

Zur Entschärfung der Gewerberegistrierungspflichten beim gewerblichen Anbieten

BEITRAG. Bereits das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Personenkreis löst Gewerberegistrierungspflichten aus. Davon sind nach Rsp bloße Ankündigungen auf Websites, Schildern, Werbeprospekten oder auch Registereintragungen umfasst. Diese Judikatur hat eine Gesetzesänderung nach sich gezogen, die weitere Fragestellungen aufwirft. Dieser Beitrag untersucht die rechtlichen Grundlagen und mögliche Lösungsansätze.¹⁾ **ecolex 2022/508**



Dr. Daniel Larcher ist Rechtsanwalt in Wien und ist spezialisiert auf Life Sciences, Vertriebsrecht sowie Produkthaftung.

A. Gewerbliches Anbieten

Bereits der am Markt Werbende unterliegt der gewerblichen Eintragungspflicht.

Eine Tätigkeit wird dann gewerbsmäßig iSd § 1 Abs 2 GewO 1994²⁾ ausgeübt, wenn diese selbstständig, regelmäßig und

in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Ein praktisch bedeutender Sonderfall wird in § 1 Abs 4 Satz 2 bestimmt: Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen (oder bei Ausschreibungen)³⁾ wird der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten (*gewerbliches Anbieten*).

Durch diese Rechtsfiktion unterliegt bereits der am Markt Werbende der gewerblichen Eintragungspflicht.⁴⁾ Davon sind sämtliche öffentliche Ankündigungen erfasst, etwa Inserate, Telefonbücher und Werbeprospekte. Der Wortlaut („gleichgehalten“) indiziert, dass die gewerblichen Ausübungskriterien (Gewinnerzielung, Regelmäßigkeit, Selbstständigkeit) hierbei wohl nicht vorliegen müssen;⁵⁾ so stellt auch die Rsp nicht auf gewerbliche Ausübungselemente beim Ankündigenden ab, etwa bei Zurücklegungskonstellationen.⁶⁾

Verletzungen von Gewerbevorschriften können insb Geldstrafen, Ausübungsuntersagungen, Verfall oder lauterkeitsrechtliche Ansprüche nach sich ziehen,⁷⁾ wobei letzteres in den hier besprochenen Konstellationen oft bereits mangels Spürbarkeit des Wettbewerbsvorsprungs durch Rechtsbruch zu verneinen sein wird.

B. Bewertung der Rechtsentwicklung

1. Judikatur

Nach der Rsp des VwGH lösen öffentliche Ankündigungen gewerblicher Leistungen auf Geschäftsschildern, Homepages und teilweise im Firmenbuch (FB) gewerbliche Anmeldepflichten aus. Vereinfacht kommt es dabei auf die *öffentliche Zugänglichkeit der Ankündigung* an: Der Tatbestand des Anbietens einer gewerblichen Tätigkeit ist dann erfüllt, wenn einer an einen größeren Kreis von Personen gerichteten Ankündigung die

Eignung zukommt, in der Öffentlichkeit den Eindruck zu erwecken, dass eine unter den Wortlaut der Ankündigung fallende, gewerbliche Tätigkeit entfaltet wird. Auf die Absicht des Anbietenden kommt es nicht an.⁸⁾ Diese Grundsätze sind sowohl bei Neueintragung im GewerbeRegister als auch bei Zurücklegung des Gewerbes zu beachten.⁹⁾

Die Judikatur des VwGH zum gewerblichen Anbieten führt zu einer überaus weiten Auslegung der Rechtsfiktion. Der Begriff „Anbieten“ würde zunächst ein rechtsgeschäftliches Anbieten vermuten lassen, nämlich iS einer ernstlichen, also auf verbindliche Geschäftsabwicklung gerichteten¹⁰⁾ Willenserklärung (§ 869 ABGB). Nach den Kriterien der Rsp ist jedoch eine bloße Wissenserklärung (öffentliche Ankündigung der gewerblichen Tätigkeit) ohne Rechtsfolgewillen in einem Massenmedium iwS ausreichend.

Aus systematischer Sicht nimmt diese extensive Auslegung der Rechtsfiktion dem Grundanknüpfungspunkt der gewerblichen Ausübung weitgehend den Anwendungsbereich; es wird in der Anwendungspraxis idR auch bereits ein Anbieten in Form einer öffentlichen Ankündigung vorliegen. Zudem wird in Fällen, in denen die öffentliche Ankündigung gesetzlich vorgeschrieben ist, mE ein Pflichtbefolgungs- bzw Strafbar-

¹⁾ Dieser Beitrag wurde unter wissenschaftlicher Mitarbeit von *Lukas Huber* verfasst.

²⁾ Paragrafenangaben ohne Bezeichnung beziehen sich auf die GewO 1994.

³⁾ Betrifft öffentliche Ausschreibungen sowie Ausschreibungen von Privaten.

⁴⁾ Vgl auch ErläutRV 395 BlgNR 13. GP 104.

⁵⁾ AA *Hanusch* in *Hanusch* (Hrsg), Kommentar zur Gewerbeordnung (2019) § 1 Rz 13 (27. Lfg), wonach bloß die Regelmäßigkeit ersetzt wird.

⁶⁾ Vgl VwGH 23. 11. 2016, Ra 2016/04/00983.

⁷⁾ Die OGH-Rsp behandelte bisher offensichtliche Ankündigungssachverhalte, etwa Werbeprospekte, Telefonbücher und Homepages; RIS-Justiz RS0060016; RS0060330.

⁸⁾ Vgl VwGH 25. 2. 2002, 2002/04/0069; 23. 11. 2016, Ra 2016/04/00983.

⁹⁾ VwGH 23. 11. 2016, Ra 2016/04/00983; wo die Berechtigung zurückgelegt, nicht aber auch der Geschäftszweig im FB gelöscht wurde, womit die Gewerbeanmeldungspflicht nach § 1 Abs 4 aufrechterblieb.

¹⁰⁾ Vgl RIS-Justiz RS0014690.

keitsdilemma begründet, womit die Handlungsfreiheiten unzumutbar eingeschränkt werden: Dies etwa bei verpflichtenden FB-Eintragungen, wo mit Eintragung des Geschäftszweigs automatisch eine Gewerbestrafbarkeit begründet wird, weil vor Konstitution der Gesellschaft die Berechtigung idR nicht einholbar ist.¹¹⁾ Die Befolgung einer normativen Pflicht soll sinnvollerweise nicht auch eine Strafbarkeit nach sich ziehen – eine Norm darf nicht in diesem Sinn ausgelegt werden (*ad absurdum*). Aus praktischer Sicht ist freilich auch bei Ungehorsamsdelikten¹²⁾ Strafvoraussetzung, dass neben der Rechtswidrigkeit entkräftbare Schuld- und Zumutbarkeitselemente vorliegen (§ 5 Abs 1 VStG). Wenn der Täter daher ohne unnötigen Verzug nach Konstituierung (FB-Eintragung) die gewerbliche Tätigkeit im GISA anmeldet, wird mE kein objektiv und subjektiv vorwerfbares Verhalten vorliegen.

2. Gesetzesnovellierung

Mit BGBl I 2018/45 wurde als Reaktion auf die Rsp gesetzlich klargestellt,¹³⁾ dass Registereintragungen nicht als Gewerbeausübung gelten, wenn die Veröffentlichung in Registern aufgrund von gesetzlichen Verpflichtungen erfolgt.¹⁴⁾ Diese Ausnahme betrifft das FB und sonstige Register, in denen gewerbliche Tätigkeiten veröffentlicht werden können. Zu denken ist an das Grundbuch, Vereinsregister, EDM-Register oder auch produktbezogene Sonderregister wie das Register bewilligter Arzneimittelbetriebe. Es ist je nach Register zu prüfen, ob eine Pflicht zur Eintragung besteht.

Die Mat führen aus, dass die Rechtsvorschrift des § 1 Abs 4 ein Verhalten erfassen soll, das sich zum Zweck der Geschäftsanhaltung an Kunden richtet.¹⁵⁾ Zudem wird angeführt, dass sich bei Zugrundelegung der Judikatur-Linie bei Geschäftszweigintragungen im FB Unternehmungen nicht konstituieren könnten, ohne sich dabei gewerberechtlich strafbar zu machen.¹⁶⁾

Ein wichtiger Punkt ist, dass der Wortlaut mE wesentliche Anwendungsfälle nicht erfasst, weil dieser ausdrücklich nur auf Eintragungen aufgrund von gesetzlichen Verpflichtungen abstellt. Nach FB-Recht besteht nun eine Rechtspflicht zur Eintragung des Geschäftszweigs für eingetragene Zweigniederlassungen¹⁷⁾ sowie für Personengesellschaften und Einzelunternehmen.¹⁸⁾ Umgekehrt besteht jedoch für Kapitalgesellschaften keine Pflicht zur Nennung des Geschäftszweigs. Diese fakultative (freiwillige) Natur der Eintragung des Geschäftszweigs ergibt sich bereits aus der Wortfolge des § 3 Z 5 FBG „nach eigener Angabe“.¹⁹⁾

Soweit eine gesetzliche Verpflichtung für die Registerveröffentlichung nicht besteht, müssen wiederum die Grundsätze der Rsp zum gewerblichen Anbieten Anwendung finden, wonach die bloße öffentliche Ankündigung gewerbebegründend ist. Es ist nicht eindeutig, ob der Gesetzgeber dabei ausschließlich eintragungspflichtige Sachverhalte regeln wollte oder ob ein überschüssiger Wortlaut („gesetzliche Verpflichtung“) bzw auch eine unsachliche Ungleichbehandlung vorliegt. Dagegen spricht, dass der ASSt bei fakultativer Registrierung des Geschäftszweigs entscheiden kann, wann und ob er diesen nach Erlangung einer Gewerbeberechtigung eintragen lässt; Gleiches gilt bei „fakultativen“ Medien wie Homepages, Schildern oder Werbematerialien.

Andererseits führen die Mat ausdrücklich an, dass die Rechtsvorschrift des § 1 Abs 4 ein Verhalten erfassen soll, das sich zum Zweck der Geschäftsanhaltung an Kunden richtet.²⁰⁾ Dies findet sich im Normwortlaut so nicht wieder, jedoch kann

diese Zweckbestimmung als Ausgangspunkt für eine generelle Einschränkung herangezogen werden: Es ist mE neben dem Judikatur-Kriterium der öffentlichen Ankündigung einer gewerblichen Tätigkeit, die in der Öffentlichkeit den Eindruck einer gewerblichen Tätigkeit erweckt, noch zusätzlich zu prüfen, ob die *objektive Zwecksetzung der Ankündigungs- bzw Angebotsanbahnung in einer Geschäftsanhaltung bzw werbenden Handlung am Markt besteht*. Hiermit würde die Reichweite der Rechtsfiktion eingeschränkt. So bezweckt die Eintragung des Geschäftszweigs im FB typischerweise nicht die Geschäftsanhaltung, gleichgültig ob diese verpflichtend ist oder nicht – anders bei Werbematerialien, Websites, Inseraten oder Geschäftsschildern. Gestützt auf dieser (gesetzlich vorgezeichneten) Wertung könnte der Wortlaut „gesetzliche Verpflichtung“ bei Kapitalgesellschaften teleologisch reduziert werden. In der Praxis verbleibt freilich das Risiko, dass Behörden und Gerichte dieser Auffassung aufgrund des Wortlauts nicht folgen werden, zumal es in diesen Fällen wohl möglich und zumutbar ist, vor der fakultativen FB-Eintragung eine Gewerbeberechtigung zu erlangen.

3. Durchschlagswirkung auf Satzung?

Die Anführung eines Unternehmensgegenstands in Gesellschaftsverträgen und Satzungen ist gesetzlich verpflichtend.²¹⁾ Es ist in diesem Zusammenhang nicht geklärt, ob die Judikatur-Grundsätze zum gewerblichen Anbieten auch bei der Formulierung des Unternehmensgegenstands Anwendung finden. Dies ist mE zu bejahen, weil in der Judikatur bisher bloß auf die öffentliche Zugänglichkeit der Ankündigung abgestellt wurde. Gesellschaftsverträge sind in der Urkundensammlung des FB öffentlich zugänglich. Der mit dem Zugang verbundene erhöhte Aufwand ist nach der derzeitigen Rsp kein maßgebliches Kriterium und daher unbeachtlich.²²⁾

Es gelten mE jedoch dieselben Wertungskriterien wie zum Geschäftszweig: Auch der Unternehmensgegenstand im Gesellschaftsvertrag bezweckt objektiv nicht die Geschäftsanhaltung, sondern uA eine Einschränkung für die Geschäftsleitung im Innenverhältnis. Zudem besteht hierbei ebenso ein Pflichtbefolgungs- bzw Strafbarkeitsdilemma. Daher sollte in solchen Fällen kein gewerbliches Anbieten bzw keine Gewerberegistrierungspflicht iSd § 1 Abs 4 vorliegen.

¹¹⁾ VwGH 18. 3. 1986, 86/04/0027.

¹²⁾ § 366 Abs 1 Z 1.

¹³⁾ § 1 Abs 4 letzter Satz.

¹⁴⁾ Krit bereits *Filzmoser/Wagner*, Firmenbucheintragung als Anbieten iSd GewO? *ecolex* 2017, 267.

¹⁵⁾ ErläutRV 149 BlgNR 26. GP 2 (EB 2018).

¹⁶⁾ EB 2018, 2.

¹⁷⁾ § 12 Abs 3 UGB; RIS-Justiz RS0123719; OGH 8. 5. 2008, 6 Ob 232/07x.

¹⁸⁾ §§ 28, 106, 162 UGB; *Pilgerstorfer in Artmann* (Hrsg), Unternehmensgesetzbuch: Kommentar XIII (2019) § 3 FBG Rz 18 mwN.

¹⁹⁾ Vgl auch AB 23 BlgNR 18. GP 3; RIS-Justiz RS0123719 mwN.

²⁰⁾ EB 2018, 2.

²¹⁾ Siehe etwa § 4 Abs 1 Z 2 GmbHG; § 17 Z 2 AktG; § 9 Abs 1 Z 7 PSG.

²²⁾ AA *Berger in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG (2017) § 4 Rz 13.

C. Gewerbliche Nebenrechte

Ist eine Tätigkeit im Gewereregister angemeldet, können weitere gewerbliche Tätigkeiten als sonstige Rechte ohne zusätzliche Gewereregistrierung ausgeübt werden.

ne Eintragungspflichten auslöst.

Dies etwa iZm sonstigen Rechten (gewerblichen Nebenrechten) im Rahmen der Gewerbeausübung oder auch bei Zurücklegung der Berechtigung. Ist nämlich zumindest eine Tätigkeit im Gewereregister (GISA, DL-Register) angemeldet, können weitere gewerbliche Tätigkeiten durchaus umfänglich unter die sonstigen Rechte fallen und damit ohne zusätzliche Gewereregistrierung ausgeübt werden.

Derartige Nebenrechte sind für freie und reglementierte Gewerbe besonders geregelt; bspw können Tankstellenbetreiber umfänglich gewisse gastgewerbliche Tätigkeiten und handelsbezogene Nebenleistungen auch bei bloßer Anmeldung des (freien) Tankstellengewerbes durchführen (vgl § 157).

Zudem sind auch die sonstigen Rechte nach § 32 zu prüfen: Es wird hierbei auf die Leistungserbringung abgestellt. Da nach § 1 Abs 4 das Anbieten der gewerblichen Ausübung gleichgehalten wird, sollte eine Berufung auf dieses Nebenrecht möglich sein. Sonstige gewerbliche Tätigkeiten können unter drei kumulativen Voraussetzungen ausgeübt werden: Erstens muss die Tätigkeit eine wirtschaftlich sinnvolle Ergänzung bilden. Zweitens müssen der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebs erhalten werden.²³⁾ Drittens sind gewisse Umsatzgrenzen zu beachten: Die ergänzenden Leistungen dürfen insgesamt 30% des im Wirtschaftsjahr vom Gewerbetreibenden erzielten Gesamtumsatzes nicht übersteigen. Innerhalb dieser Grenze dürfen auch ergänzende Leistungen betreffend reglementierte Gewerbe erbracht werden, wenn diese bis zu 15% der gesamten Leistung ausmachen und außerdem im Fall von Zielschuldverhältnissen bis zur Abnahme durch den Auftraggeber oder im Fall von Dauerschuldverhältnissen bis zur Kündigung der ergänzten eigenen Leistungen beauftragt werden.²⁴⁾

Diese Grundsätze sollten mE im Größenschluss auch bei der Zurücklegung von Gewerben Anwendung finden: Die Berufung auf die sonstigen Rechte sollte möglich sein, wenn eine aufrechte Gewerbeeintragung besteht und das zurückgelegte Gewerbe gar nicht mehr ausgeübt wird, jedoch weiterhin eine öffentlich zugängliche Ankündigung der gewerblichen Tätigkeit in Medien besteht.

D. Sonstige Bewilligungen

Die Grundsätze zur öffentlichen Ankündigung sind ausschließlich auf Gewerbeberechtigungen nach GewO 1994 (samt Verordnungen) anzuwenden. Die Anwendbarkeit ist zudem bei gewerblichen Nebengesetzen zu bejahen; so ist die GewO 1994 subsidiär auf das Güterbeförderungsgesetz²⁵⁾ oder das Gelegenheitsverkehrsgesetz²⁶⁾ anwendbar.

Bewilligungen, die auf nicht-gewerberechtigten Vorschriften beruhen, sind etwa konzessionierte Tätigkeiten im Bank-, Versicherungs- und Zahlungsdienstwesen sowie Wertpapierdienstleistungen und Glücksspiele. Ein Analogieschluss zu den gewerberechtigten Vorschriften wird sich idR verbieten, weil

im Verwaltungsrecht eine planwidrige Lücke im Zweifel nicht anzunehmen ist.²⁷⁾

Diese Vorschriften sind daher eigenständig auszulegen: Die Konzessionspflicht wird dort idR durch den Betrieb bzw die gewerbliche Erbringung der jeweiligen Leistung ausgelöst. Es stellen sich aber ähnliche Fragestellungen: Etwa bildet das Anbieten eines Finanzprodukts eine konzessionspflichtige Anlageberatung iSd WAG 2018.²⁸⁾ Zudem können bei gewissen Kreditinstituten und Wertpapierunternehmungen FB-Eintragungen bloß aufgrund eines rechtskräftigen Konzessionsbescheids erbracht werden.²⁹⁾

Schlussstrich

Gewerbliches Anbieten iS einer öffentlichen Ankündigung in Medien löst Gewereregistrierungspflichten (GISA, Dienstleisterregister) aus. Dies gilt kraft gesetzlicher Ausnahme nicht im Fall von gesetzlichen Registrierungspflichten, so bei Geschäftszweigangaben im FB. Bei bloß fakultativer Eintragungen liegt umgekehrt ein gewerbliches Anbieten vor, so etwa bei Geschäftszweigangaben von Kapitalgesellschaften.

Aufbauend auf den gesetzgeberischen Wertungen ist mE beim gewerblichen Anbieten neben dem Kriterium der öffentlichen Ankündigung zusätzlich zu prüfen, ob die Zwecksetzung der Ankündigungshandlung objektiv in einer Geschäftsanbahnung bzw werbenden Handlung am Markt besteht. Dies wird im Fall von Geschäftszweigeintragungen im FB, ob nun fakultativ oder verpflichtend, zu verneinen sein. Insb sollte mE nach diesen Kriterien auch der verpflichtende Unternehmensgegenstand in der Satzung im Gesellschaftsvertrag keine Gewereregistrierungspflichten auslösen; zumal in diesen Fällen auch ein Pflichtbefolgungs- bzw Strafbarkeitsdilemma wie bei verpflichtenden Geschäftszweigeintragungen besteht. Umgekehrt liegt ein gewerbliches Anbieten bei öffentlichen Ankündigungen in Werbematerialien, Websites, Inseraten oder Firmenschildern idR vor, weil hierbei objektiv eine gewerbliche Geschäftsanbahnung bezweckt wird.

Schließlich kann in Fällen des gewerblichen Ankündigens auch eine Rechtfertigung nach den gewerblichen Nebenrechten gefunden werden, und zwar sowohl in Fällen des Ausübungsbeginns als auch bei der Zurücklegung der Gewerbeberechtigung.

²³⁾ § 32 Abs 2.

²⁴⁾ § 32 Abs 1a.

²⁵⁾ § 1 Abs 5 GütbefG.

²⁶⁾ § 1 Abs 2 GelVerkG.

²⁷⁾ VwSlg 9677 A/1978.

²⁸⁾ EuGH C-604/11, *Comercial Hosteleria de Grandes Vinos*, ÖBA 2013, 686 (Kern); *Zahradnik in Brandl/Saria*, WAG 2018² § 3 Rz 9 (Stand 1. 3. 2018, rdb.at).

²⁹⁾ § 9 WAG 2018; § 5 Abs 2 BWG.