine: Privatrecht – Öffentliches Recht – Steuerrecht⁴ (2013) 196ff; *Holoubek*, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Konsequenzen der Ausgliederung, Privatisierung und Beileihung, *ÖZW* 2000, 33; *Kopp*, Entwicklungstendenzen und Probleme des österreichischen Gewerberechts, *WiVerw* 1978, 29; *Lachmair*, Der Verein als Unternehmensform (2003) 7; *Merli/Struger*, Der Sportverein als Unternehmer, in *Hinteregger* (Hrsg), *Der Sportverein* (2009) 41; *T. Müller* in *Ennöckl/N. Raschauer/Wessely* § 1; *Oppel*, Gewerberecht für die Vergabepraxis (Teil I–IV), *ZVB* 2015, 75, 121, 163 und 216; *Pauger*, Rechtliche Regelungen gewerblicher Erwerbstätigkeit, in *Wenger* (Hrsg), *Grundriß des österreichischen Wirtschaftsrechts* II (1990) 9; *Pauger* in *B. Raschauer*² 107; *Potacs* in *Holoubek/Potacs* I³ 3 (13ff); *Potacs*, Gewerbebegriff in wirtschaftlicher Betrachtungsweise, in *FS Stolzlechner* (2013) 531; *Quantschnigg*, Feuerwehr- und Vereinsfeste in der Gewerbeordnung, *ÖStZ* 1998, 254; *Schulev-Steindl*, Idealvereine und Gewerberecht, *ecolex* 1994, 8; *Thienel*, „Personenbetreuung“ und Gewerbekompetenz, *JRP* 2007, 150; *Tomandl*, Was ist selbständige Personenbetreuung? *ZAS* 2007, 196; *Traudtner/Höhne*, Internet und Gewerbeordnung, *ecolex* 2000, 480; *Trefil*, Der Bauträger nach der Gewerbeordnung 1994, wobl 2007, 153; *van Husen*, Zum Begriff „(Neue) Selbständigkeit“ gemäß § 1 Abs 3 GewO, *ÖZW* 2000, 7; *Wiesinger*, Befugnis ohne Gewerbeberechtigung. Ein Überblick über den „Nichtgeltungsbereich“ der Gewerbeordnung,

II. Anwendungsbereich der GewO

ZVB 2016, 186; G. Winkler, Gewerbebegriff und Anwendungsbereich der GewO 1973, in *Rill* 1; G. Winkler, Gewerbe- und kammerrechtliche Probleme, in *Funk* (Hrsg.), *Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte* (1981) 179; R. Winkler, *Gemeinnützige Vereine und Gewerbe*, *ecolex* 2008, 181.

17 Der **Begriff der Gewerbsmäßigkeit** wurde in der GewO 1859 noch vorausgesetzt; legaldefiniert hat ihn erst die GewO 1973, und zwar auf der Grundlage der Judikatur des VwGH.⁴⁰ Die damals festgelegte Bedeutung gilt bis heute: Gewerbsmäßig ist nach § 1 Abs 2 eine Tätigkeit, die selbständig (a), regelmäßig (b) und in Gewinnerzielungsabsicht (c) betrieben wird. Diese drei Begriffsmerkmale werden in den folgenden Absätzen des § 1 näher konkretisiert. Darüber hinaus setzt Gewerbsmäßigkeit nach der Judikatur seit jeher voraus, dass jemand am allgemeinen Wirtschaftsverkehr teilnimmt, indem er Güter produziert, mit ihnen handelt oder Dienstleistungen erbringt (d).

a) Selbständigkeit

18 Selbständig ist eine Tätigkeit nach § 1 Abs 3, wenn sie „**auf eigene Rechnung und Gefahr**“ ausgeübt wird. Wer selbständig ist, trägt also das Unternehmerisiko,⁴¹ das er freilich bis zu einem gewissen Grad steuern kann, weil er alle wirtschaftlich relevanten Entscheidungen eigenbestimmt trifft.⁴² So ist der Selbständige verantwortlich und zugleich frei.⁴³ Ob beide Voraussetzungen vorliegen, beurteilt die Judikatur nicht allein nach der äußeren rechtlichen Form, sondern nach dem Gesamtbild aller tatsächlichen, wirtschaftlichen Gegebenheiten.⁴⁴

19 Das **Unternehmerisiko** umfasst dabei Waren und Betriebsmittel (Investitionsrisiko) ebenso wie das Verdienstrisiko, also den Verdienstausschlag bei Untätigkeit, zB aufgrund von Krankheit oder Urlaub.⁴⁵ Nach der Judikatur schließt das unternehmerische Risiko „immer auch ein Tätigsein des Gewerbetreibenden auf eigene Rechnung“ ein.⁴⁶ Entsprechend hoch gewichtet es der VwGH, wenn jemand Rechnungen im eigenen Namen ausstellt: Das indiziert

40 RV 395 BlgNR 13. GP 102; mwN zur Judikatur G. Winkler in *Rill* 6; *Thienel*, JRP 2007, 157; *Grabler/Stolzlechner/Wendl* § 1 Rz 5ff; *Gruber/Pallege-Barfuß* § 1 Anm 10ff.

41 Siehe bereits VwSlg 1490A/1950 sowie *Thienel*, JRP 2007, 159 mwN der älteren Judikatur; ferner VwGH 22. 5. 2012, 2010/04/0033.

42 Das unterscheidet ihn vom Arbeitnehmer, der aufgrund seiner Abhängigkeit der arbeitsrechtliche Gegenpart zum Selbständigen ist, siehe schon G. Winkler in *Rill* 7.

43 T. Müller in *Ennöckl/N. Raschauer/Wessely* § 1 Rz 12.

44 ZB VwSlg 6201A/1964; VwGH 23. 4. 1991, 88/04/0111; VwSlg 15.669 A/2001; VwGH 22. 5. 2012, 2010/04/0033; Fallbeispiele bei *Potacs* in *Holoubek/Potacs* I³ 14ff; zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise *Potacs* in FS *Stolzlechner* 531ff.

45 *Filzmoser*, RdW 1999, 214; *Thienel*, JRP 2007, 163.

46 VwSlg 9263A/1977, 12.078 A/1986; VwGH 15. 9. 1987, 87/04/0028.

Selbständigkeit.⁴⁷ Freilich kann sich bei näherer Betrachtung des Einzelfalles zeigen, dass auch Tätigkeiten auf fremde Rechnung mit einem Unternehmerisiko belastet und daher selbständig iSd GewO sind.⁴⁸ Wirtschaftlich gesehen, handelt derjenige, der das Risiko trägt, dann entgegen dem äußeren Anschein doch „auf eigene Rechnung und Gefahr“ iSd § 1 Abs 3.

Die notwendige Kehrseite des unternehmerischen Risikos ist die **unternehmerische Freiheit**: Sie kommt in der Definition des § 1 Abs 3 nicht direkt zum Ausdruck,⁴⁹ sondern wird als Element der Selbständigkeit vorausgesetzt. Dementsprechend vermerken die Materialien, dass eine „gewisse wirtschaftliche Abhängigkeit des Unternehmers von seinem Auftraggeber“ seiner Selbständigkeit noch keinen Abbruch tut.⁵⁰ Das bedeutet umgekehrt, dass der Unternehmer in seinen Entscheidungen zumindest grundsätzlich unabhängig sein muss. Das ist nach der Judikatur jedenfalls zu bejahen, wenn eine Tätigkeit völlig frei eingeteilt bzw jederzeit abgebrochen werden kann und wenn das Entgelt ausschließlich vom Erfolg der Tätigkeit abhängt.⁵¹ Diese Freiheit genießt typischerweise der Werkunternehmer, mag er auch sachbezogenen Weisungen seines Auftraggebers unterliegen. Keine unternehmerische Freiheit besitzt umgekehrt in aller Regel der Dienstnehmer, weil er der persönlichen Weisung seines Dienstgebers untersteht. Zwischen diesen beiden Idealtypen kann es viele Zwischenformen geben, die dann im Einzelfall nach einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise einzustufen sind.⁵² Selbständig ist nach der Rsp zB auch ein stiller Gesellschafter, der in einen Betrieb neben seiner Arbeitskraft eine Einlage einbringt,⁵³ dies selbst dann, wenn er nur am Gewinn, nicht aber am Verlust beteiligt ist.⁵⁴

Nicht erforderlich ist für die Selbständigkeit, dass eine Tätigkeit persönlich ausgeführt wird; Gewerbetreibende können dafür auch ganz oder teilweise

47 VwGH 28. 2. 1995, 93/04/0047; 28. 10. 1997, 96/04/0191.

48 VwGH 1. 7. 1997, 96/04/0102; 15. 9. 1999, 98/04/0104; siehe auch *Filzmoser*, RdW 1999, 214.

49 Kritisch zur Definition des § 1 Abs 3 insoweit *T. Müller* in *Ennöckl/N. Raschauer/Wessely* § 1 Rz 12.

50 RV 395 BlgNR 13. GP 103.

51 ZB VwGH 6. 5. 1986, 85/04/0224 (Vermittlung von Bestellungen auf Zeitschriftenabos); 17. 3. 1987, 85/04/0223 (Kleinverkauf periodischer Druckschriften); VwSlg 15.669 A/2001 (Taxilenker); VwGH 22. 5. 2012, 2010/04/0033 (Immobilientreuhänder).

52 Zahlreiche Bsp bei *T. Müller* in *Ennöckl/N. Raschauer/Wessely* § 1 Rz 14 ff.

53 Nicht selbständig ist ein stiller Gesellschafter hingegen, wenn sich seine Beteiligung in einer ziffernmäßig begrenzten Vermögenseinlage erschöpft: VwSlg 7016 A/1966.

54 VwSlg 12.078 A/1986; der Ausschluss der Verluſthaftung schadet auch bei Gesellschaftern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht: VwGH 1. 7. 1997, 96/04/0102; skeptisch *Filzmoser*, *ecolx* 1996, 385, unter Hinweis auf gegenläufige Judikatur, die bei stillen Gesellschaftern in Sozialversicherungsangelegenheiten typischerweise von einem Dienstverhältnis, also von Unselbständigkeit ausgeht. Näher zur Selbständigkeit mitarbeitender Gesellschafter *Filzmoser*, RdW 1999, 214 f.

II. Anwendungsbereich der GewO

Dritte einsetzen.⁵⁵ Keine Rolle spielt ferner, ob die selbständige Tätigkeit im Rahmen eines Dauer- oder eines Zielschuldverhältnisses erbracht wird.⁵⁶ Ebenso wenig schadet der Selbständigkeit, dass jemand von seinem Auftraggeber wirtschaftlich abhängig ist; auch Spediteure, Kommissionäre oder Handelsagenten unterfallen daher der GewO,⁵⁷ und selbst die „Neuen Selbständigen“, freien Dienstnehmer bzw arbeitnehmerähnlichen Personen, deren wirtschaftliche Abhängigkeit von ihrem (bisweilen einzigen) Auftraggeber oft beträchtlich ist,⁵⁸ können selbständig iSd GewO sein.⁵⁹

b) Regelmäßigkeit

- 22** Gewerbsmäßigkeit setzt neben der Selbständigkeit voraus, dass eine Tätigkeit regelmäßig, dh mit **Nachhaltigkeit** betrieben wird. Bloß einmalige oder auch nur gelegentliche Tätigkeiten sind daher prinzipiell nicht gewerbsmäßig.⁶⁰ Von diesem Grundsatz statuiert die GewO allerdings mehrere Ausnahmen:
- 23** Nach § 1 Abs 4 Satz 1 gilt auch eine einmalige Handlung als regelmäßig, wenn sie **längere Zeit erfordert**: Das ist zB bei der Errichtung eines Bauwerks⁶¹ oder bei einer dreitägigen Festveranstaltung⁶² der Fall.
- 24** Fingiert wird die Regelmäßigkeit nach § 1 Abs 4 Satz 1 ferner, wenn nach den Umständen des Falles auf eine **Wiederholungsabsicht** geschlossen, also angenommen werden kann, dass es mit einer einmaligen Handlung kein Bewenden haben wird.⁶³ Schenkt daher eine Gastwirtin in einem voll eingerichteten Barbetrieb einmal Getränke aus, liegt ab diesem Zeitpunkt eine regelmäßige Tätigkeit iSd GewO vor.⁶⁴

55 VwGH 28. 2. 1995, 93/04/0047.

56 Siehe *Thienel*, JRP 2007, 162 ff mit historischen Nachweisen.

57 Siehe schon RV 395 BlgNR 13. GP 103 f sowie *G. Winkler* in *Rill* 7 f zur GewO 1973 und *Thienel*, JRP 2007, 160 ff mit weiteren Bsp zur GewO 1859.

58 Näher *Filzmoser*, *ecolex* 1996, 384; *Filzmoser*, RdW 1999, 214; *van Husen*, ÖZw 2000, 7; *Thienel*, JRP 2007, 163 ff. Zur Abgrenzung zwischen Selbständigkeit und Unselbständigkeit aus arbeitsrechtlicher Sicht *Tomandl*, ZAS 2007, 197.

59 RV 395 BlgNR 13. GP 103 f sowie VwGH 14. 5. 1985, 84/04/0154; 23. 4. 1991, 88/04/0111; 6. 11. 1995, 94/04/0107; 15. 9. 1999, 98/04/0104.

60 *Grabler/Stolzlechner/Wendl*^P § 1 Rz 12.

61 Siehe zB VwGH 15. 9. 2006, 2004/04/0185.

62 VwSlg 14.793 A/1997; siehe dazu aus steuerrechtlicher Sicht *Quantschnigg*, ÖStZ 1998, 254, sowie die als Reaktion auf diese Judikatur mit der Nov BGBl I 1998/116 statuierte Ausnahme in § 2 Abs 1 Z 25 (unten Rz 69). Eintägige Festveranstaltungen, die nur einmal im Jahr stattfinden, fallen hingegen nicht unter die GewO: Protokoll der Gewerbereferententagung 1993, Punkt 2, zit nach *Grabler/Stolzlechner/Wendl*^P § 1 Rz 29.

63 VwGH 13. 10. 1993, 92/03/0191; 11. 11. 1998, 98/04/0050.

64 VwGH 11. 11. 1998, 98/04/0050.

§ 1 Abs 4 Satz 2 lässt die Gewerbsmäßigkeit noch früher beginnen: Danach wird es der Gewerbeausübung „gleichgehalten“, wenn jemand einem größeren Personenkreis eine den Gegenstand eines Gewerbes bildende Tätigkeit nur anbietet. Ein solches **Angebot** kann durch eine Firmantafel,⁶⁵ in Massenmedien,⁶⁶ etwa durch Werbung in Zeitungsinseraten,⁶⁷ Rundfunk oder Internet,⁶⁸ aber auch im Telefonbuch⁶⁹ erfolgen. Das Angebot muss allerdings einen „größeren Kreis von Personen“ adressieren, also das allgemeine Publikum oder zumindest einen Fachkreis;⁷⁰ ein Angebot an ganz konkrete Personen genügt nicht.⁷¹ Maßgeblich ist für ein Angebot iSd § 1 Abs 4 Satz 2 stets der objektive Wortlaut des Angebotes, nicht die Absicht des Anbietenden.⁷² Dabei genügt, dass eine Ankündigung in der Öffentlichkeit den Eindruck erwecken kann, es werde eine unter den Wortlaut der Ankündigung fallende gewerbliche Tätigkeit entfaltet.⁷³ **25**

Der Gewerbeausübung gleichzuhalten ist es nach § 1 Abs 4 Satz 2 ferner, wenn jemand bei einer **Ausschreibung** ein Angebot über eine gewerbliche Tätigkeit legt.⁷⁴ Tritt im Vergabeverfahren ein EWR-Unternehmer als Bieter auf, muss er seine Berufsberechtigung im Herkunftsstaat nachweisen (§ 71 Abs 1 BVergG); für die Ausführung des Auftrags selbst benötigt er zudem eine Dienstleistungsberechtigung (Rz 345 ff). Dienstleister außerhalb des EWR müssen in Österreich idR eine Niederlassung begründen (Rz 334). **26**

c) Gewinnerzielungsabsicht

Gewerbsmäßigkeit setzt nach § 1 Abs 2 schließlich voraus, dass eine Tätigkeit in Gewinnerzielungsabsicht verrichtet wird. Erforderlich, aber auch ausreichend ist dafür nach dem klaren Wortlaut die **Absicht**, einen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen; ob er wirklich eintritt, ist gleichgültig.⁷⁵ **27**

Diese Absicht muss sich nach § 1 Abs 2 auf einen **Ertrag** oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil richten. Dabei indizieren entgeltliche Leistungen nach der **28**

65 VwGH 10. 6. 1992, 92/04/0044; 19. 11. 2003, 2000/04/0093; 12. 5. 2011, 2008/04/0046.

66 RV 395 BlgNR 13. GP 104.

67 VwSlg 9801 A/1979; VwGH 12. 5. 2011, 2008/04/0046.

68 VwGH 25. 2. 2004, 2002/04/0069; näher *Traudtner/Höhne*, *ecolex* 2000, 481; siehe auch *Grabler/Stolzlechner/Wendl*^ß § 1 Rz 35; *Gruber/Pallege-Barfuß*⁷ § 1 Anm 97.

69 VwGH 10. 4. 1987, 86/04/0170.

70 VwGH 21. 9. 1977, 2272/76.

71 *Grabler/Stolzlechner/Wendl*^ß § 1 Rz 30.

72 VwGH 10. 6. 1992, 92/04/0044; 19. 11. 2003, 2000/04/0093.

73 VwGH 22. 11. 1988, 88/04/0128; 2. 6. 1999, 98/04/0051; 25. 2. 2004, 2002/04/0069.

74 Dabei genügt die erste Angebotslegung, siehe *Wiesinger*, ZVB 2016, 188; zu gewerberechtiglichen Fragen, die sich im Vergabeverfahren stellen, siehe *denselben* sowie *Oppel*, ZVB 2015, 75, 121, 163, 216.

75 ZB VwGH 19. 4. 1991, 90/04/0130; 25. 6. 2003, 2002/03/0069.

Judikatur eine Gewinnerzielungsabsicht.⁷⁶ Das angestrebte Entgelt muss aber die **Unkosten übersteigen**,⁷⁷ sonst fehlt die Gewinnerzielungsabsicht, und zwar auch dann, wenn die Gebarung kaufmännisch ist.⁷⁸

Nicht gewerbsmäßig sind daher Werksküchen oder Leihbibliotheken, in denen Betriebsangehörigen Leistungen zum Selbstkostenpreis angeboten werden;⁷⁹ ebenso Schüler- und Studentenmensen, in denen nicht das allgemeine Publikum zu marktüblichen Preisen bewirtet wird.⁸⁰ Gleiches gilt für die Tätigkeit öffentlich-rechtlicher Interessenvertretungen im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereiches (insb die Beratung ihrer Mitglieder) und für Tätigkeiten, die nach dem Kostendeckungsprinzip betrieben werden, wie zB die Beherbergung und Verpflegung in Schulungsheimen: Sie unterfallen nicht der GewO, sofern sich nicht aus sonstigen Umständen ergibt, dass ein Ertrag oder sonstiger wirtschaftlicher Vorteil erzielt werden soll.⁸¹ An einer Gewinnerzielungsabsicht fehlt es oft auch bei der Besorgung öffentlicher Aufgaben (zB durch staatliche Schulen, Universitäten, die Österreichische Nationalbank, den Straßenerhaltungsdienst durch die ASFINAG und die Bundesländer⁸²) und bei gemeinwirtschaftlichen Tätigkeiten (zB durch öffentliche Krankenanstalten);⁸³ meist sind diese Tätigkeiten – ebenso wie die klassischen Einsatzgebiete öffentlicher Unternehmen – freilich ohnedies nach § 2 von der GewO ausgenommen, siehe noch Rz 49 ff, insb 57 ff.

- 29** Eine Gewinnerzielungsabsicht kann nach § 1 Abs 2 ebenso mit unentgeltlichen Leistungen verfolgt werden, sofern diese einen **sonstigen wirtschaftlichen Vorteil** bringen, also einen mittelbaren Ertrag, der letztlich auch dem geschäftlichen Ziel des Gewerbebetriebes dient.⁸⁴ Gewinnerzielungsabsicht liegt demnach zB vor, wenn ein Unternehmer ein Flugzeug zum Selbstkostenpreis vermietet, um die Geschäftsbeziehungen aufrechtzuerhalten,⁸⁵ oder wenn eine Schischule Kinder unentgeltlich zum Schikurs befördert, weil das Wettbewerbsvorteile bringt oder zumindest die Konkurrenzfähigkeit erhält.⁸⁶

76 Daher ist es in einem Verwaltungsstrafverfahren wegen unbefugter Gewerbstätigkeit Sache des Beschuldigten, mit Beweisen darzulegen, dass er trotz Entgeltlichkeit keine Gewinnerzielungsabsicht hatte: VwGH 11. 11. 1998, 98/04/0050; kritisch zu dieser Beweislastumkehr *Potacs in Holoubek/Potacs* I³ 16f; *Potacs* in FS Stolzlechner 543; *T. Müller in Ennöckl/N. Raschauer/Wessely* § 1 Rz 9.

77 VwGH 5. 11. 1991, 91/04/0150; 25. 6. 2003, 2002/03/0069; 31. 5. 2012, 2010/06/0207.

78 VwSlg 9023 A/1976, 13.408 A/1991; OGH 25. 1. 1994, 4 Ob 1002/94.

79 RV 395 BlgNR 13. GP 103.

80 *Grabler/Stolzlechner/Wendl*³ § 1 Rz 16; *T. Müller in Ennöckl/N. Raschauer/Wessely* § 1 Rz 10.

81 AB 941 BlgNR 13. GP 2; siehe auch schon BGH Slg 1794 A/1938; VwGH 26. 10. 1961, 372/60.

82 *Grabler/Stolzlechner/Wendl*³ § 1 Rz 16.

83 Siehe schon *Pauger in B. Raschauer*² Rz 303.

84 VwGH 13. 10. 1993, 92/03/0054; 25. 6. 2003, 2002/03/0069; 12. 5. 2011, 2010/04/0013; OGH 25. 1. 1994, 4 Ob 1002/94.

85 VwGH 13. 10. 1993, 92/03/0191.

86 Dass ein Unternehmen eine solche Beförderung ohne dahinterstehende Absicht, ausschließlich aus Sorge um die Kinder im Rahmen der Verkehrssicherheit vornimmt, widerspräche der allgemeinen Lebenserfahrung: VwGH 13. 10. 1993, 92/03/0054.

Nach der Judikatur ist überhaupt jeder **Aufwand**, den jemand **im Rahmen gewerbsmäßiger Tätigkeiten** auf sich nimmt, allein durch diese Zweckverbundenheit gewerbsmäßig, auch wenn er keinen gesonderten Ertrag abwirft.⁸⁷ Das findet eine Stütze in den Materialien⁸⁸ und wohl auch in § 1 Abs 4 Satz 2, der das Angebot einer gewerblichen Tätigkeit an einen größeren Personenkreis einer Gewerbeausübung gleichhält.⁸⁹ Diese Judikatur kann aber auch unbefriedigende Konsequenzen haben, etwa dass ein Friseur eine Gastgewerbeberechtigung benötigt, wenn er seiner Kundschaft unentgeltlich einen Kaffee verabreicht: Solche Überregulierungen versucht die GewO zu verhindern, indem sie Gewerbetreibenden bestimmte Tätigkeiten – im genannten Beispiel etwa den Ausschank von Getränken (§ 32 Abs 1 Z 15) – als Nebenrecht gestattet (Rz 256).

Gleichgültig ist nach § 1 Abs 2 ausdrücklich, für welche **Zwecke** der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil bestimmt ist: Das Erwirtschaftete muss also keineswegs eigennützig, sondern kann auch gemeinnützigen Zwecken gewidmet sein.⁹⁰

Nicht erforderlich ist ferner, dass der wirtschaftliche Vorteil aus einer **der GewO unterliegenden Tätigkeit** erlangt wird (§ 1 Abs 2 2. Halbsatz). Gewinnerzielungsabsicht liegt daher zB auch vor, wenn eine Schischule Kinder vom Hotel zur Piste und zurück transportiert, obwohl der Betrieb der Schischule selbst vom Anwendungsbereich der GewO ausgenommen ist (§ 2 Abs 1 Z 12).⁹¹

Bei **Personenvereinigungen**, dh juristischen Personen und eingetragenen Personengesellschaften (§ 9)⁹² liegt eine Gewinnerzielungsabsicht auch vor, wenn der wirtschaftliche Vorteil den Mitgliedern der Personenvereinigung zufließen soll. Das stellt die GewO in § 1 Abs 5 ausdrücklich klar.⁹³ Der Tatbestand des § 1 Abs 5 ist allerdings nur verwirklicht, wenn eine Personenvereinigung in der Absicht tätig wird, zunächst unmittelbar für sich einen Ertrag zu erzielen, der erst dann den Mitgliedern zukommen soll.⁹⁴ Nicht in Gewinnerzielungsabsicht handelt eine Personenvereinigung daher, wenn ihre Mitglieder direkt begünstigt werden; idR betreiben dann auch die

87 VwSlg 17.766 A/1933; BGH Slg 449/1935, 1657/1937; VwSlg 9183 A/1976; VwGH 24. 4. 1989, 89/10/0450; 4. 12. 1998, 97/19/1553; 17. 5. 2004, 2003/06/0108; ebenso zB *Hanusch* § 1 Rz 6.

88 RV 395 BlgNR 13. GP 103.

89 Insofern ist es systematisch nicht ganz passend, dass die GewO diese Vorschrift im Kontext der Regelmäßigkeit trifft, kritisch schon *G. Winkler* in *Rill* 9 FN 17.

90 Siehe schon *G. Winkler* in *Rill* 9.

91 VwGH 13. 10. 1993, 92/03/0054.

92 *Grabler/Stolzlechner/Wendl*³ § 1 Rz 38; *Gruber/Paliego-Barfuß*⁷ § 1 Anm 109; *R. Winkler*, *ecolx* 2008, 181.

93 RV 395 BlgNR 13. GP 104; *Hanusch* § 1 Rz 28.

94 VwGH 17. 11. 1976, 2049/75; VwSlg 10.048 A/1980; VwGH 2. 12. 1983, 83/04/0189. Anders noch VwSlg 16.310 A/1930.

II. Anwendungsbereich der GewO

Mitglieder kein Gewerbe, weil sie entweder gar nicht oder doch nicht selbständig tätig werden.

- 34** In Ansehung dieser Rechtslage wurden in den 1970er- und 1980er-Jahren zunehmend **Vereine** einzig zu dem Zweck gegründet, für ihre Mitglieder gewerbliche Tätigkeiten auszuüben.⁹⁵ Um auch solche Aktivitäten der GewO zu unterwerfen, regelte die Nov 1988 die Gewinnerzielungsabsicht bei Vereinen neu:⁹⁶ Sie liegt nach § 1 Abs 6 Satz 1 schon vor, wenn die Tätigkeit eines Vereins das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweist und zudem – mittelbar oder unmittelbar – auf die Erlangung eines vermögensrechtlichen Vorteiles für die Vereinsmitglieder gerichtet ist. 1992 wurde diese Rechtslage noch weiter verschärft: Seither wird die Gewinnerzielungsabsicht nach § 1 Abs 6 Satz 2 überdies (widerleglich)⁹⁷ vermutet, wenn ein Verein öfter als einmal wöchentlich eine Tätigkeit ausübt, die – wäre sie gewerbsmäßig – in den Anwendungsbereich der GewO fiel. § 1 Abs 6 Satz 2 kehrt damit die Beweislast (§ 45 Abs 1 AVG, § 24 VStG) um;⁹⁸ den materiell-rechtlichen Tatbestand der Gewerbsmäßigkeit ändert er aber nicht.⁹⁹

Erfüllt ist der Tatbestand des § 1 Abs 6 Satz 1 insb, wenn ein Verein seinen Mitgliedern Leistungen oder Waren günstiger, im Übrigen aber in einer Weise anbietet, die mit Auftreten und Gestion eines einschlägigen Gewerbebetriebes vergleichbar ist.¹⁰⁰ Zu denken ist an Reisevermittlungen oder Kfz-Reparaturen, die ein Verein seinen Mitgliedern zu niedrigeren Tarifen als am freien Markt erbringt; ferner an gastgewerbliche Leistungen, die Vereinsmitglieder zum Selbstkostenpreis konsumieren können („gastgewerbliche Klubs“).¹⁰¹ Dass diese Leistungen nur den Mitgliedern offen stehen, ändert am Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes nichts.¹⁰²

95 Die relativ liberale Judikatur des VwGH tat zu dieser Entwicklung ein Übriges, näher *Schulev-Steindl*, *ecolex* 1994, 10f. Die Tätigkeit von Vereinen nach dem VerG darf zwar „nicht auf Gewinn berechnet“ sein, dh der Vereinszweck darf nicht schon an sich in der Gewinnerzielung bestehen („ideeller Verein“). Das schließt jedoch nicht aus, dass ein Verein einzelne Tätigkeiten gewerbsmäßig betreibt und seinen Mitgliedern dadurch wirtschaftliche Vorteile verschafft, siehe schon die RV 990 BlgNR 21. GP 20 sowie zB *Lachmair*, *Verein* 7ff; *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer*, *Vereine*⁴ 180f, 196ff; *Merli/Struger* in *Hinteregger* 43f.

96 RV 341 BlgNR 17. GP 31. Von dieser gewerberechtlichen Regelung zu unterscheiden ist die nach dem VerG verpönte Gewinnerzielungsabsicht; näher zu den Unterschieden *Merli/Struger* in *Hinteregger* 41 ff und 46 ff.

97 VwGH 3. 3. 1999, 97/04/0183; 18. 2. 2009, 2005/04/0249; zuvor schon *Schulev-Steindl*, *ecolex* 1994, 11.

98 VwGH 3. 3. 1999, 97/04/0183.

99 Von der Gewerbsmäßigkeit iSd GewO zu unterscheiden sind die Voraussetzungen, unter denen ein Verein als Unternehmer iSd UGB anzusehen ist, siehe dazu *Dehn*, *ÖJZ* 2006, 47 ff.

100 AB 690 BlgNR 17. GP 3.

101 VwGH 19. 6. 1990, 90/04/0036; 5. 11. 1991, 91/04/0108; 3. 3. 1999, 97/04/0183; siehe auch *Schulev-Steindl*, *ecolex* 1994, 10f.

102 VwGH 19. 6. 1990, 90/04/0036; 22. 4. 1994, 94/02/0098.

A. Gewerbsmäßig ausgeübte und erlaubte Tätigkeiten

An den Voraussetzungen des § 1 Abs 6 mangelt es hingegen, wenn ein Musikverein für sein Vereinsorchester nur Instrumente und Noten besorgt; wenn ein Fußballverein Mannschaftsdressen und Bälle beschafft oder wenn ein Jugend- oder Geselligkeitsverein seine Mitglieder bei einer Zusammenkunft in einfacher Weise mit Speisen und Trank versorgt.¹⁰³ Nicht erfasst sind von § 1 Abs 6 ferner Vereine, die mithilfe von Subventionen soziale oder gemeinnützige Zwecke für vereinsfremde Personen verfolgen: Hier fehlt schon die Absicht, den Vereinsmitgliedern vermögenswerte Vorteile zuzuwenden.¹⁰⁴ Keine Gewinnerzielungsabsicht besteht auch, wenn ein Verein sich nur bemüht, seine Auslagen möglichst gering zu halten und im Übrigen seine Einnahmen aus Mitgliedsbeiträgen oder Spenden im Ausmaß der durch den Vereinszweck verursachten Ausgaben zu erzielen.¹⁰⁵

Von vornherein nicht anwendbar ist § 1 Abs 6, wenn ein Verein seine **Erträge unmittelbar für den Vereinszweck** verwendet: In einem solchen Fall besteht schon eine Gewinnerzielungsabsicht nach § 1 Abs 2, denn welchen Zwecken ein Gewinn gewidmet wird, spielt nach dieser Vorschrift, wie erwähnt (Rz 31), keine Rolle.¹⁰⁶ Die Gewinnerzielungsabsicht fehlt aber auch hier, wenn die Erträge bloß die Unkosten decken (Rz 28). Dabei sind den Erträgen allerdings nicht die gesamten Vereinskosten gegenüberzustellen, sondern nur die sog konnexen Kosten, die die gewinnbringende Tätigkeit (zB der Ausschank von Getränken) verursacht.¹⁰⁷

d) Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr

Als „wesensmäßig“ vorausgesetztes Tatbestandsmerkmal der Gewerbsmäßigkeit sehen Judikatur und Teile der Lehre auch die „Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr in Form der Produktion von Gütern, des Handels oder der Erbringung von Dienstleistungen“ an.¹⁰⁸ Diese Auslegung findet auch einen gewissen Rückhalt in der **Entstehungsgeschichte** der GewO: Dass ein Gewerbe nicht auf die bloße Selbstbedienung gerichtet ist, nahm die Praxis bis zur GewO 1973 als selbstverständlich an,¹⁰⁹ insoweit korrespondierend mit § 28 BAO und § 23 EStG: Beide Bestimmungen definierten einen Gewerbebetrieb (schon damals) als „selbständige, nachhaltige Betätigung, die mit Gewinnabsicht unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaft-

103 AB 690 BlgNR 17. GP 2.

104 Vgl den AB 876 BlgNR 18. GP 3 zur Nov 1992, wonach die Rechtsvermutung des § 1 Abs 6 Satz 2 bei Vereinen nicht Platz greifen soll, die amtsbekanntermaßen nicht in Ertragsabsicht handeln, weil sie wohltätigen, sozialen Zwecken udgl dienen; siehe schon zuvor zur Nov 1988 den AB 690 BlgNR 17. GP 3.

105 VwSlg 13.113 A/1990, 13.408 A/1991; VwGH 23. 10. 1995, 93/04/0110.

106 MwN *Schulev-Steindl*, *ecolex* 1994, 9; R. *Winkler*, *ecolex* 2008, 182; *Merli/Struger* in *Hinteregger* 47.

107 MwN *Schulev-Steindl*, *ecolex* 1994, 9f; *Merli/Struger* in *Hinteregger* 47.

108 VwSlg 15.254 A/1999; R. *Winkler*, *ecolex* 2008, 182f; *Grabler/Stolzlechner/Wendl*^B § 1 Rz 5; anders *Hanusch* § 1 Rz 25.

109 G. *Winkler* in *Rill* 13.

II. Anwendungsbereich der GewO

lichen Verkehr darstellt“.¹¹⁰ Im Begutachtungsverfahren zur GewO 1973 wurde dann vorgeschlagen, das Erfordernis der Gewinnerzielungsabsicht durch jenes der Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr zu ersetzen. Der Gesetzgeber folgte diesem Vorschlag nur deshalb nicht, weil er bei einem Verzicht auf die Gewinnerzielungsabsicht eine kompetenzwidrige Ausweitung der GewO befürchtete. Dass er die Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr entgegen der bisherigen Praxis nicht mehr als Erfordernis der Gewerbsmäßigkeit behandelt wissen wollte, ergibt sich aus den Materialien nicht.¹¹¹

- 37 Nicht gewerbsmäßig** handelt vor diesem Hintergrund zB, wer mit einer Tätigkeit nur seinen Eigenbedarf stillt, etwa indem er von einem Teil seines Grundstücks Schotter entnimmt und diesen verwendet, um auf einem anderen Grundstücksteil eine bereits genehmigte Betriebsanlage zu errichten.¹¹² Ebenso fehlt eine Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr, wenn eine vom Bund eingerichtete Straßenbausondergesellschaft eine Straße errichtet,¹¹³ wenn jemand nur sein Vermögen verwaltet¹¹⁴ oder sich umgekehrt als Bettler verdingt, der zwar regelmäßig, in Gewinnerzielungsabsicht und vielleicht sogar selbständig handelt, aber weder Güter produziert noch sie zum Handel anbietet noch Dienstleistungen für andere erbringt.¹¹⁵
- 38 Kein Gewerbe iSd GewO** ist ferner die **bloße Raumvermietung** ohne weitere Dienstleistungen (wie sie etwa das Gastgewerbe erbringt, vgl § 111).¹¹⁶ Auch diese Annahme der Judikatur und Lehre findet eine Stütze in der Entstehungsgeschichte: So erklärte die Nov 1934 ua den Betrieb von Garagen zu einem ge-

110 Eine Beteiligung iS dieser beiden Steuervorschriften liegt nach der Judikatur vor, wenn jemand grundsätzlich und nach objektiven Kriterien erkennbar bereit ist, eine Leistung jedermann anzubieten, der nach ihr Bedarf hat. Dass er nur einem einzigen Geschäftspartner gegenüber tätig wird, etwa weil seine persönliche Leistungskraft begrenzt ist oder weil im örtlichen Tätigkeitsbereich kein weiterer Geschäftspartner die betreffende Leistung nachfragt, schadet dabei nicht, solange die angebotene Leistung ihrer Art nach auch von anderen nachgefragt werden könnte: VwGH 6. 3. 1973, 1032/72; 13. 9. 1989, 88/13/0193; 3. 6. 1992, 91/13/0035; 24. 4. 1996, 92/15/0092.

111 RV 395 BlgNR 13. GP 103; siehe auch G. Winkler in Rill 13.

112 VwSlg 15.254 A/1999; mit gleichem Ergebnis, aber ohne Rekurs auf die Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr VwGH 15. 9. 2006, 2004/04/0185.

113 G. Winkler in Funk 184; Holoubek, ÖZW 2000, 44.

114 Ennöckl in B. Raschauer³ Rz 324.

115 Eine andere Frage ist, ob das Betteln von der Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG) geschützt ist; dies verneinend VfSlg 19.662/2012 und dazu Vašek, ZfV 2013, 21.

116 VfSlg 4227/1962 (anders noch VfSlg 4088 /1961); VwSlg 11.744 A/1985, 17.000 A/2006; VwGH 24. 6. 2009, 2008/15/0060; OGH 28. 7. 1998, 1 Ob 157/98 i; Grabler/Stolzlechner/Wendl³ § 4 Rz 1; Hanusch § 111 Rz 2f sowie Potacs in Holoubek/Potacs I³ 20, der dies mit einem „traditionellen Verständnis“ erklärt; siehe auch G. Winkler in Rill 23f, der allerdings eine Ausnahme von der GewO annimmt; ebenso Ennöckl in B. Raschauer³ Rz 324.