



## Bayerisches Oberstes Landesgericht

# BESCHLUSS

Der 3. Zivilsenat des Bayerischen Obersten Landesgerichts hat unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters  sowie der Richter Dr. ~~Schneider~~ und ~~G.~~

am 21. März 2002

in der Handelsregistersache

auf die weitere Beschwerde der Beteiligten

b e s c h l o s s e n :

- I. Auf die weitere Beschwerde werden der Beschluß des Landgerichts Ingolstadt vom 11. Februar 2002 und der Beschluß des Amtsgerichts - Registergericht - Ingolstadt vom 23. August 2001 aufgehoben.
- II. Die Sache wird zu neuer Behandlung und Entscheidung an das Amtsgericht - Registergericht - Ingolstadt zurückgegeben.

G r ü n d e :

I.

Mit Urkunde vom 18.4.2001, ergänzt durch Urkunde vom 7.12.2001, meldete der verfahrensbevollmächtigte Notar die betroffene GmbH & Co. KG zur Eintragung in das Handelsregister an. Als Gegenstand des Unternehmens wurde die Erbringung von meßtechnischen Dienstleistungen, DMS-Applikationen und die Durchführung von experimentellen Beanspruchungsanalysen und Software-Entwicklung angegeben. Das Amtsgericht - Registergericht - wies die Anmeldung mit Beschluß vom 23.8.2001 zurück. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten hat das Landgericht mit Beschluß vom 11.2.2002 zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

II.

Das zulässige Rechtsmittel führt zur Aufhebung der Vorentscheidungen und zur Rückgabe der Sache an das Registergericht.

Die weitere Beschwerde ist zulässig. Sie ist vom postulati-  
onsfähigen Urkundsnotar (§ 29 Abs. 1 Satz 3 FGG) namens der  
Antragsteller eingelegt. Sie ist auch begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt, Voraussetzung für die Ein-  
tragung einer Kommanditgesellschaft in das Handelsregister  
sei, daß der Zweck der einzutragenden Gesellschaft auf den  
Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet sei. Die Tätigkeit  
der Gesellschaft dürfe nicht freiberuflicher Art sein. Im  
vorliegenden Falle erbringe die einzutragende Gesellschaft  
Ingenieurleistungen. Wie sich aus § 1 PartGG ergebe, übten  
Ingenieure kein Handelsgewerbe aus, sondern seien Angehörige  
freier Berufe. Konkrete Anhaltspunkte dafür, daß die Gesell-  
schaft Software nicht nur entwickle, sondern wie von ihr be-  
hauptet auch verkaufe, hätten sich trotz intensiver Bemühun-  
gen des Registergerichts um eine Aufklärung des Sachverhalts  
nicht ergeben. Selbst wenn man aber entsprechende Vertriebs-  
absichten unterstellen wolle, seien die Eintragungsvorausset-  
zungen nicht gegeben, da keine genügend zuverlässigen An-  
haltspunkte dafür vorlägen, daß das Unternehmen in Kürze eine  
entsprechende Ausgestaltung erfahren werde.

2. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG,  
§ 546 ZPO) nicht stand.

a) Eine Kommanditgesellschaft ist bei dem Gericht, in dessen  
Bezirk sie ihren Sitz hat, zum Handelsregister anzumelden  
(§§ 161 Abs. 2, 106 Abs. 1 HGB). Ergibt die Prüfung des Regi-  
stergerichts, daß die Gesellschaft ordnungsgemäß errichtet  
und angemeldet worden ist, haben die Anmelder (§§ 161 Abs. 2,  
108 Abs. 1 HGB) einen Rechtsanspruch auf Eintragung (vgl.  
BGHZ 113, 335/352 für die GmbH).

Zum Wesen einer Kommanditgesellschaft gehört, daß ihr Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist (§ 161 Abs. 1 HGB). Handelsgewerbe ist im Grundsatz jeder Gewerbebetrieb (vgl. § 1 Abs. 2 HGB). Keine gewerbliche Tätigkeit üben die Angehörigen freier Berufe aus (vgl. Baumbach/Hopt HGB 30. Aufl. § 1 Rn. 19; Staub/Brüggemann HGB 4. Aufl. § 1 Rn. 18; HK-HGB/Ruß 5. Aufl. § 1 Rn. 39). Freiberuflich Tätige können daher nicht Kaufmann sein; ihre Gesellschaften können weder als offene Handelsgesellschaften noch als Kommanditgesellschaften in das Handelsregister eingetragen werden (vgl. Röhrich/Graf von Westphalen HGB 2. Aufl. § 1 Rn. 66). Bei gemischten Betrieben mit teils freiberuflichem, teils kommerziell-gewerblichem Charakter ist das Gesamtbild maßgebend (vgl. Baumbach/Hopt § 1 Rn. 20).

b) Entscheidend kommt es im vorliegenden Fall darauf an, ob das von der betroffenen Gesellschaft avisierte Tätigkeitsfeld insgesamt oder zumindest im wesentlichen dem gewerblichen Bereich oder dem Bereich der freien Berufe zuzuordnen ist. Das Landgericht hat insoweit zunächst verfahrensfehlerfrei festgestellt, daß die Betroffene Ingenieursleistungen, insbesondere auch aus dem Software-Bereich, zu erbringen beabsichtigt. Ingenieure sind nach Auffassung des Landgerichts Angehörige freier Berufe. Der Senat vermag dieser Rechtsauffassung nicht zu folgen.

aa) Wie im einzelnen gewerbliche Tätigkeiten und freie Berufe voneinander abzugrenzen sind, wird unterschiedlich beurteilt. Teilweise wird auf inhaltliche Kriterien abgestellt. So sind nach Staub/Brüggemann (aaO) dem gewerblichen Bereich nach der Verkehrsauffassung im allgemeinen Tätigkeiten zuzurechnen, die überwiegend mittels kaufmännischer oder technischer Kenntnisse und Fertigkeiten auf Gewinnerzielung gerichtet sind, nicht hingegen solche, die überwiegend auf wissen-

schaftlicher oder künstlerischer Grundlage betrieben werden. Entscheidend sei stets das Typische des Berufsbildes. Gegen das Merkmal einer "vermeintlich höheren Tätigkeit" wendet sich HK-HGB/Ruß (aaO). Die Abgrenzung beruhe auf gewachsener Verkehrsanschauung. Sie sei im Einzelfall unklar. Maßgeblich sei das Berufsbild, daß gewisse eigenschöpferische Merkmale oder besondere berufliche Qualifikation mit persönlicher, eigenverantwortlicher und unabhängiger Erbringung von Dienstleistungen höherer Art verbinde. Auch Hopt (aaO) stellt entscheidend auf das historisch gewachsene Berufsbild und die Verkehrsanschauung ab; die Ausgrenzung der freien Berufe aus dem gewerblichen Bereich sei "rechtspolitisch fragwürdig". Noch deutlicher betont K. Schmidt (MünchKomm-HGB § 1 Rn. 26), daß die Sonderstellung der freien Berufe nur aus der Tradition erklärlich ist. Aus dem handelsrechtlichen Gewerbebegriff sollten von daher nur die traditionell kammergebundenen oder ihnen berufsrechtlich gleichgestellten Berufe ausgeklammert werden. Röhrich hält das Kriterium, daß ein freier Beruf nicht um des Erwerbsstrebens willen ausgeübt werde, für zumindest heute völlig wirklichkeitsfremd. Wenn man wolle, könne man eine gewisse Berechtigung für die Unterscheidung zwischen Gewerbe und freiem Beruf noch darin finden, daß bei einem freien Beruf typischerweise die auf besonderer wissenschaftlicher Ausbildung oder kreativen Fähigkeiten beruhende persönliche Leistung einer Person, bei gewerblichen Leistungen dagegen diejenige eines Unternehmens in Anspruch genommen werde (Röhrich/von Westphalen § 1 Rn. 58).

bb) Für eine Reihe von freien Berufen ist schon in den Berufsordnungen von Gesetzes wegen bestimmt, daß sie keine gewerblichen Tätigkeiten darstellen. Außerdem kann als gesichert gelten, daß aus dem handelsrechtlichen Gewerbebegriff die traditionell kammergebundenen und die ihnen berufsrechtlich gleichgestellten Berufe auszuklammern sind. Hierher ge-

hören Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Architekten u.a. (vgl. i.e. Röhrich/von Westphalen § 1 Rn. 59; HK-HGB/Ruß § 1 Rn. 39; MünchKomm-HGB/K. Schmidt § 1 Rn. 26). Zu dieser Gruppe zählen auch öffentlich bestellte Vermessungsingenieure (vgl. Röhrich/von Westphalen aaO), nicht aber sonstige Ingenieure, insbesondere aus dem EDV-Bereich. Diese sind zwar nach § 18 Abs. 1 EStG, § 1 Abs. 2 PartGG den Freiberuflern zugeordnet. Diese offensichtlich auf steuerrechtlichen Aspekten beruhende bzw. von dorthin übernommene Einordnung ist für den handelsrechtlichen Gewerbebegriff nicht maßgebend (MünchKomm-HGB/K. Schmidt § 1 Rn. 27; Baumbach/Hopt § 1 Rn. 19).

cc) Bei den Berufen, die nicht schon nach den vorgenannten Kriterien zu den freien Berufen im Sinne des HGB zählen, ist letztlich die Verkehrsanschauung für die Einordnung maßgeblich. Neuere Tendenzen gehen dahin, den Kreis der freien Berufe eher eng zu ziehen und alle Tätigkeiten im Zweifel als gewerblich anzusehen, die nicht dem Bereich der klassischen, historisch überlieferten, in der Regel durch besondere Berufsordnungen geregelten freien Berufe angehören bzw. in ihrer unmittelbaren Nähe anzusiedeln sind oder nicht eindeutig durch eine individuelle, künstlerische oder wissenschaftliche Leistung geprägt sind (vgl. Röhrich/von Westphalen § 1 Rn. 60; Koller/Roth/Morck HGB 3. Aufl. § 1 Rn. 13). Was Ingenieure betrifft, so werden sie in der Literatur nach dem Kriterium der Verkehrsüblichkeit teilweise zu den freien Berufen gezählt (vgl. HK-HGB/Ruß § 1 Rn. 39, zweifelnd Staub/Brügge-  
mann § 1 Rn. 18), überwiegend aber wohl heute eher dem gewerblichen Bereich zugeordnet (vgl. Röhrich/von Westphalen § 1 Rn. 62).

dd) Es bedarf im vorliegenden Fall keiner abschließenden Bewertung, nach welchen Kriterien letztlich Gewerbetreibende und Träger freier Berufe allgemein voneinander abzugrenzen sind. Jedenfalls der hier maßgebende Bereich der Software-Entwicklung ist der gewerblichen Tätigkeit zuzuordnen, wie Maier (NJW 1986, 1909 ff.) überzeugend dargelegt hat. Er kommt auf der Basis des überkommenen Abgrenzungskriteriums "Personenbezogenheit" bzw. "Inhalt" der erbrachten Leistung zu dem Ergebnis, daß hier gewerbliche Leistungen inmitten stehen. Zwar müsse die Entwicklung zumindest bestimmter Computer-Programme als hochwertige geistige Leistung angesehen werden. Auf der anderen Seite würden viele Programme den hier zu stellenden Leistungsanforderungen nicht gerecht. Dazu komme, daß es in vielen Fällen eben gar nicht so sehr um höchstpersönlich zu erbringende Leistungen gehe, sondern um eine sachbezogene Leistung des "Software-Hauses"; die Entwicklung habe inzwischen durchaus industrielle Ausmaße erreicht. Außerdem könne die Leistungsverwertung hier nicht außer Betracht bleiben. Gerade sie spiele bei Software-Programmen eine entscheidende Rolle. Nur bei entsprechender Vermarktung ließen sich die Entwicklungskosten amortisieren. Dies gelte gleichermaßen für den Vertrieb von Standardprogrammen wie auch von individuellen Software-Produkten. Erforderlich sei ein marktnahes, wettbewerbsorientiertes Verhalten, das sich vom Marktauftritt freier Berufe wesentlich unterscheide (S. 1911).

Insbesondere der zuletzt dargestellte Aspekt überzeugt. Zwar tritt das Werbeverbot, das Trägern freier Berufe aus standesrechtlichen Gründen traditionell auferlegt war (vgl. BVerfGE 1976, 196, 205; Heussler/Prütting BRAO § 43b Rn. 4), in letzter Zeit mehr und mehr in den Hintergrund. Gleichwohl liegen die Unterschiede im Marktauftritt von Software-Anbietern einerseits und Rechtsanwälten, Notaren oder Ärzten andererseits

nach wie vor auf der Hand (zur einschränkenden Regelung für Rechtsanwälte vgl. § 43b BRAO). Software-Entwicklung ist auch keineswegs den Ingenieuren vorbehalten, sondern wird vielfach auch von Mathematikern oder anderen in einschlägigen Fachrichtungen bewanderten Personen betrieben. Die nach der vorliegenden Anmeldung beabsichtigte Geschäftstätigkeit der Betroffenen, die einen wesentlichen Schwerpunkt in der Software-Entwicklung hat, ist dem gewerblichen Bereich zuzuordnen, ohne daß es im übrigen darauf ankäme, in welchem Maße die Betroffene Software nicht nur entwickeln, sondern auch verkaufen möchte. Der Eintragung der Betroffenen in das Handelsregister stehen von daher unter diesem Gesichtspunkt Bedenken nicht entgegen.

III.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind somit aufzuheben; die Sache ist an das Registergericht zurückzugeben, das unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats auch unter Prüfung der übrigen Eintragungsvoraussetzungen erneut über die Eintragung der Betroffenen zu entscheiden hat.

~~\_\_\_\_\_~~

~~\_\_\_\_\_ Schneider~~

~~\_\_\_\_\_ Eberhard~~

9



## Bayerisches Oberstes Landesgericht

# BESCHLUSS

Der 3. Zivilsenat des Bayerischen Obersten Landesgerichts hat unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters  sowie der Richter Dr. ~~Schneider~~ und ~~G.~~

am 21. März 2002

in der Handelsregistersache

auf die weitere Beschwerde der Beteiligten

b e s c h l o s s e n :

- I. Auf die weitere Beschwerde werden der Beschluß des Landgerichts Ingolstadt vom 11. Februar 2002 und der Beschluß des Amtsgerichts - Registergericht - Ingolstadt vom 23. August 2001 aufgehoben.
- II. Die Sache wird zu neuer Behandlung und Entscheidung an das Amtsgericht - Registergericht - Ingolstadt zurückgegeben.

G r ü n d e :

I.

Mit Urkunde vom 18.4.2001, ergänzt durch Urkunde vom 7.12.2001, meldete der verfahrensbevollmächtigte Notar die betroffene GmbH & Co. KG zur Eintragung in das Handelsregister an. Als Gegenstand des Unternehmens wurde die Erbringung von meßtechnischen Dienstleistungen, DMS-Applikationen und die Durchführung von experimentellen Beanspruchungsanalysen und Software-Entwicklung angegeben. Das Amtsgericht - Registergericht - wies die Anmeldung mit Beschluß vom 23.8.2001 zurück. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten hat das Landgericht mit Beschluß vom 11.2.2002 zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

II.

Das zulässige Rechtsmittel führt zur Aufhebung der Vorentscheidungen und zur Rückgabe der Sache an das Registergericht.

Die weitere Beschwerde ist zulässig. Sie ist vom postulati-  
onsfähigen Urkundsnotar (§ 29 Abs. 1 Satz 3 FGG) namens der  
Antragsteller eingelegt. Sie ist auch begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt, Voraussetzung für die Ein-  
tragung einer Kommanditgesellschaft in das Handelsregister  
sei, daß der Zweck der einzutragenden Gesellschaft auf den  
Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet sei. Die Tätigkeit  
der Gesellschaft dürfe nicht freiberuflicher Art sein. Im  
vorliegenden Falle erbringe die einzutragende Gesellschaft  
Ingenieurleistungen. Wie sich aus § 1 PartGG ergebe, übten  
Ingenieure kein Handelsgewerbe aus, sondern seien Angehörige  
freier Berufe. Konkrete Anhaltspunkte dafür, daß die Gesell-  
schaft Software nicht nur entwickle, sondern wie von ihr be-  
hauptet auch verkaufe, hätten sich trotz intensiver Bemühun-  
gen des Registergerichts um eine Aufklärung des Sachverhalts  
nicht ergeben. Selbst wenn man aber entsprechende Vertriebs-  
absichten unterstellen wolle, seien die Eintragungsvorausset-  
zungen nicht gegeben, da keine genügend zuverlässigen An-  
haltspunkte dafür vorlägen, daß das Unternehmen in Kürze eine  
entsprechende Ausgestaltung erfahren werde.

2. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG,  
§ 546 ZPO) nicht stand.

a) Eine Kommanditgesellschaft ist bei dem Gericht, in dessen  
Bezirk sie ihren Sitz hat, zum Handelsregister anzumelden  
(§§ 161 Abs. 2, 106 Abs. 1 HGB). Ergibt die Prüfung des Regi-  
stergerichts, daß die Gesellschaft ordnungsgemäß errichtet  
und angemeldet worden ist, haben die Anmelder (§§ 161 Abs. 2,  
108 Abs. 1 HGB) einen Rechtsanspruch auf Eintragung (vgl.  
BGHZ 113, 335/352 für die GmbH).

Zum Wesen einer Kommanditgesellschaft gehört, daß ihr Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist (§ 161 Abs. 1 HGB). Handelsgewerbe ist im Grundsatz jeder Gewerbebetrieb (vgl. § 1 Abs. 2 HGB). Keine gewerbliche Tätigkeit üben die Angehörigen freier Berufe aus (vgl. Baumbach/Hopt HGB 30. Aufl. § 1 Rn. 19; Staub/Brüggemann HGB 4. Aufl. § 1 Rn. 18; HK-HGB/Ruß 5. Aufl. § 1 Rn. 39). Freiberuflich Tätige können daher nicht Kaufmann sein; ihre Gesellschaften können weder als offene Handelsgesellschaften noch als Kommanditgesellschaften in das Handelsregister eingetragen werden (vgl. Röhrich/Graf von Westphalen HGB 2. Aufl. § 1 Rn. 66). Bei gemischten Betrieben mit teils freiberuflichem, teils kommerziell-gewerblichem Charakter ist das Gesamtbild maßgebend (vgl. Baumbach/Hopt § 1 Rn. 20).

b) Entscheidend kommt es im vorliegenden Fall darauf an, ob das von der betroffenen Gesellschaft avisierte Tätigkeitsfeld insgesamt oder zumindest im wesentlichen dem gewerblichen Bereich oder dem Bereich der freien Berufe zuzuordnen ist. Das Landgericht hat insoweit zunächst verfahrensfehlerfrei festgestellt, daß die Betroffene Ingenieursleistungen, insbesondere auch aus dem Software-Bereich, zu erbringen beabsichtigt. Ingenieure sind nach Auffassung des Landgerichts Angehörige freier Berufe. Der Senat vermag dieser Rechtsauffassung nicht zu folgen.

aa) Wie im einzelnen gewerbliche Tätigkeiten und freie Berufe voneinander abzugrenzen sind, wird unterschiedlich beurteilt. Teilweise wird auf inhaltliche Kriterien abgestellt. So sind nach Staub/Brüggemann (aaO) dem gewerblichen Bereich nach der Verkehrsauffassung im allgemeinen Tätigkeiten zuzurechnen, die überwiegend mittels kaufmännischer oder technischer Kenntnisse und Fertigkeiten auf Gewinnerzielung gerichtet sind, nicht hingegen solche, die überwiegend auf wissen-

schaftlicher oder künstlerischer Grundlage betrieben werden. Entscheidend sei stets das Typische des Berufsbildes. Gegen das Merkmal einer "vermeintlich höheren Tätigkeit" wendet sich HK-HGB/Ruß (aaO). Die Abgrenzung beruhe auf gewachsener Verkehrsanschauung. Sie sei im Einzelfall unklar. Maßgeblich sei das Berufsbild, daß gewisse eigenschöpferische Merkmale oder besondere berufliche Qualifikation mit persönlicher, eigenverantwortlicher und unabhängiger Erbringung von Dienstleistungen höherer Art verbinde. Auch Hopt (aaO) stellt entscheidend auf das historisch gewachsene Berufsbild und die Verkehrsanschauung ab; die Ausgrenzung der freien Berufe aus dem gewerblichen Bereich sei "rechtspolitisch fragwürdig". Noch deutlicher betont K. Schmidt (MünchKomm-HGB § 1 Rn. 26), daß die Sonderstellung der freien Berufe nur aus der Tradition erklärlich ist. Aus dem handelsrechtlichen Gewerbebegriff sollten von daher nur die traditionell kammergebundenen oder ihnen berufsrechtlich gleichgestellten Berufe ausgeklammert werden. Röhrich hält das Kriterium, daß ein freier Beruf nicht um des Erwerbsstrebens willen ausgeübt werde, für zumindest heute völlig wirklichkeitsfremd. Wenn man wolle, könne man eine gewisse Berechtigung für die Unterscheidung zwischen Gewerbe und freiem Beruf noch darin finden, daß bei einem freien Beruf typischerweise die auf besonderer wissenschaftlicher Ausbildung oder kreativen Fähigkeiten beruhende persönliche Leistung einer Person, bei gewerblichen Leistungen dagegen diejenige eines Unternehmens in Anspruch genommen werde (Röhrich/von Westphalen § 1 Rn. 58).

bb) Für eine Reihe von freien Berufen ist schon in den Berufsordnungen von Gesetzes wegen bestimmt, daß sie keine gewerblichen Tätigkeiten darstellen. Außerdem kann als gesichert gelten, daß aus dem handelsrechtlichen Gewerbebegriff die traditionell kammergebundenen und die ihnen berufsrechtlich gleichgestellten Berufe auszuklammern sind. Hierher ge-

hören Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Architekten u.a. (vgl. i.e. Röhrich/von Westphalen § 1 Rn. 59; HK-HGB/Ruß § 1 Rn. 39; MünchKomm-HGB/K. Schmidt § 1 Rn. 26). Zu dieser Gruppe zählen auch öffentlich bestellte Vermessungsingenieure (vgl. Röhrich/von Westphalen aaO), nicht aber sonstige Ingenieure, insbesondere aus dem EDV-Bereich. Diese sind zwar nach § 18 Abs. 1 EStG, § 1 Abs. 2 PartGG den Freiberuflern zugeordnet. Diese offensichtlich auf steuerrechtlichen Aspekten beruhende bzw. von dorthier übernommene Einordnung ist für den handelsrechtlichen Gewerbebegriff nicht maßgebend (MünchKomm-HGB/K. Schmidt § 1 Rn. 27; Baumbach/Hopt § 1 Rn. 19).

cc) Bei den Berufen, die nicht schon nach den vorgenannten Kriterien zu den freien Berufen im Sinne des HGB zählen, ist letztlich die Verkehrsanschauung für die Einordnung maßgeblich. Neuere Tendenzen gehen dahin, den Kreis der freien Berufe eher eng zu ziehen und alle Tätigkeiten im Zweifel als gewerblich anzusehen, die nicht dem Bereich der klassischen, historisch überlieferten, in der Regel durch besondere Berufsordnungen geregelten freien Berufe angehören bzw. in ihrer unmittelbaren Nähe anzusiedeln sind oder nicht eindeutig durch eine individuelle, künstlerische oder wissenschaftliche Leistung geprägt sind (vgl. Röhrich/von Westphalen § 1 Rn. 60; Koller/Roth/Morck HGB 3. Aufl. § 1 Rn. 13). Was Ingenieure betrifft, so werden sie in der Literatur nach dem Kriterium der Verkehrsüblichkeit teilweise zu den freien Berufen gezählt (vgl. HK-HGB/Ruß § 1 Rn. 39, zweifelnd Staub/Brügge-  
mann § 1 Rn. 18), überwiegend aber wohl heute eher dem gewerblichen Bereich zugeordnet (vgl. Röhrich/von Westphalen § 1 Rn. 62).

dd) Es bedarf im vorliegenden Fall keiner abschließenden Bewertung, nach welchen Kriterien letztlich Gewerbetreibende und Träger freier Berufe allgemein voneinander abzugrenzen sind. Jedenfalls der hier maßgebende Bereich der Software-Entwicklung ist der gewerblichen Tätigkeit zuzuordnen, wie Maier (NJW 1986, 1909 ff.) überzeugend dargelegt hat. Er kommt auf der Basis des überkommenen Abgrenzungskriteriums "Personenbezogenheit" bzw. "Inhalt" der erbrachten Leistung zu dem Ergebnis, daß hier gewerbliche Leistungen inmitten stehen. Zwar müsse die Entwicklung zumindest bestimmter Computer-Programme als hochwertige geistige Leistung angesehen werden. Auf der anderen Seite würden viele Programme den hier zu stellenden Leistungsanforderungen nicht gerecht. Dazu komme, daß es in vielen Fällen eben gar nicht so sehr um höchstpersönlich zu erbringende Leistungen gehe, sondern um eine sachbezogene Leistung des "Software-Hauses"; die Entwicklung habe inzwischen durchaus industrielle Ausmaße erreicht. Außerdem könne die Leistungsverwertung hier nicht außer Betracht bleiben. Gerade sie spiele bei Software-Programmen eine entscheidende Rolle. Nur bei entsprechender Vermarktung ließen sich die Entwicklungskosten amortisieren. Dies gelte gleichermaßen für den Vertrieb von Standardprogrammen wie auch von individuellen Software-Produkten. Erforderlich sei ein marktnahes, wettbewerbsorientiertes Verhalten, das sich vom Marktauftritt freier Berufe wesentlich unterscheide (S. 1911).

Insbesondere der zuletzt dargestellte Aspekt überzeugt. Zwar tritt das Werbeverbot, das Trägern freier Berufe aus standesrechtlichen Gründen traditionell auferlegt war (vgl. BVerfGE 1976, 196, 205; Heussler/Prütting BRAO § 43b Rn. 4), in letzter Zeit mehr und mehr in den Hintergrund. Gleichwohl liegen die Unterschiede im Marktauftritt von Software-Anbietern einerseits und Rechtsanwälten, Notaren oder Ärzten andererseits

nach wie vor auf der Hand (zur einschränkenden Regelung für Rechtsanwälte vgl. § 43b BRAO). Software-Entwicklung ist auch keineswegs den Ingenieuren vorbehalten, sondern wird vielfach auch von Mathematikern oder anderen in einschlägigen Fachrichtungen bewanderten Personen betrieben. Die nach der vorliegenden Anmeldung beabsichtigte Geschäftstätigkeit der Betroffenen, die einen wesentlichen Schwerpunkt in der Software-Entwicklung hat, ist dem gewerblichen Bereich zuzuordnen, ohne daß es im übrigen darauf ankäme, in welchem Maße die Betroffene Software nicht nur entwickeln, sondern auch verkaufen möchte. Der Eintragung der Betroffenen in das Handelsregister stehen von daher unter diesem Gesichtspunkt Bedenken nicht entgegen.

III.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind somit aufzuheben; die Sache ist an das Registergericht zurückzugeben, das unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats auch unter Prüfung der übrigen Eintragungsvoraussetzungen erneut über die Eintragung der Betroffenen zu entscheiden hat.

~~\_\_\_\_\_~~

~~\_\_\_\_\_ Schneider~~

~~\_\_\_\_\_ Eberhard~~

9



## Bayerisches Oberstes Landesgericht

# BESCHLUSS

Der 3. Zivilsenat des Bayerischen Obersten Landesgerichts hat unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters  sowie der Richter Dr. ~~Schneider~~ und ~~G.~~

am 21. März 2002

in der Handelsregistersache

auf die weitere Beschwerde der Beteiligten

b e s c h l o s s e n :

- I. Auf die weitere Beschwerde werden der Beschluß des Landgerichts Ingolstadt vom 11. Februar 2002 und der Beschluß des Amtsgerichts - Registergericht - Ingolstadt vom 23. August 2001 aufgehoben.
- II. Die Sache wird zu neuer Behandlung und Entscheidung an das Amtsgericht - Registergericht - Ingolstadt zurückgegeben.

G r ü n d e :

I.

Mit Urkunde vom 18.4.2001, ergänzt durch Urkunde vom 7.12.2001, meldete der verfahrensbevollmächtigte Notar die betroffene GmbH & Co. KG zur Eintragung in das Handelsregister an. Als Gegenstand des Unternehmens wurde die Erbringung von meßtechnischen Dienstleistungen, DMS-Applikationen und die Durchführung von experimentellen Beanspruchungsanalysen und Software-Entwicklung angegeben. Das Amtsgericht - Registergericht - wies die Anmeldung mit Beschluß vom 23.8.2001 zurück. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten hat das Landgericht mit Beschluß vom 11.2.2002 zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

II.

Das zulässige Rechtsmittel führt zur Aufhebung der Vorentscheidungen und zur Rückgabe der Sache an das Registergericht.

Die weitere Beschwerde ist zulässig. Sie ist vom postulati-  
onsfähigen Urkundsnotar (§ 29 Abs. 1 Satz 3 FGG) namens der  
Antragsteller eingelegt. Sie ist auch begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt, Voraussetzung für die Ein-  
tragung einer Kommanditgesellschaft in das Handelsregister  
sei, daß der Zweck der einzutragenden Gesellschaft auf den  
Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet sei. Die Tätigkeit  
der Gesellschaft dürfe nicht freiberuflicher Art sein. Im  
vorliegenden Falle erbringe die einzutragende Gesellschaft  
Ingenieurleistungen. Wie sich aus § 1 PartGG ergebe, übten  
Ingenieure kein Handelsgewerbe aus, sondern seien Angehörige  
freier Berufe. Konkrete Anhaltspunkte dafür, daß die Gesell-  
schaft Software nicht nur entwickle, sondern wie von ihr be-  
hauptet auch verkaufe, hätten sich trotz intensiver Bemühun-  
gen des Registergerichts um eine Aufklärung des Sachverhalts  
nicht ergeben. Selbst wenn man aber entsprechende Vertriebs-  
absichten unterstellen wolle, seien die Eintragungsvorausset-  
zungen nicht gegeben, da keine genügend zuverlässigen An-  
haltspunkte dafür vorlägen, daß das Unternehmen in Kürze eine  
entsprechende Ausgestaltung erfahren werde.

2. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG,  
§ 546 ZPO) nicht stand.

a) Eine Kommanditgesellschaft ist bei dem Gericht, in dessen  
Bezirk sie ihren Sitz hat, zum Handelsregister anzumelden  
(§§ 161 Abs. 2, 106 Abs. 1 HGB). Ergibt die Prüfung des Regi-  
stergerichts, daß die Gesellschaft ordnungsgemäß errichtet  
und angemeldet worden ist, haben die Anmelder (§§ 161 Abs. 2,  
108 Abs. 1 HGB) einen Rechtsanspruch auf Eintragung (vgl.  
BGHZ 113, 335/352 für die GmbH).

Zum Wesen einer Kommanditgesellschaft gehört, daß ihr Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist (§ 161 Abs. 1 HGB). Handelsgewerbe ist im Grundsatz jeder Gewerbebetrieb (vgl. § 1 Abs. 2 HGB). Keine gewerbliche Tätigkeit üben die Angehörigen freier Berufe aus (vgl. Baumbach/Hopt HGB 30. Aufl. § 1 Rn. 19; Staub/Brüggemann HGB 4. Aufl. § 1 Rn. 18; HK-HGB/Ruß 5. Aufl. § 1 Rn. 39). Freiberuflich Tätige können daher nicht Kaufmann sein; ihre Gesellschaften können weder als offene Handelsgesellschaften noch als Kommanditgesellschaften in das Handelsregister eingetragen werden (vgl. Röhrich/Graf von Westphalen HGB 2. Aufl. § 1 Rn. 66). Bei gemischten Betrieben mit teils freiberuflichem, teils kommerziell-gewerblichem Charakter ist das Gesamtbild maßgebend (vgl. Baumbach/Hopt § 1 Rn. 20).

b) Entscheidend kommt es im vorliegenden Fall darauf an, ob das von der betroffenen Gesellschaft avisierte Tätigkeitsfeld insgesamt oder zumindest im wesentlichen dem gewerblichen Bereich oder dem Bereich der freien Berufe zuzuordnen ist. Das Landgericht hat insoweit zunächst verfahrensfehlerfrei festgestellt, daß die Betroffene Ingenieursleistungen, insbesondere auch aus dem Software-Bereich, zu erbringen beabsichtigt. Ingenieure sind nach Auffassung des Landgerichts Angehörige freier Berufe. Der Senat vermag dieser Rechtsauffassung nicht zu folgen.

aa) Wie im einzelnen gewerbliche Tätigkeiten und freie Berufe voneinander abzugrenzen sind, wird unterschiedlich beurteilt. Teilweise wird auf inhaltliche Kriterien abgestellt. So sind nach Staub/Brüggemann (aaO) dem gewerblichen Bereich nach der Verkehrsauffassung im allgemeinen Tätigkeiten zuzurechnen, die überwiegend mittels kaufmännischer oder technischer Kenntnisse und Fertigkeiten auf Gewinnerzielung gerichtet sind, nicht hingegen solche, die überwiegend auf wissen-

schaftlicher oder künstlerischer Grundlage betrieben werden. Entscheidend sei stets das Typische des Berufsbildes. Gegen das Merkmal einer "vermeintlich höheren Tätigkeit" wendet sich HK-HGB/Ruß (aaO). Die Abgrenzung beruhe auf gewachsener Verkehrsanschauung. Sie sei im Einzelfall unklar. Maßgeblich sei das Berufsbild, daß gewisse eigenschöpferische Merkmale oder besondere berufliche Qualifikation mit persönlicher, eigenverantwortlicher und unabhängiger Erbringung von Dienstleistungen höherer Art verbinde. Auch Hopt (aaO) stellt entscheidend auf das historisch gewachsene Berufsbild und die Verkehrsanschauung ab; die Ausgrenzung der freien Berufe aus dem gewerblichen Bereich sei "rechtspolitisch fragwürdig". Noch deutlicher betont K. Schmidt (MünchKomm-HGB § 1 Rn. 26), daß die Sonderstellung der freien Berufe nur aus der Tradition erklärlich ist. Aus dem handelsrechtlichen Gewerbebegriff sollten von daher nur die traditionell kammergebundenen oder ihnen berufsrechtlich gleichgestellten Berufe ausgeklammert werden. Röhrich hält das Kriterium, daß ein freier Beruf nicht um des Erwerbsstrebens willen ausgeübt werde, für zumindest heute völlig wirklichkeitsfremd. Wenn man wolle, könne man eine gewisse Berechtigung für die Unterscheidung zwischen Gewerbe und freiem Beruf noch darin finden, daß bei einem freien Beruf typischerweise die auf besonderer wissenschaftlicher Ausbildung oder kreativen Fähigkeiten beruhende persönliche Leistung einer Person, bei gewerblichen Leistungen dagegen diejenige eines Unternehmens in Anspruch genommen werde (Röhrich/von Westphalen § 1 Rn. 58).

bb) Für eine Reihe von freien Berufen ist schon in den Berufsordnungen von Gesetzes wegen bestimmt, daß sie keine gewerblichen Tätigkeiten darstellen. Außerdem kann als gesichert gelten, daß aus dem handelsrechtlichen Gewerbebegriff die traditionell kammergebundenen und die ihnen berufsrechtlich gleichgestellten Berufe auszuklammern sind. Hierher ge-

hören Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Architekten u.a. (vgl. i.e. Röhrich/von Westphalen § 1 Rn. 59; HK-HGB/Ruß § 1 Rn. 39; MünchKomm-HGB/K. Schmidt § 1 Rn. 26). Zu dieser Gruppe zählen auch öffentlich bestellte Vermessungsingenieure (vgl. Röhrich/von Westphalen aaO), nicht aber sonstige Ingenieure, insbesondere aus dem EDV-Bereich. Diese sind zwar nach § 18 Abs. 1 EStG, § 1 Abs. 2 PartGG den Freiberuflern zugeordnet. Diese offensichtlich auf steuerrechtlichen Aspekten beruhende bzw. von dorthin übernommene Einordnung ist für den handelsrechtlichen Gewerbebegriff nicht maßgebend (MünchKomm-HGB/K. Schmidt § 1 Rn. 27; Baumbach/Hopt § 1 Rn. 19).

cc) Bei den Berufen, die nicht schon nach den vorgenannten Kriterien zu den freien Berufen im Sinne des HGB zählen, ist letztlich die Verkehrsanschauung für die Einordnung maßgeblich. Neuere Tendenzen gehen dahin, den Kreis der freien Berufe eher eng zu ziehen und alle Tätigkeiten im Zweifel als gewerblich anzusehen, die nicht dem Bereich der klassischen, historisch überlieferten, in der Regel durch besondere Berufsordnungen geregelten freien Berufe angehören bzw. in ihrer unmittelbaren Nähe anzusiedeln sind oder nicht eindeutig durch eine individuelle, künstlerische oder wissenschaftliche Leistung geprägt sind (vgl. Röhrich/von Westphalen § 1 Rn. 60; Koller/Roth/Morck HGB 3. Aufl. § 1 Rn. 13). Was Ingenieure betrifft, so werden sie in der Literatur nach dem Kriterium der Verkehrsüblichkeit teilweise zu den freien Berufen gezählt (vgl. HK-HGB/Ruß § 1 Rn. 39, zweifelnd Staub/Brügge-  
mann § 1 Rn. 18), überwiegend aber wohl heute eher dem gewerblichen Bereich zugeordnet (vgl. Röhrich/von Westphalen § 1 Rn. 62).

dd) Es bedarf im vorliegenden Fall keiner abschließenden Bewertung, nach welchen Kriterien letztlich Gewerbetreibende und Träger freier Berufe allgemein voneinander abzugrenzen sind. Jedenfalls der hier maßgebende Bereich der Software-Entwicklung ist der gewerblichen Tätigkeit zuzuordnen, wie Maier (NJW 1986, 1909 ff.) überzeugend dargelegt hat. Er kommt auf der Basis des überkommenen Abgrenzungskriteriums "Personenbezogenheit" bzw. "Inhalt" der erbrachten Leistung zu dem Ergebnis, daß hier gewerbliche Leistungen inmitten stehen. Zwar müsse die Entwicklung zumindest bestimmter Computer-Programme als hochwertige geistige Leistung angesehen werden. Auf der anderen Seite würden viele Programme den hier zu stellenden Leistungsanforderungen nicht gerecht. Dazu komme, daß es in vielen Fällen eben gar nicht so sehr um höchstpersönlich zu erbringende Leistungen gehe, sondern um eine sachbezogene Leistung des "Software-Hauses"; die Entwicklung habe inzwischen durchaus industrielle Ausmaße erreicht. Außerdem könne die Leistungsverwertung hier nicht außer Betracht bleiben. Gerade sie spiele bei Software-Programmen eine entscheidende Rolle. Nur bei entsprechender Vermarktung ließen sich die Entwicklungskosten amortisieren. Dies gelte gleichermaßen für den Vertrieb von Standardprogrammen wie auch von individuellen Software-Produkten. Erforderlich sei ein marktnahes, wettbewerbsorientiertes Verhalten, das sich vom Marktauftritt freier Berufe wesentlich unterscheide (S. 1911).

Insbesondere der zuletzt dargestellte Aspekt überzeugt. Zwar tritt das Werbeverbot, das Trägern freier Berufe aus standesrechtlichen Gründen traditionell auferlegt war (vgl. BVerfGE 1976, 196, 205; Heussler/Prütting BRAO § 43b Rn. 4), in letzter Zeit mehr und mehr in den Hintergrund. Gleichwohl liegen die Unterschiede im Marktauftritt von Software-Anbietern einerseits und Rechtsanwälten, Notaren oder Ärzten andererseits

nach wie vor auf der Hand (zur einschränkenden Regelung für Rechtsanwälte vgl. § 43b BRAO). Software-Entwicklung ist auch keineswegs den Ingenieuren vorbehalten, sondern wird vielfach auch von Mathematikern oder anderen in einschlägigen Fachrichtungen bewanderten Personen betrieben. Die nach der vorliegenden Anmeldung beabsichtigte Geschäftstätigkeit der Betroffenen, die einen wesentlichen Schwerpunkt in der Software-Entwicklung hat, ist dem gewerblichen Bereich zuzuordnen, ohne daß es im übrigen darauf ankäme, in welchem Maße die Betroffene Software nicht nur entwickeln, sondern auch verkaufen möchte. Der Eintragung der Betroffenen in das Handelsregister stehen von daher unter diesem Gesichtspunkt Bedenken nicht entgegen.

III.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind somit aufzuheben; die Sache ist an das Registergericht zurückzugeben, das unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats auch unter Prüfung der übrigen Eintragungsvoraussetzungen erneut über die Eintragung der Betroffenen zu entscheiden hat.

~~\_\_\_\_\_~~

~~\_\_\_\_\_ Schneider~~

~~\_\_\_\_\_ Eberhard~~

9



## Bayerisches Oberstes Landesgericht

# BESCHLUSS

Der 3. Zivilsenat des Bayerischen Obersten Landesgerichts hat unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters  sowie der Richter Dr. ~~Schneider~~ und ~~G.~~

am 21. März 2002

in der Handelsregistersache

auf die weitere Beschwerde der Beteiligten

b e s c h l o s s e n :

- I. Auf die weitere Beschwerde werden der Beschluß des Landgerichts Ingolstadt vom 11. Februar 2002 und der Beschluß des Amtsgerichts - Registergericht - Ingolstadt vom 23. August 2001 aufgehoben.
- II. Die Sache wird zu neuer Behandlung und Entscheidung an das Amtsgericht - Registergericht - Ingolstadt zurückgegeben.

G r ü n d e :

I.

Mit Urkunde vom 18.4.2001, ergänzt durch Urkunde vom 7.12.2001, meldete der verfahrensbevollmächtigte Notar die betroffene GmbH & Co. KG zur Eintragung in das Handelsregister an. Als Gegenstand des Unternehmens wurde die Erbringung von meßtechnischen Dienstleistungen, DMS-Applikationen und die Durchführung von experimentellen Beanspruchungsanalysen und Software-Entwicklung angegeben. Das Amtsgericht - Registergericht - wies die Anmeldung mit Beschluß vom 23.8.2001 zurück. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten hat das Landgericht mit Beschluß vom 11.2.2002 zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

II.

Das zulässige Rechtsmittel führt zur Aufhebung der Vorentscheidungen und zur Rückgabe der Sache an das Registergericht.

Die weitere Beschwerde ist zulässig. Sie ist vom postulati-  
onsfähigen Urkundsnotar (§ 29 Abs. 1 Satz 3 FGG) namens der  
Antragsteller eingelegt. Sie ist auch begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt, Voraussetzung für die Ein-  
tragung einer Kommanditgesellschaft in das Handelsregister  
sei, daß der Zweck der einzutragenden Gesellschaft auf den  
Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet sei. Die Tätigkeit  
der Gesellschaft dürfe nicht freiberuflicher Art sein. Im  
vorliegenden Falle erbringe die einzutragende Gesellschaft  
Ingenieurleistungen. Wie sich aus § 1 PartGG ergebe, übten  
Ingenieure kein Handelsgewerbe aus, sondern seien Angehörige  
freier Berufe. Konkrete Anhaltspunkte dafür, daß die Gesell-  
schaft Software nicht nur entwickle, sondern wie von ihr be-  
hauptet auch verkaufe, hätten sich trotz intensiver Bemühun-  
gen des Registergerichts um eine Aufklärung des Sachverhalts  
nicht ergeben. Selbst wenn man aber entsprechende Vertriebs-  
absichten unterstellen wolle, seien die Eintragungsvorausset-  
zungen nicht gegeben, da keine genügend zuverlässigen An-  
haltspunkte dafür vorlägen, daß das Unternehmen in Kürze eine  
entsprechende Ausgestaltung erfahren werde.

2. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG,  
§ 546 ZPO) nicht stand.

a) Eine Kommanditgesellschaft ist bei dem Gericht, in dessen  
Bezirk sie ihren Sitz hat, zum Handelsregister anzumelden  
(§§ 161 Abs. 2, 106 Abs. 1 HGB). Ergibt die Prüfung des Regi-  
stergerichts, daß die Gesellschaft ordnungsgemäß errichtet  
und angemeldet worden ist, haben die Anmelder (§§ 161 Abs. 2,  
108 Abs. 1 HGB) einen Rechtsanspruch auf Eintragung (vgl.  
BGHZ 113, 335/352 für die GmbH).

Zum Wesen einer Kommanditgesellschaft gehört, daß ihr Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist (§ 161 Abs. 1 HGB). Handelsgewerbe ist im Grundsatz jeder Gewerbebetrieb (vgl. § 1 Abs. 2 HGB). Keine gewerbliche Tätigkeit üben die Angehörigen freier Berufe aus (vgl. Baumbach/Hopt HGB 30. Aufl. § 1 Rn. 19; Staub/Brüggemann HGB 4. Aufl. § 1 Rn. 18; HK-HGB/Ruß 5. Aufl. § 1 Rn. 39). Freiberuflich Tätige können daher nicht Kaufmann sein; ihre Gesellschaften können weder als offene Handelsgesellschaften noch als Kommanditgesellschaften in das Handelsregister eingetragen werden (vgl. Röhrich/Graf von Westphalen HGB 2. Aufl. § 1 Rn. 66). Bei gemischten Betrieben mit teils freiberuflichem, teils kommerziell-gewerblichem Charakter ist das Gesamtbild maßgebend (vgl. Baumbach/Hopt § 1 Rn. 20).

b) Entscheidend kommt es im vorliegenden Fall darauf an, ob das von der betroffenen Gesellschaft avisierte Tätigkeitsfeld insgesamt oder zumindest im wesentlichen dem gewerblichen Bereich oder dem Bereich der freien Berufe zuzuordnen ist. Das Landgericht hat insoweit zunächst verfahrensfehlerfrei festgestellt, daß die Betroffene Ingenieursleistungen, insbesondere auch aus dem Software-Bereich, zu erbringen beabsichtigt. Ingenieure sind nach Auffassung des Landgerichts Angehörige freier Berufe. Der Senat vermag dieser Rechtsauffassung nicht zu folgen.

aa) Wie im einzelnen gewerbliche Tätigkeiten und freie Berufe voneinander abzugrenzen sind, wird unterschiedlich beurteilt. Teilweise wird auf inhaltliche Kriterien abgestellt. So sind nach Staub/Brüggemann (aaO) dem gewerblichen Bereich nach der Verkehrsauffassung im allgemeinen Tätigkeiten zuzurechnen, die überwiegend mittels kaufmännischer oder technischer Kenntnisse und Fertigkeiten auf Gewinnerzielung gerichtet sind, nicht hingegen solche, die überwiegend auf wissen-

schaftlicher oder künstlerischer Grundlage betrieben werden. Entscheidend sei stets das Typische des Berufsbildes. Gegen das Merkmal einer "vermeintlich höheren Tätigkeit" wendet sich HK-HGB/Ruß (aaO). Die Abgrenzung beruhe auf gewachsener Verkehrsanschauung. Sie sei im Einzelfall unklar. Maßgeblich sei das Berufsbild, daß gewisse eigenschöpferische Merkmale oder besondere berufliche Qualifikation mit persönlicher, eigenverantwortlicher und unabhängiger Erbringung von Dienstleistungen höherer Art verbinde. Auch Hopt (aaO) stellt entscheidend auf das historisch gewachsene Berufsbild und die Verkehrsanschauung ab; die Ausgrenzung der freien Berufe aus dem gewerblichen Bereich sei "rechtspolitisch fragwürdig". Noch deutlicher betont K. Schmidt (MünchKomm-HGB § 1 Rn. 26), daß die Sonderstellung der freien Berufe nur aus der Tradition erklärlich ist. Aus dem handelsrechtlichen Gewerbebegriff sollten von daher nur die traditionell kammergebundenen oder ihnen berufsrechtlich gleichgestellten Berufe ausgeklammert werden. Röhrich hält das Kriterium, daß ein freier Beruf nicht um des Erwerbsstrebens willen ausgeübt werde, für zumindest heute völlig wirklichkeitsfremd. Wenn man wolle, könne man eine gewisse Berechtigung für die Unterscheidung zwischen Gewerbe und freiem Beruf noch darin finden, daß bei einem freien Beruf typischerweise die auf besonderer wissenschaftlicher Ausbildung oder kreativen Fähigkeiten beruhende persönliche Leistung einer Person, bei gewerblichen Leistungen dagegen diejenige eines Unternehmens in Anspruch genommen werde (Röhrich/von Westphalen § 1 Rn. 58).

bb) Für eine Reihe von freien Berufen ist schon in den Berufsordnungen von Gesetzes wegen bestimmt, daß sie keine gewerblichen Tätigkeiten darstellen. Außerdem kann als gesichert gelten, daß aus dem handelsrechtlichen Gewerbebegriff die traditionell kammergebundenen und die ihnen berufsrechtlich gleichgestellten Berufe auszuklammern sind. Hierher ge-

hören Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Architekten u.a. (vgl. i.e. Röhrich/von Westphalen § 1 Rn. 59; HK-HGB/Ruß § 1 Rn. 39; MünchKomm-HGB/K. Schmidt § 1 Rn. 26). Zu dieser Gruppe zählen auch öffentlich bestellte Vermessungsingenieure (vgl. Röhrich/von Westphalen aaO), nicht aber sonstige Ingenieure, insbesondere aus dem EDV-Bereich. Diese sind zwar nach § 18 Abs. 1 EStG, § 1 Abs. 2 PartGG den Freiberuflern zugeordnet. Diese offensichtlich auf steuerrechtlichen Aspekten beruhende bzw. von dorthin übernommene Einordnung ist für den handelsrechtlichen Gewerbebegriff nicht maßgebend (MünchKomm-HGB/K. Schmidt § 1 Rn. 27; Baumbach/Hopt § 1 Rn. 19).

cc) Bei den Berufen, die nicht schon nach den vorgenannten Kriterien zu den freien Berufen im Sinne des HGB zählen, ist letztlich die Verkehrsanschauung für die Einordnung maßgeblich. Neuere Tendenzen gehen dahin, den Kreis der freien Berufe eher eng zu ziehen und alle Tätigkeiten im Zweifel als gewerblich anzusehen, die nicht dem Bereich der klassischen, historisch überlieferten, in der Regel durch besondere Berufsordnungen geregelten freien Berufe angehören bzw. in ihrer unmittelbaren Nähe anzusiedeln sind oder nicht eindeutig durch eine individuelle, künstlerische oder wissenschaftliche Leistung geprägt sind (vgl. Röhrich/von Westphalen § 1 Rn. 60; Koller/Roth/Morck HGB 3. Aufl. § 1 Rn. 13). Was Ingenieure betrifft, so werden sie in der Literatur nach dem Kriterium der Verkehrsüblichkeit teilweise zu den freien Berufen gezählt (vgl. HK-HGB/Ruß § 1 Rn. 39, zweifelnd Staub/Brügge-  
mann § 1 Rn. 18), überwiegend aber wohl heute eher dem gewerblichen Bereich zugeordnet (vgl. Röhrich/von Westphalen § 1 Rn. 62).

dd) Es bedarf im vorliegenden Fall keiner abschließenden Bewertung, nach welchen Kriterien letztlich Gewerbetreibende und Träger freier Berufe allgemein voneinander abzugrenzen sind. Jedenfalls der hier maßgebende Bereich der Software-Entwicklung ist der gewerblichen Tätigkeit zuzuordnen, wie Maier (NJW 1986, 1909 ff.) überzeugend dargelegt hat. Er kommt auf der Basis des überkommenen Abgrenzungskriteriums "Personenbezogenheit" bzw. "Inhalt" der erbrachten Leistung zu dem Ergebnis, daß hier gewerbliche Leistungen inmitten stehen. Zwar müsse die Entwicklung zumindest bestimmter Computer-Programme als hochwertige geistige Leistung angesehen werden. Auf der anderen Seite würden viele Programme den hier zu stellenden Leistungsanforderungen nicht gerecht. Dazu komme, daß es in vielen Fällen eben gar nicht so sehr um höchstpersönlich zu erbringende Leistungen gehe, sondern um eine sachbezogene Leistung des "Software-Hauses"; die Entwicklung habe inzwischen durchaus industrielle Ausmaße erreicht. Außerdem könne die Leistungsverwertung hier nicht außer Betracht bleiben. Gerade sie spiele bei Software-Programmen eine entscheidende Rolle. Nur bei entsprechender Vermarktung ließen sich die Entwicklungskosten amortisieren. Dies gelte gleichermaßen für den Vertrieb von Standardprogrammen wie auch von individuellen Software-Produkten. Erforderlich sei ein marktnahes, wettbewerbsorientiertes Verhalten, das sich vom Marktauftritt freier Berufe wesentlich unterscheide (S. 1911).

Insbesondere der zuletzt dargestellte Aspekt überzeugt. Zwar tritt das Werbeverbot, das Trägern freier Berufe aus standesrechtlichen Gründen traditionell auferlegt war (vgl. BVerfGE 1976, 196, 205; Heussler/Prütting BRAO § 43b Rn. 4), in letzter Zeit mehr und mehr in den Hintergrund. Gleichwohl liegen die Unterschiede im Marktauftritt von Software-Anbietern einerseits und Rechtsanwälten, Notaren oder Ärzten andererseits

nach wie vor auf der Hand (zur einschränkenden Regelung für Rechtsanwälte vgl. § 43b BRAO). Software-Entwicklung ist auch keineswegs den Ingenieuren vorbehalten, sondern wird vielfach auch von Mathematikern oder anderen in einschlägigen Fachrichtungen bewanderten Personen betrieben. Die nach der vorliegenden Anmeldung beabsichtigte Geschäftstätigkeit der Betroffenen, die einen wesentlichen Schwerpunkt in der Software-Entwicklung hat, ist dem gewerblichen Bereich zuzuordnen, ohne daß es im übrigen darauf ankäme, in welchem Maße die Betroffene Software nicht nur entwickeln, sondern auch verkaufen möchte. Der Eintragung der Betroffenen in das Handelsregister stehen von daher unter diesem Gesichtspunkt Bedenken nicht entgegen.

III.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind somit aufzuheben; die Sache ist an das Registergericht zurückzugeben, das unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats auch unter Prüfung der übrigen Eintragungsvoraussetzungen erneut über die Eintragung der Betroffenen zu entscheiden hat.

~~\_\_\_\_\_~~

~~\_\_\_\_\_ Schneider~~

~~\_\_\_\_\_ Eberhard~~

9