

Allgemeines zum Gewerberecht

Alexander Petsche / Franz Josef Arztmann

Eine Gewerbeberechtigung wird für jede Ausübung einer gewerbsmäßigen Tätigkeit in Österreich benötigt. Unter einer gewerbsmäßigen Tätigkeit versteht § 1 Abs 2 GewO eine Tätigkeit, die (i) selbständig, (ii) regelmäßig und (iii) mit der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke er bestimmt wird („Gewinnerzielungsabsicht“).

Selbständig wird eine Tätigkeit betrieben, wenn diese auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird (§ 1 Abs 3 GewO). Die Selbstständigkeit ist dabei nach dem Gesamtbild der festgestellten wirtschaftlichen Momente zu beurteilen. Entscheidend ist dabei, ob der Handelnde das Unternehmensrisiko selbst trägt. Zu achten ist dabei insbesondere, ob der Handelnde eigene Betriebsgegenstände oder Kapital einbringt und ob der Handelnde Rechnungen im eigenen Namen ausstellt.

Regelmäßig wird eine Tätigkeit schon betrieben, wenn diese mit Wiederholungsabsicht ausgeübt wird oder zumindest schon angeboten wird (§ 1 Abs 4 GewO). Eine Wiederholungsabsicht liegt insbesondere vor, wenn aus den Begleitumständen der Handlung geschlossen werden kann, dass der Handelnde es nicht bei der einen Handlung belassen wird. Eine Tätigkeit wird schon dann angeboten, wenn ihre Ankündigung geeignet ist, in der Öffentlichkeit den Eindruck zu erwecken, dass eine unter den Wortlaut der Ankündigung fallende Tätigkeit entfaltet wird (objektiver Wortlaut).

Gewinnerzielungsabsicht ist gegeben, wenn die Tätigkeit mit der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Die Entgeltlichkeit der Tätigkeit indiziert hierbei die Gewinnerzielungsabsicht. Nach § 1 Abs 5 liegt die Gewinnerzielungsabsicht auch dann vor, wenn der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil den Mitgliedern einer Personenvereinigung zufließen soll.

Von der Anwendbarkeit der Gewerbeordnung und dem Erfordernis der Erlangung einer Gewerbeberechtigung gibt es Ausnahmen (§ 2 GewO, zB Land- und Forstwirtschaft, Bergbau, literarische Tätigkeiten, freiberufliche Tätigkeiten etc). Ferner sind im europarechtlichen Kontext bei einer grenzüberschreitenden Leistungserbringung die Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit zu beachten.

Die **Tätigkeit eines Franchisegebers** wird typischerweise eine gewerbsmäßige Tätigkeit darstellen und daher eine Gewerbeberechtigung erfordern. Abhängig von der genauen Tätigkeit, fällt diese Tätigkeit unter die freien oder reglementierten Gewerbe. Zu denken ist zunächst insbesondere an das freie Gewerbe der Verwertung von Immaterialgüterrechten (das ist die Verwertung von Marken-, Muster-/Design-, Patent-, Urheberrechten sowie anderer Rechte des Geistigen Eigentums, zB durch Vermittlung von Ankauf, Verkauf oder Lizenzierung). Unterstützt der Franchisegeber regelmäßig seinen Franchisenehmer in der Unternehmensführung, könnte diese Tätigkeit in das reglementierte Gewerbe einer Unternehmensberatung fallen. Es ist jedoch im Einzelfall zu prüfen, ob die Unterstützung in der Unternehmensführung durch den Franchisegeber tatsächlich gewerblich erfolgt. In der Regel werden Tätigkeiten der Unternehmensberatung vom Franchisegeber nicht gewerblich erbracht und als ergänzende Nebentätigkeit im Rahmen der vertraglichen Gesamtleistung zu qualifizieren sein, sodass diese Tätigkeit des Franchisegebers nicht unter das reglementierte Gewerbe einer Unternehmensberatung fällt.

Entscheidend für die gewerberechtliche Beurteilung ist es jedoch, stets zwischen der Tätigkeit des Franchisegebers und jener des Franchisenehmers zu unterscheiden. Der Franchisegeber wird im Regelfall mit dem Franchisevertrag sein „geistiges Eigentum“ an dem von ihm entwickelten Franchisesystem übertragen, dh darin ist die gewerbliche Tätigkeit des Franchisegebers zu sehen, für die im Regelfall zumindest das freie Gewerbe „Verwertung von Immaterialgüterrechten“ (mit der Einschränkung bzw Präzisierung auf den Betrieb eines Franchisesystems) anzumelden ist.

Autoren: DDr. Alexander Petsche, MAES (Brügge) ist Rechtsanwalt und Partner und Herr Dr. Franz Josef Arzmann, MBA ist Rechtsanwalt bei Baker & McKenzie in Wien.