

# TE OGH 2006/6/29 6Ob41/06g

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.06.2006

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Pimmer als Vorsitzenden und durch die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler und Univ. Doz. Dr. Kodek als weitere Richter in der Firmenbuchsache der im Firmenbuch des Landesgerichts Innsbruck zu FN \*\*\*\*\* eingetragenen Kurapotheke \*\*\*\*\* , Mag. pharm. Günther H\*\*\*\*\* KG mit dem Sitz in S\*\*\*\*\* über den Revisionsrekurs der Gesellschafter Mag. pharm. Günther H\*\*\*\*\* , und Günther H\*\*\*\*\* , beide \*\*\*\*\* , vertreten durch Kaufmann & Thurnher Rechtsanwälte GmbH in Dornbirn, gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Innsbruck als Rekursgericht vom 3. Jänner 2006, GZ 3 R 182/05x-8, mit dem der Beschluss des Landesgerichts Innsbruck vom 16. November 2005, GZ 60 Fr 2313/05-5, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

## Text

Begründung:

Geschäftszweig der Kommanditgesellschaft ist der Betrieb einer Apotheke. Persönlich haftender Gesellschafter ist der Erstrevisionsrekurswerber, der die Kommanditgesellschaft seit 10. 8. 2004 auch selbstständig vertritt; der Zweitrevisionsrekurswerber ist Kommanditist mit einer Vermögenseinlage in Höhe von 1.000 EUR. Am 24. 8. 2005 beantragten Mag. pharm. Dr. Kurt G\*\*\*\*\* und die Kommanditgesellschaft die Eintragung der Kurapotheke \*\*\*\*\* , Pächter Mag. pharm. Dr. Kurt G\*\*\*\*\* als Einzelkaufmann im Firmenbuch; Geschäftszweig sei der Betrieb einer Apotheke (FN \*\*\*\*\*). Der Erstantragsteller habe mit Pachtvertrag vom 30. Juni 2005 den Betrieb der Apotheke gepachtet. Er erfülle laut Bescheid der Österreichischen Apothekerkammer die persönlichen Voraussetzungen. Der Betrieb werde unverändert in vollkaufmännischem Umfang betrieben. Die Kommanditgesellschaft stimme gemäß § 22 HGB ausdrücklich der Fortführung der bisherigen Firma in der beantragten Form durch den Pächter zu. Geschäftszweig der Kommanditgesellschaft ist der Betrieb einer Apotheke. Persönlich haftender Gesellschafter ist der Erstrevisionsrekurswerber, der die Kommanditgesellschaft seit 10. 8. 2004 auch selbstständig vertritt; der Zweitrevisionsrekurswerber ist Kommanditist mit einer Vermögenseinlage in Höhe von 1.000 EUR. Am 24. 8. 2005 beantragten Mag. pharm. Dr. Kurt G\*\*\*\*\* und die Kommanditgesellschaft die Eintragung der Kurapotheke \*\*\*\*\* , Pächter Mag. pharm. Dr. Kurt G\*\*\*\*\* als Einzelkaufmann im Firmenbuch; Geschäftszweig sei der Betrieb einer Apotheke (FN \*\*\*\*\*). Der Erstantragsteller habe mit Pachtvertrag vom 30. Juni 2005 den Betrieb der Apotheke

gepachtet. Er erfülle laut Bescheid der Österreichischen Apothekerkammer die persönlichen Voraussetzungen. Der Betrieb werde unverändert in vollkaufmännischem Umfang betrieben. Die Kommanditgesellschaft stimme gemäß Paragraph 22, HGB ausdrücklich der Fortführung der bisherigen Firma in der beantragten Form durch den Pächter zu.

Mit Beschluss vom 6. 9. 2005 forderte das Erstgericht die Antragsteller zu GZ 60 Fr 1938/05t auf, beim verpachteten Unternehmen (der Kommanditgesellschaft) den Firmenwortlaut abzuändern und den Rechtsformwandel (nunmehr KEG) zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden; ebenso sei der Geschäftszweig zu ändern. Dazu teilten die Antragsteller am 16. 9. 2005 mit, eine Änderung der Firma komme nicht in Frage; im Übrigen werde zu Recht die Rechtsform der Kommanditgesellschaft beibehalten, weil diese Erlöse erziele, die über den Umfang eines Minderkaufmanns hinausgingen. Mit Beschluss vom 23. 9. 2005 forderte das Erstgericht die beiden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft auf, die Änderung der Firma, die Änderung des Geschäftszweigs und den Rechtsformwandel von KG in KEG zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden oder aber dazutun, dass diese Verpflichtung nicht bestehe; gleichzeitig drohte das Erstgericht die Verhängung einer Zwangsstrafe in Höhe von je 300 EUR an.

Einen gegen diesen Beschluss erhobenen Rekurs der beiden Gesellschafter wies das Rekursgericht zurück.

Das Erstgericht verhängte nunmehr die angedrohte Zwangsstrafe; gleichzeitig drohte es eine weitere Zwangsstrafe in Höhe von je 700 EUR und die Veröffentlichung der verhängten Zwangsstrafe in der Ediktsdatei an. Nach § 18 Abs 2 HGB dürfe eine Firma in ihrer Gesamtheit nicht zur Täuschung geeignet sein; dies gelte auch bei einer nachträglichen Änderung der Umstände, konkret also durch die Verpachtung der Apotheke an den Erstantragsteller. Werde eine Kommanditgesellschaft zur Gänze verpachtet und ziehe nur noch den Pachtzins ein, verliere sie als Personengesellschaft die Eigenschaft als Vollkaufmann und bestehe gemäß § 25 Abs 2 FBG als Kommanditerwerbsgesellschaft weiter. Das Erstgericht verhängte nunmehr die angedrohte Zwangsstrafe; gleichzeitig drohte es eine weitere Zwangsstrafe in Höhe von je 700 EUR und die Veröffentlichung der verhängten Zwangsstrafe in der Ediktsdatei an. Nach Paragraph 18, Absatz 2, HGB dürfe eine Firma in ihrer Gesamtheit nicht zur Täuschung geeignet sein; dies gelte auch bei einer nachträglichen Änderung der Umstände, konkret also durch die Verpachtung der Apotheke an den Erstantragsteller. Werde eine Kommanditgesellschaft zur Gänze verpachtet und ziehe nur noch den Pachtzins ein, verliere sie als Personengesellschaft die Eigenschaft als Vollkaufmann und bestehe gemäß Paragraph 25, Absatz 2, FBG als Kommanditerwerbsgesellschaft weiter.

Das Rekursgericht verwarf den von den Gesellschaftern erhobenen Rekurs, soweit er Nichtigkeit geltend machte, und bestätigte im Übrigen die Entscheidung des Erstgerichts. Es erklärte den ordentlichen Revisionsrekurs „in Ermangelung einer höchstgerichtlichen Judikatur zu den hier maßgeblichen Rechtsfragen des mit der Verpachtung der Apotheke verbundenen Verlusts der Vollkaufmannseigenschaft und des dadurch eingetretenen Rechtsformwandels samt Anpassung des Firmenwortlauts“ für zulässig. Das Erstgericht habe den Gesellschaftern ausreichend Gelegenheit geboten, vor Erlassung des Zwangsstrafenbeschlusses ihren Rechtsstandpunkt darzulegen. Auch wenn sich das Erstgericht mit der rechtlichen Argumentation der Gesellschafter in der Äußerung vom 16. 9. 2005 und im Rekurs gegen den Beschluss vom 23. 9. 2005 nicht detailliert auseinandergesetzt habe, sei eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht ersichtlich. Mit der Verpachtung der Apotheke betreibe der bisherige Konzessionsinhaber eine solche nicht mehr; der Firmenzusatz „Kurapotheke \*\*\*\*\*“ sei daher gemäß § 18 Abs 2 HGB täuschungsg geeignet. Der Betrieb einer Apotheke in Form einer Personengesellschaft müsse ein Vollhandels-gewerbe sein, mit dem Verlust der Vollkaufmannseigenschaft bestehe sie als Offene Erwerbsgesellschaft oder Kommanditerwerbsgesellschaft weiter. Die Eintragung dieser Änderung im Firmenbuch sei gemäß § 25 Abs 2 FBG lediglich deklarativ. Die Anmeldung dieser eintragungspflichtigen Tatsachen sei von allen Gesellschaftern vorzunehmen, widrigenfalls Zwangsstrafen anzudrohen und sodann zu verhängen seien. Der Revisionsrekurs ist aus den vom Rekursgericht angeführten Gründen zulässig; er ist aber nicht berechtigt. Das Rekursgericht verwarf den von den Gesellschaftern erhobenen Rekurs, soweit er Nichtigkeit geltend machte, und bestätigte im Übrigen die Entscheidung des Erstgerichts. Es erklärte den ordentlichen Revisionsrekurs „in Ermangelung einer höchstgerichtlichen Judikatur zu den hier maßgeblichen Rechtsfragen des mit der Verpachtung der Apotheke verbundenen Verlusts der Vollkaufmannseigenschaft und des dadurch eingetretenen Rechtsformwandels samt Anpassung des Firmenwortlauts“ für zulässig. Das Erstgericht habe den Gesellschaftern ausreichend Gelegenheit geboten, vor Erlassung des Zwangsstrafenbeschlusses ihren Rechtsstandpunkt darzulegen. Auch wenn sich das Erstgericht mit der rechtlichen Argumentation der Gesellschafter in der Äußerung vom 16. 9. 2005 und im Rekurs gegen den Beschluss vom 23. 9. 2005 nicht detailliert auseinandergesetzt habe, sei eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht ersichtlich. Mit der Verpachtung der Apotheke betreibe der bisherige Konzessionsinhaber

eine solche nicht mehr; der Firmenzusatz „Kurapotheke \*\*\*\*\*“ sei daher gemäß Paragraph 18, Absatz 2, HGB täuschungsgeeignet. Der Betrieb einer Apotheke in Form einer Personengesellschaft müsse ein Vollhandels-gewerbe sein, mit dem Verlust der Vollkaufmannseigenschaft bestehe sie als Offene Erwerbsgesellschaft oder Kommanditerwerbsgesellschaft weiter. Die Eintragung dieser Änderung im Firmenbuch sei gemäß Paragraph 25, Absatz 2, FBG lediglich deklarativ. Die Anmeldung dieser eintragungspflichtigen Tatsachen sei von allen Gesellschaftern vorzunehmen, widrigenfalls Zwangsstrafen anzudrohen und sodann zu verhängen seien. Der Revisionsrekurs ist aus den vom Rekursgericht angeführten Gründen zulässig; er ist aber nicht berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

1. Die Gesellschafter machen (neuerlich) geltend, das Erstgericht habe sich nicht mit ihren rechtlichen Argumenten auseinander gesetzt; damit sei sein Beschluss nichtig gewesen. Das Rekursgericht habe diese Nichtigkeit nicht aufgegriffen. Daher sei auch sein Beschluss nichtig. Die Gesellschafter seien in ihrem Recht auf rechtliches Gehör verletzt.

Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Rechtslage vor Inkrafttreten des AußStrGBGB I Nr. 111/2003 konnte eine behauptete Nichtigkeit des Verfahrens erster Instanz, die nicht auch dem Verfahren zweiter Instanz anhaftete und deren Vorliegen die zweite Instanz verneint hatte, nicht mehr zum Gegenstand der Bekämpfung der rekursgerichtlichen Entscheidung gemacht werden (RIS-Justiz RS0007232). Ob dies auch nach der neuen Rechtslage zutrifft (vgl dazu Fucik/Kloiber, AußStrG [2005] § 66 Rz 2), kann hier - ebenso wie in der Entscheidung 5 Ob 174/05g - dahin gestellt bleiben, weil die geltend gemachte Nichtigkeit ohnehin nicht vorliegt: Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Rechtslage vor Inkrafttreten des AußStrG Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 111 aus 2003, konnte eine behauptete Nichtigkeit des Verfahrens erster Instanz, die nicht auch dem Verfahren zweiter Instanz anhaftete und deren Vorliegen die zweite Instanz verneint hatte, nicht mehr zum Gegenstand der Bekämpfung der rekursgerichtlichen Entscheidung gemacht werden (RIS-Justiz RS0007232). Ob dies auch nach der neuen Rechtslage zutrifft vergleiche dazu Fucik/Kloiber, AußStrG [2005] Paragraph 66, Rz 2), kann hier - ebenso wie in der Entscheidung 5 Ob 174/05g - dahin gestellt bleiben, weil die geltend gemachte Nichtigkeit ohnehin nicht vorliegt:

Anders als beim Rekurs sind die Revisionsrekursgründe nunmehr in § 66 AußStrG taxativ aufgezählt. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs findet sich in § 58 Abs 1 Z 1 AußStrG. Dieser Anfechtungsgrund ist dadurch gekennzeichnet, dass er nicht mehr absolut wirkt, also nicht jedenfalls zu einer Aufhebung führen muss; dies wäre nur dann der Fall, wenn er zum Nachteil des Revisionsrekurswerbers ausschlagen Anders als beim Rekurs sind die Revisionsrekursgründe nunmehr in Paragraph 66, AußStrG taxativ aufgezählt. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs findet sich in Paragraph 58, Absatz eins, Ziffer eins, AußStrG. Dieser Anfechtungsgrund ist dadurch gekennzeichnet, dass er nicht mehr absolut wirkt, also nicht jedenfalls zu einer Aufhebung führen muss; dies wäre nur dann der Fall, wenn er zum Nachteil des Revisionsrekurswerbers ausschlagen

könnte (5 Ob 174/05g = RZ-EÜ 2006/53; in diesem Sinn auch 1 Ob

236/05w = EvBl 2006/73).

Das Erstgericht hat die Kommanditgesellschaft und den Pächter in seinem Beschluss vom 6. 9. 2005 und die beiden Gesellschafter in seinem Beschluss vom 23. 9. 2005 mit seiner, nunmehr auch in dem diesem Revisionsrekursverfahren zu Grunde liegenden Beschluss vertretenen Rechtsauffassung konfrontiert. Dazu haben sich Kommanditgesellschaft und Pächter in ihrer Stellungnahme vom 16. 9. 2005 sowie die Gesellschafter in ihrem Rekurs gegen den Beschluss vom 23. 9. 2005 geäußert. Das Erstgericht ist diesen Ausführungen implicite, das Rekursgericht ausdrücklich nicht gefolgt. Dass die Gesellschafter in ihrem Recht auf Wahrung des rechtlichen Gehörs beeinträchtigt worden wären, kann damit nicht erkannt werden. Im Übrigen hat die Rechtsprechung, wonach der Mangel des rechtlichen Gehörs im Verfahren außer Streitsachen in erster Instanz behoben wurde, wenn Gelegenheit bestanden habe, den eigenen Standpunkt im Rekurs zu vertreten, auch nach Inkrafttreten des AußStrG BGBI I 111/2003, ihre Gültigkeit nicht verloren (1 Ob 203/05t). Das Erstgericht hat die Kommanditgesellschaft und den Pächter in seinem Beschluss vom 6. 9. 2005 und die beiden Gesellschafter in seinem Beschluss vom 23. 9. 2005 mit seiner, nunmehr auch in dem diesem Revisionsrekursverfahren zu Grunde liegenden Beschluss vertretenen Rechtsauffassung konfrontiert. Dazu haben sich Kommanditgesellschaft und Pächter in ihrer Stellungnahme vom 16. 9. 2005 sowie die Gesellschafter in ihrem Rekurs gegen den Beschluss vom 23. 9. 2005 geäußert. Das Erstgericht ist diesen Ausführungen implicite, das Rekursgericht ausdrücklich nicht gefolgt. Dass die Gesellschafter in ihrem Recht auf Wahrung des rechtlichen Gehörs

beeinträchtigt worden wären, kann damit nicht erkannt werden. Im Übrigen hat die Rechtsprechung, wonach der Mangel des rechtlichen Gehörs im Verfahren außer Streitsachen in erster Instanz behoben wurde, wenn Gelegenheit bestanden habe, den eigenen Standpunkt im Rekurs zu vertreten, auch nach Inkrafttreten des AußStrG Bundesgesetzblatt Teil eins, 111 aus 2003,, ihre Gültigkeit nicht verloren (1 Ob 203/05t).

2. Der Verhängung einer Zwangsstrafe hat deren Androhung voranzugehen (RIS-JustizRS0113939). Dieser Verpflichtung ist das Erstgericht mit seinem Beschluss vom 23. 9. 2005 nachgekommen. Dass die Gesellschafter formell nicht schon Parteien jenes Eintragungsverfahrens gewesen sind, in welchem das Erstgericht die Kommanditgesellschaft und den Pächter aufforderte, beim verpachteten Unternehmen (der Kommanditgesellschaft) den Firmenwortlaut abzuändern, den Rechtsformwandel (nunmehr Kommanditerwerbsgesellschaft) zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden und den Geschäftszweig zu ändern, ist daher belanglos.

3. Die Vorinstanzen haben die Auffassung vertreten, die Firma der Kommanditgesellschaft verstoße gegen § 18 Abs 2 HGB. Auf Grund des Pachtvertrags vom 30. 6. 2005 betreibe sie keine Apotheke mehr. Daher seien Firma und Geschäftszweig zu ändern. Die Gesellschafter halten dem entgegen, § 18 Abs 2 HGB befaße sich mit Zusätzen zum Firmenkern. Da der Pächter in seiner Firma ohnehin den Zusatz „Pächter“ führe, sei Täuschungsgefahr nicht gegeben. Durch die Verpachtung werde das Konzessionsrecht des Apothekers nicht berührt.3. Die Vorinstanzen haben die Auffassung vertreten, die Firma der Kommanditgesellschaft verstoße gegen Paragraph 18, Absatz 2, HGB. Auf Grund des Pachtvertrags vom 30. 6. 2005 betreibe sie keine Apotheke mehr. Daher seien Firma und Geschäftszweig zu ändern. Die Gesellschafter halten dem entgegen, Paragraph 18, Absatz 2, HGB befaße sich mit Zusätzen zum Firmenkern. Da der Pächter in seiner Firma ohnehin den Zusatz „Pächter“ führe, sei Täuschungsgefahr nicht gegeben. Durch die Verpachtung werde das Konzessionsrecht des Apothekers nicht berührt.

3.1. Nach § 18 Abs 2 Satz 1 HGB darf der Firma kein Beisatz beigefügt werden, der ein Gesellschaftsverhältnis andeutet oder sonst geeignet ist, eine Täuschung über die Art oder den Umfang des Geschäfts oder die Verhältnisse des Geschäftsinhabers herbeizuführen. Aus dieser Bestimmung leitet die herrschende Auffassung (vgl die Nachweise bei Fromherz in Jabornegg, HGB [1997] § 18 Rz 10) den allgemeinen Grundsatz der Firmenwahrheit ab, der sowohl für den Firmenkern als auch für den Firmenzusatz gilt (RIS-Justiz RS0061263; Schuhmacher in Straube, HGB<sup>3</sup> [2003] § 18 Rz 7). Dieser Grundsatz greift auch bei gewissen nachträglich unwahr gewordenen Firmen (6 Ob 9/78 = NZ 1979, 43; Fromherz, aaO; Schuhmacher, aaO mwN), insbesondere bei Unwahrheit auf Grund nachträglicher Änderung des Betriebsgegenstands (Fromherz, aaO).3.1. Nach Paragraph 18, Absatz 2, Satz 1 HGB darf der Firma kein Beisatz beigefügt werden, der ein Gesellschaftsverhältnis andeutet oder sonst geeignet ist, eine Täuschung über die Art oder den Umfang des Geschäfts oder die Verhältnisse des Geschäftsinhabers herbeizuführen. Aus dieser Bestimmung leitet die herrschende Auffassung vergleiche die Nachweise bei Fromherz in Jabornegg, HGB [1997] Paragraph 18, Rz 10) den allgemeinen Grundsatz der Firmenwahrheit ab, der sowohl für den Firmenkern als auch für den Firmenzusatz gilt (RIS-Justiz RS0061263; Schuhmacher in Straube, HGB<sup>3</sup> [2003] Paragraph 18, Rz 7). Dieser Grundsatz greift auch bei gewissen nachträglich unwahr gewordenen Firmen (6 Ob 9/78 = NZ 1979, 43; Fromherz, aaO; Schuhmacher, aaO mwN), insbesondere bei Unwahrheit auf Grund nachträglicher Änderung des Betriebsgegenstands (Fromherz, aaO).

Die Frage, wann eine Eintragung geeignet ist, eine Täuschung über die Art und den Umfang des Geschäfts herbeizuführen, ist in keiner gesetzlichen Vorschrift ausdrücklich geregelt (RIS-Justiz RS0087525). Täuschungsfähigkeit ist aber etwa gegeben, wenn der Gegenstand des Unternehmens unrichtig bezeichnet oder sonstwie irreführend gestaltet ist (RIS-Justiz RS0061364). Daher darf auch der Firma einer Kommanditgesellschaft kein Zusatz beigefügt werden, der geeignet ist, eine Täuschung über die Art oder den Umfang des Geschäfts herbeizuführen (6 Ob 4/79 = ÖBl 1980, 102). Ob der Zusatz objektiv geeignet ist, einen nicht unbeträchtlichen Teil der beteiligten Verkehrskreise über die Art und den Umfang des Geschäfts zu täuschen, darf nicht dadurch geprüft werden, ob eine hinreichende Rechtfertigung für den Gebrauch eines jeden einzelnen Firmenbestandteils vorliegt, sondern ist vielmehr nach dem Gesamteindruck der Firma zu beurteilen (6 Ob 4/79). Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung ist die Auffassung der Vorinstanzen hinsichtlich der Notwendigkeit einer Änderung von Firma und Geschäftszweig der Kommanditgesellschaft nicht zu beanstanden:

Die Kommanditgesellschaft betreibt keine Apotheke mehr. Damit ist der Zusatz „Kurapotheke \*\*\*\*\*“ geeignet, eine Täuschung der beteiligten Verkehrskreise über die Art des Geschäfts des Firmeninhabers herbeizuführen. Diese Eignung könnte etwa durch einen auf die Verpachtung hinweisenden Zusatz beseitigt werden. Zusätzlich wäre zu erwägen, die Tatsache der Verpachtung auch bei der Kommanditgesellschaft einzutragen. Das Argument der

Gesellschafter, sie würden „ihr Recht verlieren, ihre über Jahrzehnte und in mühevoller Arbeit aufgebaute Firma zu führen“, vermag daran nichts zu ändern.

3.2. Dass der Pächter bei seiner Firma einen entsprechenden Zusatz führt, ist nicht erheblich. Im vorliegenden Verfahren geht es um die Firma der Kommanditgesellschaft und nicht um jene des Pächters. Damit ist aber hier auch nicht die Frage der Firmenausschließlichkeit zu prüfen. Die Gesellschafter weisen im Revisionsrekurs selbst darauf hin, der Pächter müsse - als zeitlich späterer Anmelder - seine Firma so wählen, dass sie sich im Sinne des § 30 HGB von der bestehenden Firma deutlich unterscheidet.

3.3. Es ist auch belanglos, ob die Kommanditgesellschaft gegenüber dem Pächter in die Firmenfortführung eingewilligt hat. § 22 HGB schafft eine Ausnahme vom Grundsatz der Firmenwahrheit und bezweckt, bei Veräußerung des Handelsgeschäfts den „Goodwill“ zu erhalten, der durch das bisherige Auftreten im Geschäftsverkehr mit der Firma des Handelsgeschäfts verbunden ist. Das Publikum kann durch die Beibehaltung der bisherigen Firma den Zusammenhang mit dem ursprünglichen Handelsgeschäft erkennen, die Firmenkontinuität bleibt gewahrt. Die Firmenfortführung nach § 22 HGB setzt im Allgemeinen voraus, dass der bisherige Firmeninhaber die durch den Erwerber fortgeführte Firma selbst nicht mehr benutzt und auch die möglicherweise in der Zukunft eintretende Änderung der älteren Firma eine Neueintragung (der fortgeführten Firma) nicht zulässig macht (6 Ob 45/00m = wbl 2000/291). Hier streben die Gesellschafter aber gerade die Fortführung der älteren Firma an.

3.3. Es ist auch belanglos, ob die Kommanditgesellschaft gegenüber dem Pächter in die Firmenfortführung eingewilligt hat. Paragraph 22, HGB schafft eine Ausnahme vom Grundsatz der Firmenwahrheit und bezweckt, bei Veräußerung des Handelsgeschäfts den „Goodwill“ zu erhalten, der durch das bisherige Auftreten im Geschäftsverkehr mit der Firma des Handelsgeschäfts verbunden ist. Das Publikum kann durch die Beibehaltung der bisherigen Firma den Zusammenhang mit dem ursprünglichen Handelsgeschäft erkennen, die Firmenkontinuität bleibt gewahrt. Die Firmenfortführung nach Paragraph 22, HGB setzt im Allgemeinen voraus, dass der bisherige Firmeninhaber die durch den Erwerber fortgeführte Firma selbst nicht mehr benutzt und auch die möglicherweise in der Zukunft eintretende Änderung der älteren Firma eine Neueintragung (der fortgeführten Firma) nicht zulässig macht (6 Ob 45/00m = wbl 2000/291). Hier streben die Gesellschafter aber gerade die Fortführung der älteren Firma an.

3.5. Nach § 12 Abs 1 ApothekenG ist die Konzession (zur Führung einer Apotheke) ein persönliches Betriebsrecht und darf nicht auf andere übertragen werden. Der Apothekenbetrieb ist grundsätzlich in der Rechtsform eines Einzelunternehmens des Konzessionsinhabers zu führen. Abs 2 erklärt die Errichtung und den Betrieb einer Apotheke in der Rechtsform einer Personengesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig, Abs 3 jene in der Rechtsform einer juristischen Person. Nach § 17 ApothekenG sind Apotheken bei bestimmten Konstellationen zu verpachten.

3.5. Nach Paragraph 12, Absatz eins, ApothekenG ist die Konzession (zur Führung einer Apotheke) ein persönliches Betriebsrecht und darf nicht auf andere übertragen werden. Der Apothekenbetrieb ist grundsätzlich in der Rechtsform eines Einzelunternehmens des Konzessionsinhabers zu führen. Absatz 2, erklärt die Errichtung und den Betrieb einer Apotheke in der Rechtsform einer Personengesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig, Absatz 3, jene in der Rechtsform einer juristischen Person. Nach Paragraph 17, ApothekenG sind Apotheken bei bestimmten Konstellationen zu verpachten.

All diese „apothekenrechtlichen Grundlagen“, auf die sich der Revisionsrekurs stützt, betreffen aber nicht die Kommanditgesellschaft, sondern deren persönlich haftenden Gesellschafter, der - und nicht die Kommanditgesellschaft - Inhaber der Apothekenkonzession (gewesen) ist. Im Übrigen müsste die Berufung auf § 12 Abs 2 ApothekenG schon allein daran scheitern, dass dieser von Errichtung und Betrieb der Apotheke in der Rechtsform einer Personengesellschaft spricht, deren Gesellschafter mit ausschließlicher Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der Konzessionsinhaber sein muss. Die Kommanditgesellschaft betreibt aber gerade keine Apotheke mehr.

All diese „apothekenrechtlichen Grundlagen“, auf die sich der Revisionsrekurs stützt, betreffen aber nicht die Kommanditgesellschaft, sondern deren persönlich haftenden Gesellschafter, der - und nicht die Kommanditgesellschaft - Inhaber der Apothekenkonzession (gewesen) ist. Im Übrigen müsste die Berufung auf Paragraph 12, Absatz 2, ApothekenG schon allein daran scheitern, dass dieser von Errichtung und Betrieb der

Apotheke in der Rechtsform einer Personengesellschaft spricht, deren Gesellschafter mit ausschließlicher Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der Konzessionsinhaber sein muss. Die Kommanditgesellschaft betreibt aber gerade keine Apotheke mehr.

4. Das Rekursgericht vertrat weiters die Auffassung, mit der Aufgabe des Apothekengewerbes sei der Verlust der Vollkaufmannseigenschaft und damit wiederum ein Rechtsformwandel von einer Kommanditgesellschaft in eine Kommanditerwerbsgesellschaft verbunden gewesen. Die Gesellschafter meinen hingegen, bei Verpachtung einer Apotheke durch eine Personengesellschaft müsse diese „aus apothekenrechtlichen Gründen“ zwingend fortbestehen; die Bildung einer Eingetragenen Erwerbsgesellschaft sei Apothekern nicht möglich.

4.1. Der Betrieb einer Apotheke ist ein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs 2 Z 1 HGB § Ob 529/86 = ÖBA 1987/46 [Iro, ÖBA 1987, 584]; Krejci, Erwerbsgesellschaftengesetz [1991] § 1 Rz 86; Resch, Abgrenzungsfragen zur Eingetragenen Erwerbsgesellschaft, ÖJZ 2000, 380 je mwN). Im Hinblick auf § 12 Abs 2 ApothekenG kann er auch in der Rechtsform einer Personenhandelsgesellschaft geführt werden. Dazu stehen sowohl die Offene Handelsgesellschaft als auch die Kommanditgesellschaft zur Verfügung.4.1. Der Betrieb einer Apotheke ist ein Handelsgewerbe im Sinne des Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer eins, HGB (5 Ob 529/86 = ÖBA 1987/46 [Iro, ÖBA 1987, 584]; Krejci, Erwerbsgesellschaftengesetz [1991] Paragraph eins, Rz 86; Resch, Abgrenzungsfragen zur Eingetragenen Erwerbsgesellschaft, ÖJZ 2000, 380 je mwN). Im Hinblick auf Paragraph 12, Absatz 2, ApothekenG kann er auch in der Rechtsform einer Personenhandelsgesellschaft geführt werden. Dazu stehen sowohl die Offene Handelsgesellschaft als auch die Kommanditgesellschaft zur Verfügung.

Die Frage, ob eine Apotheke auch in der Rechtsform einer Eingetragenen Erwerbsgesellschaft betrieben werden kann, wird in der Lehre einhellig dann verneint, wenn ein Vollhandelsgewerbe vorliegt (Krejci, aaO § 1 Rz 86, § 6 Rz 15; Resch, aaO; Serban/Heisler, Apothekengesetz<sup>2</sup> [2005] 167). Als Minderhandelsgewerbe geführte Apotheken können jedoch nicht in der Form einer Personenhandelsgesellschaft geführt werden, für sie steht die Eingetragene Erwerbsgesellschaft zur Verfügung (Krejci, aaO; Resch, aaO). Soweit Feigl (Das Apothekenunternehmen, 148) meint, es kämen nur Offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft in Betracht, ist zu beachten, dass seine Ausführungen aus dem Jahr 1987, also aus einer Zeit vor Inkrafttreten des EEG stammen (BGBl 257/1990). Dieser herrschenden Lehre vermag der Revisionsrekurs inhaltlich nichts entgegen zu setzen. Er verweist lediglich auf die Ausführungen von Serban/Heisler (aaO), die allerdings unvollständig zitiert werden. Vielmehr betonen auch diese Autoren, dass (nur) für minderkaufmännische Apothekenunternehmen die Eingetragene Erwerbsgesellschaft in Betracht komme. Die Frage, ob eine Apotheke auch in der Rechtsform einer Eingetragenen Erwerbsgesellschaft betrieben werden kann, wird in der Lehre einhellig dann verneint, wenn ein Vollhandelsgewerbe vorliegt (Krejci, aaO Paragraph eins, Rz 86, Paragraph 6, Rz 15; Resch, aaO; Serban/Heisler, Apothekengesetz<sup>2</sup> [2005] 167). Als Minderhandelsgewerbe geführte Apotheken können jedoch nicht in der Form einer Personenhandelsgesellschaft geführt werden, für sie steht die Eingetragene Erwerbsgesellschaft zur Verfügung (Krejci, aaO; Resch, aaO). Soweit Feigl (Das Apothekenunternehmen, 148) meint, es kämen nur Offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft in Betracht, ist zu beachten, dass seine Ausführungen aus dem Jahr 1987, also aus einer Zeit vor Inkrafttreten des EEG stammen Bundesgesetzblatt 257 aus 1990.). Dieser herrschenden Lehre vermag der Revisionsrekurs inhaltlich nichts entgegen zu setzen. Er verweist lediglich auf die Ausführungen von Serban/Heisler (aaO), die allerdings unvollständig zitiert werden. Vielmehr betonen auch diese Autoren, dass (nur) für minderkaufmännische Apothekenunternehmen die Eingetragene Erwerbsgesellschaft in Betracht komme.

4.2. Das Rekursgericht ist davon ausgegangen, dass die Kommanditgesellschaft seit Verpachtung der Apotheke lediglich ein Minderhandelsgewerbe betreibt. Dem treten die Gesellschafter im Revisionsrekurs nicht entgegen. Im Übrigen ist zu bemerken, dass zum Gewerbe nach § 1 HGB das Anbieten wirtschaftlich werthafter Leistungen auf dem Markt gehört. Die bloße Verwaltung eigenen Vermögens stellt daher keine gewerbliche Tätigkeit dar. Dies gilt auch für eine Unternehmensverpachtung. Beschränkt der Verpächter seine Tätigkeit auf die Einhebung des Pachtzinses, übt er keine gewerbliche Tätigkeit (mehr) aus (Rebhahn in Jabornegg, HGB [1997] § 1 Rz 15; Kalss/Schauer, Allgemeines Handelsrecht [2002] 27; Straube in Straube, HGB<sup>3</sup> [2003] § 1 Rz 10; 5 Ob 290/70 = SZ 43/238 = GesRZ 1973, 22 [Stölzle]).4.2. Das Rekursgericht ist davon ausgegangen, dass die Kommanditgesellschaft seit Verpachtung der Apotheke lediglich ein Minderhandelsgewerbe betreibt. Dem treten die Gesellschafter im Revisionsrekurs nicht entgegen. Im Übrigen ist zu bemerken, dass zum Gewerbe nach Paragraph eins, HGB das Anbieten wirtschaftlich werthafter Leistungen auf dem Markt gehört. Die bloße Verwaltung eigenen Vermögens stellt daher keine gewerbliche Tätigkeit

dar. Dies gilt auch für eine Unternehmensverpachtung. Beschränkt der Verpächter seine Tätigkeit auf die Einhebung des Pachtzinses, übt er keine gewerbliche Tätigkeit (mehr) aus (Rebhahn in Jabornegg, HGB [1997] Paragraph eins, Rz 15; Kalss/Schauer, Allgemeines Handelsrecht [2002] 27; Straube in Straube, HGB<sup>3</sup> [2003] Paragraph eins, Rz 10; 5 Ob 290/70 = SZ 43/238 = GesRZ 1973, 22 [Stölzle]).

4.3. Verliert eine eingetragene Personengesellschaft die Eigenschaft als Vollkaufmann, besteht sie nach § 25 Abs 2 FBG als Offene Erwerbsgesellschaft oder als Kommanditerwerbsgesellschaft weiter. Die Eintragung der Rechtsform ist entsprechend den gesetzlichen Erfordernissen zu ändern. Diese sofortige Umwandlung ipso iure erfolgt jedenfalls dann, wenn die Personengesellschaft im Firmenbuch eingetragen ist und ihr Gewerbe etwa auf Grund einer Verpachtung aufgibt (G. Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer, Firmenbuchgesetz [2005] § 25 Rz 4; vgl auch Zib, Fragen des Rechtsformwechsels bei der eingetragenen Erwerbsgesellschaft, wbl 1991, 7; G. Roth, Die Umwandlung in eine Erwerbsgesellschaft nach § 25 Abs 2 FBG, RdW 1995, 49).

4.3. Verliert eine eingetragene Personengesellschaft die Eigenschaft als Vollkaufmann, besteht sie nach Paragraph 25, Absatz 2, FBG als Offene Erwerbsgesellschaft oder als Kommanditerwerbsgesellschaft weiter. Die Eintragung der Rechtsform ist entsprechend den gesetzlichen Erfordernissen zu ändern. Diese sofortige Umwandlung ipso iure erfolgt jedenfalls dann, wenn die Personengesellschaft im Firmenbuch eingetragen ist und ihr Gewerbe etwa auf Grund einer Verpachtung aufgibt (G. Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer, Firmenbuchgesetz [2005] Paragraph 25, Rz 4; vergleiche auch Zib, Fragen des Rechtsformwechsels bei der eingetragenen Erwerbsgesellschaft, wbl 1991, 7; G. Roth, Die Umwandlung in eine Erwerbsgesellschaft nach Paragraph 25, Absatz 2, FBG, RdW 1995, 49).

Die Eintragung als Offene Erwerbsgesellschaft oder Kommanditerwerbsgesellschaft setzt eine entsprechende Antragstellung voraus. Das Firmenbuchgericht hat, wenn es vom Verlust der Vollkaufmannschaft erfährt, aufzufordern, das Erlöschen der Firma oder ihren Weiterbestand als Offene Erwerbsgesellschaft oder Kommanditerwerbsgesellschaft anzumelden (Schenk in Straube, HGB<sup>3</sup> [2003] § 8 Rz 29; G. Kodek, aaO Rz 8). Erfolgt keine Änderung, ist das Zwangsstrafenverfahren nach § 24 FBG einzuleiten (G. Kodek, aaO).

Die Eintragung als Offene Erwerbsgesellschaft oder Kommanditerwerbsgesellschaft setzt eine entsprechende Antragstellung voraus. Das Firmenbuchgericht hat, wenn es vom Verlust der Vollkaufmannschaft erfährt, aufzufordern, das Erlöschen der Firma oder ihren Weiterbestand als Offene Erwerbsgesellschaft oder Kommanditerwerbsgesellschaft anzumelden (Schenk in Straube, HGB<sup>3</sup> [2003] Paragraph 8, Rz 29; G. Kodek, aaO Rz 8). Erfolgt keine Änderung, ist das Zwangsstrafenverfahren nach Paragraph 24, FBG einzuleiten (G. Kodek, aaO).

5. Das Erstgericht hat somit zutreffend das Zwangsstrafenverfahren eingeleitet, nachdem die Gesellschafter ihren dargestellten firmenbuchrechtlichen Verpflichtungen nicht nachgekommen waren. Die verhängten Zwangsstrafen in Höhe von je 300 EUR sind angemessen. Der Revisionsrekurs macht im Zusammenhang mit deren Höhe auch lediglich geltend, den Gesellschaftern sei das rechtliche Gehör insofern versagt worden, als ihre rechtlichen Argumente nicht berücksichtigt worden seien. Dass die Vorinstanzen das rechtliche Gehör nicht verletzt haben, wurde schon dargelegt (1.); dass die Gerichte den Argumenten der Gesellschafter nicht gefolgt sind, vermag jedoch eine Herabsetzung der Zwangsstrafen „auf je 0 EUR“ nicht zu begründen.

Dem Revisionsrekurs war der Erfolg zu versagen.

#### **Anmerkung**

E813906Ob41.06g

#### **Schlagworte**

Kennung XPUBL Diese Entscheidung wurde veröffentlicht in eclex 2006/348 S 827 - eclex 2006,827 = GesRZ 2006,313 = wbl2006,587/267 - wbl 2006/267 = HS 37.001 = HS 37.002 = HS 37.004 = HS37.005 = HS 37.018 = HS 37.020 = HS 37.219 = HS 37.236XPUBL END

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2006:00600B00041.06G.0629.000

#### **Zuletzt aktualisiert am**

25.06.2009

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)