

Rechtliche Grundlagen der Berufsausübung

MAG. DR. SCHAMBERGER HEIMO

Grundsätzliches

Mit der Absolvierung einer GESU-Ausbildung erwerben sie in jedem Fall die Möglichkeit diese auch beruflich zu nutzen.

Die berufliche Umsetzung dieses Ausbildungs-Wissens kann dabei auf unterschiedlichste Art und Weise erfolgen: Der Absolvent kann seine Leistungen unselbständig oder selbständig erbringen.

Sämtliche Absolventen einer GESU-Ausbildung können jedenfalls als „Selbständige/r Trainer/in“ arbeiten.

Bei der selbständigen Leistungserbringung der GESU-Ausbildungen ist zu beachten, dass diese mit und ohne Gewerbeschein erbracht werden kann.

Je nach Art und Weise der selbständigen Leistungserbringung kann diese als

- gewerbliche Tätigkeit (Gewerbeschein erforderlich) oder als
- sog. Neue Selbständigkeit

erfolgen.

Jene selbständigen Trainer/innen, welche Wissen vermitteln (also Unterricht, Seminare, Vorträge, Workshops udgl.) anbieten, unterliegen mit dieser Tätigkeit nicht der Gewerbeordnung.

Für diese Art der Selbständigkeit bedarf es also keines Gewerbescheins. Diese Selbständigen sind sog. Neue Selbständige.

Zu beachten ist, dass von der Durchführung von Unterricht, Seminaren usw. – als von der Gewerbeordnung ausgenommener Unterrichtstätigkeit – die persönliche Beratung unterscheiden werden muss. Diese persönliche Beratung stellt eine gewerbliche Tätigkeit (Gewerbeschein) dar. Die Grenze dieser beiden rechtlich unterschiedlich zu betrachtenden Tätigkeitsbereiche verschwimmt.

„Beratung“ ist – zusammengefasst – eine (personenbezogene) Tätigkeit, welche das Ziel verfolgt ganz persönliche Lösungskonzepte zu erarbeiten.

Derartige Beratungstätigkeiten können in den Vorbehaltsbereich der reglementierten Gewerbe (z.B. Lebens- und Sozialberater) fallen.

(Zu dieser Thematik siehe weiter unten unter „Zum Thema – „Unterricht“)

Unterscheidung: Unselbständigkeit – Selbständigkeit

Unselbständige Berufsausübung:

"Echter" Dienstnehmer ist, wer

- in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit
- gegen Entgelt beschäftigt wird.

Hierzu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen (§ 4 Abs. 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG).

Selbständige Berufsausübung:

Diese kann als

- freier Beruf
- Gewerbebetrieb oder
- Neue/r Selbständige/r

erfolgen.

Vor Allem ist eine klare Trennung zwischen der Tätigkeit als Neuer Selbständiger und eines Gewerbetreibenden oft nicht möglich.

Gemeinsam haben der Neue Selbständige und der Gewerbetreibende, dass die rechtliche Grundlage ihrer Tätigkeitsausübung mit einem Kunden (Klienten) zumeist ein Werkvertrag ist.

Die wichtigsten Merkmale einer Werkvertragstätigkeit sind:

- persönliche und wirtschaftliche Unabhängigkeit vom Auftraggeber oder von der Auftraggeberin
- die Tätigkeit muss nicht persönlich ausgeübt werden (Vertretungsrecht)
- der Werkvertragsnehmer oder die Werkvertragsnehmerin ist nicht weisungsgebunden
- der Auftragnehmer oder die Auftragnehmerin verfügt über unternehmerische Struktur (Büro, Betriebsmittel etc.)
- die Fertigstellung des Werkes oder der Eintritt des Erfolges bedeutet die automatische Beendigung des Zielschuldverhältnisses

Für die Wahrnehmung der steuerrechtlichen und / oder sozialversicherungsrechtlichen Pflichten ist der Werkunternehmer selbst verantwortlich. Die sozialversicherungsrechtliche Beitragspflicht sowie die (allfällige) Einkommenssteuer hängen vom jeweiligen Gewinn des Werkunternehmers (aus seinen Werkverträgen pro Kalenderjahr) ab.

Gewerbliche Tätigkeit – Neue Selbständigkeit – freie Berufe

Nach der Bestimmung des § 1 GewO (Bundesgesetz) ist eine Tätigkeit **gewerbsmäßig**, wenn sie

- selbständig
- regelmäßig und
- in Ertragsabsicht oder in Absicht eines wirtschaftlichen Vorteils ausgeübt

wird.

Selbständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes liegt vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird. Auch eine einmalige Handlung gilt als regelmäßige Tätigkeit, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann oder wenn sie längere Zeit erfordert.

Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen wird der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten.

Die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, liegt auch dann vor, wenn der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil den Mitgliedern einer Personenvereinigung zufließen soll.

Ob die gewerbliche Tätigkeit einen Gewinn (Einnahmen minus Ausgaben) abwirft, ist jedoch grundsätzlich unbeachtlich.

Nach der Bestimmung des § 2 GewO sind folgende (selbständigen) Tätigkeiten von der GewO ausgenommen:

- Künstler (Literatur, Urheber, Musiker, Medienunternehmer usw.)
- Berufe mit eigenen Berufsrechten (Notare, Rechtsanwälte, Wirtschaftstreuhänder, Ziviltechniker, Ärzte, Psychotherapeuten usw.)
- Privatunterricht

Tätigkeitsbeschreibungen, die dem Gewerbe zuzuordnen sind, und die Kunden angeboten werden, befinden sich in

- Gewerbeordnung
- Gewerbezugangsverordnungen
- Prüfungsordnungen
- Ansichten der beteiligten Verkehrskreise (Berufsbilder)
- behördlichen Entscheidungen

Zu beachten ist, dass manche Tätigkeitsbezeichnungen – wie bspw.

- Training,
- Coaching,
- Consulting,
- Counselling
- Coach (zB Wellness-Coach, Mentalcoach, ...)

– zwar zulässig sind, aber (gewerbe-)rechtlich danach zu beurteilen sind, welche konkreten Tätigkeiten damit angeboten werden.

Es ist also nicht die Bezeichnung einer Tätigkeit für deren rechtlichen (Berufs-)Einordnung maßgeblich, sondern die tatsächliche Art und Weise der Tätigkeitserbringung.

Viele Tätigkeiten sind Berufsrechten zugeordnet und dürfen nur bei Erfüllung der Voraussetzungen für dieses Berufsrecht ausgeübt werden; z.B.:

- Physiotherapeutik, Diätberatung: MTD-Gesetz
- Heilmassage
- Psychotherapie

Tätigkeiten, die in Berufsrechten geregelt sind, sind für den Berufszugang in einer geregelten

Ausbildung zu erlernen und für eine Berechtigung für die selbstständige Berufsausübung nachzuweisen (sog. formeller Befähigungsnachweis).

Auch die GewO kennt den formellen Befähigungsnachweis (§ 18); so z.B. bei Massage, Lebens- und Sozialberatung.

Daneben gibt es in der GewO auch noch andere Möglichkeiten, den Gewerbezugang zu bekommen (sog. individueller Befähigungsnachweis: § 19): das sind

- Kenntnisse,
- Fähigkeiten und
- Erfahrungen

, welche für ein angestrebtes, konkretes Gewerbe der Gewerbebehörde bewiesen werden müssen.

Je nach Art des Gewerbes sind unterschiedliche Befähigungsnachweise erforderlich. Es können Prüfungen, schulische Ausbildungen, Praxiszeiten oder Kombinationen daraus vorgeschrieben sein.

Dieser Befähigungsnachweis muss je nach Rechtsform des Unternehmens von unterschiedlichen Personen erbracht werden. Bei Gesellschaften muss der Befähigungsnachweis von dem/der gewerberechtlichen GeschäftsführerIn erbracht werden.

Zu beachten ist, dass die sog. medizinischen Gesundheitsberufe von jenen gewerblichen Berufen, welche (auch) gesundheitsbezogene Tätigkeiten erbringen, zu unterscheiden sind.

Derartige medizinische Gesundheitsberufe dürfen das Ziel verfolgen Krankheiten zu heilen oder medizinische Diagnosen zu erstellen; unter „Krankheit“ ist ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand zu verstehen, der die Krankenbehandlung notwendig macht (vgl. § 120 ASVG)

Medizinische Gesundheitsberufe haben somit das Ziel:

- Krankheiten zu heilen,
- Gesundheit wiederherzustellen,
- Schmerzen zu lindern und
- Heilmittel zu verordnen;

Gesundheitsbezogene gewerbliche Berufe haben demgegenüber das Ziel:

- der nicht medizinischen Gesundheitsvorsorge,
- das Stärken des Wohlbefindens,
- das Fördern der Vitalität, des Körperbewusstseins und des positiven Körpergefühls,
- das Verbessern der sozialen Kontakte.

Jedenfalls handelt es sich bei der Tätigkeit „Unterricht“ – wie bereits zuvor dargetan – nicht nur nicht um eine gewerbliche Tätigkeit, sondern auch nicht um eine solche der freien Berufe.

Zum Thema: „Unterricht“

Wesentlich ist, dass die Tätigkeit „Unterricht“ zum Tätigkeitsbereich des Neuen Selbständigen zählt und nicht zu jenem der GewO.

„Unterricht“ heißt:

- Wissensvermittlung
- aufgrund eines bereits vorgegebenen Schulungskonzeptes allgemeine und fachliche Lehrinhalte vermitteln
- unbestimmter Teilnehmerkreis
- nur Demonstration
- keine Betreuung,
- keine individuelle Beratung
- geschuldet wird nur der Vortrag, kein Erfolg.

(Selbständige) Trainer, die Unterricht, Seminare, Vorträge, Workshops, Lehrveranstaltungen und dergleichen durchführen, unterliegt nicht der Gewerbeordnung. Ob die Zielgruppe Kinder oder Erwachsene sind, eine Gruppe von Personen oder ein Einzelner unterrichtet wird, ist für die Qualifizierung als (Unterrichts-)Tätigkeit unerheblich.

Unter „Unterricht“ fallen Kommunikationstraining, Bewerbungstraining, Verkaufstechniken, Aufbau von Organisationsstrukturen, Instrumente der Mitarbeiterführung usw.

Im Rahmen der Unterrichtstätigkeit ist auch eine individuelle Anpassung der Lehrinhalte nach Kundenwunsch aus vorhandenen Modulen möglich. Dabei ist auch die Beantwortung individueller Fragen, Berichte über Veröffentlichungen aller Art oder die Darlegung und Interpretation von Beispielen.

Kein „Unterricht“ und somit Gewerbeausübung liegt hier vor:

- Anwendung erworbenen Wissens
- Kundenorientierung
- Anwendung erworbener Fähigkeiten
- individuelle Betreuung
- individuelle Beratung
- geschuldet wird ein Erfolg

Freies Gewerbe – reglementiertes Gewerbe

Bei freien Gewerben ist beachtlich:

- Hilfestellung ist weniger als Beratung oder Betreuung
- keine Tätigkeiten, die beim Befähigungsnachweis beschrieben wurden
- keine „Diagnose“
- keine Verabreichung oder „Behandlung“

Alle Gewerbe, die nicht als reglementierte Gewerbe eingestuft sind, zählen automatisch als freies Gewerbe.

Tätigkeiten, welche zu den freien Gewerben zählen, sind in der sog. „Bundeseinheitlichen Liste der freien Gewerbe“ aufgelistet.

Bei reglementierten Gewerben (hier ist ein Befähigungsnachweis erforderlich) ist folgendes beachtlich:

- Beratung
- Betreuung
- alle in den rechtlichen Grundlagen beschriebenen Tätigkeiten

- „Diagnose“ – Methodenwahl
- Anwendung („Behandlung“)

Gewerbebeanmeldung

Reglementierte Gewerbe sind an einen Befähigungsnachweis gebunden.

Freie Gewerbe:

- Zur Ausübung eines freien Gewerbes ist nur die Anmeldung beim zuständigen Gewerbeamt notwendig.
- Ein Befähigungsnachweis zur Anmeldung des Gewerbes ist nicht erforderlich.

Kosten der Gewerbebeanmeldung: Es fallen keine Kosten bei Anmeldung eines oder mehrere Gewerbe an.

Davon ausgenommen sind die Beiträge für die Interessensvertretung (Kammerumlage) sowie Beiträge für die Pflichtversicherung.

Graz, im Oktober 2020