

Gewerberecht in Österreich

Daniela Bereiter/Stefan Storr*

Inhaltsübersicht

I. Allgemeine Fragestellungen zum Gewerberecht	2
A. Wie ist der Anwendungsbereich des allgemeinen Gewerbe- gesetzes (zB der Gewerbeordnung) bestimmt?	2
B. Für welche Gewerbe gibt es verwaltungsrechtliche Voraussetzungen?	5
C. Zu den einzelnen Gewerbevoraussetzungen.....	6
1. Was sind die allgemeinen Gewerbeantrittsvoraussetzungen?	6
2. Besondere Gewerbeantrittsvoraussetzungen.....	10
3. Insbesondere: Für welche Gewerbe besteht die gesetzliche Verpflichtung, eine Haftpflichtversicherung abzuschließen?	14
4. Wie gestaltet sich konkret die Erlangung einer Gewerbeberechtigung?.....	15
5. Wie hoch sind die Kosten für die Erfüllung der gewerberechtlichen Voraussetzungen?.....	17
6. Wie lange dauert es nach der Anmeldung eines Gewerbes, bis ein Gewerbe ausgeübt werden kann?.....	17
D. Besteht nach Anmeldung eines Gewerbes die Möglichkeit, in andere Gewerbe hineinzuarbeiten, ohne dass hierfür eine weitere Gewerbeberechtigung benötigt wird?.....	22
E. Wer ist für den Vollzug des Gewerberechts zuständig (Behörde, Wirtschaftskammer, ...)?.....	24
F. Wie hoch sind die Strafen im Falle einer unbefugten Gewerbeausübung bzw bei Verstößen gegen die GewO? Welche Behörde ist hierfür zuständig?	25
G. Durch welche Stellen erfolgt eine Gründerberatung und welche Gebiete sind von ihr umfasst?.....	26
H. Hat die Gewerbeberechtigung eine Auswirkung auf die Mindestentlohnung von Arbeitnehmern des Unternehmens?.....	26
I. Gibt es (seit den letzten zwei Jahren) aktuelle Bemühungen, das Gewerberecht zu liberalisieren?	27
II. Ausblick: Wo sehen Sie einen Reformbedarf innerhalb des Gewerberechts?	29

* Dr. Daniela Bereiter, Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich; Univ.-Prof. Dr. Stefan Storr, Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht, Wirtschaftsuniversität Wien.

I. Allgemeine Fragestellungen zum Gewerberecht

A. Wie ist der Anwendungsbereich des allgemeinen Gewerbegesetzes (zB der Gewerbeordnung) bestimmt?

Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG weist dem Bund die Kompetenz zu, Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie gesetzlich zu regeln und zu vollziehen.¹ Auf dieser gesetzlichen Grundlage hat der Bund die Gewerbeordnung (im Folgenden: GewO) erlassen.² Dieses Gesetz gilt als das „Grundgesetz“ des Gewerberechts und regelt die meisten gewerblichen Tätigkeiten, auch wenn die §§ 2 bis 4 GewO eine Reihe von Tätigkeiten ausschließen (zB die Land- und Forstwirtschaft, die Jagd und Fischerei, den Betrieb von Elektrizitätsunternehmen, die Vermittlung und den Abschluss von Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen sowie bestimmte Dienstleistungen des Gesundheitswesens [zB Psychotherapie, psychologische Berufe, Dentisten, Hebammen, Tierärzte, Apotheker] und andere Dienstleistungen freier Berufe [Rechtsanwälte, Notare oder Bankgeschäfte]).³ Im Hinblick auf die verfassungsrechtlich garantierte Freiheit der Wissenschaft (Art 17 StGG) und der Kunst (Art 17a StGG) sind auch wissenschaftliche und schöpferische Tätigkeiten vom Geltungsbereich der GewO ausgenommen.⁴ Für viele dieser Ausnahmen gibt es besondere Gesetze, die die Bedingungen für die Aufnahme dieser Tätigkeiten regeln.⁵

Nach § 1 Abs 1 GewO gilt die GewO für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten. Eine Tätigkeit ist gesetzlich verboten, wenn ihr Zweck gegen straf-, verwaltungs- oder zivilrechtliche Vorschriften verstößt. Rechtsverletzungen wie zB Verstöße gegen die La-

1 Ausführlich zum Kompetenztatbestand etwa *Kneibs*, Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie, in Giese/Holzinger/Jablonek (Hrsg), Verwaltung im demokratischen Rechtsstaat: Festschrift für Harald Stolzlechner zum 65. Geburtstag (2013) 381 ff.

2 Gewerbeordnung BGBl/314 idGF.

3 Zu den Ausnahmen im Einzelnen etwa *Winkler*, Gewerbebegriff und Anwendungsbereich der GewO 1973, in Rill (Hrsg), Gewerberecht (1978) 1 (14 ff); *Pauger*, Gewerberecht, in B. Raschauer (Hrsg), Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts² (2003) 107 Rz 301; *Potacs*, Der Gewerbebegriff in wirtschaftlicher Betrachtungsweise, in Giese/Holzinger/Jablonek (Hrsg), Verwaltung im demokratischen Rechtsstaat: Festschrift für Harald Stolzlechner zum 65. Geburtstag (2013) 531 (533).

4 Statt aller etwa *Stolzlechner/Seider/Vogelsang*, GewO² (2018) § 1 Rz 1.

5 ZB Bundesgesetz über die Regelung der gehobenen medizinisch-technischen Dienste BGBl 1992/460 idGF; Notariatsordnung RGrBl 1871/75 idGF; Apothekengesetz RGrBl 1907/5 idGF; Bankwesengesetz BGBl 1993/532 idGF; Glücksspielgesetz BGBl 1989/620 idGF.

denschlusszeiten stellen keine rechtswidrige Tätigkeit dar, weil die Rechtswidrigkeit die gesamte Tätigkeit umfassen muss.⁶

Eine Tätigkeit wird gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist. Es macht keinen Unterschied, ob der durch die Tätigkeit beabsichtigte Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil im Zusammenhang mit einer in den Anwendungsbereich der GewO fallenden Tätigkeit oder im Zusammenhang mit einer nicht der GewO unterliegenden Tätigkeit erzielt werden soll.⁷

Selbständigkeit liegt vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.⁸ Selbständig handelt, wer das unternehmerische Risiko trägt. Das ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) „nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Momente und nicht alleine nach den äußeren rechtlichen Formen zu beurteilen.“⁹

Ferner muss für die Annahme einer gewerblichen Tätigkeit Regelmäßigkeit der Tätigkeit vorliegen: Grundsätzlich ist eine einmalige oder gelegentliche Tätigkeit noch nicht regelmäßig. Eine einmalige Handlung wäre aber als regelmäßige Tätigkeit anzusehen, wenn nach den Umständen des Einzelfalles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann oder wenn sie längere Zeit erfordert.¹⁰ Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen wird der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten. Nach dem VwGH kommt es für die Qualifikation einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit „auf den in diesem Zusammenhang zu prüfenden objektiven Wortlaut und nicht etwa auf die Absicht des Anbietenden an. Der Tatbestand des Anbietens einer gewerblichen Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs 4 zweiter Satz GewO 1994 ist dann erfüllt, wenn einer an einen größeren Kreis von Personen gerichteten Ankündigung die Eignung zukommt, in der Öffentlichkeit den Eindruck zu erwecken, dass eine unter den Wortlaut der Ankündigung fallende gewerbliche Tätigkeit entfaltet wird.“¹¹

6 Winkler in Rill (Hrsg), Gewerberecht 13; Ennöckl, Gewerberecht, in B. Raschauer (Hrsg), Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts³ (2010) 117 Rz 316; Pöschl, System der Gewerbeordnung (2016) Rz 46; aA Potacs, Gewerberecht, in Holoubek/Potacs (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht I⁴ (2019) 3 (21), der sich vor allem auf verwaltungsrechtliche und strafrechtliche Verbote bezieht.

7 § 1 Abs 2 GewO.

8 § 1 Abs 3 GewO.

9 VwGH 16.5.2018, Ra 2017/04/0087 mwN.

10 § 1 Abs 4 GewO.

11 VwGH 6.11.2002, 2002/04/0081; 1.2.2017, Ra 2016/04/0147 mwN.

Diesen Eindruck erweckt ein Anbieter zB durch Werbeschaltungen oder durch sein Auftreten auf einer Homepage.¹² Ein Angebot an einige wenige bestimmte Personen reicht für die Annahme der Regelmäßigkeit nicht aus.¹³

Schließlich verlangt die GewO¹⁴ für das Vorliegen einer gewerblichen Tätigkeit, dass diese mit der Absicht betrieben wird, Einnahmen oder andere wirtschaftliche Vorteile zu erzielen. Es kommt hier auf jede wirtschaftlich positive Wirkung an; auf die Erzielung eines endgeldlichen Gewinnes, aber auch auf sonstige, den Geschäftszielen dienliche positive Effekte, wie zB die Festigung bestehender Geschäftsverbindungen, die Vergrößerung des Kreises der Geschäftskunden, die Steigerung des Bekanntheitsgrades eines Unternehmens oder die Verbesserung der Kreditwürdigkeit.¹⁵ Die Erzielung eines tatsächlichen Gewinns ist keine notwendige Voraussetzung für eine gewerbliche Tätigkeit. Es ist daher unerheblich, für welche Zwecke – ob für eigene oder gemeinnützige – ein tatsächlich erwirtschafteter Gewinn verwendet wird.¹⁶

Bereits 1973 hat der Gesetzgeber der damals geltenden GewO Tätigkeiten als gewerblich bezeichnet, die einem gewerblichen Zweck und nicht nur der „Selbstbedienung“ dienen.¹⁷ Im Begutachtungsverfahren war vorgeschlagen worden, den Begriff des Gewerbes durch das weitere Merkmal der „Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr“ zu ergänzen. Die Regierung befürchtete jedoch, den verfassungsgesetzlich vorgeprägten Zuständigkeitsbereich des Bundes (nach Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG) zu überschreiten. Stattdessen wurde auf das Kriterium der Gewinnerzielung, wie es auch heute noch in § 1 Abs 2 GewO verwendet wird, abgestellt.¹⁸ Dennoch halten der VwGH und einige Stimmen aus der Literatur die „Beteiligung am Wirtschaftsverkehr“ nach wie vor für ein wesentliches, aber ungeschriebenes Kriterium für das Vorliegen eines Gewerbes im Sinne der GewO.¹⁹ So

12 VwGH 6.11.2002, 2002/04/0081; 1.2.2017, Ra 2016/04/0147 mwN.

13 *Pöschl*, System Rz 26.

14 § 1 Abs 2 GewO.

15 VwGH 31.5.2012, 2010/06/0207; 9.9.2015, Ra 2015/03/0031; zB aus der Literatur *Müller* in *Ennöckl/N. Raschauer/W. Wessely* (Hrsg), GewO I (2015) § 1 Rz 9; *Pöschl*, System Rz 29.

16 *Winkler* in *Rill* (Hrsg), Gewerberecht 9; *Pöschl*, System Rz 31; *Ennöckl* in *B. Raschauer* (Hrsg), Grundriss³ Rz 321.

17 ErläutRV 395 BlgNR 13. GP 102 zu § 1 GewO.

18 ErläutRV 395 BlgNR 13. GP 103 zu § 1 GewO.

19 VwGH 20.10.1999, 99/04/0122; 9.6.2015, Ra 2014/08/0069; 16.5.2018, Ro 2016/04/0002; *Holoubek*, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Konsequenzen der Ausgliederung, Privatisierung und Beleihung, ÖZW 2000, 33 (44); *Müller* in *Ennöckl/N. Raschauer/W. Wessely*, GewO I § 1 Rz 4; *Pöschl*, System Rz 36; *Gruber/Palিয়ে-Barfuß*, GewO⁷ § 1 Rz 11 (Stand 22.9.2018, rdb.at); *Stolzlechner/Sei-*

sind nach dem VwGH gewerbliche Tätigkeiten im Sinne des § 1 Abs 2 GewO nur solche Tätigkeiten, „die in einer Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr in Form der Produktion von Gütern, des Handels oder der Erbringung von Dienstleistungen bestehen. Unter den Begriff der gewerbmäßigen Tätigkeit iSd Gewerbeordnung fallen daher jedenfalls alle jene Tätigkeiten nicht, die zur Befriedigung des Eigenbedarfes des Handelnden gesetzt werden.“²⁰ Da keine allgemeine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt, gelten die Entfernung von Schotter auf dem eigenen Grundstück zur Errichtung einer Anlage,²¹ die bloße Vermietung von Räumen oder anderer Flächen ohne weitere Leistungen²² sowie der Bau von Straßen durch eine vom Bund gegründete Gesellschaft²³ nicht als eine gewerbliche Tätigkeit.

Außerdem sind gemäß § 2 Abs 1 Z 10 GewO Tätigkeiten sonstiger (privater) Personen oder Anstalten, die von der Behörde hierfür besonders bestellt und in Pflicht genommen wurden, vom Anwendungsbereich der GewO ausgeschlossen. Diese Ausnahme gilt jedoch nicht, wenn Privatpersonen aufgrund eines zivilrechtlichen Vertrages handeln. In diesem Fall geht der VwGH davon aus, dass die Tätigkeit eine Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr darstellt und Gewinnerorientierung beim Handeln der teilnehmenden Personen im Vordergrund steht.²⁴

B. Für welche Gewerbe gibt es verwaltungsrechtliche Voraussetzungen?

Die GewO unterscheidet zwischen reglementierten und freien Gewerben. Das reglementierte Gewerbe unterscheidet sich vom freien Gewerbe insofern, als eine Person, die ein reglementiertes Gewerbe betreiben will, einen Befähigungsnachweis erbringen muss.²⁵ In § 94 GewO sind die reglementierten Gewerbe erschöpfend aufgeführt. Diese Gesetzesbestimmung um-

der/Vogelsang, GewO² (2018) Rz 2; *Ennöckl* in B. Raschauer (Hrsg), Grundriss³ geht nicht auf das ungeschriebene Kriterium ein.

20 VwGH 9.6.2015, Ra2014/08/0069.

21 VwGH 9.6.2015, Ra 2014/08/0069 mit Verweis auf VwGH 20.10.1999, 99/04/0122.

22 § 4 GewO; VwSlg 4227/1962; 11744 A/1985; *Pöschl*, System Rz 38; *Potacs* in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Wirtschaftsrecht I⁴ 20 erklärt die Ausnahme der bloßen Raumvermietung allerdings mit einem „traditionellen Verständnis“; *Winkler* in *Rill* (Hrsg), Gewerberecht 23 f nimmt die bloße Raumvermietung vom Anwendungsbereich der GewO aus; diesem folgend *Ennöckl* in B. Raschauer (Hrsg), Grundriss³ Rz 324, der diese Ausnahme mit der „Ausübung von Privatrechten“ begründet.

23 *Holoubek*, ÖZW 2000, 44; *Pöschl*, System Rz 38.

24 VwGH 16.5.2018, Ro 2016/04/0002.

25 § 5 Abs 2 GewO.

fasst 75 Gewerbe, darunter auch Handwerksberufe wie Bäcker, Goldschmied, Schornsteinfeger, Uhrmacher sowie Lebens- und Sozialberatung und Kautionsvermittler.²⁶

Das freie Gewerbe umfasst alle anderen Gewerbe, die daher in der GewO nicht abschließend aufgeführt sind. Diese Gewerbe sind insofern frei, als für ihre Ausübung kein Befähigungsnachweis erforderlich ist. Die (deklaratorische) bundeseinheitliche Liste der freien Gewerbe²⁷ umfasst auf über 30 Seiten eine nicht abschließende Aufzählung von freien Gewerben, wie zB Änderungsschneiderei, Asphaltierer, Food Styling, Berufsfotograf oder den Betrieb einer Schutzhütte.

C. Zu den einzelnen Gewerbevoraussetzungen

1. Was sind die allgemeinen Gewerbeantrittsvoraussetzungen?

a) Gewerbliche Handlungsfähigkeit

Natürliche als auch juristische Personen und Personengesellschaften können ein Gewerbe ausüben. Juristische Personen und Personengesellschaften müssen hierfür einen Geschäftsführer bestellen;²⁸ Voraussetzung der Ausübung eines Gewerbes durch eine natürliche Person ist ihre Eigenberechtigung, die sie nach allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften erlangt: IdS muss sie volljährig sein – wobei bis zur Vollendung des 24. Lebensjahres die gewerbliche Handlungsfähigkeit noch beschränkt ist – und ihre Angelegenheiten selbst besorgen können (keine Sachwalter bestellt).²⁹

b) Keine Ausschlussgründe

Zusätzlich darf eine natürliche Person nicht von der Ausübung eines Gewerbes ausgeschlossen sein. Nach § 13 GewO ist ausgeschlossen, wer etwa wegen betrügerischen Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen, organisierter Schwarzarbeit oder wegen einer sonstigen strafbaren Handlung zu einer drei Monate übersteigenden Freiheitsstrafe oder zu einer Geldstrafe von mehr als 180 Tagsätzen von einem Gericht verurteilt wurde und diese Verurteilung noch nicht getilgt ist. Diese Ausschlussgründe gelten sinngemäß

26 § 94 Z 2, 29, 55, 73, 46, 77 GewO.

27 Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort, Bundeseinheitliche Liste der freien Gewerbe (Stand: 12.8.2020).

28 § 9 iVm § 39 GewO.

29 Siehe § 8 GewO und § 21 ABGB, § 9 AVG.

maß auch für juristische Personen und Personengesellschaften. Übt die von der Gewerbeausübung ausgeschlossene natürliche Person maßgebenden Einfluss auf den Geschäftsbetrieb eines Rechtsträgers aus, so ist auch dieser von der Ausübung eines Gewerbes ausgeschlossen.

Diese Ausschlussgründe sind jedoch nicht absolut; die Behörde kann auf Antrag des Betroffenen aus bestimmten Gründen³⁰ von einem Ausschluss absehen.³¹ Die Behörde hat im Falle des Ausschlusses von der Gewerbeausübung Nachsicht zu üben, wenn auf Grund der wirtschaftlichen Lage des Rechtsträgers erwartet werden kann, dass er den mit der Gewerbeausübung verbundenen Zahlungspflichten nachkommen wird.³² Im Falle eines Insolvenzverfahrens hat die Behörde von einem Ausschluss abzugehen, wenn auf Grund der Umstände, die zum Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens geführt haben und nach der Persönlichkeit der natürlichen Person erwartet werden kann, dass sie den mit der Gewerbeausübung verbundenen Zahlungsverpflichtungen nachkommen wird.³³ Schließlich hat die Behörde Nachsicht zu üben, wenn sich eine Person, der die Gewerbeberechtigung entzogen wurde, später über einen längeren Zeitraum einwandfrei verhalten hat.³⁴ Einwandfrei verhalten hat sich eine Person dann, wenn ihr gegenüber weder straf- noch verwaltungsrechtliche Sanktionen verhängt wurden.³⁵

c) Staatsangehörigkeitserfordernis und Ausnahmen

Von natürlichen Personen wird die österreichische Staatsbürgerschaft verlangt³⁶ und von juristischen Personen oder eingetragenen Partnerschaften, dass sie ihren Sitz oder ihre Niederlassung in Österreich haben, sofern nicht Staatsverträge etwas anderes vorsehen.³⁷ Für Drittstaatsangehörige, die noch nicht rechtmäßig aufhältig sind (Erstantragsteller) und in Österreich ein Gewerbe ausüben wollen, ist zur rechtmäßigen Ausübung dieses Gewerbes die Erteilung eines Aufenthaltstitels, der die Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit zulässt, erforderlich (§ 14 Abs 1 S 2 GewO).

30 Vgl §§ 26, 27 GewO.

31 *Kreisl* in Ennöckl/N. Raschauer/W. Wessely (Hrsg), GewO I (2015) § 26 Rz 4.

32 § 26 Abs 2 GewO.

33 § 26 Abs 3 GewO.

34 § 27 GewO.

35 *Pöschl*, System Rz 218.

36 § 14 Abs 1 GewO.

37 § 14 Abs 4 GewO.