

von Rechtsanwalt **Patrick Prestel**

# Für Gewerbetreibende, die kein Kleingewerbe betreiben: die Offene Handelsgesellschaft (OHG)

Die Offene Handelsgesellschaft (OHG) bietet sich für alle Gewerbetreibende an, die zwar aufgrund der Größe ihres Geschäfts kein Kleingewerbe mehr betreiben, aber dennoch schnell auf einfach eine Gesellschaft gründen wollen. Im Folgenden wird die OHG in ihren wesentlichen Punkten dargestellt.

## I. Entstehung

Die OHG kann auf zwei Wegen entstehen: entweder durch Neugründung oder durch Umwandlung einer anderen Gesellschaft in eine OHG. Letzteres ist z.B. der Fall, wenn eine GbR nunmehr ein Handelsgewerbe betreibt oder wenn eine KG die beschränkte Haftung des Kommanditisten aufhebt.

Des Weiteren ist dabei zu unterscheiden zwischen der Entstehung im Innenverhältnis (Verhältnis der Gesellschafter untereinander) und der Entstehung im Außenverhältnis (Verhältnis gegenüber Dritten).

### 1. Entstehung im Innenverhältnis

Die OHG wird im Innenverhältnis durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrages von mindestens zwei Personen, den Gesellschaftern, begründet (vgl. § 105 HGB). Dabei muss der Gesellschaftszweck der Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinsamer Firma sein. Schließlich darf bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt sein.

#### a. Vertragsschluss

Der Vertrag kann schriftlich oder mündlich geschlossen werden. Dennoch empfiehlt es sich dringend, den Gesellschaftsvertrag schriftlich zu schließen. Dabei sollten alle wesentlichen Punkte wie Geschäftsführung, Vertretung, Anteile an Gewinn und Verlust, Haftung oder Änderung im Mitgliederbestand ausdrücklich geregelt werden. Somit kann im Falle eines Rechtsstreits nachgewiesen werden, wie die Rechtsverhältnisse ausgestaltet waren.

Parteien des Vertrages können nicht nur natürliche Personen, sondern auch juristische Personen (GmbH, AG) und die Personenvereinigungen OHG, KG und Außen-GbR sein.

## b. Zweck

Der Zweck der Gesellschaft muss auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinsamer Firma gerichtet sein, weil andernfalls die Gesellschaft kraft Gesetzes („automatisch“) eine GbR ist (außer, sie ist bereits als OHG in das Handelsregister eingetragen und damit ein OHG nach § 105 Abs. 2 HGB).

Ein Handelsgewerbe liegt dann vor, wenn das Gewerbe kein Kleingewerbe ist und auf Antrag des Gewerbetreibenden in das Handelsregister eingetragen wurde. Ein Kleingewerbe liegt vor, wenn das Gewerbe nach Art (Vielzahl von Erzeugnissen oder Leistungen) und Umfang (Umsatz) der Geschäftstätigkeit eine kaufmännische Einrichtung nicht erfordert. Zur kaufmännischen Einrichtung zählen dabei u.a. eine kaufmännische Buchführung und Bilanzierung sowie eine kaufmännische Bezeichnung.

Das Gesetz stellt eine Vermutung auf, dass jedes Gewerbe ein Handelsgewerbe sei. Diese Vermutung kann aber widerlegt werden.

Liegt kein Handelsgewerbe vor, so kann die Gesellschaft dennoch eine OHG sein, wenn sie als OHG ins Handelsregister eingetragen ist, vgl. § 105 Abs. 2 HGB.

## c. keine Beschränkung der Haftung

Bei keinem der Gesellschafter darf die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt sein. Ist sie bei einem Teil der Gesellschafter beschränkt, so ist die Gesellschaft eine KG. Ist im Vertrag keine Regelung getroffen, so gilt die Haftung als nicht beschränkt.

## d. Gesellschaftsvermögen

Bei der OHG muss kein Gesellschaftsvermögen (Stammkapital) gebildet werden. Natürlich ist aber möglich eines zu bilden.

## 2. Entstehung im Außenverhältnis zu Dritten

Für die Entstehung im Außenverhältnis gibt es zwei Möglichkeiten.

Spätestens mit der Eintragung in das Handelsregister wird die OHG nach außen wirksam, vgl. § 123 I HGB.

Davor wird sie auch ohne Eintragung nach außen wirksam, wenn sie ihre Geschäfte beginnt. Dafür ist es erforderlich, dass zum einen ein Handelsgewerbe bezweckt ist und zum anderen, dass das getätigte Geschäft der Gesellschaft zuzurechnen ist. Letzteres ist dann der Fall, wenn es im Namen der Gesellschaft und mit Vollmacht aller Gesellschafter vorgenommen wird.

## II. Geschäftsführung (Innenverhältnis)

Die Befugnis zur Geschäftsführung bestimmt sich in erster Linie nach der Regelung im Gesellschaftsvertrag, vgl. § 109 HGB. Damit kann von den folgenden gesetzlichen Regelungen vollständig oder teilweise abgewichen werden.

Ist dort die Geschäftsführung nicht geregelt, so sind grundsätzlich alle Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt, vgl. § 114 Abs. 1 HGB.

Auch kann die Geschäftsführung im Gesellschaftsvertrag auf einen oder mehrere Gesellschafter übertragen werden. Dann sind die anderen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen (vgl. § 114 Abs. 2 HGB).

Steht die Geschäftsführung allen oder mehreren Gesellschaftern zu, so ist jeder von ihnen berechtigt, allein zu handeln, vgl. § 115 Abs.1 HS.1 HGB (Einzelgeschäftsführungsbefugnis). Somit gilt grundsätzlich die Einzelgeschäftsführung. Der Gesellschafter muss jedoch – soweit möglich- zumindest bei bedeutenderen Maßnahmen die Mitgesellschafter vorab unterrichten und ihnen die Möglichkeit zum Widerspruch nach § 115 Abs. 1 HS.2 HGB geben. Widerspricht ein anderer Gesellschafter, so darf der eine Gesellschafter die Handlung (nach dem Innenverhältnis) nicht vornehmen.

Ist im Gesellschaftsvertrag bestimmt, dass die Gesellschafter, denen die Geschäftsführung zusteht, nur zusammen handeln können (Gesamtgeschäftsführung), so ist die Zustimmung aller anderen geschäftsführenden Gesellschafter notwendig (Einheitsprinzip). Ausnahmsweise gilt dies nicht, wenn Gefahr im Verzug vorliegt.

Der Umfang der Geschäftsführung erstreckt sich jedoch nur auf Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des jeweiligen Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt. Bei allen anderen ist erst ein Beschluss sämtlicher Gesellschafter einzuholen vgl. § 116 HGB.

## III. Vertretung (Außenverhältnis)

Auch die Vertretung richtet sich zunächst nach der Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag. Solange ein Gesellschafter dort nicht von der Vertretung ausgeschlossen ist, so ist er allein berechtigt, die Gesellschaft zu vertreten, vgl. § 125 HGB.

Im Gesellschaftsvertrag kann bestimmt werden, dass alle oder mehrere Gesellschafter nur in Gemeinschaft zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sind (Gesamtvertretung). Diese können wiederum einzelne Gesellschafter zur Alleinvornahme eines bestimmten Rechtsgeschäfts oder einer bestimmten Art von Rechtsgeschäften bevollmächtigen. Für den Empfang einer Erklärung (Passivvertretung) gilt die Einzelvertretung, vgl. § 125 Abs. 2 HGB.

Der Umfang der Vertretungsmacht erstreckt sich auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschließlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken sowie der Erteilung und des Widerrufs einer Prokura, vgl. § 126 Abs. 1 HGB. Eine Beschränkung dieser Regelung ist Dritten gegenüber unwirksam.

## IV. Haftung

Die Gesellschafter haften Dritten gegenüber für die Verbindlichkeiten der OHG nach § 128 S.1 HGB persönlich und unbeschränkt als Gesamtschuldner. Das bedeutet, dass ein Gesellschafter mit seinem gesamten Privatvermögen einzustehen hat.

## V. Anteile an Gewinn und Verlust

Die Anteile an Gewinn und Verlust bestimmen sich in erster Linie nach der Regelung im Gesellschaftsvertrag, da von den Regelungen der §§ 121 – 123 HGB abgewichen werden kann.

Mangels einer solchen Regelung, wird der Gewinn bzw. der Verlust anteilig dem Kapitalanteil des jeweiligen Gesellschafters zu- bzw. abgeschrieben. Dadurch kommt der Gewinn einem Gesellschafter persönlich nur mittelbar zugute.

## VI. Impressum

Ein Musterimpressum müsste wie folgt aussehen:

Musterfirma OHG  
Mustermannstr. 1  
80339 München

Telefon: +49 (0)89 / 12 34 56

Telefax: +49 (0)89 / 12 34 57

E-Mail: info@musterfirma.de

Vertretungsberechtigte Gesellschafter: Max Mustermann und Stefanie Musterfrau

Registergericht: Amtsgericht München

Registernummer: HRA 11111

Umsatzsteuer-Identifikationsnummer gemäß § 27 a Umsatzsteuergesetz: DE 1234567 (*wenn vorhanden*)

Wirtschaftsidentifikationsnummer gemäß § 139 c Abgabenordnung: DE 1234567 (*wenn vorhanden*)

Verantwortliche i.S.d. § 55 Abs. 2 RStV: Renate Beispiel, Beispielstr.1, 80339 München (*wenn journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote angeboten werden*)

## VII. E-Mail-Signatur

Eine E-Mail-Signatur müsste folgende Angaben enthalten:

Motor Mustermann OHG

Sitz der Gesellschaft: München

Registergericht: Amtsgericht München, HRA 11111

## VIII. Änderung im Mitgliederbestand

Stirbt ein Gesellschafter so wird grundsätzlich die Gesellschaft fortgeführt (vgl. § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB) sofern nicht im Gesellschaftsvertrag die Auflösung vorgesehen ist. Der Anteil des Verstorbenen wächst den übrigen Gesellschaftern an, vgl. §§ 738 Abs. 1 BGB, 105 Abs. 3 HGB. Die Auflösung hingegen führt zur Auseinandersetzung der Gesellschafter und schließlich zur Beendigung der Gesellschaft.

Stirbt ein Gesellschafter und gibt es eine sog. Nachfolgeklausel oder eine sog. Eintrittsklausel, so kann eine neue Person Gesellschafter werden.

Für einen Wechsel unter Lebenden gibt es zwei Möglichkeiten. Der Gesellschafter überträgt seinen Gesellschaftsanteil mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter auf einen Dritten, der damit neuer Gesellschafter wird. Oder der ausscheidende Gesellschafter schließt mit den übrigen Gesellschaftern einen Vertrag über den Austritt und der eintretende Gesellschafter schließt mit den übrigen Gesellschaftern einen Vertrag über seinen Eintritt. Diese beiden Verträge können auch zusammengefasst werden.

Durch einen sogenannten Aufnahmevertrag kann ein weiterer Gesellschafter in die Gesellschaft eintreten.

## IX. Beendigung der Gesellschaft

Durch Gesellschafterbeschluss, Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft, gerichtliche Entscheidung oder Zeitablauf wird die OHG aufgelöst, vgl. § 131 Abs. 1 HGB. Die Auflösung führt zur Auseinandersetzung der Gesellschafter und schließlich zur Beendigung der Gesellschaft.

## X. Nachhaftung

Für die Gesellschaftsschulden, für die ein Gesellschafter im Außenverhältnis persönlich haftet, besteht diese Haftung auch nach Ausscheiden des Gesellschafters grundsätzlich fort, wenn im Zeitpunkt des Ausscheidens bereits der Rechtsgrund für den Anspruch gelegt war. Die Nachhaftung endet grundsätzlich 5 Jahre nach dem Ausscheiden (vgl. § 160 HGB).

Sie haben Fragen zur OHG oder sonst zum Gesellschaftsrecht? Gerne können Sie uns kontaktieren.

Autor:

**RA Patrick Prestel**