



# Die Gewerbeausübung durch Kapital- und Personengesellschaften

---

Teil 1

Cyber-Forum 2015/I

Carsten Roth  
Institut für Öffentliches Wirtschaftsrecht

1



## Kernfragen

---

- I. Welche Rechtsgebilde können **Gewerbeträger** sein? Wer benötigt eine Gewerbeberechtigung?
- II. Welche Stellung in der Gesellschaft muss der **gewerberechtliche Geschäftsführer innehaben**? Darf auch ein Gesellschaftsfremder gewerberechtigter Geschäftsführer sein?
- III. Welche Auswirkungen haben **Änderungen im Gesellschafterbestand** (insbesondere der Tod eines Gesellschafters) auf die Gewerbeberechtigung?
- IV. Welche Auswirkungen haben „Umstrukturierungen“ der Gesellschaft auf die Gewerbeberechtigung?

2



## Kernfragen

- I. **Welche Rechtsgebilde können Gewererechtsträger sein?** Wer benötigt eine Gewerbeberechtigung?
- II. **Welche Stellung in der Gesellschaft muss der gewerberechtliche Geschäftsführer innehaben?** Darf auch ein Gesellschaftsfremder gewerberechtl. Geschäftsführer sein?
- III. Welche Auswirkungen haben Änderungen im Gesellschafterbestand (insbesondere der Tod eines Gesellschafters) auf die Gewerbeberechtigung?
- IV. Welche Auswirkungen haben „Umstrukturierungen“ der Gesellschaft auf die Gewerbeberechtigung?

3



## KERNFRAGE 1

**Welche Rechtsgebilde können Gewererechtsträger sein?**

Wer benötigt eine Gewerbeberechtigung?

4



## KERNFRAGE 1: Gewerberechtsträger

### § 9 Abs 1 GewO 1994 idgF:

*Juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften (offene Gesellschaften und Kommanditgesellschaften) können Gewerbe ausüben, müssen jedoch einen Geschäftsführer (§ 39) bestellt haben.*

5



## KERNFRAGE 1: Gewerberechtsträger

### ➤ **NICHT: Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR)**

- keine Eintragung ins Firmenbuch
- gem § 1175 Abs 2 ABGB idF GesbR-RFG (BGBl I 2014/83) nicht rechtsfähig
- keine dem § 9 Abs 1 GewO 1994 vergleichbare Anordnung

„Gewerbeausübung durch GesbR“ = Gewerbetätigkeit der Gesellschaft**ER**

➔ **Jeder GesbR-Gesellschafter benötigt eigene Gewerbeberechtigung!**

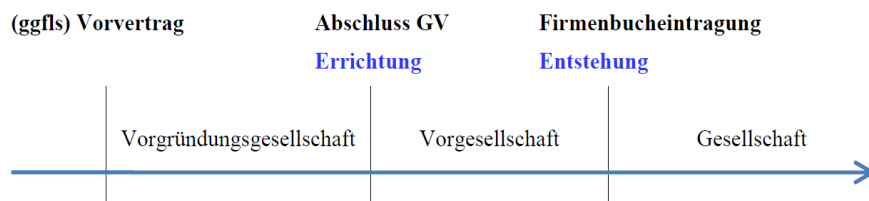
### ➤ **NICHT: stille Gesellschaft**

6



## KERNFRAGE 1: Gewerberechtsträger

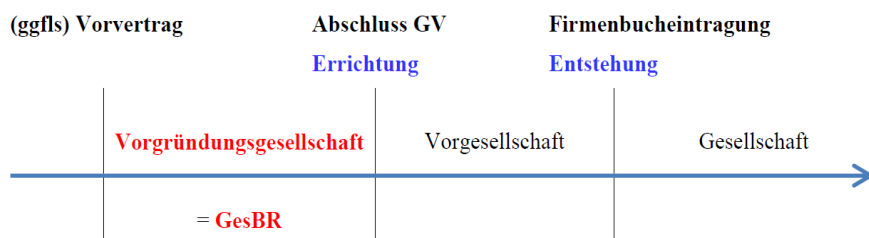
### ➤ Gewerberechtsfähigkeit in Vorstadien der FB-Eintragung?



7



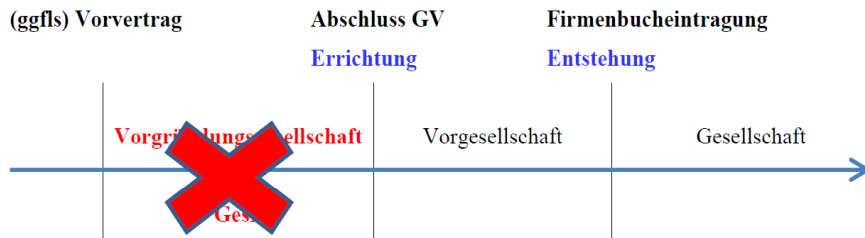
## KERNFRAGE 1: Gewerberechtsträger



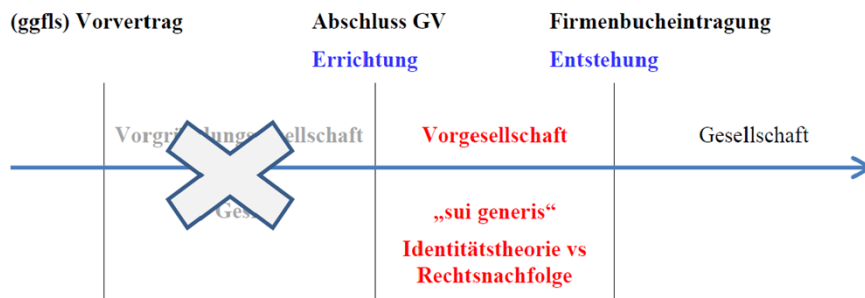
8



## KERNFRAGE 1: Gewerberechtsträger



## KERNFRAGE 1: Gewerberechtsträger





## **KERNFRAGE 1: Gewerberechtsträger**

### **§ 10 GewO idF bis BGBl I 2006/161 („BibuG“):**

*Personengesellschaften des Handelsrechts dürfen ein Gewerbe schon vor ihrer Eintragung in das Firmenbuch auf Grund der Gewerbeanmeldung (§ 339) ausüben, wenn sie der Behörde bei der Gewerbeanmeldung den Abschluss des Gesellschaftsvertrags glaubhaft dargetan haben. [...]*

11



## **KERNFRAGE 1: Gewerberechtsträger**

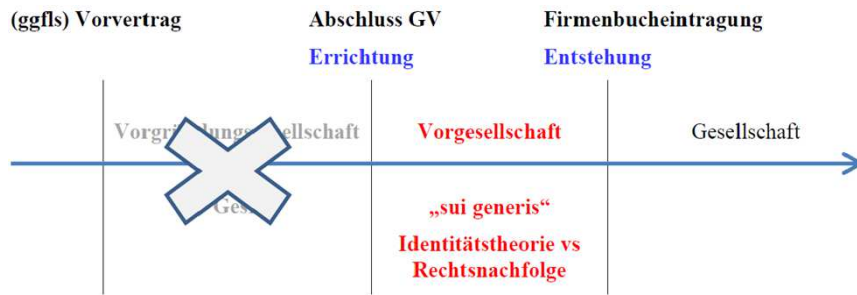
### **AB 1578 BlgNR 23.GP:**

*„Gemäß §§ 123 und 161 UGB entstehen sämtliche eingetragenen Personengesellschaften erst mit der Eintragung in das Firmenbuch. Vor der Eintragung in das Firmenbuch können daher künftig eingetragene Personengesellschaften – vergleichbar mit den Kapitalgesellschaften wie GmbH und AG – mangels Rechtsfähigkeit Gewerbe nicht ausüben. Die Bestimmung des § 10 [...] ist daher aufzuheben.“*

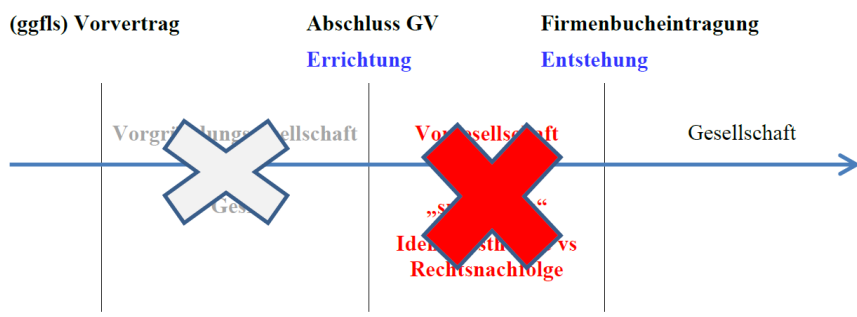
12



### KERNFRAGE 1: Gewerberechtsträger

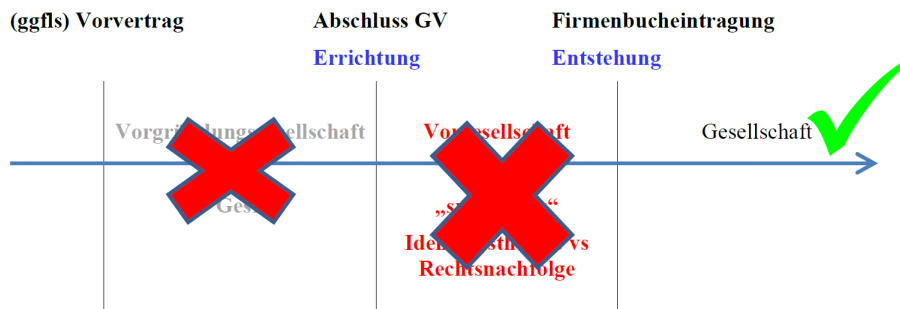


### KERNFRAGE 1: Gewerberechtsträger



- Wortlaut § 9 GewO
- arg e § 10 GewO 1994 aF

## KERNFRAGE 1: Gewerberechtsträger



15

## KERNFRAGE 1: Gewerberechtsträger

### Arbeitsgesellschafter-Kommanditist als Gewerbetreibender?

- Arbeitsgesellschafter: Einlagenerbringung durch Dienste
- **gesellschaftsrechtlich**: zulässig, § 109 Abs 2 Satz 2 UGB
  - Folge: keine Beteiligung an Gesellschaft
  - Gewinnbeteiligung, § 121 Abs 3: „den Umständen nach angemessener Betrag des Jahresgewinns“
- **gewerberechtlich**: Deckung der Tätigkeit durch Gewerbeberechtigung der KG, oder eigene Gewerbeberechtigung erforderlich? **Zurechnungsfrage!**
  - ➔ Gewerbeantrittsvoraussetzungen, ggfls Haftpflicht; Anmeldung

16





## KERNFRAGE 1: Gewerberechtsträger

- **insbesondere: selbständige Tätigkeit?**
  - § 1 Abs 3: Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr
  - „Anteil am unternehmerischen Risiko“ ausreichend (VwGH)
- **Kriterien:**
  - **VwGH:** zB Tragung von Gewinn und Verlust; freie Einteilung der Tätigkeit; ausschließliche Abhängigkeit des Entgelts vom Erfolg; Ausstellung von Rechnungen im eigenen Namen
  - **Lit außerdem:** Freiheit bzgl Ort, Zeit, Kundenauswahl, Verdienstentgang bei Untätigkeit (Krankheit, Urlaub), Eigentum an oder sonstige Verfügungsbefugnis über Betriebsmittel(n)

17



## KERNFRAGE 1: Gewerberechtsträger

- Lit folgert zT: selbständig, wenn kein echter Dienstnehmer
  - auch Arbeitsgesellschafter-Kommanditist, arg: VwGH-Judikatur, zB 96/04/0102
- **Dagegen:**
  - **VwGH-Judikatur zur GesbR ergangen; nicht übertragbar!**
  - Arbeitsgesellschafter-Kommanditist als solcher nicht Dienstnehmer oder Werkunternehmer, sondern: Gesellschafter!
  - Typische Gesellschaftertätigkeit ausschließlich der Gesellschaft zuzurechnen
  - Erbringung einer Diensteeinlage idR gesellschaftertypisch, solange hierfür Gewinnbeteiligung

18



## KERNFRAGE 2

**Welche Stellung in der Gesellschaft muss der gewerberechtliche  
Geschäftsführer innehaben?**

Darf auch ein Gesellschaftsfremder gewerberechtl. Geschäftsführer sein?

19



## Kernfrage 2: Gewerberechtl. Geschäftsführer

➤ Allg u ggfls bes Gewerbevoraussetzungen [insbes BFN, § 39 Abs 1 Satz 2]

➤ **erforderliche / zulässige Stellung in der Gesellschaft:**

▪ **§ 39 Abs 3:**

*In den Fällen, in denen ein Geschäftsführer zu bestellen ist, muß der Gewerbeinhaber sich eines Geschäftsführers bedienen, der sich im Betrieb entsprechend betätigt.*

→ selbständige Anordnungsbefugnis iSv Abs 2, die ihn in die Lage versetzt, seinen Verpflichtungen gegenüber Gewerbeinhaber und Behörde (Abs 1) nachzukommen, und tatsächliche Betätigung!

▪ **im Übrigen differenziert nach den Kriterien**

- freie Gewerbe vs reglementierte Gewerbe
- eingetragene Personengesellschaft vs Kapitalgesellschaft

20



## Kernfrage 2: Gewerberechtlicher Geschäftsführer

### EINGETRAGENE PERSONENGESELLSCHAFT

- „Gesellschafter in qualifizierter Stellung“ bei BFN-pflichtigen Gewerben, § 9 Abs 3 Satz 1, 1. Var

„... persönliche haftender Gesellschafter, der nach dem Gesellschaftsvertrag zur Geschäftsführung und zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt ist ...“

- ➔ lies: „Gesellschaftsvertrag iVm den unternehmensrechtlichen Vorschriften“  
= insbes §§ 114, 125 (iVm 161) UGB
- ➔ nicht: Kommanditist
- ➔ nicht: Prokurist

21



## Kernfrage 2: Gewerberechtlicher Geschäftsführer

### EINGETRAGENE PERSONENGESELLSCHAFT

- „Arbeitnehmer in qualifizierter Stellung“ bei BFN-pflichtigen Gewerben, § 9 Abs 3 Satz 1, 2. Var

„... mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer...“

- ➔ Kann auch **Kommanditist** oder **Prokurist** sein
- ➔ Wöchentliche Normalarbeitszeit: 40 Stunden, § 3 Abs 1 Arbeitszeitgesetz
- ➔ Voll versicherungspflichtig: iSv § 4 ASVG ➔ **nicht freier Dienstnehmer!**

22



## Kernfrage 2: Gewerberechtlicher Geschäftsführer

### KAPITALGESELLSCHAFT

- „Arbeitnehmer in qualifizierter Stellung“ bei BFN-pflichtigen Gewerben, § 39 Abs 2 Satz 3 Z 2

*„... mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer...“*

- ➔ Wie bei eingetragenen Personengesellschaften

23



## Kernfrage 2: Gewerberechtlicher Geschäftsführer

### KAPITALGESELLSCHAFT

- „qualifizierte Organstellung“ bei BFN-pflichtigen Gewerben, § 39 Abs 2 Satz 3 Z 1:

*„... dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der juristischen Person angehören“*

- insbes **handelsrechtlicher Geschäftsführer** der GmbH (§ 18 GmbHG), **Vorstand** der AG (§ 71 AktG)
- „**Organprokurist**“ iSv § 18 Abs 3 GmbHG?
  - sog „organschaftliche Gesamtvertretung“, Erweiterung der Prokura um „organschaftliche Befugnisse“
  - aber: Vertretungsbefugnis folgt aus Gesellschaftsvertrag, nicht aus Gesetz!

24



## Kernfrage 2: Gewerberechtlicher Geschäftsführer

### INDUSTRIEBETRIEB

➤ **Erleichterungen im Industriebetrieb, § 9 Abs 3 Satz 2, § 39 Abs 2 Satz 4:**

„Diese Bestimmung [sc: des § 9 Abs 3 Satz 1 bzw. § 39 Abs 1 Satz 2] gilt nicht für die in § 7 Abs 5 angeführten Gewerbe, die in der Form eines Industriebetriebes ausgeübt werden“ [...].

- ➔ Auch dort, wo im Industriebetrieb ausnahmsweise Befähigungsnachweis erforderlich ist, entfällt Erfordernis der qualifizierten Stellung
- ➔ Betrifft: Baumeister, Holzbau-Meister, Herstellung von Arzneimitteln und Giften, Herstellung von Medizinprodukten; Steinmetzmeister einschließlich Terrazzomacher; Waffengewerbe

25



## Kernfrage 2: Gewerberechtlicher Geschäftsführer

**Gewerberechtlicher Geschäftsführer in  
gesellschaftsrechtlichen Sonderkonstellationen**

26



## Kernfrage 2: Gewerberechtlicher Geschäftsführer

### § 9 Abs 4 GewO idgF:

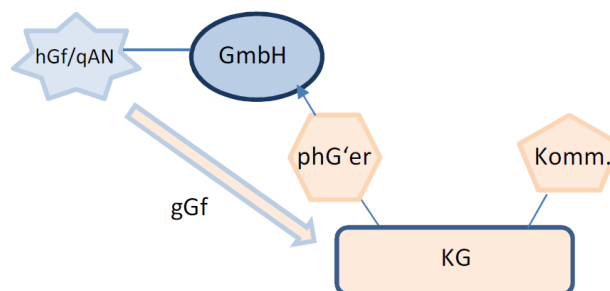
„Ist eine juristische Person persönlich haftende Gesellschafterin einer eingetragenen Personengesellschaft, so wird dem Abs. 3 auch entsprochen, wenn zum Geschäftsführer (§ 39) dieser Personengesellschaft eine natürliche Person bestellt wird, die dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der betreffenden juristischen Person angehört, oder die ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigt, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer dieser juristischen Person ist.“

27



## Kernfrage 2: Gewerberechtlicher Geschäftsführer

§ 9 Abs 4: zB einstöckige GmbH & Co. KG



28



## Kernfrage 2: Gewerberechtlicher Geschäftsführer

### § 9 Abs 5 GewO idgF:

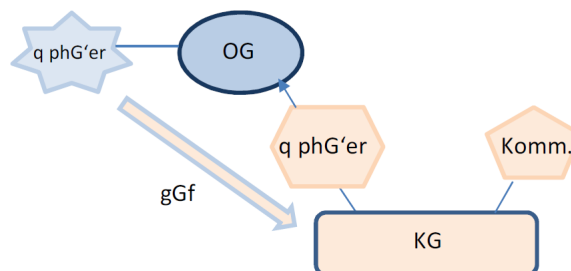
„Ist eine eingetragene Personengesellschaft persönlich haftende Gesellschafterin einer anderen solchen Personengesellschaft, so wird dem Abs. 3 auch entsprochen, wenn zum Geschäftsführer (§ 39) eine natürliche Person bestellt wird, die ein persönlich haftender Gesellschafter der betreffenden Mitgliedsgesellschaft ist und die innerhalb dieser Mitgliedsgesellschaft die im Abs. 3 für den Geschäftsführer vorgeschriebene Stellung hat. Dieser Mitgliedsgesellschaft muß innerhalb der eingetragenen Personengesellschaft die im Abs. 3 für den Geschäftsführer vorgeschriebene Stellung zukommen.“

29



## Kernfrage 2: Gewerberechtlicher Geschäftsführer

§ 9 Abs 5: zB OG & Co. KG



30



## Kernfrage 2: Gewerberechtlicher Geschäftsführer

### § 9 Abs 6 GewO idgF:

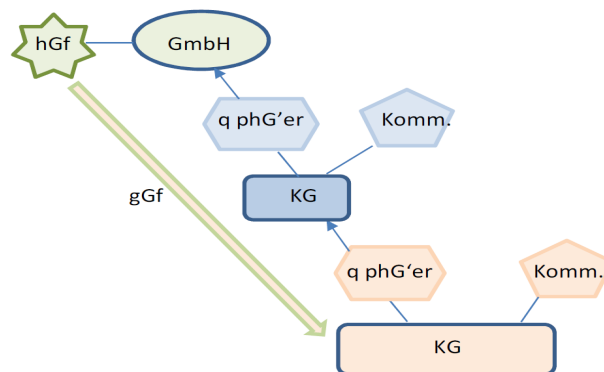
„Ist eine juristische Person persönlich haftende Gesellschafterin einer eingetragenen Personengesellschaft und ist diese Personengesellschaft persönlich haftende Gesellschafterin einer anderen solchen Personengesellschaft, so wird dem Abs. 3 auch entsprochen, wenn zum Geschäftsführer (§ 39) der zuletzt genannten Personengesellschaft eine Person bestellt wird, die dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der juristischen Person angehört, wenn weiters die juristische Person innerhalb der Mitgliedsgesellschaft die im Abs. 3 vorgeschriebene Stellung hat und wenn schließlich dieser Mitgliedsgesellschaft innerhalb ihrer Mitgliedsgesellschaft ebenfalls die im Abs. 3 vorgeschriebene Stellung zukommt.“

31



## Kernfrage 2: Gewerberechtlicher Geschäftsführer

§ 9 Abs 6: zB doppelstöckige GmbH & Co. KG



32





## **Kernfrage 2: Gewerberechtlicher Geschäftsführer**

---

### **KONZERN**

➤ **Erleichterungen für Arbeitnehmer-Geschäftsführer im Konzern,  
§ 39 Abs 2 Satz 5**

*„Innerhalb eines Konzerns kann eine Bestellung zum Geschäftsführer auch für mehrere Konzernunternehmen erfolgen, wenn der Geschäftsführer Arbeitnehmer im Sinne des dritten Satzes zumindest bei einem der Konzernunternehmen ist.“*

➔ hL: gilt auch für Arbeitnehmergeschäftsführer einer eingetragenen Personengesellschaft (entscheidend ist Intensität der Integration)