

# DNotI

Deutsches Notarinstitut

**Dokumentnummer:** 3w99\_12  
**letzte Aktualisierung:** 8.1.2013

**OLG Zweibrücken, 30.8.2012 - 3 W 99/12**

HGB §§ 105, 161

## **Handelsregistereintragung eines Ingenieurbüros als GmbH & Co. KG**

Ein Ingenieurbüro für technische Gebäudeausrüstung und Energieberatung kann als GmbH und Co. KG betrieben und als solche im Handelsregister eingetragen werden.

## **Gründe:**

### **I.**

Die Beteiligten begehren nach Maßgabe ihrer Anmeldung vom 29. Dezember 2012 die Eintragung einer GmbH und Co. KG, deren beide Gesellschafter sie sind, ins Handelsregister. Gegenstand des Unternehmens soll ein Ingenieurbüro für technische Gebäudeausrüstung und Energieberatung sein, welches bislang der Beteiligte zu 2) als Einzelperson führt.

Das Registergericht hat die Eintragung abgelehnt und zur Begründung ausgeführt, eine Kommanditgesellschaft könne nach §§ 105 Abs. 1, 161 Abs. 1 HGB nur dann eingetragen werden, wenn ihr der Betrieb eines Handelsgewerbes zugrunde liege. Die angemeldete Kommanditgesellschaft betreibe jedoch kein Handelsgewerbe; vielmehr sei ihre Betätigung derjenigen der „freien Berufe“ zuzuordnen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten vom 26. Juni 2012, der der Rechtspfleger nicht abgeholfen und die er dem Senat zur Entscheidung vorlegelegt hat.

### **II.**

Die nach § 58 FamFG statthafte und in zulässiger Weise eingelegte Beschwerde ist begründet. Im Einzelnen gilt folgendes:

Nach §§ 161 Abs. 2, 106 Abs. 1 HGB ist eine Kommanditgesellschaft bei dem Gericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, zum Handelsregister anzumelden. Ist die Gesellschaft ordnungsgemäß errichtet und angemeldet, haben die Anmelder (§§ 161 Abs. 2, 108 Abs. 1 HGB) einen Rechtsanspruch auf Eintragung. (vgl. BGHZ 113, 335/352 für die GmbH).

Diesem Rechtsanspruch steht hier jedenfalls nicht entgegen, dass die zur Eintragung angemeldete Gesellschaft ein mit dem gesetzlich zulässigen Zweck einer Kommanditgesellschaft unvereinbares Betätigungsfeld hat.

Nach § 161 Abs. 1 HGB ist gesetzlich vorgeschriebener Zweck einer Kommanditgesellschaft der Betrieb eines Handelsgewerbes (§ 161 Abs. 1 HGB). Handelsgewerbe ist im Grundsatz jede erkennbar planmäßige, auf Dauer angelegte, selbstständige, auf Gewinnerzielung ausgerichtete oder jedenfalls wirtschaftliche Tätigkeit am Markt. Freie Berufe, Wissenschaft und Kunst betreiben nach ihrem historisch gewachsenen Berufsbild und der Verkehrsanschauung allerdings kein Gewerbe (Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 1 Rn 19). Freiberuflich Tätige können daher nicht Kaufmann sein; ihre Gesellschaften können weder als offene Handelsgesellschaften noch als Kommanditgesellschaften in das Handelsregister eingetragen werden (BayObLG, NZG 2002, 718)

Die von der angemeldeten Gesellschaft angestrebte Betätigung ist zweifellos eine planmäßige, auf Dauer angelegte, selbstständige, auf Gewinnerzielung ausgerichtete oder jedenfalls wirtschaftliche Tätigkeit am Markt.

Dem Bereich der freien Berufe ist sie im Weiteren nicht zuzuordnen.

a) Ingenieurleistungen sind nicht schon kraft ausdrücklicher, gesetzlicher Bestimmung vom gewerblichen Tätigkeitsbereich ausgenommen. Dies ist für Rechtsanwälte (§ 2 BRAO), Notare (§ 2 S. 3 BNotO), Patentanwälte (§ 2 Abs. 2 PatAnwO), Wirtschaftsprüfer (§ 1 Abs. 2 WPO), Buchprüfer (§ 130 Abs. 1 WPO), Steuerberater und Steuerbevollmächtigte (§ 32 Abs. 2 S. 2

StBerG), sowie Ärzte (§ 1 Abs. 2 BÄO, § 1 Abs. 4 ZHeilKG, § 1 Abs. 2 TierÄG) der Fall. Eine vergleichbare Regelung in einem berufsständischen Gesetz für Ingenieure gibt es hingegen nicht, was im Umkehrschluss bereits ein Indiz dafür ist, dass diese keinen „freien Beruf“ ausüben.

Aus dem Umstand, dass § 1 Abs. 2 PartGG und § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG Ingenieure ausdrücklich den Freiberuflern zuordnen, folgt nichts anderes (Ulmer in MüKo/BGB, § 1 PartGG, Rn. 17). § 18 EStG dient ausschließlich steuerrechtlichen Zwecken. Für die handelsrechtliche Frage nach dem Vorliegen eines Gewerbes kann aus dieser Norm daher nichts hergeleitet werden. § 1 Abs. 2 PartGG enthält eine großzügige Festlegung derjenigen Berufsgruppen, denen die Partnergesellschaft zur Verfügung stehen soll. Dagegen ist es nicht Zweck des Gesetzes, diesen Berufsgruppen andere, insbesondere handelsrechtliche Gesellschaftsformen für die aufgezählten Berufsgruppen zu verschließen (Röhricht/von Westphalen, HGB, 3. Aufl., § 1 Rn. 70). § 1 Abs. 1 Satz 2 PartGG bestimmt nur, dass die Partnerschaft kraft Gesetzes kein Handelsgewerbe ausübt, nicht aber, dass die von ihr ausgeübte Tätigkeit nicht Gegenstand einer handelsrechtlichen Personengesellschaft sein kann, die ihrerseits das Vorliegen eines Handelsgewerbes voraussetzt. § 1 Abs. 2 Satz 2 PartGG zählt schließlich die freien Berufe ausdrücklich nur „im Sinne dieses Gesetzes“ auf.

b) Das Berufsbild des Ingenieurs - jedenfalls im hier ausgeübten Bereich der technischen Gebäudeausrüstung und Energieberatung - ist auch inhaltlich nicht demjenigen der freien Berufe zuzuordnen.

§ 1 PartGG definiert den freien Beruf dahin, dass die in seinem Rahmen vorgenommenen Tätigkeiten im allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung erbracht werden und die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt haben. Das äußere Bild des freien Berufs zeichnet sich demnach dadurch aus, dass höchstpersönliche, auf einer qualifizierten Ausbildung und hoher fachlicher Kompetenz beruhende Dienste höherer Art oder künstlerische Werke in persönlicher und sachlicher Unabhängigkeit, oft im Rahmen eines besonderen Vertrauensverhältnisses, erbracht werden. Umgekehrt sind dem gewerblichen Bereich Tätigkeiten zuzurechnen, die überwiegend mittels kaufmännischer oder technischer Kenntnisse und Fertigkeiten auf Gewinnerzielung gerichtet sind. Abgesehen von diesen äußeren, nicht scharf voneinander zu trennenden Merkmalen beruht die Abgrenzung des Gewerbes von den freien Berufen auf einer hergebrachten Verkehrsanschauung von dem historisch gewachsenen Berufsbild (BayObLG NZG 2002, 718).

Ob das Berufsbild des Ingenieurs dieser Beschreibung des freien Berufs unterfällt, ist umstritten (bejahend OLG Bamberg, IBR 2003, 314; Kindler in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch 2. Auflage 2008, § 1 Rn 39; verneinend BayObLG für Ingenieurleistungen im Zusammenhang mit der Entwicklung von Software, NZG 2002, 832; generell verneinend Röhricht/von Westphalen, HGB, 3. Aufl., § 1 Rn. 62).

Jedenfalls für den hier relevanten Bereich der Ingenieurleistungen zur technischen Gebäudeausrüstung und Energieberatung handelt es sich nach Auffassung des Senats nicht um die Ausübung eines freien Berufes. Gegenstand der in diesem Zusammenhang erbrachten Tätigkeiten sind z.B. die Beratung und Planung betreffend die Wärme- Kälte-, Klima und Sanitärtechnik, Gebäudeenergiekonzepte und Elektro- sowie Kommunikationstechnik. Das sind Dienstleistungen, die zwar Ergebnis einer hochqualifizierten Tätigkeit sind, die aber gleichwohl in erster Linie sachbezogen erbracht werden. Solche Dienstleistungen werden auch in erheblichem Umfang in einer gewerbetypischen Art beworben und angeboten. So gibt es etwa im Bereich der Erstellung von „Energieausweisen“ für private und gewerbliche Gebäude eine Vielzahl von Anbietern im Internet, die die Erstellung solcher Ausweise zu Festpreisen anbieten,

ohne dass es jemals zu einem persönlichen Kontakt zwischen einem Ingenieur und dem Besteller kommt.