

Unternehmensgesetzbuch
Bundesgesetz über besondere zivilrechtliche Vorschriften
für Unternehmen

dRGBI 1897/219 idF BGBl I 2018/58

Erstes Buch
Allgemeine Bestimmungen
Erster Abschnitt
Begriffe und Anwendungsbereich
Unternehmer und Unternehmen

§ 1. (1) **Unternehmer ist, wer ein Unternehmen betreibt.**

(2) **Ein Unternehmen ist jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.**

(3) **Soweit in der Folge der Begriff des Unternehmers verwendet wird, erfasst er Unternehmerinnen und Unternehmer gleichermaßen.**

[idF BGBl I 2005/120]

Literatur

Raiser, Das Unternehmen als Organisation (1969); *Zöllner*, Wovon handelt das Handelsrecht? ZGR 1983, 82; *P. Bydlinski*, Die Reform des deutschen Handelsgesetzbuchs: Vorbild für Österreich? JBl 1998, 405; *Schön*, Die vermögensverwaltende Personenhandels-gesellschaft, DB 1998, 1169; *Winkler*, Kaufmann quo vadis? (1999); *Saria*, Vereinsmitgliedschaft und KSchG, RdW 2000, 199; *Krejci*, Methodisches, Dogmatisches und Politisches zur Grundtatbestandbildung im Handelsrecht, in FS F. Bydlinski (2002) 219; *Schauer*, Zur Reform des österreichischen Handelsrechts – Kastners Vorschläge und die heutige Perspektive, GesRZ 2003, 3; *S. Bydlinski*, Das Projekt eines Unternehmensgesetzbuchs – Darstellung der Weichenstellungen im Ministerialentwurf, JBl 2004, 2; *K. Schmidt*, Der Entwurf eines Unternehmensgesetzbuchs – eine rechtspolitische Analyse, JBl 2004, 31; *Schauer*, Das Sondervertragsrecht der Unternehmer im UGB, JBl 2004, 23; *Weilinger*, Zum Anwendungsbereich des geplanten Unternehmensgesetzbuches (UGB-E), in FS Welser (2004) 1135; *K. Schmidt*, „Unternehmer“ – „Kaufmann“ – „Verbraucher“, BB 2005, 837; *Dehn*, Der Unternehmer nach den §§ 1 ff UGB, ÖJZ 2006, 44; *Krejci*, Der Verein als Non-Profit-Organisation, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht*, Das Recht der Non-Profit-Organisationen (2006) 253; *Keinert*, Anwendung des UGB schon aufgrund von Vorbereitungsgeschäften? JBl 2007, 299; *Goëss*, Vom HGB zum UGB: Der Unternehmer – eine Begriffssuche, FJ 2007, 172; *M. Karollus*, Auswirkungen des neuen Unternehmensgesetzbuchs auf (Berufs-) Sportvereine, in *Grundeis/M. Karollus*, Berufssportrecht (2008) 1; *Ratka/Rauter*, Ausgewählte Probleme der ausländischen Kapitalgesellschaften mit Inlandssitz,

in FS Straube (2009) 97; *Palten*, Von Missverständnissen und Fehlinterpretationen, VR 12/2011, 28; *Haberer*, Verbraucher- und Unternehmerbegriff nach UGB und KSchG am Beispiel des GmbH-Gesellschafters, in FS W. Jud (2012) 161; *F. Schuhmacher*, Der Gesellschafter als Unternehmer, wbl 2012, 71; *Prodingner*, Buchführungspflicht einer vermögensverwaltenden GmbH & Co KG, SWK 2012, 1090; *Kraus*, Die Privatstiftung (k)ein Verbraucher? – Gedanken zur Stellung der Privatstiftung im KSchG, in FS H. Torggler (2013) 645; *Schauer*, Die unternehmerisch tätige Personengesellschaft zwischen Rechnungslegungsrecht und Immobilienrecht, wobl 2013, 1; *Motal*, Unternehmereigenschaft und Rechnungslegungspflicht einer verdeckten Kapitalgesellschaft bei Vermögensverwaltung, ecolex 2014, 45; *Reinold*, Die GmbH & Co KG im Licht der Rechnungslegungspflicht, GesRZ 2014, 100; *Hüttemann*, Non Profit-Organisationen als Kaufleute, in FS W.-H. Roth (2015) 241; *Boka*, Finanzspekulation als (nicht) unternehmerische Tätigkeit – ein Irrtum setzt sich fort, ecolex 2016, 367; *Harrer/Pira*, Die (nicht) unternehmerisch tätige Bau-ARGE, RdW 2016, 451; *Skarics*, Der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher (2017).

Übersicht

| | | |
|------|--|--------|
| I. | Einführung | |
| | A. Unternehmensrecht als Sonderprivatrecht | 1–5 |
| | B. Auslegung..... | 6 |
| | C. § 1 als unternehmensrechtlicher Grundtatbestand | 7 |
| II. | Anwendungsbereich | |
| | A. Übergangsrecht..... | 8 |
| | B. Kollisionsrecht..... | 9, 10 |
| III. | Unternehmensbetreiber (Ist-Unternehmer) | |
| | A. Einführung | 11, 12 |
| | B. Organisation | 13, 14 |
| | C. Wirtschaftstätigkeit..... | 15–19 |
| | D. Dauerhaftigkeit | 20, 21 |
| | E. Selbständigkeit | 22 |
| | F. Legalität..... | 23, 24 |
| | G. Betreiber | 25, 26 |
| | H. Mischmöglichkeiten | 27 |
| IV. | Beginn und Ende | |
| | A. Beginn | 28, 29 |
| | B. Ende..... | 30 |
| V. | Rechtsfolgen | 31, 32 |

I. Einführung

A. Unternehmensrecht als Sonderprivatrecht

- 1 UntR ist das SonderprivatR (Rz 4) der Untnr und des unternehmerischen RVerkehrs. Anlass ist ausweislich der Mat das „**Zusammentreffen zahlreicher, sich gegenseitig bedingender Geschäfte, die eine rasche und sichere Abwicklung erfordern und zugleich im Interesse aller Beteiligten eine gewisse**

Übersichtlichkeit und Erkennbarkeit der geschäftlichen Verhältnisse des Unternehmers notwendig machen“ (s dazu auch noch unten Rz 3).¹

Im Vordergrund stand dabei unter dem HGB noch der Handel und damit der Kfm. Die im 20. Jh gewachsene Bedeutung des Dienstleistungssektors führte zur Ausdehnung des Grundgedankens (vorige Rz) auf jeden, der „selbstständig auf professionelle Weise wirtschaftlich werthafte Leistungen gegen Entgelt am Markt anbietet“.² Das HaRÄG hat daher an die Stelle des „gegliederten“ KfmBegriffs der §§ 1–5 HGB (vgl auch bereits Art 4, 10, 271 f AHGB) als Anknüpfungspunkt den **Unternehmerbegriff** der §§ 1 ff gesetzt („subj System“³), dessen Grundtatbestand § 1 bildet (unten Rz 7; vgl § 1 KSchG u dazu unten Rz 5). Dadurch wurde der Anwendungsbereich des UntR über den Handel hinaus erweitert (vgl § 1 UGB mit § 2 HGB). Dem trägt eine geänderte Terminologie Rechnung (UGB statt HGB, Untnr statt Kfm, Unt statt Handelsgewerbe, unternehmensbezogene Geschäfte statt Handelsgeschäfte).⁴ Höchstens tw geglückt ist die zugleich angestrebte Vereinfachung:⁵ Unterschieden werden muss nunmehr zw Ist- (§ 1; vgl § 1 HGB), Form- (§ 2; vgl § 6 Abs 2 HGB) und FiktivUntnr (§ 3; vgl § 5 HGB) sowie hinsichtl des Anwendungsbereichs der einzelnen Bücher des UGB (Rz 31). Einschr Sonderregelungen bestehen für Freiberufl, Land- u Forstw (§ 4; vgl § 3 HGB) sowie KleinUntnr (§§ 8, 189; vgl § 4 HGB).

Grundanliegen ist nach wie vor die Erleichterung des komplexen unternehmerischen RVerkehrs (o Rz 1) durch ein bes Organisations- und AktionsR⁶ für professionelle Marktteilnehmer (vorige Rz),⁷ das va auf eine effiziente Geschäftsabwicklung und -abwicklung zielt. Zu den **Zwecken der unternehmensrechtlichen Regelungen** zählen daher insb Publizität und Vertrauensschutz,⁸ standardisierte und erhöhte Anforderungen an UntOrganisation und Geschäftsgebarung (zB §§ 189 ff, 347, 377), reduzierter Schutz professioneller Akteure (insb § 351) sowie die flexible, einfache, schnelle und vorhersehbare Geschäftsabwicklung.⁹ Insgesamt dient das UntR der **Senkung der Transaktionskosten** im unternehmerischen RVerkehr und ist daher in bes Maße dem Postulat der RSicherheit iSd Erkennbarkeit und Voraussehbarkeit der RLage verpflichtet.¹⁰

1 Denkschrift (RTV) 5. Fettauszeichnung nicht im Original.

2 ErlRV HaRÄG 4.

3 Vgl *Canaris*, HR²⁴ § 1 Rz 2 f.

4 Vgl *K. Schmidt*, JBl 2003, 137, 138 f.

5 Vgl *K. Schmidt*, JBl 2004, 31, 32 ff; *U. Torggler*, Abschied 3 ff.

6 Vgl *K. Schmidt*, HR⁶ § 1 Rz 26; *Krejci/Haberer* in *Zib/Dellinger* § 1 Rz 6, 13 ff.

7 Vgl ErlRV HaRÄG 4, 6 ff, 19.

8 *K. Schmidt*, HR⁶ § 1 Rz 74.

9 S Denkschrift (RTV) 5; *Canaris*, HR²⁴ § 1 Rz 16; *K. Schmidt*, HR⁶ § 1 Rz 72 f.

10 *U. Torggler*, JBl 2011, 762, 763.

- 4 Das Verhältnis zum ZivilR ist durch **Spezialität** und **Subsidiarität** geprägt. Als Sonderprivatrecht (Rz 1)¹¹ geht UntR den (kollidierenden) *leges generales* des bürgerlichen R vor.¹² Da es keine abschließende Regelung des unternehmerischen Organisations- und AktionsR (vorige Rz) enthält, bleibt das ZivilR aber subsidiär anwendbar (ausdr noch Art 1 AHGB, Art 4 EVHGB).¹³
- 5 Das Verhältnis zum **Verbraucherschutzrecht** ist seit dem HaRÄG einerseits durch einen tw übereinstimmenden Grundtatbestand und daher Anwendungsbereich geprägt (vgl §§ 1, 343 ff, insb § 343 Abs 1 Alt 2, Abs 3 mit § 1 KSchG; s folgende Rz).¹⁴ Andererseits bestehen entgegengesetzte Perspektiven:¹⁵ Im UntR steht der Untnr mit seinen zahlreichen Geschäften (mit anderen Untnr oder Verbrauchern) im Vordergrund (s Rz 1 ff, 6), im VerbraucherschutzR der Konsument, der im Verhältnis zum Untnr wg des typischerweise gegebenen Ungleichgewichts geschützt wird.¹⁶

B. Auslegung

- 6 Bei der **Auslegung** ist va das Leitbild eines professionellen Marktakteurs (o Rz 3) maßgeblich. Schon wg der Herkunft der Regelung und der angestrebten Vereinheitlichung mit dem KSchG¹⁷ (vgl vorige Rz) kann auch auf Jud und Lit zu § 1 Abs 1 Z 2, Abs 2 KSchG zurückgegriffen werden.¹⁸ Va soll das Vierte Buch auch **europarechtlich** veranlassen „B2B-Regelungen“ Heimat bieten,¹⁹ sodass insofern eine RL-konforme Auslegung geboten ist. IÜ ist eine v KSchG und EuropaR abw Auslegung in begründeten Sonderfällen nicht ausgeschlossen.²⁰

C. § 1 als unternehmensrechtlicher Grundtatbestand

- 7 In dem dargestellten Kontext enthält § 1 den Grundtatbestand des UGB, der gemeinsam mit den flankierenden Regelungen der §§ 2–6 Anknüpfungspunkt und somit (**mittelbares**) **Tatbestandselement** der meisten unternehmensrechtl Normen bildet (s § 5; vgl auch bereits o Rz 2; zu RFolgen unten Rz 31 f).²¹

11 Zum Begriff s F. Bydliniski, System 415 ff, 432 ff; dens, Handels- oder Unternehmensrecht als Sonderprivatrecht (1990); K. Schmidt, BB 2005, 837 f mwN.

12 F. Bydliniski, System 431 f.

13 Artmann/Herda in Jabornegg/Artmann² Vor § 1 Rz 18; vgl ErlRV HaRÄG 80.

14 S dazu ErlRV HaRÄG 51 f; S. Bydliniski, ÖJZ 2006, 41 f; vgl Mayrhofer ea in Klang, ABGB³ Einl KSchG Rz 3 ff.

15 Vgl Kraus in FS H. Torggler (2013) 645, 647.

16 S RS 0065327; Apathy in Schwimann, ABGB³ § 1 KSchG Rz 5 ff; Böhler, ÖJZ 2015, 965, 968.

17 Vgl ErlRV HaRÄG 6, 19, 51 f.

18 6 Ob 203/11p, ecolex 2012, 390 [Wilhelm]; 6 Ob 110/13i, GesRZ 2014, 199 [Haberer]; Haberer in FS W. Jud (2012) 161, 163; vgl zur Bedeutung des Harmonisierungsgedankens bei Auslegung v § 1 KSchG Kraus in FS H. Torggler (2013) 645, 654 f.

19 ErlRV HaRÄG 5.

20 Vgl Krejci in Dehn/Krejci², 22; Rauter in WK⁴ §§ 343, 344 Rz 25; aus KSchG-Sicht Böhler, ÖJZ 2015, 965, 972; s zum Gftr-Gf unten Fn 137.

21 Vgl J. Kefßler in Heidel/Schall² § 1 Rz 1.

II. Anwendungsbereich

A. Übergangsrecht

Das HaRÄG ist iW mit 1.1.2007 in Kraft getreten (§ 906 Abs 14). Mit demselben Stichtag wurden das HGB in UGB umbenannt und die EVHGB aufgehoben.²² Verweise auf Kfl iSd HGB in anderen Gesetzen (unten Rz 32) beziehen sich seither auf Untnr (§ 907 Abs 1).²³ Die nF einschl des „vor die Klammer gezogenen“ UntnrBegriffs (vorige Rz) ist grds auf Sachverhalte anzuwenden, die sich nach dem 31.12.2006 ereignet haben (§ 906 Abs 14).

B. Kollisionsrecht

Bei AusBezug kommt es auf die §§ 1 ff an, wenn ö SachR nach der anwendbaren **Kollisionsnorm** (dazu sogleich) zur Anwendung kommt und die Untnr-Eigenschaft eines Beteiligten voraussetzt. Ob diese auch einem RSubjekt mit ausl Staatsangehörigkeit und/oder Hauptniederlassung zukommt, ist dann eine Frage der Auslegung des ö materiellen R („**Substitution**“²⁴; s auch § 2 Rz 5).

Im Einzelnen hängen Eintragungspflicht und -option gem § 8 Abs 1 S 1 davon ab, dass sich die Hauptniederlassung des Betriebs (vgl unten Rz 14) im Inland befindet (vgl auch § 12).²⁵ IZm §§ 8 ff, 17 ff ist eine Eintragung im ö FB Voraussetzung. Die Anwendbarkeit der Zweifelsregel des § 38 Abs 1 S 1 setzt voraus, dass auf den UntKaufvertrag odgl ö SachR zur Anwendung kommt, während der RÜbergang nach dem R zu beurteilen ist, dem das jeweilige RVerhältnis unterliegt.²⁶ Mangels einer für den Dritten erkennbaren RWahl ist für Vollmachten unter Berücksichtigung allfälliger Rück- und Weiterverweisungen (§ 5 IPRG) das R des Staats maßgeblich, in dem der Vertre-

22 Art XXIX, XXXI HaRÄG.

23 S dazu auch ErlRV HaRÄG 64 f.

24 *Kindler* in MüKo BGB⁶ Int Handels- und GesR Rz 199.

25 Vgl *Kindler* in MüKo BGB⁶ Int Handels- und GesR Rz 217; *Koch* in GroßK⁵ § 13 Rz 16; s auch *Krejci/Haberer* in *Zib/Dellinger* § 1 Rz 183 f. Zur Eintragung bei bloßer inl Zweigniederlassung s § 12, wobei uE gem Abs 4 dann keine Eintragungspflicht oder -option besteht, wenn auch eine Hauptniederlassung nicht eintragungspflichtig oder -fähig wäre (vgl *Hildebrandt* in *Schlegelberger* I⁴ [1960] § 13b Rz 2; auch *Baumbach/Hopt*²⁹ [1995] § 13 Rz 3; abw *Krejci/Haberer* in *Zib/Dellinger* § 1 Rz 185). Die Eintragungspflicht einer ausl Ges mit inl Hauptniederlassung folgt aus einem Größenschluss zu § 12 (vgl unten bei Fn 28 f; wohl auch *Krejci*, UntR⁵ 82 f).

26 *Eckert*, Int GesR 281; wie hier *F. Schäfer*, Die kollisionsrechtliche Einordnung des Unternehmensübergangs nach §§ 38 ff UGB, in FS H. Torggler (2013) 1071, 1075 ff; vgl *Czernich*, Der internationale Unternehmenskauf vor dem Schiedsgericht: Anwendbares Recht, GES 2014, 437, 446 ff; auch *Merkt*, Internationaler Unternehmenskauf (1997) Rz 437 ff; das Forderungsstatut als Anknüpfungspunkt für die Erwerberhaftung gem § 1409 ABGB abl allerdings 3 Ob 183/13b, JBl 2014, 56.

ter tätig werden soll (§ 49 IPRG), wobei eine ö Prokura (§§ 48 ff) zusätzl eine Eintragung im ö FB voraussetzt.²⁷ Für die §§ 105–178 ist ein ö Personalstatut erforderl, das sich (unter Beachtung v § 5 IPRG) bei EWR-Ges nach dem Gründungsstaat und iÜ nach dem tatsächl Sitz der Hauptverwaltung richtet (§§ 10, 12 IPRG).²⁸ Entspr gilt für § 189 Abs 1 Z 1 f (vgl auch § 280a, der uE *a minori* bei inl Hauptniederlassung einer ausl EWR-Ges gilt²⁹),³⁰ während iZm Z 3 leg cit eine inl Hauptniederlassung erforderl ist.³¹ Hingegen richtet sich das auf stGes anwendbare R nach der Rom I-VO (593/2008/EG).³² Ebenso setzt die Anwendbarkeit der §§ 343 ff ein ö Vertragsstatut voraus, gilt dann aber unabh v Nationalität und Ansässigkeit beteiligter Untnr.³³

III. Unternehmensbetreiber (Ist-Unternehmer)

A. Einführung

- 11 Untnr iSd § 1 ist, wer ein Unt betreibt (sog Ist-Untnr). Dabei dient die Beschränkung auf den **Betreiber** (unten Rz 25 ff) der Eingrenzung der Untnr-Eigenschaft auf eine der Personen, die in einem arbeitsteiligen Unt zusammenwirken (unten Rz 26). Die Abgrenzung dieses Kriteriums zu jenem der Selbstständigkeit (unten Rz 22) ist nicht restlos geklärt, aber praktisch bedeutungslos.
- 12 Stärkere Unterscheidungskraft hat der Begriff des Unt, der allerdings trotz Umschreibung in Abs 2 unscharf bleibt. Daher wird verbreitet auf die Verkehrsauffassung³⁴ und/oder den (allerdings ebenfalls konturlosen) UntBegriff der Wirtschaftswissenschaften verwiesen.³⁵ Überholt ist jedenfalls die („objektivistische“) Gleichsetzung mit den gewidmeten körperlichen und unkörperlichen Sachen (inkl Know-how, Kundenstamm).³⁶ Maßgeb sind vielmehr auch subj Faktoren, namentlich UntZweck und -Gegenstand (folgende Rz) sowie unter-

27 Vgl aber auch ausf *Kindler* in MüKo BGB⁶ Int Handels- und GesR Rz 267 ff.

28 S *U. Torggler* in WK⁴ § 105 Rz 4 f mwN.

29 Vgl *Gelter*, RdW 2005, 134, 136 f.

30 *Eckert*, IntKapGesR 380 f mwN; *Hennrichs* in FS Horn (2006) 387, 392; *Krejci/Haberer* in *Zib/Dellinger* § 1 Rz 191.

31 Vgl *Gelter* in WK³ (Stand: 1.6.2017) Vor § 189 Rz 161; *Kindler* in MüKo BGB⁶ Int Handels- und GesR Rz 273 ff; *Brüggemann* in GroßK⁴ Vor § 1 Rz 30 ff; zur Einbeziehung ausl Umsätze s *Mayr* in FS Ruppe (2007) 466, 473; *ESTR* 2000 Rz 193 f, 196; zur RLPflicht für inl Zweigniederlassungen ausl Untnr s *EuGH* C-167/01 *Inspire Art*, Slg 2003 I-10155 Rz 69; *Kindler* in MüKo BGB⁶ Int Handels- und GesR Rz 229 f; *J. Zehetner* in WK³ (Stand: 1.2.2018) § 280a Rz 9 ff; *U. Torggler* in WK³ (Stand: 1.11.2014) § 190 Rz 6.

32 *Eckert*, IntKapGesR 329 ff, 336 ff.

33 Vgl *Kindler* in MüKo BGB⁶ Int Handels- und GesR Rz 164, 190 ff.

34 *ZB Kindler* in *Ebenroth ea* I³ § 1 Rz 15; *Röhricht* in *Röhricht/von Westphalen*⁴ § 1 Rz 42.

35 Vgl *Hämmerle/Wünsch*, HR I⁴, 144; *G. H. Roth/Fitz*, UntR² Rz 85; aber auch *Zöllner* in *Harrer/Mader* 2, 9 ff.

36 *Hämmerle/Wünsch*, HR I⁴, 144 f.

nehmerischer Plan und Wille („UntnrGeist“; *entrepreneurship*).³⁷ „Organisation“ (Abs 2) bedeutet Kombination dieser Faktoren zu einer Einheit (folgende Rz).³⁸ Diese ist auch Gegenstand des RVerkehrs,³⁹ also RObjekt und unkörperliche Sache.⁴⁰ Die einzelnen, dem Unt gewidmeten, körperlichen und unkörperlichen Sachen sind somit Zubehör, nicht Bestandteile.⁴¹ Eine Entsprechung findet dieser „organisatorische“ Unternehmensbegriff⁴² in der modernen UntBewertung, die idR nicht mehr die einzelnen Wirtschaftsgüter bewertet, die dem Unt zugehören (Substanzwertmethode), sondern ertragsorientiert auf die erwarteten künftigen Erträge oder Zahlungsflüsse abstellt.⁴³

B. Organisation

Das Tatbestandsmerkmal der (Dauer-)Organisation bezieht sich nach dem Gesagten (vorige Rz) auf eine **Mittel-Zweck-Relation**, nämlich den Einsatz v materiellen und immateriellen Mitteln (Arbeitskraft, Know-how, körperliche Gegenstände etc) zu einem UntZweck, der im entgeltlichen (unten Rz 19; idR, aber nicht notwendig gewinnorientierten) Absatz v Leistungen auf einem bestimmten Markt (= UntGegenstand) besteht. „Organisiert“ wird also Input zur Erzielung v Output. Arbeitsteiligkeit bildet zwar den Regelfall, ist aber nicht erforderlich.⁴⁴ Überhaupt kommt es nicht darauf an, ob auch fremde Leistungen nachgefragt werden (unten Rz 16; s aber auch Rz 21 aE). Der Einsatz eigener Arbeitskraft (zB Gepäckträger) oder eigenen Know-hows (zB Agentur) reicht aus. Das Tatbestandsmerkmal der „Organisation“ ist daher kein Größenkriterium⁴⁵ und schließt KleinstUntnr nicht aus (s auch Rz 15, aber auch Rz 18, 21).⁴⁶ Irrelevant ist auch die GftrStruktur einer zu beurteilenden Ges (s auch Rz 18 mit Fn 82, Rz 20 mit Fn 97, Rz 28).⁴⁷

37 Vgl auch *Hämmerle/Wünsch*, HR I⁴, 145; *Krejci/Haberer in Zib/Dellinger* § 1 Rz 61.

38 Vgl auch VwGH 18.7.1995, 91/14/0217: „Zusammenfassung menschlicher Arbeitskraft und sachlicher Produktionsmittel zu einer organisierten Einheit.“

39 *Hopt in Baumbach/Hopt*³⁶ Einl v § 1 Rz 33.

40 *U. Torggler*, JBl 2008, 137 f.

41 *U. Torggler*, JBl 2008, 137, 138 ff mwN auch der Gegenmeinung.

42 Ebenso *Krejci/Haberer in Zib/Dellinger* § 1 Rz 61 mit Fn 45; vgl auch *Hämmerle/Wünsch*, HR I⁴, 145 f. „organisierender“ UntBegriff.

43 Vgl *K. Schmidt*, HR⁶ § 3 Rz 16 ff; *Hopt in Baumbach/Hopt*³⁶ Einl v § 1 Rz 36.

44 ErlRV HaRÄG 19; *Artmann/Herda in Jabornegg/Artmann*² § 1 Rz 30.

45 RS 0065309; *Artmann/Herda in Jabornegg/Artmann*² § 1 Rz 30; vgl aber auch 6 Ob 203/11p, GesRZ 2012, 266 [*Schenk/Linder*]; 3 Ob 34/12i, GesS 2012, 341; *Krejci/Haberer in Zib/Dellinger* § 1 Rz 63; *Palten*, VR 2011/12, 28, 30, 35.

46 RS 0065309; *Dehn*, RWZ 2004, 1 f; vgl ErlRV HaRÄG 8 f; 4 Ob 204/12x, ÖJZ 2013, 728 [*Lotz*] zum Internethandel.

47 HL, zB *Schauer*, wobl 2013, 1, 6; *Motal in Zib/Dellinger* § 189 Rz 22; vgl zur ImmobilienverwaltungsGmbH & Co KG 6 Ob 110/13i, GesRZ 2014, 199 [iE zust *Haberer*]; 6 Ob 112/13h, GesRZ 2014, 52 [*Schimka*], insb Tz 6.2; aA noch 6 Ob 203/11p, wobl 2012, 409; 6 Ob 236/12t, GesRZ 2013, 291 [krit *Kraus/W. Schuhmacher*] zur Verein & Co KG.

- 14 Zugleich dient der Organisationsbegriff des Abs 2 der Abgrenzung der **unternehmerischen Einheit** (vgl unten Rz 27; vgl auch den zumind weitgehend übereinstimmenden⁴⁸ Begriff des „einheitl Betriebs“ in § 189 Abs 1 Z 3 u dazu *Hilber* § 189 Rz 17 f; vgl auch § 28 BAO, § 23 Z 1 EStG) v anderen selbständigen Unt desselben Inhabers⁴⁹ sowie v Untereinheiten wie Zweigniederlassungen (s *Weigand* § 12 Rz 11 f; vgl auch § 3 Abs 1 Z 6 FBG), Betrieben iSd § 34 ArbVG⁵⁰ und Betriebsstätten iSd § 28 BAO.

C. Wirtschaftstätigkeit

- 15 Wirtschaftl Tätigkeit ist das Anbieten (folgende Rz) v (auch freiberufl, land- oder forstw; § 4) Leistungen auf einem Markt, also **marktgerichtete Tätigkeit** (vgl § 28 BAO: „Beteiligung am all wirtschaftl Verkehr“), mag sie auch unter Einschaltung v Absatzmittlern stattfinden.⁵¹ Es entscheidet die Verkehrsauffassung. Mangels Mindestgröße⁵² kommt es nicht auf die Zahl der Geschäftsbeziehungen an (vgl auch § 1 HVertrG),⁵³ solange eine Mehrzahl v Geschäftspartnern mögl ist, insb überhaupt eine marktmäßige Nachfrage besteht,⁵⁴ und der Anbieter den Adressatenkreis nicht v vornherein nach individuellen und leistungsfremden Kriterien begrenzt.⁵⁵ Wer sich nur an Familienmitglieder,⁵⁶ Mitarbeiter, KonzernUnt⁵⁷ odgl wendet, ist daher grds kein Untnr.⁵⁸ Entspr gilt bei Leistungen, die *causa societatis* an Mitglieder erbracht werden, nicht aber dann, wenn das Mitgliedsverhältnis nach seinem Gesamtbild einer Leistungsbeziehung entspricht. Indiz dafür ist die untergeordnete Bedeutung der mitgliedschaftlichen Mitverwaltungs- und KontrollR (vgl § 1 Abs 5 KSchG; zB Timesharing in Vereinsform) oder des pauschalen Mitgliedsbeitrags im Verhältnis zu einer leistungsabh Vergütung.⁵⁹

48 *Dehn* in RK § 1 Rz 39.

49 S auch EStR 2000 Rz 411; VwGH 22.11.1995, 94/15/0154 RS 1, 3; unten Rz 26; vgl *Rauch*, wbl 2015, 485, 490.

50 S *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG (2002 ff) § 34 Rz 7, 10 mwN: gewisse arbeitstechnische Selbständigkeit, insb durch örtl Trennung.

51 Vgl VwGH 29.7.1997, 96/14/0115.

52 ErlRV HaRÄG 8 f; RS 0065309.

53 Vgl auch EStR 2000 Rz 5415; VwGH 1032/72, VwSlg 4511 F; VwGH 13.9.1989, 88/13/0193 RS 1; VwGH 3.6.1992, 91/13/0035 RS 2.

54 Vgl EStR 2000 Rz 5415; VwGH 1032/72, VwSlg 4511 F; VwGH 3.6.1992, 91/13/0035 RS 2.

55 Vgl 10 Obs 55/18p, ARD 6612/9/2018 Rz 4.2: Angebot an Publikum; VwGH 3.6.1992, 91/13/0035 RS 2.

56 Vgl JAB HaRÄG 4.

57 Vgl *M. Roth* in *Koller ea*⁸ § 1 Rz 6; s aber auch *Körber* in *Oetker*⁵ § 1 Rz 20.

58 Vgl *K. Schmidt* in *MüKo*⁴ § 1 Rz 28; *Krejci/Haberer* in *Zib/Dellinger* § 1 Rz 80, 83; *Wrann*, Die Immobilienprivatstiftung – Unternehmer oder Konsument? PSR 2013, 12, 13 f mwN zu PS, die Leistungen ausschl an Begünstigte erbringen.

59 Vgl § 1 Abs 5 KSchG und dazu *Saria*, RdW 2000, 199; 4 Ob 312/99g, SZ 72/206; *Hüttemann* in FS W.-H. Roth 241, 253 f; abw 4 Ob 215/07g, SZ 2007/194; *Dehn* in RK § 1 Rz 58: Größe des Innenmarkts.

Entscheidend ist demnach die **Tätigkeit als Anbieter**; die bloße Nachfrage v 16
Leistungen anderer genügt nicht. Anbieter ist, wer die typische (idR nicht
geldliche) Hauptleistung erbringt,⁶⁰ also eine Leistung mit einem über bloßen
Entgeltcharakter hinausgehenden, eigenständigen wirtschaftl Gehalt,⁶¹ mag
sie auch obj wertlos sein (unten Rz 19).⁶² Keine wirtschaftl Tätigkeit iSd Abs 2
sind daher zB die Beschäftigung eines Verwalters durch eine Wohnungseigen-
tumsgemeinschaft⁶³ und die Büروفührung einer Landtagsfraktion⁶⁴.

Gelegentliche Anbietertätigkeit (vorige Rz) anlässlich einer **nicht marktge-** 17
richteten Tätigkeit reicht nicht aus (Rz 15). Häufig fehlt zugleich die Dauer-
haftigkeit, weil es sich um private Gelegenheitsgeschäfte handelt (vgl unten
Rz 20 f), wie beim (Flohmarkt- oder auch Internet-)Verkauf v (selbst) ge-
brauchten Gegenständen oder v Sammlungsteilen durch Hobbysammler.⁶⁵

Keine UntnrEigenschaft begründet insb die reine **Vermögensverwaltung**.⁶⁶ 18
Im Einzelnen ist die Abgrenzung schwierig, zumal es auf Gewinnerzielungs-
absicht (folgende Rz) und Umfang der Geschäftstätigkeit⁶⁷ grds nicht an-
kommt.⁶⁸ Eine wirtschaftl Tätigkeit iSd Abs 2 fehlt jedenfalls dann, wenn das
„Haben“ eindeutig im Vordergrund steht, weil die Anbietertätigkeit nicht
über Gelegenheitsgeschäfte hinausgeht (s vorige Rz; s auch unten Rz 20 f).⁶⁹
Keine Untnr iSd § 1 sind daher bloße Holding- und BesitzGes⁷⁰ sowie Ver-
pächter eines Unt.⁷¹ Ebenso wenig begründet die Vermietung einer Vorsorge-
wohnung⁷² oder der An- und Verkauf v Finanzanlagen⁷³ UntnrEigenschaft.

60 Ähnl Artmann/Herda in Jabornegg/Artmann² § 1 Rz 26: Waren- oder Dienstleistung.

61 Vgl 4 Ob 232/12i, ÖBA 2013, 663 [Weber]; zu § 1 Abs 1 UStG Ruppe/Achatz, UStG⁴ (2011) § 1 Tz 16.

62 Vgl Koziol, JBl 2002, 766, 768; insofern verfehlt ErlRV HaRÄG 4, 19; Straube in WK⁴ § 1 Rz 48.

63 7 Ob 155/03z, SZ 2003/88; ausf Palten, VR 12/2011, 28 ff, insb 34 f.

64 10 ObS 55/18p, ARD 6612/9/2018 Rz 6.1 f.

65 Röhricht in Röhricht/von Westphalen⁴ § 1 Rz 30; vgl 4 Ob 204/12x, ÖJZ 2013, 728 [Lotz].

66 RS 0121028; Körber in Oetker⁵ § 1 Rz 22 ff; krit Boka, ecolex 2016, 367.

67 RS 0065309; Dehn, RWZ 2004, 1 f; vgl ErlRV HaRÄG 8 f.

68 S ausf Schön, DB 1998, 1169, 1171 ff.

69 Vgl VwGH 24.6.2010, 2007/15/0033; Boka, ecolex 2016, 367, 369.

70 Artmann/Herda in Jabornegg/Artmann² § 1 Rz 27; ausf Röhricht in Röhricht/von Westphalen⁴ § 1 Rz 44 ff; Motal in Zib/Dellinger § 189 Rz 22; vgl 6 Ob 43/13m, ÖBA 2014, 455 Rz 10.4; aA Hopt in Baumbach/Hopt³⁸ § 1 Rz 18; wohl auch Harrer/Pira, RdW 2016, 451, 454, sowie noch 6 Ob 203/11p, wobl 2012, 409, letztere E dürfte in Anbetracht der jüngsten Rsp aber insoweit überholt sein (vgl Haberer, Anm zu 6 Ob 110/13i, GesRZ 2014, 199; Motal, ecolex 2014, 45).

71 6 Ob 41/06 g, ecolex 2006, 827; BGH VII ZR 51/05, NJW 2006, 3486; M. Roth in Koller ea⁸ § 1 Rz 7a; vgl OGH 18.3.2016, 9 Ob 79/15f.

72 S RS 0065317.

73 RS 0121109; 2 Ob 32/09h, ÖBA 2010, 753 [Oppitz]; Kindler in Ebenroth ea I³ § 1 Rz 34; vgl aber auch Boka, ecolex 2016, 367, 369 f.

IÜ ist das Kriterium der Wirtschaftstätigkeit für sich v beschr Abgrenzungskraft,⁷⁴ sodass uE zusätzl auf das gesetzgeberische Leitbild des **professionellen Anbieters** abzustellen ist (vgl o Rz 3, 6).⁷⁵ Das gilt uE *lege non distinguente* auch für moralische Personen.⁷⁶ Dabei handelt es sich zwar grds um ein qualitatives Kriterium. Ein nebenberufl nicht bewältigbarer Umfang der Tätigkeit⁷⁷ hat aber ebenso Indizcharakter wie Erforderlichkeit bes Fachkunde,⁷⁸ Fremdkapitaleinsatz⁷⁹ und übrige „Risikostruktur“⁸⁰. Etwa bejaht der OGH den unternehmerischen Charakter der Vermietung idR bei mehr als fünf vermieteten Einheiten.⁸¹ Bei Co KG ist Geschäftsführung durch Kompl-GmbH Indiz für Professionalität.⁸² Maßgebl ist das obj Gesamtbild (Verkehrersanschauung).⁸³

- 19 Gewinnerzielungsabsicht ist nicht erforderl (Abs 2). Die hM verlangt aber **Entgeltlichkeit der Tätigkeit**.⁸⁴ Das ist uE insofern zutr, als eine rein freigiebige Tätigkeit nicht unternehmerisch ist.⁸⁵ Die Organisation muss der Erzielung v Einnahmen dienen (vgl § 2 Abs 1 UStG⁸⁶), mögen die Leistungen auch zum⁸⁷ oder unter dem Selbstkostenpreis abgegeben werden (s aber auch unten Rz 27).⁸⁸ Überwiegende Finanzierung aus anderen Quellen wie Spenden oder GfterZuschüssen schadet nicht.⁸⁹ Ausreichend ist ein Entgelt in ernst zu

-
- 74 Vgl VwGH 22.6.1983, 81/13/0158 RS 1; VwGH 22.3.1991, 90/13/0256 RS 2; Schön, DB 1998, 1169, 1171.
- 75 Vgl Röhricht in Röhricht/von Westphalen⁴ § 1 Rz 34 ff; VwGH 19.3.2002, 2000/14/0018 RS 1: wenn „nach Art und Umfang der Tätigkeit ein Bild erzeugt wird, das der privaten Vermögensverwaltung fremd ist“; Skarics, Der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher (2017) 114 ff; abl Körper in Oetker⁵ § 1 Rz 25.
- 76 Abw wohl 6 Ob 203/11p, wobl 2012, 409; zumind iE wie hier dann aber 6 Ob 110/13i, GesRZ 2014, 199 [iE zust Haberer], sowie 6 Ob 112/13h, GesRZ 2014, 52 [Schimka]; untergeordnete Vermietung schadet nicht, s dazu auch sogleich bei Fn 81 f.
- 77 Vgl 5 Ob 570/80, SZ 53/103; Röhricht in Röhricht/von Westphalen⁴ § 1 Rz 37, 41.
- 78 VwGH 24.6.2010, 2007/15/0033; vgl 5 Ob 570/80, SZ 53/103.
- 79 VwGH 22.6.1983, 81/13/0157, 158; VwGH 24.6.2010, 2007/15/0033; Boka, ecolex 2016, 367, 369.
- 80 Insofern übereinstimmend Schön, DB 1998, 1169, 1173 f; diesem folgend Kindler in Ebenroth ea¹³ § 1 Rz 35 f; vgl für Derivatehandel Boka, ecolex 2016, 367, 369.
- 81 RS 0065317 T 1.
- 82 Vgl 6 Ob 203/11p, wobl 2012, 409; 6 Ob 110/13i, GesRZ 2014, 199 [iE zust Haberer]; 6 Ob 112/13h, GesRZ 2014, 52 [Schimka], insb Tz 6.2.
- 83 Röhricht in Röhricht/von Westphalen⁴ § 1 Rz 42; vgl auch VwGH 18.12.2001, 99/15/0155 RS 1; VwGH 24.6.2010, 2007/15/0033 RS 1.
- 84 Für alle K. Schmidt in MüKo⁴ § 1 Rz 31; vgl ErlRV HaRÄG 19.
- 85 Vgl RS 0033054; Dehn in RK § 1 Rz 32.
- 86 S dazu Ruppe/Achatz, UStG⁴ (2011) § 2 Rz 56 ff.
- 87 Obiter 10 Obs 55/18p, ARD 6612/9/2018 Rz 4.2.
- 88 VwGH 8.11.1989, 88/13/010; VwGH 2336/54, VwSlg 1542 F; VwGH 2757/50, VwSlg 688 F; vgl Dehn, RFG 2007, 4, 5; aA Krejci in Dehn/Krejci², 22 f.
- 89 ErlRV HaRÄG 19; vgl aber JAB HaRÄG 4; Krejci/Haberer in Zib/Dellinger § 1 Rz 73 ff; aA Krejci in Dehn/Krejci², 23 ff.

nehmender,⁹⁰ nicht rein symbolischer⁹¹ Höhe.⁹² Auch eine Leistungserbringung gegen „freie“ Spende genügt, wenn nach dem Gesamtbild die Absicht besteht, Einnahmen zu erzielen.⁹³ Unzweifelhaft unternehmerisch ist eine für sich freigiebige Tätigkeit, die einer Anbietertätigkeit auf einem anderen Markt dient (zB auf dem Anzeigenmarkt bei Gratiszeitungen).

D. Dauerhaftigkeit

Die Wirtschaftsorganisation iSd Abs 2 muss „auf Dauer angelegt“ sein. Im Kern geht es dabei ähnl wie bei der Nachhaltigkeit iSd § 2 Abs 1 UStG,⁹⁴ § 28 BAO um eine wiederholte Ausnützung derselben Gelegenheit oder desselben dauernden Verhältnisses.⁹⁵ Allerdings ist im Kontext des § 1 Abs 2 die nach außen manifestierte⁹⁶ **Absicht des Betreibers** maßgeblich (arg: „angelegte“; vgl auch unten Rz 28);⁹⁷ bei unzutr Anschein einer Wiederholungsabsicht greift der RScheingrundsatz ein (§ 3 Rz 8).⁹⁸

IÜ genügt ein Mindestmaß an Kontinuität,⁹⁹ wobei es uE weniger auf die voraussichtliche Dauer der Ausübung ankommt¹⁰⁰ als auf die Ausrichtung auf eine unbestimmte Zahl v Geschäften.¹⁰¹ Jedenfalls erforderl ist eine Tätigkeit, die über die bloße **Wahrnehmung von Gelegenheitsgeschäften** anlässlich

90 K. Schmidt in MüKo⁴ § 1 Rz 31.

91 Krejci in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hrsg), Das Recht der Non-Profit-Organisationen (2006) 255 ff.

92 Vgl VwGH 2757/50, VwSlg 688 F; VwGH 2336/54, VwSlg 1542 F; aber auch Ruppe/Achatz, UStG⁴ (2011) § 2 Rz 58; Hüttemann in FS W.-H. Roth 241, 258 f.

93 Ähnl M. Karollus in *Grundei/M. Karollus* (Hrsg), Berufssportrecht I (2008) 11; auch Artmann/Herda in *Jabornegg/Artmann*² § 1 Rz 41; vgl VwGH 2757/50, VwSlg 688 F; aber auch JAB HaRÄG 4; Hüttemann in FS W.-H. Roth 241, 258; weitergehend Schauer in *Kalss/Schauer/Winner*, UR³ § 2 Rz 20 f. Spende kann Entgelt für widmungsmäßige Mittelverwendung durch SpendenEmpf sein; Letzteres abl Hüttemann in FS W.-H. Roth 241, 251 f.

94 S dazu UStR 2000 Rz 188 ff.

95 UStR 2000 Rz 188; VwGH 12.12.1988, 87/15/0107 RS 1; VwGH 25.1.1995, 93/13/0084.

96 Vgl allg gegen das Anknüpfen an inneren Absichten iZm § 1 Hüttemann in FS W.-H. Roth 241, 249 f.

97 Ähnl Röhricht in *Röhricht/von Westphalen*⁴ § 1 Rz 28 f; Hopt in *Baumbach/Hopt*³⁸ § 1 Rz 13. Bei (entstandenen; unten Rz 29) moralischen Personen genügt daher schon, dass sie nach ihrer Satzung bzw ihrem Gesellschaftsvertrag auf den Betrieb eines Unt gerichtet sind (vgl auch 6 Ob 203/11p, GesRZ 2012, 266 [Schenk/Linder]); s dazu auch Rz 13, 28).

98 Vgl demggü UStR 2000 Rz 188; VwGH 10.9.1979, 0225/79; VwGH 23.2.2010, 2007/15/0037 RS 1 ua.

99 K. Schmidt in MüKo⁴ § 1 Rz 30.

100 AA Krejci/Haberer in *Zib/Dellinger* § 1 Rz 64.

101 DhM, zB Hopt in *Baumbach/Hopt*³⁸ § 1 Rz 13; J. Keßler in *Heidel/Schall*² § 1 Rz 17; vgl für Ö Schauer, wobl 2013, 1, 5; 10 Obs 55/18p, ARD 6612/9/2018 Rz 4.2: „regelmäßiges“ Vorgehen.