

REFO-MAT

Datentreuhand Kompetenz Netzwerk DaT Net

ZE Zentrum
VE verantwortungsbewusste
DI Digitalisierung

Centre Responsible Digitality

Informationspaket

OFFENE HANDELSGESELLSCHAFT

URL: https://datnet.eu/rechtsformwahl/

Inhaltsverzeichnis

Vorfragen....1
Gründung....1
Beteiligte....3
Geschäftsführung/Vertretung....5
Haftung....6
Reputation....7
Unterhalt....7
Gewinnorientierung/Steuer....8
Flexibilität/Anpassungsfähigkeit....10

Offene Handelsgesellschaft (oHG)				
Frage/Kriterium	**Antwort/Eigenschaft**	**Rechtsnorm** (optional)	**Anmerkung** (optional)	**Fundstelle** (intern)
Vorfragen				
Ist eine Verstetigung vorgesehen oder wird nur ein vorübergehender (von Gesellschaftern abhängiger) Zweck verfolgt?	Die OHG verlangt zwar eine „planmäßig auf Dauer angelegte“ Tätigkeit, gleichwohl kann diese aber befristet sein. Es darf sich nicht um eine einmalige oder nur gelegentliche Tätigkeit handeln.	§ 105 I iVm § 1 HGB		BeckOGK/Servatius HGB § 1 Rn. 19-21
Gründung				
Welche Zwecke können mit der Rechtsform verfolgt werden?	Handelsgewerbe = jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, dass Unternehmen erfordert nach Art oder Umfang keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb Gewerbebetrieb = selbstständige und berufsmäßige wirtschaftliche, nicht künstlerische, wissenschaftliche oder freiberufliche Tätigkeit, die auf Gewinnerzielung durch einen auf Dauer gerichteten Geschäftsbetrieb zielt = nur gewerbliche Zwecke	§ 105 I iVm § 1 II HGB	Anbietende Tätigkeit erforderlich. Dies schließt ein reines Mitgliedergeschäft aus, ist aber abzugrenzen von einem selektiven Markt. Selektiver Markt = wenn Mitgliederwerbung dem Abschluss entsprechender Geschäfte dient. Rechtsgeschäftliche Tätigkeit erforderlich, d.h. nicht öffentlich-rechtliche Tätigkeit (z.B. gebührenpflichtiges Handeln des Staates) Nicht Gewinnerzielungsabsicht, sondern Entgeltlichkeit zu verlangen, also = es wird ein als Vergütung ernst gemeintes, nicht zwangsläufig kostendeckendes, Entgelt verlangt. Wissenschaftliche Tätigkeit nur dann, wenn ursprüngliche wissenschaftliche Schöpfung und Ausarbeitung; bei Mischtätigkeit kommt es auf Trennbarkeit und ansonsten auf den Schwerpunkt an.	Anbietende Tätigkeit, vgl. MüKoHGB/K.Schmidt/Fleischer, § 1 Rn. 28; zum selektiven Markt BeckOGK HGB/Servatius § 1 Rn. 23; Rechtsgeschäftliche Tätigkeit, MüKoHGB/K.Schmidt/Fleischer, § 1 Rn. 29; Engeltlichkeit, MüKoHGB/K.Schmidt/Fleischer, § 1 Rn. 32; Wissenschaftliche Tätigkeit, MüKoHGB/K.Schmidt/Fleischer, § 1 Rn. 34, 36
Wie vieler Gesellschafter bedarf es zur Gründung?	2	§ 105 I HGB i.V.m. § 705 BGB		

		(ggf. i.V.m. § 712a BGB)		
Welche Größe hat der Gesellschafterkreis üblicherweise?	Großer Anteil hat 2 Beteiligte, ansonsten 3-4, mehr als 4 Beteiligte eher unüblich (bei Personengesellschaften insgesamt).			Statistisches Bundesamt
Wie lange ist die Gründungsdauer?	Ab einer Woche (ohne Beratungsaufwand).			
Wie hoch sind die Gründungskosten?	Mittel (ca. 300 Euro für Handelsregistereintragung und öffentliche Beglaubigung, exklusive Beraterkosten).			
Wie hoch ist das Mindestkapital?	Ein Mindestkapital ist fakultativ. Es bestehen lediglich „Beitragspflichten“.	§ 709 BGB iVm § 105 III HGB		
Ist eine Sacheinlage möglich?	Ja			
Ist eine freie Wahl und ein Schutz des Firmennamens möglich?	Anforderungen an die Firma: - Zusatz „offene Handelsgesellschaft“, „OHG“ oder ähnliches; zudem, wenn keine natürliche Person persönlich haftender Gesellschafter ist, Kennzeichnung mit Hinweis darauf (z.B.: GmbH & Co. OHG) - Kennzeichnungswirkung = Namensfunktion - Unterscheidungskraft = Individualisierung (eingeschränkt bei Sachfirmen, wenn individualisierende Bestandteile vorhanden, ansonsten Personen- und Fantasiefirma grds. zulässig) - Firmenwahrheit = darf weder in ihrem Kern noch den Zusätzen oder insgesamt Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, unrichtige Vorstellungen hervorzurufen bzw. einen objektiv falschen Tatbestand zu behaupten (beachte: „Treuhandbegriff“ vorsichtig zu gebrauchen – in Kombination zu „Daten“ also „Datentreuhand“ aber wohl zulässig	Zusatz: § 19 I Nr. 2, 3 HGB Sonstige Anforderungen: § 18 HGB Schutz qua Unterscheidbarkeit: § 30 HGB Unterlassungsanspruch, § 37 HGB Markenrechtlicher Schutz: § 5 MarkenG		Firmenwahrheit, MüKoHGB/Heidinger § 18 Rn. 43; Treuhand als Irreführungsgrund: MüKoHGB/Heidinger § 18 Rn. 205; Markenrechtlicher Schutz der handelsrechtlichen Firma: BeckOK MarkenG/Weiler § 5 Rn. 29 ff.

	Schutz der Firma - Zwischen Firmennamen muss eine Unterscheidbarkeit innerhalb eines Ortes bestehen - Zudem Verwendung der Firma mit Unterlassungsanspruch geschützt Markenrechtlicher Schutz bei entsprechender Anmeldung grundsätzlich möglich.			
Ist ein Notartermin zur Gründung nötig?	Grundsätzlich ja, aber (nur) öffentliche Beglaubigung.	§ 106 I iVm § 12 I HGB iVm § 129 BGB	Gem. § 68 BeurkG können Landesgesetze teilweise anderen Stellen Zuständigkeit geben, bspw. in Hessen Ortsgerichtsvorsteher, vgl. § 13 HessOrtsGG	
Ist eine Gewerbeanmeldung verpflichtend?	Soweit es sich um ein Gewerbe i.S.d. Gewerberechts handelt. Grundsätzlich wird dies der Fall sein bei Vorliegen eines Handelsgewerbes.	§ 14 GewO	Abhängig von der konkreten Tätigkeit, reine Kostendeckung kann aber zum Ausschluss des Vorliegens eines Gewerbes führen, jedenfalls wenn die objektive Eignung der Tätigkeit zur Erzielung von Gewinnen fehlt.	Zur Gewinnerzielungsabsicht der GewO BeckOK-GewO/Pielow § 1 Rn. 146 ff.
Ist eine Anmeldung beim Finanzamt verpflichtend?	Regelmäßig ja.	§§ 137, 138 AO	Anzeigepflicht besteht für alle Steuerpflichtigen. Zwar ist Steuerschuldner der Einkommenssteuer bei der Personengesellschaft der Gesellschafter, die Gesellschaft kann aber Steuerschuldnerin von Gewerbesteuer und Umsatzsteuer sein.	BeckHdB Pers-Ges/Sauter § 2 Rn. 217
In welchem Register ist die Rechtsform anzumelden?	Handelsregister	§ 106 I HGB		
Welche Formvorschriften gelten für den Gesellschaftsvertrag?	Grundsätzlich formfrei.			
Beteiligte				
Wie hoch ist der Grad mitgliedschaftlicher Bindung?	Hoch.		- Gesellschaft ist angelegt auf gemeinsame Führung des Betriebs - Geschäftsführung grds. durch alle Gesellschafter	

			- Gesellschafterbeschlüsse bedürfen der Einstimmigkeit - Wettbewerbsverbot für Gesellschafter - Persönliche Haftung der Gesellschafter - Abspaltungsverbot einzelner Mitgliedschaftsrechte Aber: Kündigungsmöglichkeit, § 132 HGB.	
Wie sind die Mitgliedschaftsrechte grundsätzlich ausgestaltet?	Gleiche mitgliedschaftliche Rechte und Pflichten, grundsätzlich keine mehrfachen Beteiligungen („Einheitlichkeit der Mitgliedschaft"); aber: Vertragliche Regelungen im Innenverhältnis können wohl doch Unterschiede ermöglichen (§108 HGB). Sowohl Verwaltungs- als auch Vermögensrechte. Eine Spaltung der Verwaltungs- und Vermögensrechte ist nicht zulässig.			MHdB GesR I/Harf/Pflüger § 85 RN. 3
Ist die Mitgliedschaft übertragbar?	Ja, aber vinkuliert (Zustimmungserfordernis der übrigen Gesellschafter). Im Gesellschaftsvertrag kann aber Abtretungsklausel (pauschale Zustimmung) aufgenommen werden.	§ 105 III HGB iVm § 711 BGB		
Ist ein Beitritt zur Gesellschaft einfach möglich?	Grundsätzlich ja, mit Zustimmung aller Gesellschafter (Vertragsparteien sind alle Gesellschafter und der neu eintretende Gesellschafter), aber Eintragung im Handelsregister erforderlich.			
Ist die Einbindung eines externen Investors möglich?	Ja, aber tendenziell unattraktiv: - Eigenkapitalinstrumente (Erwerb Anteil an der OHG) gehen mit persönlicher Haftung einher. - Fremdkapitalinstrumente (Darlehen) dagegen möglich und teilweise sehr attraktiv aufgrund der persönlichen Haftung der Gesellschafter (OHG hat teilweise höhere			

	Bonität aufgrund des Drucks auf die Gesellschafter). Mezzanine Instrumente (stille Gesellschaft, partiarische Darlehen, Genussrechte) sind möglich.			
Ist die Einbindung eines staatlichen Akteurs möglich?	Gesellschafterstellung grundsätzlich möglich, würde jedoch eine unmittelbare wirtschaftliche Betätigung bedeuten (→ Gewerblichkeit), die für die öffentliche Hand unüblich und nur in sehr engen Grenzen zulässig ist.			MHdB GesR I/Möhrle § 76 Rn. 27
Daraus abzuleiten: Wie gut sind (institutionelle) Partizipations-möglichkeiten für Stakeholder?	Die Partizipationsmöglichkeiten in Form der Gesellschafterstellung sind eher gut. Gesellschafter haben volle Mitbestimmungsmöglichkeit – es besteht zudem grundsätzlich ein Einstimmigkeitsprinzip. (Beachte aber die persönliche Haftung sowie die Beitragspflicht).			
Daraus abzuleiten: Eignet sich die Rechtsform, um in einer gras-root-Konstellation alle Stakeholder einzubinden? (Neutralität)	Zum Teil ja. Die Einbindung aller Stakeholder als Gesellschafter würde grundsätzlich gleiche Rechte zwischen allen Stakeholdern bedeuten, auf der anderen Seite aber auch eine persönliche Haftung sowie Beitragspflicht der Gesellschafter. Gewinne und Verluste werden gemeinsam (nach Anteil) getragen.			
Daraus abzuleiten: Eignet sich die Rechtsform, um im Falle einer Skalierung alle Stakeholder einzubinden? (Neutralität)	Eher nicht. Eine große Anzahl von Gesellschaftern könnte Gesellschafterabstimmungen enorm erschweren aufgrund des Einstimmigkeitsprinzips (dieses ist jedoch vertraglich veränderbar). Zudem beständen eine persönliche Haftung sowie die Beitragspflicht aller Gesellschafter.			
Geschäftsführung/Vertretung				
Wer vertritt die Gesellschaft?	Grundsätzlich jeder Gesellschafter in Einzelvertretungsbefugnis (Selbstorganschaft!).	§ 124 HGB	Die Vertretungsbefugnis einzelner Gesellschafter kann ausgeschlossen werden. Es kann jedoch kein Dritter zum Geschäftsführer bestellt werden (Prinzip der Selbstorganschaft).	

Wie wird die Gesellschaft vertreten?	Durch die (vertretungsberechtigten) Gesellschafter in Einzelvertretungsbefugnis.	§ 124 HGB	Es kann eine Gesamtvertretung vereinbart werden im Gesellschaftsvertrag (§ 124 II BGB) für alle oder einzelne Gesellschafter.	
Wer führt die Geschäfte der Rechtsform im Wesentlichen?	Grundsätzlich alle Gesellschafter mit jeweils alleiniger Geschäftsführungsbefugnis.	§ 116 HGB		
Auf welche Organe kann nicht verzichtet werden? (Pflichtorgane)	Gesellschafterversammlung, Geschäftsführung und Vertretung durch Gesellschafter.	§ 109 HGB, § 116, 124 HGB		
Welche Organe sind vorgesehen oder können vorgesehen werden?	Es besteht die Möglichkeit der Schaffung eines Beirats (ggf. auch als Aufsichtsrat, Verwaltungsrat oder Gesellschafterausschuss bezeichnet).			MHdB GesR I/v. Ditfurth § 82 Rn. 69
Wie unabhängig ist die Geschäftsführung vom Kreis der Gesellschafter? (Neutralität)	Keine Unabhängigkeit aufgrund des Prinzips der Selbstorganschaft.			
Wie stark ist die Kontrolle durch die Gesellschafter? (Gegenfrage)	Sehr stark.			
Haftung				
Haften die Gesellschafter persönlich?	Ja	§ 126 HGB		
Wie ist die Haftung der Geschäftsführung/des Vorstands geregelt?	Allgemeine vertragliche Haftung (allgemeiner Sorgfaltsmaßstab, also Haftung bei Fahrlässigkeit und Vorsatz).	§§ 280 I, 276 ff. BGB	In Betracht kommt eine Haftung bei Unterlassung gebotener oder Vornahme unzweckmäßiger Geschäftsführungshandlungen ebenso wie die Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis (Kompetenzüberschreitung). Die Reichweite des unternehmerischen Ermessens (im Sinne der „Business Judgement Rule“) ist umstritten.	MHdB GesR I/v. Ditfurth § 82 Rn. 28, 29
Ist eine Versicherung der Geschäftsführung/des Vorstands einfach möglich?	D&O Versicherungen sind für Geschäftsführer von Personengesellschaften möglich, aber nicht üblich.		Die D&O Versicherung bei Personengesellschaften hat eine eingeschränkte Deckung. Eigenschäden des (geschäftsführenden) Gesellschafters und dessen Angehörigen werden nicht übernommen. Bei einer Innenhaftung wird der Schaden daher um die	BeckOGK/Scholl HGB § 116 Rn. 173, 174

			Kapitalquote des Gesellschafters vermindert (AVB D&O 2020 A-6.3).	
Reputation				
Wie hoch ist das Vertrauen etablierter Wirtschaftsakteure in die geschäftliche Seriosität der Rechtsform?	Hoch. Die Eintragung ins Handelsregister sowie die persönliche Haftung der Gesellschafter verschaffen der OHG eine gute Reputation sowie eine gute Bonität.			
Wie hoch ist das Vertrauen von KMU in die geschäftliche Seriosität der Rechtsform?	Hoch. Die Eintragung ins Handelsregister sowie die persönliche Haftung der Gesellschafter verschaffen der OHG eine gute Reputation sowie eine gute Bonität.			
Wie hoch ist das Vertrauen von Verbrauchern in die geschäftliche Seriosität der Rechtsform?	Eindeutige Aussagen sind schwierig zu treffen mangels entsprechender Studien. Es besteht aber wohl ein hohes Vertrauen in etablierte Mittelständler und Familienunternehmen, die häufig mit der Rechtsform der OHG assoziiert werden.			
Ist die Rechtsform geeignet, um Vertrauen in das Verfolgen altruistischer Ziele zu stiften oder zu bestärken?	Nein, es handelt sich um eine gewerblich handelnde Rechtsform, sodass kein Vertrauen in das Verfolgen altruistischer Zwecke besteht.			
Unterhalt				
Wie hoch sind die wiederkehrenden Kosten beim Unterhalt der Rechtsform einzuschätzen?	Eher gering.		Kosten entstehen aus der Buchhaltung, Beratungsaufwand (anwaltliche und steuerliche Beratung), klassische laufende Kosten, Versicherungen und Mitgliedschaften (z.B. IHK-Mitgliedschaft). Die niedrigschwellige Buchhaltung, fehlende Veröffentlichungspflicht und auch sonst niedrige Bürokratieanforderungen führen zu geringen Kosten.	
Würde man die Rechtsform einem Unternehmen mit einem Jahresumsatz unter 17.500 EUR empfehlen?	Möglich.			
Würde man die Rechtsform einem Unternehmen mit einem Jahresumsatz	Ja.			

zwischen 17.500 und 600.000 EUR empfehlen?				
Würde man die Rechtsform einem Unternehmen mit einem Jahresumsatz über 600.000 EUR empfehlen?	Eher ja.			
Wie viele Personen werden benötigt, um die Rechtsform unterhalten zu können?	Grundsätzlich eine Person.		Rechtlich erforderlich ist nur ein Geschäftsführer aus dem Kreis der persönlich haftenden Gesellschafter.	
Ist es erforderlich, einen offenen Jahresabschluss zu erstellen?	Grundsätzlich nein. Ausnahmen: - OHG ohne natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter (z.B. GmbH & Co. OHG) - OHG, wenn mindestens zwei der nachfolgenden Kriterien erfüllt sind: Bilanzsumme über 65 Mio. Euro (Jahresbilanz), Umsatzerlöse über 130 Mio. Euro (12 Monate zum Abschlussstichtag), mehr als 5.000 Arbeitnehmer (Durchschnitt, 12 Monate zum Abschlussstichtag)	§ 264a HGB; §§ 1 ff. PublG		
Besteht eine Bilanzierungspflicht?	Ja	§ 242 HGB; (ergänzende Buchführungspflicht gem. §§ 140 ff. AO)		
Gewinnorientierung/Steuer				
Ist eine Gewinnausschüttung möglich?	Ja.	§ 122 HGB		
Kann die Rechtsform stattdessen nur kostendeckend unterhalten werden?	Umstritten, wohl aber ja.		Es besteht Streit über die Frage, ob ein Handelsgewerbe eine „Gewinnerzielungsabsicht“ haben muss oder auch rein „Entgeltlich“ betrieben werden kann. Zwar fordert die Rechtsprechung wohl weiterhin eine „Gewinnerzielungsabsicht“, schränkt dies aber dahingehend ein, dass die Erzielung	

			eines wirtschaftlichen Ergebnisses ausreicht. Dies bedeutet bereits das Ausreichen einer Entgeltlichkeit – sodass eine Kostendeckung nicht erforderlich ist.	
Können mit der Rechtsform gemeinnützige Zwecke verfolgt werden?	Ja, aber keine Steuerbefreiung.	Argumentum e contrario § 51 AO (nur Körperschaften i.S.v. § 1 KStG)		
Kann die Rechtsform darauf gerichtet sein, einen Geschäftsbetrieb aufrechtzuerhalten, der zu Verlusten führt?	Umstritten, wohl aber ja.		Es besteht Streit über die Frage, ob ein Handelsgewerbe eine „Gewinnerzielungsabsicht“ haben muss oder auch rein „entgeltlich“ betrieben werden kann. Zwar fordert die Rechtsprechung wohl weiterhin eine „Gewinnerzielungsabsicht“, schränkt dies aber dahingehend ein, dass die Erzielung eines wirtschaftlichen Ergebnisses ausreicht. Dies bedeutet bereits das Ausreichen einer Entgeltlichkeit – sodass eine Kostendeckung nicht erforderlich ist.	MüKoHGB/Karsten Schmidt/Fleischer HGB § 1 Rn. 32
Ist grundsätzlich Gewerbesteuer zu zahlen?	Ja, soweit ein Gewerbebetrieb i.S.d. EStG vorliegt.	§ 2 I GewStG iVm § 15 EStG	Anders als in anderen Rechtskontexten, kommt es hier auf eine Gewinnerzielungsabsicht an – es ist also ein Totalgewinn erforderlich als subjektive Zwecksetzung. Die Zuführung des Gewinns zu gemeinnützigen Zwecken schließt die steuerrechtliche Behandlung als gewerbliches Unternehmen dagegen nicht aus. Betrieb angelegt auf Verlust oder nur Deckung der Selbstkosten schließt dagegen den Tatbestand aus.	Brandis/Heuermann/Bode EStG § 15 Rn. 36-44

Ist grundsätzlich Körperschaftssteuer zu zahlen?	Nein. Ausnahme: Aktive Optierung.	§ 1 KStG; Ausnahme nach § 1a KStG		
Ist grundsätzlich Einkommenssteuer zu zahlen?	Ja. Aber: Steuerpflicht bezieht sich auf die Gesellschafter als solche, soweit nicht Optierung nach § 1a KStG erfolgt (Personengesellschaften sind „steuerlich transparent“).	§ 2 EStG		
Flexibilität/Anpassungsfähigkeit				
Ist eine Zweckänderung in der Rechtsform leicht möglich?	Nein – eine Zweckänderung ist ohne Umwandlung grundsätzlich nicht möglich. Zweck kann einzig und allein der Betrieb eines Handelsgewerbes sein.	§ 105 I HGB	Ausnahmen ergeben sich nur aus § 107 HGB (Kleingewerbe, Freiberufliche Tätigkeiten, Vermögensverwaltung).	
Ist eine Umwandlung in eine andere Rechtsform leicht möglich?	Grundsätzlich ja.	§ 191 UmwG	Innerhalb der Personengesellschaften vollzieht sich der Rechtsformwechsel „automatisch“. Die Aufnahme eines beschränkt haftenden Gesellschafters führt automatisch zur Umwandlung in eine KG und umgekehrt (soweit mind. zwei Gesellschafter verbleiben). Der Wechsel in eine Kapitelgesellschaft ist nach dem UmwG möglich.	Vgl. Böttcher/Habighorst/Schulte UmwG/Althoff § 190 Rn. 39 ff.