

## Merkblatt Wahl der Rechtsform

Stand: März 2009

### 1. Allgemeines

Die Entscheidung, in welcher Rechtsform ein Unternehmen geführt wird, hat persönliche, finanzielle, steuerliche und rechtliche Folgen.

Allgemein gilt: Die optimale Rechtsform gibt es nicht. Jede Form hat Vor- und Nachteile.

Bevor die Rechtsform festgelegt wird, sollten folgende Fragen geklärt werden:

- Muss eine Eintragung in das Handelsregister erfolgen?
- Soll vom Eintragsrecht in das Handelsregister Gebrauch gemacht werden?
- Wie viel Eigenkapital kann aufgebracht werden?
- Ist das Vorhaben risikoreich?
- Soll die Haftung beschränkt werden?
- Von wie viel Personen soll das Unternehmen gegründet werden?
- Wer soll das Unternehmen leiten?
- Soll das Unternehmen eine möglichst hohe Kreditwürdigkeit haben?
- Sollen möglichst wenig Formalitäten bei der Gründung entstehen?

In der Tabelle am Ende des Merkblattes werden die für gewerblich tätige Unternehmen zur Verfügung stehenden Rechtsformen im Überblick dargestellt.

### 2. Handelsregister

Wie aus der Tabelle ersichtlich, wird zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten (Kleingewerbetreibende) unterschieden. Sämtliche Kaufleute müssen sich in das Handelsregister eintragen lassen.

Das Handelsregister ist ein öffentliches Verzeichnis aller Kaufleute, das von jedermann eingesehen werden kann. Es legt die wesentlichen Rechtsverhältnisse der Einzelkaufleute sowie der Personen- und Kapitalgesellschaften offen.

Das Handelsregister besteht aus zwei Abteilungen. In der Abteilung A werden Einzelkaufleute und Personengesellschaften eingetragen. Zu den Personengesellschaften gehören die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die GmbH & Co. OHG sowie die GmbH & Co. KG. Die Abteilung B des Handelsregisters beinhaltet die Kapitalgesellschaften (Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Aktiengesellschaften), die kraft Gesetzes Kaufmann sind.

Für Eintragungen im Handelsregister A besteht für Einzelunternehmen und Personengesellschaften ein Eintragsrecht, unter Umständen auch eine Eintragungspflicht.

### 3. Eintragsrecht

Lässt sich der Kleingewerbetreibende ins Handelsregister eintragen, wird er zum Kaufmann. Damit ist für ihn nicht mehr nur das Bürgerliche Gesetzbuch maßgeblich, sondern auch das Handelsgesetzbuch.

Charakteristika für die Geltung des Handelsgesetzbuches sind insbesondere die Selbstverantwortlichkeit des Kaufmanns, die Einfachheit sowie die Schnelligkeit des Handelsverkehrs. Dem Kaufmann wird zugemutet, Risiken und Chancen selbst abwägen zu können. Er ist nach dem Gesetz daher nicht so schutzwürdig wie der Privatmann.

Entschließt sich also der "Kleingewerbetreibende" von der freiwilligen Eintragung ins Handelsregister Gebrauch zu machen, sollte er wissen, welche Rechte und Pflichten er mit dieser konstitutiven (rechtsbegründenden) Eintragung übernimmt. Dies kann für ihn zu einer größeren Freiheit und damit Vorteilen bringen, zum anderen aber aufgrund der strengeren Pflichten auch

nachteilig wirken. Im Folgenden sind einige Konsequenzen, die die Eintragung als Kaufmann nach sich zieht, aufgeführt.

#### Formfreiheit

Kaufmann Schmitz erhält in seinem Geschäft Besuch von seinem Freund, Herrn Müller. Dieser bittet Herrn Schmitz, für ihn bei der D-Bank in einer Höhe von 5.000,-- Euro zu bürgen. Herr Schmitz erklärt sich sofort bereit und ruft bei der D-Bank an, um sich so für Herrn Müller zu verbürgen. Ist eine gültige Bürgschaft zustande gekommen?

Falls Schmitz von der Eintragungsoption Gebrauch gemacht hat, gilt § 350 Handelsgesetzbuch. Danach unterliegen Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis und Bürgschaft nicht dem Erfordernis der Schriftform. Kaufmann Schmitz hat damit wirksam für Herrn Müller gebürgt. Nach den Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches ist dagegen die schriftliche Form zum Schutz des Bürgen notwendig. Eine Bürgschaftserklärung ist nach § 766 Bürgerliches Gesetzbuch schriftlich zu erteilen. Eine telefonische Erklärung des Kleingewerbetreibenden Schmitz wäre somit ungültig.

#### Rügepflicht

Kaufmann Schmitz erhält von dem Blumengroßhändler van Breukelen eine Lieferung holländischer Tulpen. Diese sind von Läusen übersät. Dies entdeckt Schmitz jedoch erst am nächsten Vormittag, weil er nach der Lieferung am Vortag mit seiner Ehefrau zum Einkaufen verabredet war. Kann er den Kauf wegen des Lausbefalls rückgängig machen?

Kaufleute sind verpflichtet, unverzüglich nach der Lieferung die Ware zu untersuchen. Finden sich dabei Mängel, so muss der Käufer diese Mängel wiederum unverzüglich dem Verkäufer mitteilen. Unverzüglich bedeutet hier ohne schuldhafte Verzögerung, was sehr streng ausgelegt wird. Da Herr Schmitz die Ware weder unverzüglich untersuchte noch den Lausbefall sofort rügte, gilt die Ware als genehmigt. Er kann als Kaufmann keine Gewährleistungsansprüche geltend machen. Wäre Herr Schmitz Kleingewerbetreibender, so hätte er ein halbes Jahr Zeit, Ansprüche geltend zu machen. Er könnte vorliegend also noch die Rückgängigmachung des Kaufes verlangen.

#### Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben

Kaufmann Schmitz und Kaufmann Meyer einigen sich telefonisch über die Lieferung von 50 Sträußen Blumen an Herrn Meyer, die dieser an langjährige Kunden verteilen lassen will. Einen Tag später schickt Meyer einen Brief, der den Vertragsinhalt wiederholt und zusätzlich ein Skonto von 3 % bei Direktzahlung enthält. Schmitz äußert sich dazu nicht. Muss er 3 % Rabatt gewähren? Im Handelsrecht gilt eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass Schweigen keine rechtliche Wirkung hat. Das kaufmännische Bestätigungsschreiben dient dazu, den genauen Inhalt eines geschlossenen Vertrages festzulegen und gegebenenfalls Irrtümer und Missverständnisse auszuräumen. Der Empfänger muss als ordentlicher Kaufmann unverzüglich widersprechen, wenn er mit dem Inhalt des Schreibens nicht einverstanden ist, sofern sich das Schreiben nicht so weit von dem ursprünglichen Inhalt entfernt, dass der Absender nicht mit dem Einverständnis des Empfängers rechnen darf.

Hier hat Kaufmann Meyer die Schutzgrenzen des Bestätigungsschreibens eingehalten, denn die Einräumung eines Direktzahlungsrabattes ist unter Kaufleuten üblich. Da Schmitz untätig geblieben ist, ist er also zur Gewährung des Rabattes verpflichtet. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch kommt ein Vertrag nur bei ausdrücklicher Annahme zu Stande. Wäre Herr Schmitz also Kleingewerbetreibender, so wäre der Rabatt nicht Vertragsinhalt geworden, weil er als Nichtkaufmann nicht zum Widerspruch verpflichtet ist. Hier gilt Schweigen gerade nicht als Zustimmung.

#### Firmenführung

Nur Kaufleute sind berechtigt, eine Firma zu führen. Dabei müssen Firmierungsgrundsätze, wie z.B. das Irreführungsverbot oder die Unterscheidungskraft, beachtet werden.

Die Firmenführung ist für viele Unternehmer im täglichen Geschäftsleben von großer Bedeutung. So machen z.B. ausländische Unternehmen Vertragsabschlüsse sehr häufig von der Eintragung im Handelsregister abhängig.

#### Prokura/ Handlungs- und Ladenvollmacht

Nur Kaufleute können Prokura erteilen. Sie berechtigt den Prokuristen zum Abschluss von Geschäften jeder Art, die mit dem Handelsgewerbe zusammenhängen. Die Prokura ist gegenüber Dritten zur Erleichterung des Handelsverkehrs fast nicht beschränkbar. Beschränkungen können nur im Innenverhältnis zwischen Kaufmann und Prokurist vorgenommen werden.

Neben der Prokura eröffnet das Handelsgesetzbuch noch andere Möglichkeiten der Vertretung. Kaufleute können eine Handlungsvollmacht ausstellen. Handlungsvollmacht ist jede im Betrieb eines Handelsgewerbes ausgestellte Vollmacht, die keine Prokura ist. Sie hat einen engeren

Umfang als die Prokura. Für Angestellte in einem Laden oder offenen Warenlager gilt die sogenannte Ladenvollmacht. Die Angestellten gelten, sofern es sich um übliche Geschäfte des betroffenen Ladens handelt, als ermächtigt, Verkäufe und Empfangnahmen vorzunehmen. Im Gegensatz dazu muss der Kleingewerbetreibende die Vertretung nach dem Bürgerlichen Recht mittels Vollmachten organisieren.

Vorschriften über das Führen von Handelsbüchern

Der Kaufmann hat die Pflicht, Geschäftsvorfälle festzuhalten und die Unternehmenslage zu offenbaren. Zu dieser Pflicht zählt z. B. die Buchführungspflicht und die Pflicht zur Erstellung eines Jahresabschlusses (Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung). Der Kleingewerbetreibende hingegen hat die Möglichkeit einer vereinfachten Buchführung. Er ist lediglich zur Führung eines Kassen-, Wareneingangs- und Warenausgangsbuches verpflichtet. Zur Ermittlung des steuerpflichtigen Gewinns reicht eine Einnahme-Überschuss-Rechnung aus.

IHK-Beitrag

Zu beachten ist, dass Kleingewerbetreibende unter Umständen vom IHK-Beitrag freigestellt werden können. Kaufleute haben jedoch in jedem Fall einen Grundbeitrag zu entrichten, der höher als der Grundbeitrag für Kleingewerbetreibende ist.

#### **4. Eintragungspflicht**

Jeder Unternehmer, dessen Gewerbebetrieb nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, ist verpflichtet, sich im Handelsregister eintragen zu lassen. Wer dieser Eintragungspflicht in das Handelsregister nicht nachkommt, wird hierzu vom Registergericht durch Festsetzung von Zwangsgeld angehalten.

Wesentliche Kriterien für die Beurteilung des Vorhandenseins eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes bei Einzelunternehmen und Personengesellschaften sind ein hoher Umsatz, hohes Anlage- und Umlaufvermögen, Verbindlichkeiten und Forderungen größeren Umfangs, die Beschäftigung mehrerer Personen, Teilnahme am Wechsel- und Scheckverkehr, Vielfalt der Geschäftsvorgänge etc.

Wenn zur Wahrung der Übersichtlichkeit des Geschäftsbetriebes eine doppelte Buchführung und eine Bilanz erforderlich sind, so muss auch in der Regel eine Eintragung in das Handelsregister erfolgen.

Rechtsform	Kapital/Mindesteinzahlung	Gründerzahl	Haftung	Entscheidungsbe- fugnis/ Vertretung	Formalitäten/ Kosten	Eintragung In das HR	Vertrag/ Formvorschriften
<b>Einzelunternehmen</b> (Nichtkaufleute/Klein- gewerbetreibende)	kein festes Kapital/ keine Mindesteinlage vorgeschrieben	1	Unbeschränkt mit Ge- schäfts- und Privat- vermögen	Alleinentscheidung des Inhabers	Gewerbeanmeldung/ Gering	Nein	
<b>Einzelkaufleute</b> (Kaufmann)	kein festes Kapital/ keine Mindesteinlage vorgeschrieben	1	Unbeschränkt mit Ge- schäfts- und Privat- vermögen	Alleinentscheidung des Inhabers, Bestellung von Prokuristen möglich	Gewerbeanmeldung und Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister/ Relativ gering	Ja	
<b>GBR</b> Gesellschaft Bürgerlichen Rechts (Nichtkaufleute/Klein- gewerbetreibende)	kein festes Kapital/ keine Mindesteinlage vorgeschrieben	mindestens 2	Gesellschaft und Gesellschafter (auch mit Privatvermögen) für Gesellschaftsschulden, Gesamtschuldnerische Haftung	Gemeinsame Geschäftsführung und Vertretung durch alle Gesellschafter, sofern im Gesellschaftsvertrag nichts anderes geregelt ist	Gewerbeanmeldung/ Gering	Nein	Schriftlicher Gesellschaftsvertrag nicht zwingend erforderlich, aber zu empfehlen
<b>OHG</b> Offene Handelsgesellschaft (Kaufmann)	kein festes Kapital/ keine Mindesteinlage vorgeschrieben	mindestens 2	Gesellschaft und Gesellschafter (auch mit Privatvermögen) für Gesellschaftsschulden, Gesamtschuldnerische Haftung	Einzelgeschäftsführung und Einzelvertretungsmacht jedes Gesellschafter, sofern im Gesellschaftsvertrag nichts anderes geregelt ist, Bestellung von Prokuristen möglich	Gewerbeanmeldung und Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister/ Relativ gering	Ja	Schriftlicher Gesellschaftsvertrag nicht zwingend erforderlich, aber zu empfehlen
<b>KG</b> Kommandit- Gesellschaft (Kaufmann)	kein festes Kapital/ keine Mindesteinlage vorgeschrieben, jedoch Kommanditeinlagen für Kommanditisten (Höhe beliebig)	mindestens 2	Komplementäre (persönlich haftende Gesellschafter) unbeschränkt, Kommanditisten in Höhe der Einlage (Haftungsbeschränkung tritt in der Regel erst nach Eintragung im Handelsregister ein)	Grundsätzlich persö- nlich haftende Ge- sellschafter, in besonderen Fällen Beteiligung der Kommanditisten erforderlich Bestellung von Proku- risten möglich	Gewerbeanmeldung und Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister/ Relativ gering	Ja	Schriftlicher Gesellschaftsvertrag nicht zwingend erforderlich, aber zu empfehlen
<b>GmbH</b> Gesellschaft mit Beschränkter Haftung (Kaufmann)	Mindeststammkapital: 25 000 € Mindesteinzahlung bei Gründung: grds. 12 500 € Ausnahme: Stammkapital ab 1 € bei einer GmbH in Form der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)	mindestens 1	Nur mit Gesellschafts- vermögen (Haftungsbeschränkung tritt erst nach Eintragung in das Handelsregister ein) ggf. persönliche Haftung des Geschäftsführers	Geschäftsführer Geschäftspolitik: Gesellschafterver- sammlung, sofern vorhanden Aufsichtsrat Bestellung von Prokuri- risten möglich	Gewerbeanmeldung und Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister, insgesamt umfangreiche Formalitäten/ Hohe Gründungskosten (Erleichterung bei Verwendung des notariellen Musterprotokolls)	Ja	Schriftlicher Gesellschaftsvertrag zwingend erforderlich Mindestinhalt gesetzlich geregelt Notarielle Beurkundung erforderlich Notarielles Musterprotokoll kann in einfachen Fällen genutzt werden
<b>AG</b> Aktiengesellschaft (Kaufmann)	Mindestgrundkapital: 50 000 €	mindestens 1	nur mit Gesellschafts- vermögen (Haftungsbeschränkung tritt erst nach Eintragung in das Handelsregister ein) ggf. persönliche Haftung des Vorstandes	Vorstand Geschäftspolitik: Aufsichtsrat, Hauptversammlung, Bestellung von Prokuristen möglich	Gewerbeanmeldung und Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister, insgesamt sehr umfangreiche Formalitäten Hohe Gründungskosten	Ja	Schriftlicher Gesellschaftsvertrag zwingend erforderlich Mindestinhalt gesetzlich geregelt Notarielle Beurkundung erforderlich

**HINWEIS:** Dieses Merkblatt soll – als Service Ihrer IHK – nur erste Hinweise geben und erhebt daher keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Obwohl es mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurde, kann eine Haftung für die inhaltliche Richtigkeit nicht übernommen werden.