

ein in der GewO vormals enthaltenes Verbot des Versandhandels mit Nahrungsergänzungsmitteln als gemeinschaftsrechtswidrig an.⁷³⁾

316 Maßnahmen der EU, die das gewerbliche Betriebsanlagenrecht berühren, fußen insb auf den Artikeln zur **gemeinsamen Umweltpolitik** (Art 191–193 AEUV.⁷⁴⁾ Daneben werden jedoch häufig auch Art 115 AEUV, der eine Angleichung mitgliedstaatlicher Vorschriften durch Richtlinien ermöglicht, wenn sich diese unmittelbar auf den Binnenmarkt auswirken, sowie die Vertragsabrundungskompetenz des Art 352 AEUV herangezogen.⁷⁵⁾

317 An **einschlägigen Sekundärrechtsakten** sind im Bereich des Berufsrechts vor allem die RL über die Anerkennung von Berufsqualifikationen⁷⁶⁾ sowie die DienstleistungsRL⁷⁷⁾ zu nennen. Für die rechtliche Ausgestaltung einzelner Gewerbearten maßgebliche Vorgaben enthalten beispielsweise die PauschalreiseRL⁷⁸⁾, die VersicherungsvertriebsRL⁷⁹⁾, die RL für die Tätigkeiten des Handels mit und der Verteilung von Giftstoffen⁸⁰⁾ sowie die GeldwäscheRL.⁸¹⁾ Im gewerblichen Anlagenrecht⁸²⁾ sind die Industrieemissions-RL, die RL zur Öffentlichkeitsbeteiligung in Umweltverfahren⁸³⁾, die Seveso-III-RL⁸⁴⁾ und die UmgebungslärmRL⁸⁵⁾ hervorzuheben.

II. Anwendungsbereich der GewO

A. Gewerbe

1. Gewerbsmäßige Ausübung erlaubter Tätigkeiten

318 Der sachliche Anwendungsbereich der GewO ergibt sich im Großen und Ganzen aus den Regelungen der §§ 1–4, die ein **Generalklausel-Ausnahme-System** normieren. Demnach gilt die GewO grundsätzlich für sämtliche gesetzlich nicht verbotenen Tätigkeiten, die gewerbsmäßig ausgeübt werden, wobei der Begriff der Gewerbsmäßigkeit in § 1 Abs 2 iVm Abs 3–6 näher definiert wird. Von der Geltung ausgenommen sind wiederum in §§ 2–4 angeführte Betätigungen, die auch dann nicht in den Anwendungsbereich fallen, wenn sie alle Merkmale gewerbsmäßigen Handelns erfüllen.

⁷³⁾ EuGH C-497/03, *Kommission/Österreich*, ECLI:EU:C:2004:685.

⁷⁴⁾ *Stolzlechner/Horvath*, ZÖR 2009, 400.

⁷⁵⁾ Vgl *Feik* in *Ennöckl/N. Raschauer/Wessely*, Handbuch³ 219.

⁷⁶⁾ RL 2005/36/EG, ABl L 2005/255, 22 idgF.

⁷⁷⁾ RL 2006/123/EG, ABl L 2006/376, 36.

⁷⁸⁾ RL (EU) 2015/2302, ABl L 2015/326, 1.

⁷⁹⁾ RL (EU) 2016/97 ABl L 2016/26, 19 idgF.

⁸⁰⁾ RL 74/556/EWG, ABl L 1974/307, 1.

⁸¹⁾ RL (EU) 2015/849, ABl L 2015/141, 73 idgF.

⁸²⁾ Dazu eingehend *Bergthaler/Berger* in *Stolzlechner/Wendl/Bergthaler*, Betriebsanlage⁴ Rz 293.

⁸³⁾ RL 2003/35/EG, ABl L 2003/156, 17 idgF.

⁸⁴⁾ RL 2012/18/EU, ABl L 2012/197, 1.

⁸⁵⁾ RL 2002/49/EG, ABl L 2002/189, 12 idgF

Gesetzlich verbotene Tätigkeiten unterliegen keinesfalls der GewO (§ 1 Abs 1) und können daher auch nicht Gegenstand eines Gewerbes sein. Dadurch sollen Regelungs- und Wertungswidersprüche im Bundesrecht genauso wie ein Unterminieren landesrechtlicher Verbotsnormen verhindert und die „Einheit der Rechtsordnung“⁸⁶⁾ gewahrt werden.⁸⁷⁾ Eine idS gesetzlich verbotene Tätigkeit ist allerdings nur dann gegeben, wenn die wirtschaftliche Erwerbshandlung an sich untersagt ist (zB Schlepperei, Suchtmittelhandel, Mautvignettenverleih⁸⁸⁾). Das Verbot kann sich dabei aus strafgesetzlichen oder verwaltungsrechtlichen Bestimmungen (sowohl des Bundes als auch der Länder), aber auch aus dem Zivilrecht (vor allem den guten Sitten gemäß § 879 Abs 1 ABGB)⁸⁹⁾ ergeben. Solch illegale Betätigungen können selbst dann nicht Gegenstand eines Gewerbes iSd GewO sein, wenn sie nach der Terminologie anderer Vorschriften (zB des Sozialversicherungs- oder des Steuerrechts) als „gewerbliche Tätigkeiten“ zu qualifizieren sind.⁹⁰⁾ Dass einzelne Handlungen, die im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeit gesetzt werden, einem gesetzlichen Verbot zuwiderlaufen (etwa eine Missachtung von Ladenöffnungsvorschriften), verhindert das Vorliegen eines Gewerbes hingegen nicht.

Gemäß § 1 Abs 2 wird eine **Tätigkeit gewerbsmäßig** ausgeübt, wenn sie **selbständig, regelmäßig und in Ertragserzielungsabsicht** betrieben wird.

2. Selbständigkeit

Für den Begriff der Selbständigkeit iSd § 1 Abs 2 sind zwei Komponenten maßgeblich:⁹¹⁾ Zum einen muss der Gewerbetreibende in der Lage sein, wirtschaftlich gebotene Entschlüsse weitgehend auf Grund eigener, freier Willensentscheidungen zu treffen (**unternehmerische Entscheidungsfreiheit**).⁹²⁾ Zum anderen liegt Selbständigkeit nur dann vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird (§ 1 Abs 3), der Gewerbetreibende also – im Gegensatz zum Arbeitnehmer – für die ökonomischen Folgen seiner Entscheidungen im positiven wie im negativen Sinn (Gewinn oder Verlust) einzustehen hat (**unternehmerisches Risiko**). Ob diese Erfordernisse im Einzelfall erfüllt sind, ist nicht nur nach den äußeren rechtlichen Formen,⁹³⁾ sondern unter Berücksichtigung aller rechtlichen und tatsächlichen Faktoren, sohin auf Grund einer gesamthaften wirtschaftlichen Betrachtung zu beurteilen.⁹⁴⁾ Besonderes Gewicht misst der VwGH allerdings einer Ausstellung von Rechnungen auf

⁸⁶⁾ ErläutRV 395 BlgNR 13. GP 103.

⁸⁷⁾ Pöschl, Gewerbeordnung Rz 45; Hanusch, Gewerbeordnung § 1 Rz 2.

⁸⁸⁾ VwGH 11. 11. 1998, 98/04/0178.

⁸⁹⁾ Gegen die guten Sitten verstoßen zB eine Geschäftstätigkeit im Rahmen eines Schneeballsystems oder Wuchergeschäfte; vgl Hanusch, Gewerbeordnung § 1 Rz 2.

⁹⁰⁾ Hanusch, Gewerbeordnung § 1 Rz 2.

⁹¹⁾ Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO³ § 1 Rz 10.

⁹²⁾ Vgl VwGH 6. 5. 1986, 85/04/0224.

⁹³⁾ VwGH 6. 11. 1995, 94/04/0107; 15. 9. 1999, 98/04/0104.

⁹⁴⁾ Beispielsweise VwGH 21. 10. 1970, 1765/69; 23. 4. 1991, 88/04/0111; vgl auch van Husen, ÖZW 2000, 7 in Bezug auf sog neue Selbständige.

eigenen Namen bei, die die Selbständigkeit vermuten lasse;⁹⁵⁾ einer Sozialversicherungsanmeldung als Angestellter schreibt der Gerichtshof demgegenüber keine vergleichbare (gegenläufige) Indizwirkung zu.⁹⁶⁾

In der Praxis regelmäßig bestehende ökonomische Abhängigkeiten eines Gewerbetreibenden von Auftraggebern und anderen Unternehmern beseitigt die Selbständigkeit iSd GewO nicht. So ist eine betriebsführende Gesellschaft, der das operative Ergebnis zur Gänze zusteht, selbst dann als selbständig zu qualifizieren, wenn sie „sämtliche Kauf-, Liefer- und Mietverträge auf Namen und Rechnung“ einer anderen Gesellschaft tätigt.⁹⁷⁾ Ferner kann Selbständigkeit auch dann zu bejahen sein, wenn nicht der Gewerbetreibende persönlich, sondern Dritte die relevante Tätigkeit an seiner statt ausführen.⁹⁸⁾

3. Regelmäßigkeit

320 Um eine Tätigkeit als gewerblich qualifizieren zu können, muss sie **grundsätzlich für eine längere Zeit** ausgeübt werden. Die damit geforderte zeitliche Kontinuität kommt im Kriterium der Regelmäßigkeit zum Ausdruck. Betreffende Handlungen müssen aber – anders als es der Begriff vermuten lässt – weder wiederkehrend sein noch ununterbrochen erfolgen. Es genügt, dass sie auf eine gewisse Dauer angelegt sind.⁹⁹⁾ Bloß gelegentlich stattfindende Aktivitäten ohne Fortsetzungsabsicht unterfallen an sich nicht der GewO. Durch § 1 Abs 4 wird die Qualifikation der Regelmäßigkeit allerdings auf bestimmte Handlungsformen erstreckt, die das Kriterium nach dem herkömmlichen Begriffsverständnis nicht erfüllen würden.¹⁰⁰⁾ So sind einmalige, nicht länger fortdauernde Handlungen doch als regelmäßig zu qualifizieren, wenn aus den Begleitumständen auf die **Wiederholungsabsicht** des Handelnden geschlossen werden kann. Einen solchen Wiederholungsvorsatz nimmt der VwGH insb dann an, wenn geschaffene (Betriebs-)Einrichtungen den Schluss nahelegen, dass diese wiederkehrend verwendet werden sollen, weil eine bloß einmalige Verwendung wirtschaftlich unrentabel wäre.¹⁰¹⁾ Darüber hinaus ist, wie eingangs erläutert, eine Handlung ebenso als regelmäßig zu werten, wenn sie zwar nur einmal stattfindet, aber längere Zeit in Anspruch nimmt. Da die GewO nichts Entgegenstehendes enthält, werden in der Rsp mitunter bereits mehrtätige Aktivitäten als

⁹⁵⁾ VwGH 28. 2. 1995, 93/04/0047; 28. 10. 1997, 96/04/0191; vgl *Pöschl*, Gewerbeordnung Rz 19.

⁹⁶⁾ VwGH 9. 9. 1965, 481/60; *Potacs* in *Holoubek/Potacs*, Wirtschaftsrecht I⁴ 15 FN 69.

⁹⁷⁾ VwGH 15. 9. 1999, 98/04/0104.

⁹⁸⁾ VwGH 28. 2. 1995, 93/04/0047; *Pöschl*, Gewerbeordnung Rz 21; *Potacs* in *Holoubek/Potacs*, Wirtschaftsrecht I⁴ 15.

⁹⁹⁾ *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO³ § 1 Rz 12.

¹⁰⁰⁾ *Dies* aaO.

¹⁰¹⁾ VwGH 11. 11. 1998, 98/04/0050 (Annahme des Vorliegens einer gewerblichen Tätigkeit trotz nur einmal erfolgter Ausschank auf Grund eines voll eingerichteten, strukturierten Barbetriebs).

idS länger andauernd angesehen.¹⁰²⁾ Auf den Betätigungsumfang kommt es nicht an.¹⁰³⁾

Wird eine Tätigkeit, die den Gegenstand eines Gewerbes bildet, einem größeren Kreis von Personen angeboten, so ist dieses **Anbieten der Ausübung** des Gewerbes **gleichzuhalten** (§ 1 Abs 4 zweiter Satz erster Fall). Dies setzt voraus, dass die Öffentlichkeit oder wenigstens ein Fachkreis¹⁰⁴⁾ adressiert werden. Weiters muss das Angebot den Eindruck zu erwecken vermögen, dass eine gewerbliche Tätigkeit entfaltet wird.¹⁰⁵⁾ Dafür ist allein der objektive Wortlaut ausschlaggebend, auf die Absicht des Anbietenden kommt es nicht an.¹⁰⁶⁾ Ebenso gleichgültig ist, in welchem bzw über welches Medium ein Angebot erfolgt.¹⁰⁷⁾ Erfasst sind daher ein Anbringen von Firmentafeln mit entsprechendem Wortlaut,¹⁰⁸⁾ eine Eintragung im amtlichen Telefonbuch mit Hinweis auf die gewerbliche Tätigkeit,¹⁰⁹⁾ eine Schaltung von Zeitungsinseraten,¹¹⁰⁾ ein Betreiben von Websites, eine Eintragung in ein online geführtes Branchenverzeichnis¹¹¹⁾ usw. Eine Veröffentlichung in Registern auf Grund gesetzlicher Verpflichtungen gilt dagegen ausdrücklich nicht als Ausübung des betreffenden Gewerbes (§ 1 Abs 4 letzter Satz).¹¹²⁾

Der Ausübung eines Gewerbes gleichgehalten ist ferner eine entsprechende **Angebotslegung im Zuge einer Ausschreibung** (§ 1 Abs 4 zweiter Satz zweiter Fall). Da die GewO keine Differenzierung vornimmt, gilt dies für jegliche Arten von Ausschreibungen, sodass sowohl jene von Gebietskörperschaften und anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts als auch solche privater Rechtsträger (etwa von Wohnbaugenossenschaften) umfasst sind.¹¹³⁾

¹⁰²⁾ VwGH 25. 11. 1997, 96/04/0099 (dreitägiges Feuerwehrfest; beachte jedoch die mit BGBl I 1998/116 eingefügte Ausnahmebestimmung des § 2 Abs 1 Z 25); weitere Beispiele bei *Potacs* in *Holoubek/Potacs*, Wirtschaftsrecht I⁴ 15 f.

¹⁰³⁾ VwGH 18. 5. 2005, 2005/04/0070.

¹⁰⁴⁾ VwGH 21. 9. 1977, 2272/76; *Pöschl*, Gewerbeordnung Rz 25.

¹⁰⁵⁾ VwGH 2. 6. 1999, 98/04/0051; 10. 6. 1992, 92/04/0044; 31. 3. 1992, 91/04/0299; 25. 2. 2004, 2002/04/0069.

¹⁰⁶⁾ Grundlegend VwGH 10. 6. 1992, 92/04/0044; *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO³ § 1 Rz 32 mwN.

¹⁰⁷⁾ *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO³ § 1 Rz 33 ff.

¹⁰⁸⁾ VwGH 15. 1. 1985, 84/04/0063; 10. 6. 1992, 92/04/0044; 12. 5. 2011, 2008/04/0046.

¹⁰⁹⁾ VwGH 10. 4. 1987, 86/04/0170.

¹¹⁰⁾ VwGH 22. 2. 1979, 2435/76.

¹¹¹⁾ VwGH 25. 2. 2004, 2002/04/0069; *Traudtner/Höhne*, *ecolex* 2000, 480 f; *Pöschl*, Gewerbeordnung Rz 25; *Gruber/Pallege-Barfuß*, GewO⁷ § 1 Anm 97; *Potacs* in *Holoubek/Potacs*, Wirtschaftsrecht I⁴ 16.

¹¹²⁾ Diese Festlegung erfolgte mit BGBl I 2018/45. Der Gesetzgeber hatte das Spannungsverhältnis zwischen der für manche juristische Personen konstitutiv wirkenden Firmenbucheintragung und der damit verbundenen Verpflichtung gemäß § 3 Abs 1 Z 5 FirmenbuchG (BGBl 1991/10 idGF), den Geschäftszweig zu bezeichnen, vor Augen; vgl ErläutRV 149 BlgNR 26. GP 2.

¹¹³⁾ *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO³ § 1 Rz 36.

4. Ertragserzielungsabsicht

323

Als drittes Kriterium setzt Gewerbsmäßigkeit nach der GewO voraus, dass eine Tätigkeit in der Absicht betrieben wird, einen **Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil** zu erzielen (Gewinnerzielungsabsicht). Ob tatsächlich ein wirtschaftlicher Vorteil erlangt wird, ist nicht maßgeblich, es kommt allein auf das **darauf gerichtete Bestreben** an.¹¹⁴⁾ Dieses subjektive Element ist aus den äußeren Umständen der Handlungen des Gewerbetreibenden abzuleiten.¹¹⁵⁾ Eine wesentliche Rolle spielt hierbei, ob der Betroffene gegen Entgelt tätig wird. Ist dies der Fall, so liegt es nach der Judikatur an ihm nachzuweisen, dass er keinen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Nutzen beabsichtigt. Zwar sind Entgeltlichkeit und Gewinnerzielungsabsicht nicht gleichzusetzen, doch indiziert erstere laut VwGH den „äußeren Anschein der Gewinnerzielungsabsicht“.¹¹⁶⁾

Keine Ertragsabsicht liegt vor, wenn lediglich die Kosten der betreffenden Tätigkeit ganz oder teilweise abgedeckt werden sollen,¹¹⁷⁾ weshalb etwa Werkküchen und Hochschulmensen, die ihre Leistungen weder einem allgemeinen Publikum noch zu marktüblichen Preisen anbieten, auch nicht dem Regelungsregime der GewO unterliegen.¹¹⁸⁾ Gleiches gilt für Tätigkeiten, die einzig der Befriedigung des Eigenbedarfs dienen.¹¹⁹⁾ Der VwGH und Teile der Lehre erkennen in der „**Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr** in Form der Produktion von Gütern, des Handels oder der Erbringung von Dienstleistungen“ überhaupt ein **viertes der Gewerbsmäßigkeit inhärentes Tatbestandsmerkmal**.¹²⁰⁾ Schließlich stellt – wohl mangels Regelmäßigkeit¹²¹⁾ – auch der Absatz nicht in Erwerbsabsicht hergestellter oder erworbener Gegenstände keine Gewerbeausübung dar, ganz gleich, ob damit ein wirtschaftlicher Vorteil erzielt werden soll.¹²²⁾

¹¹⁴⁾ ZB VwGH 27. 9. 1966, 2141/64; 19. 4. 1991, 90/04/0130; 25. 6. 2003, 2002/03/0069.

¹¹⁵⁾ VwGH 29. 1. 1952, 1468/51; *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO³ § 1 Rz 13.

¹¹⁶⁾ VwGH 5. 11. 1991, 91/04/0150; 11. 11. 1998, 98/04/0050; unter Verweis auf die in § 39 Abs 2 AVG verankerte Officialmaxime zu Recht kritisch *Potacs in Holoubek/Potacs*, Wirtschaftsrecht I⁴ 17.

¹¹⁷⁾ VwGH 29. 1. 1991, 88/04/0218; 25. 6. 2003, 2002/03/0069; 31. 5. 2012, 2010/06/0207. Dies gilt selbst bei kaufmännischer Gebarung, weil diese ebenso dem Ziel der bloßen Kostendeckung dienen kann (VwSlg 9023 A/1976; VwGH 26. 2. 1990, 89/04/0186; VwSlg 13.408 A/1991; OGH 25. 1. 1994, 4 Ob 1002/94; *Pöschl*, Gewerbeordnung Rz 28; *Potacs in Holoubek/Potacs*, Gewberecht I⁴ 17).

¹¹⁸⁾ Diese und zahlreiche weitere Beispiele finden sich bei *Pöschl*, Gewerbeordnung Rz 28.

¹¹⁹⁾ VwSlg 15.254 A/1999.

¹²⁰⁾ Im Wortlaut des § 1 Abs 2 findet sich dieses Element zwar nicht wieder, doch sieht es der VwGH im „Wesen der Gewerbsmäßigkeit“ selbst begründet (VwSlg 15.254 A/1999). Vgl. *Pöschl*, Gewerbeordnung Rz 36 f; *R. Winkler*, *ecolex* 2008, 182 f; *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO³ § 1 Rz 5; *Potacs in Holoubek/Potacs*, Wirtschaftsrecht I⁴ 17; ablehnend hingegen *Hanusch*, Gewerbeordnung § 1 Rz 25.

¹²¹⁾ *Potacs in Holoubek/Potacs*, Wirtschaftsrecht I⁴ 17.

¹²²⁾ VwSlg 4177 A/1956.

Um die Gewinnerzielungsabsicht hinter einer Tätigkeit bejahen zu können, ist es nicht erforderlich, dass letztere selbst unmittelbar zu Einkünften führen soll. Vielmehr kann auch mit **unentgeltlichen Leistungen** ein wirtschaftlicher Vorteil bezweckt werden, weshalb jede im Rahmen eines Gewerbebetriebs ausgeübte Tätigkeit, die der Erreichung des mit dem Geschäftsbetrieb verfolgten Ziels (wenn auch nur mittelbar) dient, als gewerblich gilt. Die Judikatur ist gar noch strenger, weil sie grundsätzlich jeden „Aufwand, den jemand im Rahmen gewerbsmäßiger Tätigkeiten auf sich nimmt, allein durch diese Zweckverbundenheit [als] gewerbsmäßig“ ansieht.¹²³⁾ Demnach ist Gewerbsmäßigkeit etwa auch dann anzunehmen, wenn Waren zum Selbstkostenpreis verkauft werden, die Gesamttätigkeit des Gewerbetreibenden aber auf Gewinn gerichtet ist.¹²⁴⁾ Dies gilt gleichermaßen für die Erbringung gewerberechtlich relevanter Leistungen im Zusammenhang mit nicht der GewO unterliegenden Tätigkeiten (§ 1 Abs 2 zweiter Satz) – etwa einen kostenlosen Transport von Schischülern zwischen Unterbringungsort und Piste durch den Betreiber einer (per se nicht vom Gewerbe erfasst) Schischule.¹²⁵⁾ Da mit der fallgegenständlichen Transportleistung letztlich der wirtschaftliche Erfolg des Unternehmens gefördert werden sollte, hätte der Schischulbetreiber, so der VwGH, trotz deren Unentgeltlichkeit einer gewerberechtlichen Konzession bedurft.¹²⁶⁾

Die Merkmale gewerbsmäßigen Handelns müssen an sich bei jener Person vorliegen, der eine Tätigkeit zuzurechnen ist, doch sieht § 1 Abs 5 eine **spezielle Regelung für Personenvereinigungen**¹²⁷⁾ vor. Diese handeln auch dann in Ertragerzielungsabsicht, wenn der wirtschaftliche Vorteil ihren Mitgliedern zukommen soll.¹²⁸⁾ Der Tatbestand wird allerdings nur erfüllt, wenn der Ertrag einer Tätigkeit zunächst der Personenvereinigung selbst und erst nachgeschaltet den Mitgliedern zudedacht ist.¹²⁹⁾ Um eine Umgehung durch Vereinskonstruktionen zu unterbinden, mittels derer Vereinsmitglieder „direkt“ begünstigt werden sollen,¹³⁰⁾ sieht § 1 Abs 6 erster Satz eine darüber hinausgehende Regelung

¹²³⁾ Pöschl, Gewerbeordnung Rz 30 (im Original mit Hervorhebungen). Vgl VwSlg 17.766 A/1933, 9183 A/1976; VwGH 12. 5. 1986, 86/10/0069; 13. 10 1993, 92/03/0054; 4. 12. 1998, 97/19/1553; 25. 6. 2003, 2002/03/0069; 12. 5. 2011, 2010/04/0013; siehe auch ErläutRV 395 BlgNR 13. GP 103.

¹²⁴⁾ VwGH 12. 1. 1963, 2761/50.

¹²⁵⁾ Der von Schischulen angebotene Privatunterricht ist gemäß § 2 Abs 1 Z 12 vom Anwendungsbereich der GewO ausgenommen.

¹²⁶⁾ VwGH 13. 10. 1993, 92/03/0054.

¹²⁷⁾ Gemeint sind sowohl juristische Personen als auch eingetragene Personengesellschaften.

¹²⁸⁾ Daraus folgt, dass auch Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, die Waren an ihre Mitglieder zum Selbstkostenpreis verkaufen oder den Gewinn nach Maßgabe des Warenbezugs verteilen, auf Gewinnerzielung gerichtet sind; VwGH 17. 11. 1976, 2049/75; VwSlg 10.048 A/1980. Siehe G. Winkler in Rill, Gewerbeamt 4; Pauger in B. Raschauer, Grundriss² Rz 344; Potacs in Holoubek/Potacs, Wirtschaftsrecht I⁴ 18.

¹²⁹⁾ VwGH 17. 11. 1976, 2049/75; VwSlg 10.048 A/1989; VwGH 2. 12. 1983, 83/04/0189; Pöschl, Gewerbeordnung Rz 33.

¹³⁰⁾ Siehe zur Entstehungsgeschichte des § 1 Abs 6 Pöschl, Gewerbeordnung Rz 34.

vor: **Ideelle Vereine** handeln auch dann in Gewinnerzielungsabsicht,¹³¹⁾ wenn Vereinsmitglieder durch die betreffende Vereinstätigkeit (mittelbare oder unmittelbare) vermögensrechtliche Vorteile erhalten sollen¹³²⁾ und die Tätigkeit das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebs aufweist. Um Letzteres zu überprüfen, ist ein typologischer Vergleich zu nicht in Vereinsform geführten Unternehmungen zu ziehen und sind etwa die Ausstattung, das Angebot und sonstige Modalitäten im Rahmen der betreffenden Vereinstätigkeit zu betrachten.¹³³⁾ Während der VwGH mehrere von Vereinen geführte Einrichtungen auf Grund ihrer Ähnlichkeit zu gewerblichen Schankwirtschaften als in Gewinnerzielungsabsicht – und damit gewerbsmäßig – betrieben qualifizierte,¹³⁴⁾ erfüllt zB ein Fußballverein, der für seine Mitglieder Mannschaftsdressen und Bälle besorgt, nicht das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebs.¹³⁵⁾

Sofern Erträge dem Verein selbst zufließen sollen, kommt § 1 Abs 6 erster Satz nicht zur Anwendung. Die Gewinnerzielungsabsicht ist damit aber noch nicht ausgeschlossen, weil (der auf Vereine uneingeschränkt anzuwendende) § 1 Abs 2¹³⁶⁾ nicht darauf abstellt, welchem Zweck allfällige Erträge gewidmet werden, sodass eine beabsichtigte Förderung gemeinnütziger Ziele die Gewerbsmäßigkeit nicht zu beseitigen vermag.¹³⁷⁾ Die Absicht fehlt jedoch auch hier, wenn lediglich die Unkosten der jeweiligen Tätigkeit („konnexe Kosten“) abgedeckt werden sollen.¹³⁸⁾

¹³¹⁾ Vereinen ist es gemäß § 1 Abs 2 VereinsG 2002 (BGBl I 2002/66 idGF) zwar untersagt, „auf Gewinn berechnet“ zu sein, dies schließt aber nicht aus, dass in dieser Rechtsform auch einzelne Tätigkeiten gewerblich ausgeübt werden, sofern sie gegenüber jenen ideeller Natur untergeordnet bleiben. Nach der Rsp ist es daher zulässig, dass ein Verein am Wirtschaftsleben teilnimmt, Unternehmen betreibt oder seine Tätigkeit den Vereinsmitgliedern wirtschaftliche Vorzüge bringt (VfSlg 9566/1982, 9879/1983), solange die Gewinnerzielungsabsicht nicht zum Hauptzweck wird (vgl zum sog Nebenbergsprivileg OGH 8. 11. 2001, 6 Ob 188/01 t). Daneben darf es jedoch auch zu keinen Gewinnausschüttungen an Vereinsmitglieder kommen (OGH 22. 10. 1997, 7 Ob 2339/96 p) und ein ideeller Verein nicht als Deckmantel der Erwerbstätigkeit der Vereinsmitglieder bzw der Erzielung ihrer Einkünfte dienen (VfSlg 8840/1980, 11.735/1988 mwN). Siehe auch R. Winkler, *ecolex* 2008, 181; Schulev-Steindl, *ecolex* 1994, 8.

¹³²⁾ Dies ist nach der Rsp des VwGH etwa dann der Fall, wenn ein Verein einen kostengünstigeren Bezug von Leistungen als durch befugte Gewerbetreibende ermöglicht oder er Güter an die Vereinsmitglieder zum Selbstkostenpreis abgibt. Der Mitgliedsbeitrag ist in die Beurteilung nicht miteinzubeziehen; VwGH 19. 6. 1990, 90/04/0036; 29. 1. 1991, 90/04/0179; 3. 3. 1999, 97/04/0183.

¹³³⁾ Potacs in *Holoubek/Potacs*, *Wirtschaftsrecht* I⁴ 18 f.

¹³⁴⁾ ZB VwGH 19. 6. 1990, 90/04/0036; 5. 11. 1991, 91/04/0108.

¹³⁵⁾ AB 690 BlgNR 17. GP 2; dieses und weitere Beispiele finden sich bei Potacs in *Holoubek/Potacs*, *Wirtschaftsrecht* I⁴ 19.

¹³⁶⁾ VwGH 5. 11. 1991, 91/04/0108.

¹³⁷⁾ Pöschl, *Gewerbeordnung* Rz 31.

¹³⁸⁾ Ausführlich Potacs in *Holoubek/Potacs*, *Wirtschaftsrecht* I⁴ 19 f; Pöschl, *Gewerbeordnung* Rz 35.

Die Gewinnerzielungsabsicht wird nach § 1 Abs 6 zweiter Satz – widerleglich – vermutet, wenn Vereinstätigkeiten, die bei gewerbsmäßiger Vornahme der GewO unterfallen, öfter als einmal pro Woche ausgeübt werden.

B. Ausnahmen vom Anwendungsbereich

Eine Reihe von Tätigkeiten, die an sich die Kriterien der Gewerbsmäßigkeit iSd § 1 Abs 2 erfüllen, werden durch §§ 2–4 vom Anwendungsbereich der GewO ausgenommen. Die darin normierte Aufzählung ist allerdings **nicht abschließend**. Vielmehr gilt die GewO gemäß § 2 Abs 1 nur „unbeschadet weiterer ausdrücklich angeordneter Ausnahmen durch besondere bundesgesetzliche Vorschriften“. ¹³⁹⁾ Dazu zählen auch Grundrechtsbestimmungen, weshalb etwa wissenschaftliche Tätigkeiten auf Grund der in Art 17 StGG verbrieften Wissenschaftsfreiheit, die einer Reglementierung einschlägiger selbständiger Erwerbstätigkeit in Form einer gesetzlichen Berufsordnung entgegensteht, ebenso nicht der GewO unterliegen. Gleiches gilt in Bezug auf die Kunstfreiheit nach Art 17 a StGG. ¹⁴⁰⁾

Die Ausnahmen vom Anwendungsbereich der GewO bestehen zum einen auf Grund der Eigenarten der betreffenden Wirtschaftszweige, die dazu führen, dass entweder spezielle gesetzliche Regelungen gelten oder sie überhaupt als nicht regelungsbedürftig angesehen werden. Zum anderen fallen zahlreiche Tätigkeiten in die Gesetzgebungskompetenz der Länder. Für das Gros der ausgenommenen Tätigkeiten existieren aber (auf bundes- oder landesgesetzlicher Ebene) der GewO mehr oder weniger vergleichbare berufsrechtliche Regime. 327

Zu den **Ausnahmen von der GewO** zählen: ¹⁴¹⁾

- Tätigkeiten, für die spezielle Berufsregelungen bestehen: Hierunter fallen zB der Bergbau, freie Berufe (Ärzte, Dentisten, Hebammen, Rechtsanwälte, Notare, Ziviltechniker, Psychologen und Psychotherapeuten etc), Bankgeschäfte, Finanzdienstleistungen ¹⁴²⁾ und Versicherungen, Eisenbahnen sowie Schifffahrts- und Luftverkehrsunternehmen.
- Ausgenommen ist weiters der Betrieb von Kranken- und Kuranstalten, von Staatsmonopolen und von Privatschulen.
- Gleiches gilt für den Bereich der Elektrizitätswirtschaft, der im EIWOG ¹⁴³⁾ und den zugehörigen Landesausführungsgesetzen geregelt ist. ¹⁴⁴⁾

¹³⁹⁾ Siehe zB § 1 Abs 3 KartiotechnikerG, BGBl I 1998/96 idGF; § 2 Abs 3 TelekommunikationsG 2003, BGBl I 2003/70 idGF.

¹⁴⁰⁾ Vgl *Rill* in *Korinek*, Gewerberecht 8; *Potacs* in *Holoubek/Potacs*, Wirtschaftsrecht I⁴ 23.

¹⁴¹⁾ *Pauger*, Gewerberecht 34 ff.

¹⁴²⁾ Hier ist wiederum auf die Gegenausnahme zu achten: Tätigkeiten eines vertraglich gebundenen Vermittlers gemäß § 1 Z 44 Wertpapieraufsichtsg 2018 (BGBl I 2017/107 idGF) bzw eines Wertpapiervermittlers gemäß Z 45 leg cit fallen unter die GewO (siehe § 94 Z 75 ff, §§ 136 a ff).

¹⁴³⁾ Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsG 2010, BGBl I 2010/110 idGF.

¹⁴⁴⁾ Vgl *B. Raschauer*, Energierecht 30 ff.

- In die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder fallen ua die Land- und Forstwirtschaft einschließlich deren Nebengewerbe,¹⁴⁵⁾ der Buschenschank,¹⁴⁶⁾ häusliche Nebenbeschäftigungen einschließlich der Privatzimmervermietung bis zu zehn Fremdenbetten,¹⁴⁷⁾ das Berg- und Schiführerwesen, Kinos und Veranstaltungsbetriebe¹⁴⁸⁾, die Tätigkeiten der Totalisateure und Buchmacher sowie der Privatunterricht (zB Schi- und Tanzschulen).
- Nicht regelungsbedürftig bzw nicht regelungszugänglich sind die Ausübung der schönen Künste,¹⁴⁹⁾ (sonstiges) literarisches Schaffen und der Selbstverlag durch den Urheber eines Werkes,¹⁵⁰⁾ weiters Verrichtungen einfachster Art, die gegen einen Stunden- oder Taglohn bzw ein Werksentgelt erbracht werden.
- Im Ausnahmekatalog nicht enthalten, doch als „Ausübung von Privatrechten“ von der GewO nicht erfasst, gelten die Verwaltung eigenen Vermögens sowie die bloße Liegenschafts- oder Raumvermietung.¹⁵¹⁾ Letztere stellt prinzipiell so lange kein Gewerbe dar, als nicht zusätzlich (Dienst-)Leistungen erbracht werden, die über jenes Maß hinausgehen, welches auch der Eigentümer eines Mietshauses erbringt.¹⁵²⁾

Daneben ist allerdings zu beachten, dass sich **einzelne Vorschriften** der GewO auf **Tätigkeitsbereiche erstrecken, die vom Geltungsbereich grundsätzlich ausgenommen** sind – so etwa auf bestimmte Verrichtungen land- und forstwirtschaftlicher Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (§ 2 Abs 1 Z 4 iVm Abs 7 und 8) oder auf Anlagen der dem Bund zustehenden Monopole und Regalien (§ 2 Abs 1 Z 24 iVm Abs 12). § 2 Abs 5, der die Anwendbarkeit des gewerblichen Betriebsanlagenrechts auf land- und forstwirtschaftliche Nebengewerbe vorsah, wurde vom VfGH zwar aufgehoben,¹⁵³⁾

¹⁴⁵⁾ Näher *Pöschl*, Gewerbeordnung Rz 50; *Potacs* in *Holoubek/Potacs*, Wirtschaftsrecht I⁴ 24 ff.

¹⁴⁶⁾ VwGH 19. 9. 1996, 96/07/0075; *Pauger/Rack*, ZfV 1981, 433.

¹⁴⁷⁾ Art III B-VG-Nov 1974, BGBl 1974/444; siehe auch *Pöschl*, Gewerbeordnung Rz 40, 53.

¹⁴⁸⁾ Eingehend *Lienbacher* in *Holoubek/Potacs*, Wirtschaftsrecht I⁴ 272 ff.

¹⁴⁹⁾ Zum Begriff der „schönen Künste“ siehe VwGH 26. 5. 1998, 97/04/0251 mWN; 25. 1. 2011, 2008/04/0035; *Simon-Klimbacher*, Kunstgewerbe 95 ff.

¹⁵⁰⁾ Dieser Ausnahmetatbestand deckt sich mit der Vorgabe der Art 17 und 17 a StGG, wonach wissenschaftliche und künstlerische Tätigkeiten zwar den „allgemeinen Gesetzen“, aber keinen spezifischen Schranken unterworfen sein dürfen. Vgl *Pöschl*, Gewerbeordnung Rz 51.

¹⁵¹⁾ Ob es sich nun um eine ungeschriebene Ausnahme (so *G. Winkler* in *Rill*, Gewerberecht 23 f) oder per se keine der GewO unterfallende Tätigkeiten handelt (idS etwa *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO³ § 4 Rz 1; *Pöschl*, Gewerbeordnung Rz 38 ff; *Potacs* in *Holoubek/Potacs*, Wirtschaftsrecht I⁴ 20), soll hier dahingestellt bleiben.

¹⁵²⁾ Vgl insb VfSlg 4227/1962; VwSlg 5901 A/1962, 11.744 A/1985. Zur Abgrenzung der bloßen Raumvermietung von einer gewerblichen Fremdenbeherbergung siehe jüngst VwGH 3. 3. 2020, Ro 2019/04/0019; eingehend weiters *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO³ § 111 Rz 7.

¹⁵³⁾ VfSlg 14.187/1995.

mit der GewO-Novelle 1997¹⁵⁴) jedoch in nur leicht veränderter Fassung wieder eingeführt.¹⁵⁵)

Wird ein Gewerbe angemeldet, um eine Betriebsanlagengenehmigung an- 328
gesucht bzw die Feststellung beantragt, ob eine Anlage denn genehmigungspflichtig ist, oder aber ein Strafverfahren nach § 366 geführt und bestehen dabei Zweifel, ob die betreffende Tätigkeit überhaupt in den Anwendungsbereich der GewO fällt, so hat die im Anfallsfall zuständige Behörde nach § 348 von Amts wegen¹⁵⁶) ein **Feststellungsverfahren** einzuleiten. In diesem sind zur Klärung der Anwendbarkeit der GewO die zuständige Landeskommission der gewerblichen Wirtschaft und die nach der Sachlage in Betracht kommenden gesetzlichen beruflichen Interessenvertretungen zu hören. Werden diese nicht einbezogen oder widerspricht der Feststellungsbescheid deren (fristgerecht) erstatteten Gutachten, steht ihnen jeweils das Rechtsmittel der Beschwerde offen (§ 348 Abs 2). Das Ursprungsverfahren ist bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Feststellungsverfahrens zu unterbrechen.¹⁵⁷)

Sollte die **Anwendbarkeit der GewO fälschlicherweise bejaht oder verneint** worden sein, besteht gemäß § 363 Abs 1 Z 1 und 6 iVm § 68 Abs 4 Z 4 AVG auch nach Rechtskraft die Möglichkeit, den betreffenden Bescheid für nichtig zu erklären. Zuständig ist die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde.

III. Antritt eines Gewerbes

A. Einteilung der Gewerbe

Gewerbliche Erwerbstätigkeit kann insb anhand zweier Kriterien, die den 329
Zugang zum Gewerbe betreffen, unterteilt werden: Zum einen dient das allfällige Erfordernis eines Nachweises über die fachliche Qualifikation des Gewerbeausübenden als Unterscheidungsmerkmal. Zum anderen können Gewerbe nach dem Zeitpunkt, in dem die Gewerbeberechtigung erlangt wird, kategorisiert werden. Eine darüber hinausgehende Systematisierung bietet sich bei einzelnen reglementierten Gewerben an.

1. Reglementierte Gewerbe, Teilgewerbe und freie Gewerbe

Als **reglementiert** gelten jene Gewerbe, für deren Antritt der Nachweis bestimmter Kenntnisse, Fähigkeiten oder Erfahrungen – insb in Form eines durch 330
Verordnung¹⁵⁸) für jedes betroffene Gewerbe eigens festzulegenden Befähigungsnachweises – erforderlich ist.

¹⁵⁴) BGBl I 1997/63 idF BGBl I 1997/82 (DFB).

¹⁵⁵) Für eine Übersicht der Gegenmaßnahmen siehe *Pöschl*, Gewerbeordnung Rz 72 ff.

¹⁵⁶) Ein korrespondierendes Antragsrecht besteht nicht (zB VwGH 17. 9. 2010, 2008/04/0165; 25. 1. 2011, 2007/04/0005; 22. 5. 2012, 2010/04/0033).

¹⁵⁷) VwGH 29. 2. 2008, 2005/04/0018.

¹⁵⁸) Als Beispiel einer solchen Berufszugangsverordnung sei hier die Gastgewerbe-V, BGBl II 2003/51, betreffend den Befähigungsnachweis für das Gastgewerbe (§ 94 Z 26) genannt.