

### 5. Positive Publizität eingereicherter Übersetzungen (§ 11 Abs. 2 HGB)

Zum Handelsregister einzureichende Dokumente können zusätzlich in freiwilliger, nicht notwendig beglaubigter Übersetzung zur Verfügung gestellt werden (§ 11 Abs. 1 HGB, → Rn. 30). Für den Schutz des Rechtsverkehrs sorgt die Publizitätswirkung des § 11 Abs. 2 HGB. Die Vorschrift ist § 15 Abs. 3 HGB (→ Rn. 93 ff.) nachgebildet, stellt aber auf eine Abweichung der eingereichten Originalfassung von einer eingereichten Übersetzung ab.<sup>346</sup> Grundsätzlich maßgeblich ist danach die deutsche Originalfassung (§ 11 Abs. 2 Hs. 1 HGB). Derjenige, in dessen Angelegenheiten die Unterlagen einzureichen waren, darf sie Dritten nicht entgegenhalten.<sup>347</sup> Der Dritte dagegen hat ein Wahlrecht, sich auf die abweichende Übersetzung zu berufen (§ 11 Abs. 2 Hs. 2 HGB).<sup>348</sup> Da § 11 Abs. 2 HGB – ebenso wie § 15 Abs. 3 HGB (→ Rn. 79) – typisierten Vertrauensschutz gewährleistet, kommt es nicht darauf an, ob der Dritte auf die Übersetzung vertraut hat oder ob er sie überhaupt kannte.<sup>349</sup> § 11 Abs. 2 HGB gilt auch zugunsten des Inländers,<sup>350</sup> selbst wenn er der Sprache der Übersetzung gar nicht mächtig ist.

Keinen Gutglaubensschutz genießt der Dritte, wenn er **positive Kenntnis** von der Originalfassung hatte. Die Kenntnis muss sich nicht auf die Abweichung der Fassungen beziehen, allerdings reicht Kenntnis von der Existenz der Originalfassung schon wegen der Hinweise nach § 11 Abs. 1 S. 2 HGB nicht aus.<sup>351</sup> Nötig ist vielmehr, dass der Dritte die Inhalte der Originalfassung kannte.<sup>352</sup> mag ihm auch die Abweichung verborgen geblieben sein.<sup>353</sup> Voraussetzung dafür sind regelmäßig hinreichende Kenntnisse der deutschen Sprache.<sup>354</sup> Sind mehrere Übersetzungen eingereicht, kann sich der Dritte auf jede von ihnen berufen.<sup>355</sup> Die fehlende Kenntnis des Dritten wird widerleglich vermutet; der Eingetragene ist also darlegungs- und beweisbelastet.

### 6. Amtshaftungsansprüche infolge unrichtiger Eintragung und Bekanntmachung

Versäumt das Registergericht schuldhaft, eine angemeldete Tatsache einzutragen oder bekanntzumachen, oder unterläuft ihm hierbei schuldhaft ein Fehler, kann dies einen Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB, Art. 34 GG begründen.<sup>356</sup> Auf diese Weise kann derjenige, der nach § 15 Abs. 1, 3 HGB Rechtsnachteile erlitten hat, Schadensersatz von dem Land, das Träger des Registergerichts ist, erhalten.<sup>357</sup> Das Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 BGB steht nicht entgegen, weil das Registergericht als Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine Urteile in Rechtsachen fällt.<sup>358</sup> Ein besonderes Augenmerk ist aber darauf zu richten, ob der Betroffene nicht den Gebrauch eines Rechtsmittels schuldhaft versäumt hat und deshalb nach § 839 Abs. 3 BGB mit seinem Anspruch ausgeschlossen

<sup>346</sup> Begr. des RegE zum EHUG, BT-Drs. 16/960, 45.

<sup>347</sup> Noack FS Eisenhardt, 2007, 475 (486).

<sup>348</sup> Noack FS Eisenhardt, 2007, 475 (485) (auch zur Rosinentheorie).

<sup>349</sup> Schmidt-Kessel/Leutner/Müther/Schmidt-Kessel, Handelsregisterrecht, 2010, HGB § 11 Rn. 14; Ebenroth/Boujong/Schaub HGB § 11 Rn. 10; Koller/Kindler/Drüen/Roth/Stelmaszczyk HGB § 11 Rn. 3; MüKoHGB/Krafka § 11 Rn. 10.

<sup>350</sup> Noack FS Eisenhardt, 2007, 475 (484).

<sup>351</sup> AA Koller/Kindler/Drüen/Roth/Stelmaszczyk HGB § 11 Rn. 3; Paefgen ZIP 2008, 1653 (1659).

<sup>352</sup> MüKoHGB/Krafka § 11 Rn. 11; Nedden-Boeger FGPrax 2007, 1 (3).

<sup>353</sup> AA Hopt/Merkt HGB § 11 Rn. 5.

<sup>354</sup> MüKoHGB/Krafka § 11 Rn. 11; Paefgen ZIP 2008, 1653 (1659).

<sup>355</sup> Koller/Kindler/Drüen/Roth/Stelmaszczyk HGB § 11 Rn. 3; MüKoHGB/Krafka § 11 Rn. 10.

<sup>356</sup> Hopt/Merkt HGB § 15 Rn. 23; K. Schmidt HandelsR § 14 Rn. 100.

<sup>357</sup> Ausweitend Staub/Koch/Hamos HGB § 8 Rn. 141 f. im Anschluss an die Rechtsprechung des RG (Ampflicht bestehe jedem Dritten gegenüber).

<sup>358</sup> Siehe BGH 21.5.1953 – III ZR 272/51, BGHZ 10, 55 (60) = NJW 1953, 1298 (1299); 26.4.1954 – III ZR 6/53, BGHZ 13, 142 (144) = NJW 1954, 1283; Staub/Koch/Hamos HGB § 8 Rn. 139.

ist,<sup>359</sup> zumal der Antragsteller nach § 383 Abs. 1 FamFG von der Eintragung benachrichtigt wird.

§ 5 Öffentlichrechtliche Anzeigepflichten und Genehmigungsvorbehalte

Übersicht

Table with 2 columns: Rn. and Rn. listing various legal sections and their corresponding page numbers, including I. Überblick, II. Kommanditgesellschaft und Gewerbefreiheit, and III. Beschränkungen der Gewerbefreiheit.

Schrifttum: Autenrieth, Gewerbeanzeigen im Falle des Ein- oder Austritts von Gesellschaftern bei Personengesellschaften, GewArch 1985, 86; v. Ebner, Gewerbetreibende Personengesellschaften, GewArch 1974, 213; Edenharter, Die Eintragung in die Handwerksrolle als staatliche Genehmigung i. S. des § 8 I Nr. 6 GmbHG, NJW 1988, 393; Friauf, Kommentar zur Gewerbeordnung, 338. EL Juli 2023; Gottwald, Staatliche Genehmigungserfordernisse bei GmbH-Gründungen, MittBayNot 2001, 164; Honig, Kommanditgesellschaft und Handwerksordnung, GewArch 1997, 230; Jarass, Die Genehmigungspflicht für wirtschaftliche Tätigkeiten – Ein systematischer Überblick, GewArch 1980, 177; Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften: GewO, 90. EL Dezember 2022; Leitzen, Öffentlich-rechtliche Genehmigungen in GmbH-Registerverfahren nach dem MoMiG, GmbHR 2009, 480; Odenthal, Gesellschafter von Personengesellschaften als Gewerbetreibende, GewArch 1991, 206; Rothbächer, Die (nicht) erforderliche Vorlage der Genehmigungsurkunde bei der GmbH-Gründung, GmbHR 2019, 18; Winkler, Das Verhältnis zwischen Handwerksrolle und Handelsregister, ZGR 1989, 107.

I. Überblick

1 Betreibt die Kommanditgesellschaft, wie regelmäßig, ein Gewerbe, unterfällt dies dem Schutz der Gewerbefreiheit. Adressat der gewerberechtlichen Rechte und Pflichten ist der selbständige Gewerbetreibende. Das ist nach herrschender, wenngleich zweifelhafter Ansicht nicht die Kommanditgesellschaft selbst, sondern jeder einzelne geschäftsführende Gesellschafter. Die Gewerbefreiheit wird durch gewerberechtliche Vorschriften beschränkt, und zwar in unterschiedlichem Maße. Den weitestgehenden Eingriff bedeutet es für die Kommanditgesellschaft, wenn der Betrieb bestimmter Gewerbe in dieser Rechtsform untersagt ist. Zahlreiche Gewerbe dürfen nur ausgeübt werden, wenn dies zuvor genehmigt wurde. Den geringsten Eingriff schließlich stellen die gewerberechtlichen Anzeigepflichten dar.

359 RG 25.11.1930 – III 38/30, RGZ 131, 12 (14 ff.); K. Schmidt HandelsR § 14 Rn. 100.

## II. Kommanditgesellschaft und Gewerbefreiheit

### 1. Grundsatz der Gewerbefreiheit

Das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG schützt auch die Gewerbe-<sup>2</sup> freiheit.<sup>1</sup> Von Verfassungen wegen kann die Gewerbefreiheit daher nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes beschränkt werden, Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG.<sup>2</sup> Diesen Grundsatz der Gewerbefreiheit wiederholt § 1 Abs. 1 GewO, wonach der Betrieb eines Gewerbes jedermann gestattet ist, soweit nicht durch die Gewerbeordnung Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind. Die Vorschrift gewährt demjenigen, der ein Gewerbe betreibt oder betreiben will, ein subjektiv-öffentliches Recht, das Gewerbe beginnen oder fortsetzen zu dürfen. Erfordert das Gesetz hierfür eine besondere Genehmigung, besteht ein Anspruch auf ihre Erteilung, wenn deren Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>3</sup>

Die Gewerbeordnung und die anderen gewerberechtlichen Vorschriften setzen den **Gewerbebegriff** voraus, bestimmen ihn aber nicht. Unter Gewerbe im Sinne des Gewerberechts wird gemeinhin die selbständige, erlaubte, auf nachhaltige Gewinnerzielung gerichtete und fortgesetzt ausgeübte Tätigkeit verstanden, ausgenommen die freien Berufe (mit Dienstleistungen höherer Art), die Urproduktion und die bloße Verwaltung und Nutzung eigenen Vermögens.<sup>4</sup>

### 2. Gewerbetreibende in der Kommanditgesellschaft

Nur wer selbständig tätig ist, betreibt ein Gewerbe (→ Rn. 3) und ist damit den gewerbe-<sup>4</sup> rechtlichen Bestimmungen unterworfen. In der Person dieses **Gewerbetreibenden** müssen etwaige persönliche Zulassungsvoraussetzungen gegeben sein. Auch hat er die gewerberechtlichen Verpflichtungen zu erfüllen. Nach der Rechtsprechung ist selbständig tätig, wer ein Gewerbe als Ganzes in eigenem Namen, also unter eigener Verantwortlichkeit für den Betrieb, nach außen hin betreibt und in Bezug auf diesen Betrieb alle persönliche Selbständigkeit genießt.<sup>5</sup> Dies kann sowohl eine natürliche als auch eine juristische Person sein;<sup>6</sup> letzteres wird von § 7 Abs. 1 S. 2, §§ 11b, 34a Abs. 1 S. 3 Nr. 3, § 34b Abs. 5 S. 1, § 56a Abs. 3 Nr. 2, § 151 Abs. 1 Nr. 1, § 152 Abs. 7 GewO vorausgesetzt.

Kommanditgesellschaften und andere **Personengesellschaften** sind nach ganz herr-<sup>5</sup> schender Meinung selbst keine Gewerbetreibenden.<sup>7</sup> Zur Begründung wird angeführt,

<sup>1</sup> BVerfG 14.1.1976 – 1 BvL 4/72, 1 BvL 5/72, BVerfGE 41, 205 (228) = NJW 1976, 667 (669); 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290 (362) = NJW 1979, 699 (707); BVerwG 23.3.1982 – 1 C 157/79, BVerwGE 65, 167 (173) = NJW 1982, 2513 (2515); Jarass/Pieroth/Jarass, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 12 Rn. 1.

<sup>2</sup> Diese Schrankenregelung gilt über ihren Wortlaut hinaus für den gesamten (einheitlichen) Schutzbereich der Berufsfreiheit, Jarass/Pieroth/Jarass, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 12 Rn. 33 mwN.

<sup>3</sup> Friauf/Friauf, GewO § 1 Rn. 217; Landmann/Rohmer GewO/Eisenmenger, GewO § 1 Rn. 71.

<sup>4</sup> BVerwG 24.6.1976 – I C 56/74, NJW 1977, 772; 6.11.2002 – 6 C 16/02, NVwZ 2003, 603 f.; Ennuschat/Wank/Winkler/Winkler GewO § 1 Rn. 2; Friauf/Friauf, GewO § 1 Rn. 50; Landmann/Rohmer GewO/Eisenmenger, GewO § 1 Rn. 6.

<sup>5</sup> BVerwG 30.9.1976 – I C 32/74, GewArch 1977, 14 = NJW 1977, 1250 mwN; Ennuschat/Wank/Winkler/Winkler GewO § 1 Rn. 29; Friauf/Friauf, GewO § 1 Rn. 105; Landmann/Rohmer GewO/Eisenmenger, GewO § 1 Rn. 9f.

<sup>6</sup> Friauf/Friauf, GewO § 1 Rn. 278; Landmann/Rohmer GewO/Eisenmenger, GewO § 1 Rn. 88.

<sup>7</sup> BVerwG 11.2.1972 – VII C 71/69, GewArch 1972, 198; 16.12.1992 – 1 B 162/92, GewArch 1993, 156 = NJW 1993, 1346 f.; OVG Lüneburg 31.7.2008 – 7 LA 53/08, NVwZ-RR 2009, 103; OVG Saarlouis 17.2.1992 – 8 R 46/91, GewArch 1992, 227 (228) = NJW 1992, 2846 (2847); VGH Kassel 17.1.1975 – II Th 122/74, GewArch 1975, 161; VGH München 5.8.2004 – 22 ZB 04.1853, GewArch 2004, 479 (zur GbR); VG Augsburg 19.5.2004 – Au 4 K 03.2250, GewArch 2004, 481 (zur GbR); VG Gießen 30.8.2000 – 8 E 592/99, GewArch 2001, 80 (81); Autenrieth GewArch 1985, 86; Ennuschat/Wank/Winkler/Winkler GewO § 1 Rn. 79f.; Honig GewArch 1997, 230 (231); Landmann/Rohmer GewO/Marcks, GewO § 14 Rn. 55; zweifelnd Eckert ZIP 1998, 1950 (1953); Pinegger/Kraußer GewArch 1998, 465 (466). Abl. zu einer „Erweiterung“ des Gewerbebegriffs auf

Träger der Rechte und Pflichten in der Personengesellschaft seien die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit. Das Gewerberecht dürfe daneben keine eigene Rechtspersönlichkeit konstruieren.<sup>8</sup> Diese Argumentation hatte seit jeher die für offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften geltende Regelung des heutigen § 105 Abs. 2 HGB gegen sich.<sup>9</sup> Die mit § 14 Abs. 2 BGB im Jahre 2000 geschaffene Begriffsbestimmung der rechtsfähigen Personengesellschaft hat sie zusätzlich geschwächt. Schließlich erkennt seit dem 1.1.2024 § 705 Abs. 2 Fall 1 BGB im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>10</sup> die Außengesellschaft bürgerlichen Rechts als rechtsfähig an. Damit lässt sich die genannte Begründung auch für diese Gesellschaftsform nicht mehr aufrechterhalten. Wer das bisherige Ergebnis mit dem Hinweis zu stützen versucht, die Verselbständigung der Personengesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern beziehe sich nur auf zivilrechtliche Aspekte,<sup>11</sup> setzt sich in einen schwer aufzulösenden Widerspruch zur eigenen Begründung.<sup>12</sup> Unabhängig von der Anlehnung an gesellschaftsrechtliche Begriffsbestimmungen bleibt im Übrigen dunkel, warum der Kommanditgesellschaft anerkanntermaßen entsprechend Art. 19 Abs. 3 GG das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG zusteht,<sup>13</sup> sie aber die einfachrechtliche Position des Gewerbetreibenden nicht soll einnehmen können. Schließlich lässt § 1 Abs. 1 HandwO ausdrücklich Personenhandelsgesellschaften und Gesellschaften bürgerlichen Rechts als selbständige Handwerker zu.<sup>14</sup> Dies zeigt, dass Personengesellschaften und die Eigenschaft als Gewerbetreibender nicht unvereinbar sein können.

- 6 Nach ganz herrschender Meinung sind Gewerbetreibende in einer Personengesellschaft diejenigen **Gesellschafter, die die Geschäfte führen**. Das Gewerberecht will nämlich nur auf die unternehmerisch tätigen Personen einwirken. Es erfasst daher nicht die bloß finanzielle Beteiligung an einem Gewerbe.<sup>15</sup> Bei einer Kommanditgesellschaft sind Gewer-

---

Personengesellschaften der Bund-Länder-Ausschuss „Gewerberecht“, s. Schönleiter/Stenger/Zerbe GewArch 2008, 242 (243 f.). Offenlassend jetzt aber BVerwG 1.10.2015 – 7 C 8/14, BVerwGE 153, 99 Rn. 29 = NVwZ 2016, 316 (318) in deutlicher inhaltlicher Distanzierung zur „(älteren) gewerberechtlichen Rechtsprechung“; die Haltereigenschaft einer KG bejahend VGH Mannheim 4.7.2017 – 10 S 745/17, NJW 2017, 3734 Rn. 20 ff.

<sup>8</sup> OVG Saarouis 17.2.1992 – 8 R 46/91, GewArch 1992, 227 (228) = NJW 1992, 2846 (2847); Friauf/Heß, GewO Vorb. § 14 Rn. 89; Odenthal GewArch 1991, 206 f.

<sup>9</sup> Vgl. MüKoHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 67 mit berechtigter Kritik an der hM, die die persönlich haftenden Gesellschafter der Personenhandelsgesellschaften trotz § 105 Abs. 2 HGB als Kaufleute einordnet.

<sup>10</sup> BGH 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056.

<sup>11</sup> So Friauf/Heß, GewO Vorb. § 14 Rn. 90.

<sup>12</sup> Gleichwohl gegen die Einordnung der Personengesellschaft als Gewerbetreibende VGH München 5.8.2004 – 22 ZB 04.1853, GewArch 2004, 479 (480) (zur GbR); OVG Lüneburg 31.7.2008 – 7 LA 53/08, NVwZ-RR 2009, 103 (104); VG Augsburg 19.5.2004 – Au 4 K 03.2250, GewArch 2004, 481 (zur GbR); VG Gießen 30.8.2000 – 8 E 592/99, GewArch 2001, 80 (ohne nähere Erörterung); Friauf/Heß, GewO Vorb. § 14 Rn. 89 f.; Pielow/Pielow GewO § 1 Rn. 187; Robinski/Sprenger-Richter, Gewerberecht, 2. Aufl. 2002, Kap. C Rn. 5.

<sup>13</sup> BVerfG 4.12.1979 – 2 BvR 64/78, 2 BvR 460/79, BVerfGE 53, 1 (13) = NJW 1980, 929; BVerwG 1.10.2015 – 7 C 8/14, BVerwGE 153, 99 Rn. 29 = NVwZ 2016, 316 (318).

<sup>14</sup> BVerwG 1.10.2015 – 7 C 8/14, BVerwGE 153, 99 Rn. 29 = NVwZ 2016, 316 (318); gegen den Wortlaut der Vorschrift die Fähigkeit der Personengesellschaften, insoweit Gewerbetreibende sein zu können, bestreitend v. Ebner GewArch 1974, 213 (218 ff.); Honig GewArch 1997, 230 (233); anders zu Recht Detterbeck, Handwerksordnung, 3. Online-Aufl. 2016, § 1 Rn. 1; für ausnahmsweise Einordnung von Personengesellschaften als Gewerbetreibende im Bereich der Handwerksausübung Ennuschat/Wank/Winkler/Winkler GewO § 14 Rn. 21; Friauf/Heß, GewO Vorb. § 14 Rn. 103; Landmann/Rohmer GewO/Marcks, GewO § 14 Rn. 55a, § 7 Rn. 39; s. auch OVG Lüneburg 21.12.1992 – 8 L 4212/91, GewArch 1994, 67.

<sup>15</sup> BVerwG 21.7.1964 – I C 102/61, GewArch 1965, 7 (8 f.); Friauf/Heß, GewO Vorb. § 14 Rn. 99; Odenthal GewArch 1991, 206 (208).

betreibende in der Regel die persönlich haftenden Gesellschafter (§ 161 Abs. 2, § 116 Abs. 1, § 164 HGB).<sup>16</sup> Kommanditisten nehmen diese Stellung nur ein, wenn ihnen ausnahmsweise gesellschaftsvertragliche Geschäftsführungsbefugnisse zustehen oder wenn sie maßgeblichen Einfluss auf den Geschäftsbetrieb ausüben.<sup>17</sup>

Ist eine **juristische Person** persönlich haftende Gesellschafterin einer Kommanditgesellschaft, ist sie demnach Gewerbetreibende.<sup>18</sup> Ihre organschaftlichen Vertreter, also der Vorstand einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft und die Geschäftsführer einer GmbH, handeln lediglich namens und für Rechnung der juristischen Person. Sie sind daher nicht selbst Gewerbetreibende.<sup>19</sup>

### III. Beschränkungen der Gewerbefreiheit der Kommanditgesellschaft

Die Gewerbefreiheit der Kommanditgesellschaft wird durch einfachgesetzliche Regelungen zulässigerweise (→ Rn. 2) beschränkt. Dabei sind nach der Reichweite des Eingriffs Rechtsformbeschränkungen, die der Kommanditgesellschaft den Betrieb bestimmter Gewerbe untersagen (→ Rn. 9 ff.), Genehmigungsvorbehalte (→ Rn. 12 ff.) und Anzeigepflichten (→ Rn. 22 ff.) zu unterscheiden.

#### 1. Rechtsformbeschränkungen

Der Grundsatz der Gewerbefreiheit gilt nach § 1 Abs. 1 GewO für jedermann. Die Vorschrift unterscheidet nicht zwischen natürlichen Personen, Personengesellschaften und juristischen Personen. Wird die Ausübung eines Gewerbes in bestimmten Rechtsformen untersagt, bedarf dies einer gesetzlichen Grundlage (→ Rn. 2).<sup>20</sup> Aus Sicht der Kommanditgesellschaft (→ Rn. 5) bedeutet eine sie ausschließende Rechtsformbeschränkung in der Sache das Verbot des betreffenden Gewerbes, will sie nicht identitätswahrend ihre Rechtsform wechseln. Für die Gesellschafter der Kommanditgesellschaft beschränkt eine solche Regelung zumindest die Ausübung ihrer Gewerbefreiheit.

**a) Beschränkungen für Kommanditgesellschaften.** Der Gesetzgeber hat von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Ausübung einzelner gewerblicher Tätigkeiten nur innerhalb bestimmter Rechtsformen zu gestatten. Rechtsformbeschränkungen bestehen insbesondere für folgende Gewerbe.<sup>21</sup>

– Apotheken: Beschränkung auf Einzelkaufleute, Gesellschaften bürgerlichen Rechts und offene Handelsgesellschaften (§ 8 ApoG)

---

<sup>16</sup> BVerwG 11.2.1972 – VII C 71/69, GewArch 1972, 198; 30.9.1976 – I C 32/74, GewArch 1977, 14 (15) = NJW 1977, 1250; 16.12.1992 – 1 B 162/92, GewArch 1993, 156 = NJW 1993, 1346 f.; OVG Saarlouis 17.2.1992 – 8 R 46/91, GewArch 1992, 227 (228) = NJW 1992, 2846 f.; anders Autenrieth GewArch 1985, 86 (87) (die Vertretungsbefugnis für entscheidend haltend).

<sup>17</sup> BVerwG 30.9.1976 – I C 32/74, GewArch 1977, 14 (15) = NJW 1977, 1250; 16.12.1992 – 1 B 162/92, GewArch 1993, 156 = NJW 1993, 1346; OVG Saarlouis 17.2.1992 – 8 R 46/91, GewArch 1992, 227 (228) = NJW 1992, 2846 (2847); v. Ebner GewArch 1974, 213 (215); Landmann/Rohmer GewO/Marcks, GewO § 14 Rn. 55; Odenthal GewArch 1991, 206 (207); aA Autenrieth GewArch 1985, 86 (88) (Kommanditisten seien keine Gewerbetreibende, da ihnen die organschaftliche Vertretungsmacht fehle).

<sup>18</sup> BVerwG 30.9.1976 – I C 32/74, GewArch 1977, 14 f. = NJW 1977, 1250; Friauf/Heß, GewO Vorb. § 14 Rn. 106.

<sup>19</sup> BVerwG 30.9.1976 – I C 32/74, GewArch 1977, 14 (15) = NJW 1977, 1250; Friauf/Heß, GewO Vorb. § 14 Rn. 82 f.; Landmann/Rohmer GewO/Marcks, GewO § 14 Rn. 56.

<sup>20</sup> Vgl. BVerwG 6.8.1959 – I C 163/55, NJW 1959, 1986 f.; v. Ebner GewArch 1974, 213 (214).

<sup>21</sup> Auch außerhalb des gewerblichen Bereichs finden sich derartige Beschränkungen. So müssen Lohnsteuerhilfvereine rechtsfähige Vereine sein (§ 14 Abs. 1 StBerG). Genossenschaftliche Prüfungsverbände sollen nach § 63b Abs. 1 GenG die Rechtsform des eingetragenen Vereins haben.

- Bausparkassen: Beschränkung auf Aktiengesellschaften und öffentlichrechtliche Rechtsformen nach Maßgabe des Landesrechts (§ 2 Abs. 2 BauSparkG)
- Bergbauunternehmen: Beschränkung auf natürliche und juristische Personen und Personhandelsgesellschaften (§ 6 S. 2 BBergG)
- Externe Kapitalverwaltungsgesellschaften: Beschränkung auf Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Kommanditgesellschaften, deren persönlich haftender Gesellschafter ausschließlich eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist (§ 18 Abs. 1 KAGB)
- Geschlossene inländische Investmentvermögen: Beschränkung auf Investmentaktiengesellschaften mit fixem Kapital nach §§ 140 ff. KAGB und geschlossene Investmentkommanditgesellschaften nach §§ 149 ff. KAGB (§ 139 KAGB)
- Geschlossene Investmentkommanditgesellschaften: Beschränkung auf Kommanditgesellschaften (§ 149 Abs. 1 S. 1 KAGB)
- Investmentaktiengesellschaften mit fixem Kapital: Beschränkung auf Aktiengesellschaften (§ 140 Abs. 1 S. 1 KAGB)
- Investmentaktiengesellschaften mit veränderlichem Kapital: Beschränkung auf Aktiengesellschaften (§ 108 Abs. 1 KAGB)
- Kreditinstitute: Ausschluss des Einzelkaufmanns (§ 2b KWG)<sup>22</sup>
- Offene inländische Investmentvermögen: Beschränkung auf Sondervermögen nach §§ 92 ff. KAGB, Investmentaktiengesellschaften mit veränderlichem Kapital nach §§ 108 ff. KAGB und offene Investmentkommanditgesellschaften nach §§ 124 ff. KAGB (§ 91 KAGB)
- Offene Investmentkommanditgesellschaften: Beschränkung auf Kommanditgesellschaften (§ 124 Abs. 1 S. 1 KAGB)
- Unternehmensbeteiligungsgesellschaften: Beschränkung auf Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommanditgesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und vergleichbare Rechtsformen anderer EU- oder EWR-Staaten (§ 2 Abs. 1 UBGG)
- Versicherungsunternehmen: Beschränkung auf Aktiengesellschaften einschließlich der Europäischen Gesellschaft (SE), Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit sowie Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts (§ 8 Abs. 2 VAG)

Mit Ausnahme von Bergbauunternehmen, externen Kapitalverwaltungsgesellschaften, geschlossenen und offenen inländischen Investmentvermögen, geschlossenen und offenen Investmentkommanditgesellschaften, Kreditinstituten und Unternehmensbeteiligungsgesellschaften können diese Gewerbe nicht in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft betrieben werden.

- 11 b) Beschränkungen für GmbH & Co. KG.** Weitere Einschränkungen für Kommanditgesellschaften können bestehen, wenn der Geschäftsbetrieb in einer Personengesellschaft voraussetzt, dass jeder Gesellschafter die erforderliche Erlaubnis besitzt, juristische Personen aber diese Erlaubnis nicht erlangen können. In solchen Fällen kann das Gewerbe nicht in der Rechtsform der GmbH & Co. KG betrieben werden.<sup>23</sup> Hier war früher § 34b Abs. 3 S. 1 GewO aF zu nennen, wonach die Erlaubnis zum Versteigerergewerbe nur natürlichen Personen erteilt werden durfte. Diese Vorschrift wurde aber mit Wirkung zum 1.2.1995 aufgehoben. Für Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften galt ähnliches: Mitglied einer solchen Gesellschaft konnten nur Berufsträger, nicht aber wiederum Steuerberatungs- bzw. Wirtschaftsprüfungsgesellschaften sein. § 50 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 mit § 74 Abs. 1 S. 1 StBerG sowie § 28 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 WPO gestatten nunmehr auch mehr-

<sup>22</sup> Die Bezeichnung „Volksbank“ dürfen nur Kreditinstitute neu aufnehmen, die in der Rechtsform einer eingetragenen Genossenschaft betrieben werden und einem Prüfungsverband angehören (§ 39 Abs. 2 KWG).

<sup>23</sup> MHDB GesR II/Bezenberger, 1. Aufl. 1991, KG § 1 Rn. 357; s. auch Landmann/Rohmer GewO/Eisenmenger, GewO § 1 Rn. 67.

stöckige Gesellschaften, so dass auch insoweit die Rechtsform der GmbH & Co. KG gewählt werden kann.<sup>24</sup>

## 2. Gewerberechtliche Genehmigungsvorbehalte

Der Betrieb bestimmter Gewerbe ist nur aufgrund einer im Einzelfall zu erteilenden 12  
Genehmigung erlaubt, im Übrigen aber grundsätzlich verboten. Für den Betrieb solcher  
Gewerbe ist also eine Genehmigung, auch Erlaubnis, Konzession, Bewilligung oder Zu-  
lassung (§ 15 Abs. 2 S. 1 GewO) genannt, erforderlich. Das Erfordernis gewerberechtlicher  
Genehmigungen beschränkt die Gewerbefreiheit.

**a) Bedeutung der Genehmigungsvorbehalte. aa) Öffentlichrechtliche Bedeu-** 13  
**tung.** Die gewerberechtlichen Genehmigungsvorbehalte sind meist **Kontrollerlaubnisse**:<sup>25</sup>  
Die betroffenen Gewerbe sollen nicht generell verboten werden. Der Genehmigungsvor-  
behalt ermöglicht der Behörde vielmehr, vorab die Einhaltung der öffentlichrechtlichen  
Vorgaben zu überprüfen. Wird die Genehmigung erteilt, erweitert das den Freiheitsraum des  
Gewerbetreibenden in der Sache nicht, sondern stellt lediglich seine Gewerbefreiheit wieder  
her. Dementsprechend sind die gewerberechtlichen Genehmigungen regelmäßig keine Erm-  
messensentscheidungen, sondern rechtlich gebundene Verwaltungsakte, auf deren Erteilung  
ein Anspruch besteht (→ Rn. 2).<sup>26</sup> Manche Genehmigungen sind dagegen **Ausnahme-**  
**bewilligungen**, die von einem repressiven Verbot gefährlicher oder missbilligter Hand-  
lungen befreien. Wird das Gewerbe **ohne eine** erforderliche **Genehmigung** betrieben, so  
kann die Fortsetzung des Betriebs nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO von der zuständigen Behörde  
verhindert werden. Die Verletzung gewerberechtlicher Bestimmungen kann außerdem den  
Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit oder Straftat nach §§ 144 ff. GewO erfüllen.

**bb) Gesellschaftsrechtliche Bedeutung.** Die Kommanditgesellschaft entsteht un- 14  
abhängig davon, ob erforderliche gewerberechtliche Genehmigungen vorliegen. Denn  
lediglich die Ausübung des Gewerbes, das den Gegenstand des Unternehmens der Gesell-  
schaft bildet, steht unter dem Genehmigungsvorbehalt (§ 15 Abs. 2 S. 1 GewO).

**cc) Handelsregisterrechtliche Bedeutung.** Ob eine gewerberechtliche Erlaubnis erteilt 15  
oder versagt wurde, ist für die Eintragung eines Kaufmanns oder einer Handelsgesell-  
schaft in das Handelsregister nach § 7 HGB grundsätzlich ohne Bedeutung. Einzelkaufleute  
und **Personenhandelsgesellschaften** sind deshalb auch dann einzutragen, wenn für das  
Registergericht ersichtlich eine erforderliche gewerberechtliche Genehmigung nicht vor-  
liegt oder sogar versagt worden ist.<sup>27</sup> Die Eintragung soll nach wohl herrschender Meinung  
allerdings ausnahmsweise verweigert werden dürfen, wenn der Gewerbetätigkeit ein offen-  
kundiges und unbehebbares Hindernis entgegensteht, die gewerbliche Tätigkeit beispie-  
lsweise durch bestandskräftigen Verwaltungsakt untersagt wurde.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> Krit. bereits zur früheren Rechtslage MHDB GesR II/Bezenberger, 1. Aufl. 1991, KG § 1 Rn. 357.

<sup>25</sup> Frotscher/Kramer, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 7. Aufl. 2019, Rn. 397; Jarass GewArch 1980, 177 (179); Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 9 Rn. 52 ff.

<sup>26</sup> Jarass GewArch 1980, 177 (178 f.); Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 9 Rn. 53 f.

<sup>27</sup> BayObLG 24.2.1978 – 1 Z 4/78, BayObLGZ 1978, 44 (46 f.): GmbH & Co. KG; OLG Celle 9.9.1971 – 9 Wx 7/71, BB 1972, 145 (KG); Hopt/Merkt HGB § 7 Rn. 3; Staub/Oetker HGB § 7 Rn. 11 ff.; aA Glanegger/Stuhlfelner/Cordes/Stuhlfelner HGB § 106 Rn. 3 (Eintragung der Gesellschaft nur gegen Vorlage eines positiven Vorbescheids der Genehmigungsbehörde; das ist indes mit § 7 HGB schwerlich vereinbar).

<sup>28</sup> BayObLG 18.3.1982 – 1 Z 145/81, BayObLGZ 1982, 153 (158) = BB 1982, 763 (764); OLG Düsseldorf 24.5.1985 – 3 W 71/85, BB 1985, 1933 = OLGZ 1985, 431 (432); Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan HGB § 7 Rn. 4; ähnlich Rothbächer GmbHR 2019, 18 (21) (zur GmbH); aA OLG Frankfurt a. M. 15.8.1983 – 20 W 358/83, OLGZ 1983, 416 = ZIP 1983, 1203; Koller/

- 16 Bedeutsam waren gewerberechtliche Genehmigungen vor allem für die Handelsregister-  
eintragung von **Kapitalgesellschaften**: § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG aF, § 37 Abs. 4 Nr. 5  
AktG aF hatten die Eintragung der Gesellschaft von der Vorlage der Genehmigungsurkun-  
de abhängig gemacht, wozu auch die Eintragung in die Handwerksrolle zählen sollte.<sup>29</sup> Mit  
Aufhebung dieser Vorschriften wurde die Registereintragung erleichtert und beschleunigt.<sup>30</sup> Auch für juristische Personen nach § 33 HGB und eingetragene Genossenschaften  
ist keine Genehmigungsurkunde mehr erforderlich.<sup>31</sup> Damit ist eine Genehmigungsurkun-  
de nur noch kraft sondergesetzlicher Regelungen vorzulegen, etwa für die Registerein-  
tragung von Kreditinstituten (§ 43 Abs. 1 KWG) oder von Versicherungsvereinen auf  
Gegenseitigkeit (§ 186 Abs. 1 Nr. 1 VAG).<sup>32</sup>
- 17 **b) Arten der Genehmigung. aa) Anlagenerlaubnis.** Beschäftigte und Dritte können  
vor Gefahren durch Anlagen, die mit Rücksicht auf ihre Gefährlichkeit einer besonderen  
Überwachung bedürfen, zu schützen sein. Zu diesem Zweck können nach § 31 S. 2 Nr. 3  
lit. b des Gesetzes über überwachungsbedürftige Anlagen (ÜAnlG) durch Rechtsverord-  
nung Erlaubnisvorbehalte für überwachungsbedürftige Anlagen geschaffen werden. Zu den  
Anzeigepflichten aufgrund § 31 S. 2 Nr. 3 lit. a ÜAnlG → Rn. 22.
- 18 **bb) Tätigkeits- und Betriebserlaubnis.** Gewerberechtliche Genehmigungsvorbehalte  
lassen sich in persönliche (Tätigkeits- oder Personal-) und dingliche (Betriebs-)Erlaubnisse  
unterteilen.<sup>33</sup> Tätigkeitserlaubnisse sind an die Person des selbständigen Gewerbetreibenden,  
des Betriebsleiters oder sonstiger Personen gebunden, die für den Gewerbebetrieb  
leitend tätig sind. Ihre Erteilung ist in der Regel von deren Zuverlässigkeit oder Sachkunde  
abhängig. Betriebserlaubnisse dagegen beziehen sich auf eine bestimmte Betriebsstätte.  
Viele Genehmigungen beziehen sowohl persönliche als auch dingliche Umstände mit ein.  
Dann hat sowohl ein Wechsel in der Person des Gewerbetreibenden als auch ein Wechsel  
der Betriebsräume oder Einrichtungen eine neue Erlaubnispflicht zur Folge.<sup>34</sup>
- 19 **cc) Insbesondere: Eintragung in die Handwerksrolle.** Ein Sonderfall der reinen  
Tätigkeitserlaubnis ist die Zulassung zum selbständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen  
Handwerks als stehendes Gewerbe. Sie wird durch Eintragung in die Handwerksrolle  
erteilt, § 1 Abs. 1 S. 1 HandwO. Die zulassungspflichtigen Handwerke zählt Anlage A zur  
Handwerksordnung abschließend auf. Das sind im Wesentlichen solche, bei deren Aus-  
übung Gefahren für die Gesundheit oder das Leben Dritter entstehen können. Nur wenn  
ein solches Handwerk handwerksmäßig betrieben und vollständig oder zumindest den  
wesentlichen Tätigkeiten nach ausgeübt wird, bedarf es der Eintragung in die Handwerks-  
rolle (§ 1 Abs. 2 HandwO).
- 20 Auch Personengesellschaften wie die Kommanditgesellschaft können in die Handwerks-  
rolle eingetragen werden (§ 7 Abs. 1 S. 1 HandwO). Denn in Überwindung des bis 2003  
geltenden Inhaberprinzips braucht der Inhaber des zulassungspflichtigen Handwerks nicht  
mehr besondere Anforderungen zu erfüllen, um selbst in die Handwerksrolle eingetragen  
werden zu können. Es reicht aus, wenn der Betriebsleiter die Voraussetzungen für die  
Eintragung in die Handwerksrolle mit dem zu betreibenden Handwerk oder einem mit

---

Kindler/Drüen/Roth/Stelmaszczyk HGB § 7 Rn. 2; MüKoHGB/Krafka § 7 Rn. 7; Staub/Oetker  
HGB § 7 Rn. 13; krit. auch Hopt/Merkt HGB § 7 Rn. 6.

<sup>29</sup> BGH 9.11.1987 – II ZB 49/87, BGHZ 102, 209 (214 ff.) = NJW 1988, 1087 (1088); Edenharter  
NJW 1988, 393; aA Winkler ZGR 1989, 107 (alle mwN).

<sup>30</sup> Begr. des RegE zum MoMiG, BT-Drs. 16/6140, 34; krit. Rothbächer GmbH 2019, 18.

<sup>31</sup> Hopt/Merkt HGB § 7 Rn. 5; MüKoHGB/Krafka § 7 Rn. 4; Röhrich/v. Westphalen/Haas/  
Mock/Wöstmann/Röhrich HGB § 7 Rn. 5.

<sup>32</sup> So auch Leitzen GmbH 2009, 480 (481).

<sup>33</sup> Frotscher/Kramer, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 7. Aufl. 2019,  
Rn. 400; Jarass GewArch 1980, 177 (178).

<sup>34</sup> Siehe Frotscher/Kramer, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 7. Aufl. 2019,  
Rn. 400 f.