

Firmenbucheintragung als gewerbliche Tätigkeit

„Entbürokratisierung und Deregulierung sind zentrale Anliegen der Bundesregierung und eine fortwährende Aufgabe der Politik“ (ErlRV 1457 BgNR 25. GP, 1). Seit Jahren wird ua auch über eine Deregulierung der GewO 1994 diskutiert. Selbst dort, wo Bewegung zu vermerken ist, wird manche gut gemeinte Erleichterung in der Praxis mitunter zum Hemmschuh. So bringt etwa eine bundeseinheitliche Liste der freien Gewerbe schon aufgrund der notwendigerweise gegebenen Unvollständigkeit für den Anmelder nur dann eine Erleichterung, wenn sich seine Tätigkeit exakt in einem der vorgegebenen Wortlaute wiederfindet bzw wenn Gewerbebehörden in der Praxis nicht darauf bestehen (würden), dass ausschließlich darin angeführte freie Gewerbe angemeldet werden dürfen.

Die jüngere VwGH-Judikatur zur gewerblichen Relevanz der Eintragung des Geschäftszweiges im Firmenbuch stellt so manche Gesellschaft vor zusätzliche Probleme.

Man nehme das Beispiel einer GmbH: Nach § 4 Abs 1 Z 2 GmbHG muss der Gesellschaftsvertrag zwingend den „Gegenstand des Unternehmens“ enthalten. Der Unternehmensgegenstand sollte einerseits so genau gefasst werden, dass er zu einer hinreichenden Definition geeignet ist, andererseits aber auch nicht zu eng gefasst werden, damit allfällige spätere Ausdehnungen der Tätigkeit nicht neuerliche Änderungen des Gesellschaftsvertrages notwendig machen (Aicher/Feltl in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 4 Rz 16).

In der Praxis werden daher üblicherweise vorausschauend auch noch nicht aktuell ausgeübte Tätigkeiten in den Unternehmensgegenstand aufgenommen. Dies ist aus mehreren Gründen zweckmäßig: Änderungen des Unternehmensgegenstands bedürfen (grundsätzlich) der einstimmigen Beschlussfassung (§ 50 Abs 3 GmbHG). Es besteht daher die Gefahr, dass nachträgliche Änderungen mangels Einigkeit der Gesellschafter nicht mehr durchgesetzt werden können. Mit einem ausreichend weiten Unternehmensgegenstand müssen Geschäftsführer auch nicht die Sorge haben, dass ihnen eine Überschreitung desselben vorgeworfen wird. Und schließlich spielt auch der Kostenfaktor mehrmaliger Änderungen eine gewisse Rolle.

Nimmt man daher nur den Ankauf (nicht aber den Verkauf) von Liegenschaften in den Unternehmensgegenstand auf, wäre die nachträgliche Veräußerung allenfalls nicht gedeckt und nur nach Änderung des Unternehmensgegenstands möglich. Ein Tankstellenbetreiber wird in den Unternehmensgegenstand vorausschauend auch den Handel mit Zubehör, aber allenfalls auch mit Lebensmitteln (etwa für einen Tankstellenshop) und den Betrieb eines Cafés aufnehmen.

Es entspricht hA, dass die bloße Aufnahme einer Tätigkeit in den Unternehmensgegenstand – von konzessionspflichtigen Bereichen abgesehen – keiner gewerblichen Bewilligung bedarf (*Schmidberger/Duursma* in *Gruber/Harrer*, GmbHG [2014] § 4 Rz 37).

Nach § 3 Abs 1 Z 5 FBG ist bei allen Rechtsträgern eine kurze Bezeichnung des Geschäftszweiges nach eigener Angabe aufzunehmen. Diese Regelung wurde als Ersatz für den früher einzutragenden Unternehmensgegenstand eingeführt. Die Aufnahme ist nach überwiegender Ansicht nicht verpflichtend, sie darf jedenfalls aber nicht zu lang oder offensichtlich unrichtig sein (siehe *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² [2010] § 3 FBG Rz 19).

Die F. GmbH wurde zum Firmenbuch angemeldet und ließ als kurze Bezeichnung des Geschäftszweiges nach eigener Angabe (§ 3 Abs 1 Z 5 FBG) den „An- und Verkauf von Liegenschaften“ eintragen. Eine Gewerbeberechtigung als Immobilienmakler (Unterfall des Immobilientreuhändlers nach § 94 Z 35 GewO 1994) lag nicht vor. Die Bezirkshauptmannschaft sah darin einen Verstoß gegen die GewO 1994. Durch die Eintragung des Geschäftszweiges in das Firmenbuch könne in der Öffentlichkeit der Eindruck erweckt werden, dass „eine unter den Wortlaut der Ankündigung fallende gewerbliche Tätigkeit entfaltet werde“. Der VwGH bestätigte mit Erkenntnis vom 23.11.2016, Ra 2016/04/0098, die Entscheidung des LVwG Tirol und wies die erhobene Revision ab. Nach § 1 Abs 4 Satz 2 GewO 1994 sei das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten. Es komme dabei nicht auf die Absicht des Anbietenden an. Den Ausführungen der Revisionswerberinnen, dass in das Firmenbuch zwar von jedermann Einsicht genommen werden könnte, dies aber nur im Rahmen der §§ 33 ff FBG (durch Einsicht bei Gericht, mithilfe von automationsunterstützter Datenübermittlung sowie bei Anwälten und Notaren), maß der VwGH keine Berechtigung zu. Ob im Verfahren vorgebracht wurde, dass im Firmenbuch gar nicht nach dem Geschäftszweig gesucht werden kann (wie etwa in einem Branchenbuch) und daher Anbieter von Leistungen auch nicht über den angeführten Geschäftszweig aufgefunden werden können, ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen.

Die hA versteht unter „Anbieten“ Werbemaßnahmen in Massenmedien, mithilfe von Geschäftsschildern, Plakaten etc (*Hanusch*, GewO, § 1 Rz 14) oder das Anbringen einer Firmentafel (VwGH 19.11.2003, 2000/04/0093). Die Gesetzesmaterialien (ErlRV 395 BgNR 13. GP, 104) begründen die Wortwahl damit, dass im Begutachtungsentwurf das Anbieten einer den Gegenstand des Gewerbes bildenden Tätigkeit „in Zeitungen oder Bekanntmachungen, die für einen größeren Personenkreis bestimmt sind“, genannt wurde, dies aber auf alle „Massenmedien“ ausgedehnt werden solle.

Gem § 117 GewO 1994 umfasst das Gewerbe der Immobilientreuhänder die Tätigkeiten der Immobilienmakler, der Immobilienverwalter und der Bauträger. Die Definition des Tätigkeitsbereichs des Immobilienmaklers enthält dabei auch „den Handel mit Immobilien einschließlich des Mietkaufes“ (Abs 2 Z 3 leg cit). Die Wortfolge „An- und Verkauf von Liegenschaften“ enthält die GewO 1994 nicht. An- und Verkauf wird daher offenbar mit Handel gleichgesetzt. Die Abgrenzung von der privaten Vermögensverwaltung ist damit schwierig bis unmöglich. Die bloße Raumvermietung fällt nicht unter die GewO 1994 (VwGH 16.4.1985, 83/04/0202, VwSlg 11.744 A/1985). Auch das Anbieten des Verkaufs eigener Wohnungen ist keine unbefugte Ausübung des Immobilienmaklergewerbes (UVS Niederösterreich 6.4.1993, Senat-KO-92-151).

Legt man nun den Unternehmensgegenstand (und die korrespondierende Firmenbucheintragung) nur mit dem Ankauf von Liegenschaften fest, besteht das Risiko, dass man bei einer geplanten Veräußerung einer Liegenschaft zuerst den Unternehmensgegenstand (mit der dafür erforderlichen Mehrheit und den damit verbundenen Kosten) ändern müsste. Sieht man bereits den An- und Verkauf vor (und trägt dies entsprechend ins Firmenbuch ein), läuft man Gefahr, dass die Geschäftsführung gewerblich belangt wird. Die in der Praxis mitunter gewählte Lösung, auf den „An- und Verkauf eigener Liegenschaften“ zu verweisen, ist insoweit keine Lösung, als der Handel iSd § 117 GewO 1994 nicht den Handel mit fremden Liegenschaften voraussetzt. Über die Einschränkungen, die sich in der Wahl des Firmenwortlauts ergeben könnten, sei an dieser Stelle noch gar nicht nachgedacht (so könnte eine Liegenschaftsverwaltungs-GmbH, die nichts anderes macht, als eigene Liegenschaften zu verwalten, am Ende gar als Immobilientreuhänder missverstanden werden, von Firmenbestandteilen wie Projektentwicklung, Vermögensverwaltung etc gar nicht zu reden).

Da die Eintragung nach § 3 Abs 1 Z 5 FBG nicht gesetzlich verpflichtend ist, ist die einfachste Möglichkeit, überhaupt keinen Geschäftszweig ins Firmenbuch einzutragen. Ob damit den Zielsetzungen des Gesetzgebers wirklich gedient ist, kann dahingestellt bleiben. Vor dem Hintergrund der verwaltungsstrafrechtlichen Relevanz muss aber in Zukunft jeweils ganz konkret abgewogen werden, ob und gegebenenfalls welche Eintragung wirklich begehrt wird. Im Zweifel sollte man eher auf die Eintragung verzichten. Auch eine Form der Deregulierung.

Wien, im April 2017

Nikolaus Arnold