

bereits unmittelbar aus seinem Beschluß vom 29. 5. 1979 (MittBayNot 79, 121). Hält man diese Möglichkeit zur Fassung eines einfachen Gesellschafterbeschlusses in Ausführung eines entsprechenden Satzungsvorbehalts zur Gestattung des Selbstkontrahierens für zulässig, so ist diese Erweiterung der Vertretungsberechtigung des Geschäftsführers der GmbH selbst nur in einem einfachen Gesellschafterbeschluß enthalten. Der Form des § 313 BGB ist damit nicht genügt. Damit schon erweist sich der Hinweis auf § 313 BGB als Stütze dafür, daß die nachträgliche generelle Erlaubnis zum Selbstkontrahieren für einen Geschäftsführer der GmbH satzungsändernde Qualität hat, als nicht tragfähig.

- c) Wenn der BGH (MDR 1970, 398) für die Gestattung des Selbstkontrahierens durch den Komplementär einer Kommanditgesellschaft bei Schweigen des Gesellschaftsvertrages einen Beschluß der Gesellschafter verlangt, der einer Mehrheit bedarf, wie sie zur Änderung des Gesellschaftsvertrages erforderlich ist, wird schon daraus ersichtlich, daß sich mit der Formvorschrift des § 313 BGB die satzungsändernde Qualität einer nachträglichen generellen Gestattung des Selbstkontrahierens für einen Gesellschafter der GmbH nicht begründen läßt. Der entsprechende Beschluß im Rahmen der Kommanditgesellschaft bedarf zwar einer zur Änderung des Gesellschaftsvertrages erforderlichen Mehrheit, jedoch keiner Form. In Ansehung des § 313 BGB kommt jedoch diesem Beschluß im Rahmen der Kommanditgesellschaft im Verhältnis zu einem entsprechenden Beschluß im Rahmen der GmbH keine andere Qualität zu.

Die Frage der satzungsändernden Qualität eines Gesellschafterbeschlusses ist eine materiell-rechtliche Frage, auch wenn von ihrer Beantwortung die einzuhaltende Form abhängt. Die Entscheidung kann deshalb nur im materiellen Recht und nicht durch Verweisung auf Formvorschriften gefunden werden. Im übrigen sind die Formvorschriften der §§ 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG und des § 313 Satz 1 BGB nicht gleichwertig. Während die Beurkundung von Versammlungsbeschlüssen als Tatsachenwahrnehmung formell den Sondervorschriften der §§ 36 ff. BeurkG unterliegt, gelten für die dem § 313 BGB unterliegenden Rechtsgeschäfte, da sie die Beurkundung von Willenserklärungen zum Gegenstand haben, die Vorschriften der §§ 6 ff. BeurkG. Auch wenn die Form des § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG eingehalten ist, ist damit der Form des § 313 Satz 1 BGB noch nicht genügt.

3. Die den Beschluß des BayObLG vom 17. 7. 1980 tragende Begründung hat im Zusammenwirken mit der im Beschluß vom 29. 5. 1979 vertretenen Auffassung über die Eintragungsfähigkeit der Befugnis der Geschäftsführer zu Insichgeschäften ins Handelsregister für die notarielle Praxis auch dann Bedeutung, wenn man – wie hier unter 2.) – die generelle Erweiterung der Befugnisse des Geschäftsführers einer GmbH auf den Abschluß von Insichgeschäften nicht dem Formzwang des § 313 BGB unterstellt und deshalb auch nicht anerkennt, daß die Formvorschrift des § 313 BGB eine tragende Begründung dafür sein kann, daß die nachträgliche generelle Gestattung von Insichgeschäften für einen Geschäftsführer einer GmbH eine (formbedürftige) Satzungsänderung darstellt. Die Bedeutung dieser Erkenntnis des BayObLG liegt darin, daß die generelle Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB satzungskonformer Inhalt der (gesetzlichen) Vertretungsmacht des Organs Geschäftsführer wird. Dieser erweiterte Umfang der Organvertretungsbefugnis ist nach entsprechender Eintragung im Handelsregister offenkundig und bezugnahmefähig. Dies gestattet dem das Insichgeschäft eines Geschäftsführers einer GmbH beurkundenden Notar die Ver-

weisung auf das Handelsregister. Eine weitere Nachweisung einer (rechtsgeschäftlichen) Erweiterung der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers einer GmbH auf Insichgeschäfte ist nicht nötig. Dies hat insbesondere dann Bedeutung, wenn die Satzung zwar der Gesellschafterversammlung das Recht eingeräumt hat, einem Geschäftsführer nachträglich generell die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB zu gewähren, der diese Gestattung hernach aussprechende Gesellschafterbeschluß jedoch formlos gefaßt wird, da ihm ja satzungsändernde Bedeutung nicht mehr zukommt.

Notar Dr. Rudolf Rausch, Neustadt/Aisch

18. GmbHG § 8 Abs. 1 Ziff. 4; HandWO § 7 Abs. 4 (Anmeldung einer GmbH, deren Gegenstand die Führung eines Handwerksbetriebes ist)

Die Eintragung einer GmbH in die Handwerksrolle stellt keine staatliche Genehmigung iSd. § 8 Abs. 1 Ziff. 4 GmbHG dar. Eine GmbH, die ein Handwerk zu betreiben beabsichtigt, kann deshalb in das Handelsregister eingetragen werden, ohne daß es der vorgängigen Eintragung in die Handwerksrolle bedürfte.

(Leitsatz nicht amtlich)

OLG Stuttgart, Beschluß vom 10. 12. 1979 – 8 W 398/79 – mitgeteilt von Notar Christoph Rehle, Neu-Ulm

Aus dem Tatbestand:

Die Firma A.-GmbH mit dem Sitz in R. ist beim Amtsgericht – Registergericht – R. zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet worden. Der Gegenstand des Unternehmens ist mit „Ausbau, Instandhaltung und Renovierung von Gebäuden und alle damit einschlägig zusammenhängenden Geschäfte“ bezeichnet.

Im Gegensatz zur Industrie- und Handelskammer, die gegen eine Eintragung keine Einwände erhoben hat, ist die Handwerkskammer mit Schreiben vom 3. 7. 1978 einer Eintragung entgegengetreten und hat geltend gemacht, es seien die handwerksrechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, da der geschäftsführende Gesellschafter nicht die Meisterprüfung abgelegt habe und die Beschäftigung eines handwerksrechtlich verantwortlichen Betriebsleiters nicht nachgewiesen sei.

Das Amtsgericht hat hierauf dem Geschäftsführer zur Erfüllung der handwerksrechtlichen Voraussetzungen eine bis 31. 12. 1978 verlängerte Frist gesetzt.

Nach fruchtlosem Fristablauf hat das Amtsgericht – Registergericht – am 25. 4. 1978 verfügt, daß die angemeldete Firma in das Handelsregister einzutragen sei und die Eintragung vollzogen werde, wenn nicht die Handwerkskammer R. bis 15. 5. 1979 Beschwerde erhoben habe.

Mit ihrer am 15. 5. 1979 eingelegten Beschwerde hat die Handwerkskammer geltend gemacht, eine Eintragung sei unzulässig, da ein Verstoß gegen die öffentlich-rechtlichen Berufszulassungsvorschriften der Handwerksordnung insoweit gegeben sei, als Arbeiten in einem Vollhandwerk ausgeführt würden.

Das Landgericht hat durch Beschluß vom 25. 6. 1979 die Beschwerde zurückgewiesen.

Mit ihrer weiteren Beschwerde verfolgt die Handwerkskammer ihr Begehren weiter.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde der Handwerkskammer ist gemäß §§ 126, 27, 29 Absatz 1 Satz 3 FGG zulässig. In der Sache hat das Rechtsmittel jedoch keinen Erfolg, da die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Gesetzes im Sinne der §§ 27 FGG, 550, 551 ZPO beruht.

Das Landgericht führt aus, der Eintragung der Anmelderin in das Handelsregister stünden die öffentlich-rechtlichen Vorschriften der Handwerksordnung nicht entgegen. Für die Eintragung eines Handwerksbetriebs in das Handelsregister sei die vorgängige Eintragung in der Handwerksrolle nicht Voraussetzung. Gemäß § 7 HGB seien für die Eintragung in das Handelsregister allein handelsrechtliche Gesichtspunkte maßgeblich. Der im vorliegen-

den Fall beabsichtigten Eintragung stehe auch nicht § 8 Absatz 1 Ziffer 4 GmbH-Gesetz entgegen. Danach sei zwar die Eintragung einer GmbH in das Handelsregister dann zu versagen, wenn der Gegenstand des Unternehmens einer staatlichen Genehmigung bedürfe und die Genehmigungsurkunde der Anmeldung nicht beigelegt sei. Das Erfordernis der Eintragung in die Handwerksrolle für die Ausübung eines Handwerks sei aber nicht einer staatlichen Genehmigung in diesem Sinne gleichzusetzen. Diese Ausführungen sind rechtsfehlerfrei. Zu Recht geht das Landgericht davon aus, daß weder aus der Sondervorschrift des § 8 Absatz 1 Ziffer 4 GmbH-Gesetz (zur Sondervorschrift: *Schlegelberger*, HGB 5. Aufl. 1973, § 7 Rdnr. 4; *Brüggemann*, HGB 3. Aufl. 1967, § 7 Anm. 3; *Groschuff* JW 1936, 1228) noch aus den allgemein zu § 7 HGB entwickelten Grundsätzen das Erfordernis der vorgängigen Eintragung der GmbH in die Handwerksrolle folgt. Die von der Beschwerdeführerin erhobene Rüge, das Landgericht habe § 8 Absatz 1 Nummer 4 GmbH-Gesetz unrichtig angewendet, greift nicht durch, insbesondere ist weder die Entstehungsgeschichte des GmbH-Gesetzes noch der Topos „Einheit der Rechtsordnung“ geeignet, die Eintragung in die Handwerksrolle einer staatlichen Genehmigung im Sinne des § 8 Absatz 1 Nummer 4 GmbH-Gesetz gleichzusetzen.

Gemäß § 7 Absatz 4 Handwerksordnung wird eine juristische Person in die Handwerksrolle eingetragen, wenn der Betriebsleiter den entsprechenden Voraussetzungen genügt. Nach herrschender Meinung ist hierbei Voraussetzung, daß die juristische Person als solche existent geworden ist. Bei einer GmbH kann daher nicht die Gründungsgesellschaft eingetragen werden, vielmehr bedarf es im Hinblick auf § 11 Absatz 1 GmbH-Gesetz der vorgängigen Eintragung der GmbH in das Handelsregister (*Eyer-mann/Fröhler/Honig*, HandwO 3. Aufl. 1973, § 7 Rdnr. 11 m.w.H.; *Fröhler*, Zur Eintragung in die Handwerksrolle, 1969, 32; vgl. KG JFG 18, 87, 88). Die Eintragung ins Handelsregister kann somit nicht von der vorgängigen Eintragung in die Handwerksrolle abhängig gemacht werden (*Scholz/Emmerich*, aaO., § 8 Rdnr. 5; *Hachenburg/Ulmer*, § Rdnr. 12).

Zudem regelt § 8 Absatz 1 Ziffer 4 GmbH-Gesetz den Fall, daß der Gegenstand des Unternehmens der staatlichen Genehmigung bedarf. Die Eintragung in die Handwerksrolle ist dagegen nur Voraussetzung für den selbständigen Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe. Die Eintragung in die Handwerksrolle betrifft somit nur die spätere Ausübung des Handwerksbetriebs (*Scholz/Emmerich*, aaO.; *Hachenburg/Ulmer*, aaO.; LG Regensburg BB 1972, 853).

Diese aus dem Wortlaut der Vorschriften folgenden Argumente werden unterstützt durch die eingeschränkte Funktion des Handelsregisters, die in § 7 HGB ihren Niederschlag gefunden hat. Das Handelsregister ist lediglich ein öffentlich zugängliches Verzeichnis der tatsächlich betriebenen kaufmännischen Unternehmen; es hat nicht die Aufgabe, dem eingetragenen Unternehmen den Anschein des Rechtmäßigen zu verleihen. Über die gewerberechtliche Zulässigkeit des Betriebs macht daher das Handelsregister grundsätzlich keine Aussage (*Brüggemann*, aaO., § 7 Anm. 4; *Schlegelberger/Hildebrandt*, aaO., § 7 Rdnr. 3; *Full*, Handwerker als Gesellschafter in Personengesellschaften, DNotZ 1957, 628, 643; KG NJW 1958, 1827, 1828; OLG Oldenburg BB 1957, 416; OLG Celle BB 1972, 145). Ob eine Ausnahme dann zu machen ist, wenn es sich um ein evidentes und darüber hinaus nicht behebbares Hindernis handelt, bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung (so zu § 7 HGB, *Schlegelberger/Hildebrandt*, aaO., § 7 Rdnr. 4 cc vgl. auch *Baumbach/Duden*, HGB 21. Aufl. 1974, § 7 Anm. A für den Fall der klaren und nicht alsbald behebbaren Unzulässigkeit des Gewerbes).

Würde die Frage, ob eine GmbH zulässigerweise in das Handelsregister eingetragen wird, beziehungsweise ob die Eintragung

möglicherweise zu löschen ist, (vgl. zur Beseitigung unrichtiger und unrichtig gewordener Eintragungen § 142 FGG; im einzelnen *Baumbach/Duden*, aaO., § 8 Anm. 6) davon abhängig gemacht, ob die Gesellschaft die handwerksrechtlichen Voraussetzungen im Sinne der §§ 1, 7 HandwO erfüllt, würde in das Handelsregister eine seinem Verlautbarungszweck nicht gerecht werdende Rechtsunsicherheit getragen. Das für die GmbH gemäß § 7 Absatz 4 HandwO geltende Betriebsleiterprinzip läßt mannigfaltige Gestaltungsmöglichkeiten zu, wobei die Entscheidung darüber, ob jeweils die Voraussetzungen des § 7 Absatz 4 HandwO erfüllt beziehungsweise noch erfüllt sind, die besonderen Umstände des jeweiligen Einzelfalls, insbesondere auch die Eigenart des jeweiligen Handwerkszweiges zu berücksichtigen hat (vgl. den Überblick über die Rechtsprechung bei *Fröhler/Danneck*, Das Berufszulassungsrecht der Handwerksordnung, 1971, 62/63). Derartige Umstände zu prüfen kann jedoch nicht Aufgabe des Registerrichters sein. Der Argumentationsgesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung (vgl. hierzu *Schlegelberger/Hildebrandt*, aaO., § 7 Rdnr. 1 in Auseinandersetzung mit von Gierke) ist nicht geeignet, diese durch das positive Recht angeordnete Funktionsverteilung zwischen Registerrichter und Verwaltungsbehörde mit den jeweils eigenständigen Prüfungspflichten und Rechtsmittelverfahren rückgängig zu machen. Mit Recht wird daher darauf hingewiesen, daß „nicht der Registerrichter den Wegbereiter für die Reinhaltung des Gewerbebezuges von vorschriftswidrig betriebenen Unternehmungen zu machen habe, sondern dies vielmehr Aufgabe der Verwaltungsbehörde sei (so *Brüggemann*, aaO., § 7 Anm. 4). Entgegen einer mit dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung argumentierenden Mindermeinung (AG Göppingen BB 1974, 903 m.w.N.) kann daher im vorliegenden Falle weder aus § 7 HGB noch der hierzu speziellen Vorschrift des § 8 Absatz 1 Nummer 4 GmbH-Gesetz ein Eintragungshindernis hergeleitet werden (so im Ergebnis neben den bereits Genannten auch: *Jansen*, FGG 2. Aufl. 1970, § 125 Rdnr. 26; vgl. *Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG 11. Aufl. 1978, § 127 Rdnr. 3 und vor § 125 Rdnr. 31).

19. FGG § 129 (Zum Antragsrecht des Notars)

Der Notar, der den Gesellschaftsvertrag einer GmbH beurkundet hat, ist gem. § 129 FGG berechtigt, die darin enthaltene Vertretungsregelung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

(Leitsatz nicht amtlich)

LG Weiden, Beschluß vom 11. 6. 1980 – 3 T 294/80 – mitgeteilt von Notar *Friedrich Schmidt*, Bayreuth

Aus dem Tatbestand:

Einer der beiden Geschäftsführer der H.-GmbH ist Herr M.. Bei Gründung der Gesellschaft war beschlossen worden, daß Herr M. als Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist. Eine Eintragung dieser Befreiung im Handelsregister war bislang noch nicht erfolgt. Mit Schreiben vom 5. 5. 1980 beantragte Notar A., der seinerzeit den Gesellschaftsvertrag beurkundet hatte, beim Registergericht B. gem. § 129 FGG die Eintragung der Befreiung von § 181 BGB hinsichtlich des Geschäftsführers M. in das Handelsregister. Mit Zwischenverfügung vom 15. 5. 1980 beanstandete das Registergericht B., daß die durch Schreiben vom 5. 5. 1980 angemeldete Eintragung nicht durch die Anmeldepflichten in notariell beglaubigter Form erfolgt sei. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Notars A.. Der Registerrichter hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde erweist sich auch als begründet.

Nach § 129 FGG gilt der Notar als ermächtigt, im Namen des zur Anmeldung Verpflichteten die Eintragung zu beantragen, wenn die zur Eintragung erforderliche Erklärung von ihm beurkundet oder beglaubigt worden ist.