

Veröffentlichung der Rechtsanwaltssozietät Nürnberger Schlünder

Große Hamburger Str. 17  
D-10115 Berlin

Tel.: +49 (0)30 20 30 17 90

Fax: +49 (0)30 20 30 17 99

[info@nuernberger-schluender.de](mailto:info@nuernberger-schluender.de)

[www.nuernberger-schluender.de](http://www.nuernberger-schluender.de)

## **Die Reform des Handelsgesetzbuches: Welche GbR ist nun automatisch OHG?**

Am 01.07.1998 ist eine umfassende Überarbeitung des Handelsgesetzbuches (HGB) in Kraft getreten. Eine der grundlegenden Änderungen betrifft den Personenkreis, auf den das HGB künftig Anwendung findet. Dies hat nicht nur Auswirkungen bei einzelnen Geschäften, sondern insbesondere auch auf die Gesellschaftsform des Unternehmens. Denn für Kaufleute steht die Gesellschaftsform der GbR (Gesellschaft bürgerlichen Rechts) nicht zur Verfügung, sondern nur die Formen des HGB, also hauptsächlich die OHG (Offene Handelsgesellschaft) und die KG (Kommanditgesellschaft).

### **1. Wer ist Kaufmann?**

Von nun an ist jeder Gewerbetreibende, dessen Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, automatisch Kaufmann mit der Folge, daß alle Regeln des HGB auf ihn Anwendung finden und er verpflichtet ist, seine Firma in das Handelsregister eintragen zu lassen. Ausgenommen hiervon sind lediglich Landwirte und Freiberufler wie Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Rechtsanwälte, Notare, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Architekten und andere. Die sogenannten Kleingewerbebetriebe, die keinen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb unterhalten, können ihre Firma freiwillig in das Handelsregister eintragen lassen und werden dann mit der Eintragung Kaufleute.

Die Abgrenzung zwischen Kleingewerbebetrieben und kaufmännischen Betrieben ist trotz der weitreichenden Folgen nicht immer einfach. Er wird auch von den

unterschiedlichen Handelsregistern und Registergerichten nicht ganz einheitlich gehandhabt. Eine wegweisende Rechtsprechung zur Gesetzesneuerung steht noch aus, so daß sich klare Richtlinien noch nicht angeben lassen. Es haben sich in der Praxis jedoch gewisse Indizien entwickelt, die für die Kaufmannseigenschaft sprechen:

- die Beschäftigung von mehr als fünf Mitarbeitern, wobei hierzu auch freie Mitarbeiter und u.U. auch Handelsvertreter gehören,
- ein Betriebsvermögen, dessen Substanzwerte nach ihrem Verkehrswert DM 250.000,00 übersteigen,
- die Inanspruchnahme von Krediten in einer Gesamthöhe von mehr als DM 100.000,00,
- das Vorhandensein mehrerer Betriebsstandorte,
- ein gewisses Umsatzvolumen pro Jahr, das allerdings je nach Art der Tätigkeit unterschiedlich ist, nämlich: Einzelhandel: DM 500.000,00, Großhandel: DM 1 Mio., Handelsvertreter: DM 200.000,00 Provision, Industrie: DM 1 Mio., Handwerk und ähnliche bzw. Mischbetriebe: DM 500.000,00, Dienstleistung: DM 500.000,00, Bauträger: DM 2 Mio.

Hierbei handelt es sich, das sei nochmals betont, lediglich um vage Anhaltspunkte, entscheidend bleibt immer das Gesamtbild des Betriebes.

## **2. Was folgt aus der Kaufmannseigenschaft?**

### **a) Eintragungspflicht**

Gemäß § 29 HGB ist jeder Kaufmann verpflichtet, seine Firma und den Ort seiner Handelsniederlassung bei dem Gericht, in dessen Bezirk sich die Niederlassung befindet, in das Handelsregister eintragen zu lassen. Hierbei ist der Kaufmann nicht mehr gezwungen, seine Firma, das ist der Name des Betriebes, nach den strengen Regeln des alten Rechts zu bilden, die etwa verlangten, daß die Firma einer OHG den Familiennamen des Inhabers enthalten mußte. Er kann nunmehr auch für eine Personenhandelsgesellschaft einen Phantasienamen wählen. Neu ist, daß die Firma bei eingetragenen Einzelkaufleuten nun die Bezeichnung „eingetragener Kaufmann“ oder „eingetragene Kauffrau“ oder eine allgemeinverständliche Abkürzung tragen muß, wie etwa „e. K“.

## **b) Buchführungspflicht**

Das HGB enthält umfangreiche Vorschriften über die Buchführung eines Kaufmanns. Jeder, der Kaufmann ist, muß sich an diese Vorschriften halten. Zu den Pflichten gehört etwa die Erstellung eines Inventars zu Beginn des Betriebes und die Erstellung eines Jahresabschlusses bzw. einer Bilanz, die den einzelnen Regeln des HGB entspricht.

## **c) Einzelne Geschäfte**

Das HGB enthält einen eigenen Abschnitt über „Handelsgeschäfte“. Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören. Wer also bei Betreiben seines Gewerbes Geschäfte abschließt, muß sich an die – im allgemeinen strengeren – Regeln des HGB halten. Dies bedeutet z.B.: Während die Übernahme einer Bürgschaft durch einen Privatmann nur schriftlich erfolgen kann, ist die Bürgschaft durch einen Kaufmann auch dann gültig, wenn sie mündlich erklärt wurde. Bei gekauften Handelswaren hat der Kaufmann die Pflicht, diese nach Anlieferung sofort zu untersuchen und etwaige Mängel unverzüglich anzuzeigen; tut er dies nicht, gilt die Ware als genehmigt.

## **d) Keine Restschuldbefreiung nach Insolvenzordnung**

Ein Kaufmann kann nicht an dem Verfahren der Restschuldbefreiung nach der neuen Insolvenzordnung teilnehmen, da dieses nur vorgesehen ist für natürliche Personen, die keine oder nur eine geringfügige wirtschaftliche Tätigkeit ausüben (§ 304 InsO).

## **e) Gesellschaftsform**

Soll eine Gewerbe nicht nur durch einen, sondern durch mehrere Inhaber betrieben werden, so wird eine Gesellschaft gegründet. Das deutsche Recht sieht einen Katalog von gesetzlich vorgesehenen Gesellschaftsformen vor, aus denen die Gesellschafter sich eine Form auswählen müssen. Für Kaufleute kommen alle Gesellschaftsformen in Betracht, die im HGB vorgesehen sind. Dazu gehören als Personenhandelsgesellschaften vor allem: die offene Handelsgesellschaft (OHG) und die Kommanditgesellschaft (KG), wobei bei beiden auch stille Gesellschafter beteiligt werden können. Ferner können Kaufleute Kapitalgesellschaften wie die GmbH oder die AG gründen. Daneben gibt es noch einige Mischformen.

**Wichtig:** Nicht zur Verfügung steht Kaufleuten die Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die im BGB vorgesehen ist. Wer seinen Betrieb also bislang als GbR geführt hat, ist möglicherweise nunmehr automatisch zur OHG

geworden. Das heißt, daß die Gesellschaft beim Handelsregister angemeldet werden muß und daß fortan nicht mehr die Regeln des BGB für die Gesellschaft gelten, sondern die des HGB. Diese weichen in einigen wichtigen Punkten von denen des BGB ab. Unter Umständen ist daher eine Anpassung des Gesellschaftsvertrages dringend anzuraten, damit es nicht zu unliebsamen Überraschungen kommt.

(Stand: März 1999)