

**Wann ist ein
Unternehmen
gegründet?**

I. Wer ist Unternehmer?

1. Gesetzliche Definitionen

Einkommensteuergesetz §15 (2):

„Eine selbständig **nachhaltige Betätigung** (*siehe Kriterien Umsatzsteuergesetz*), die mit der **Absicht, Gewinn zu erzielen**, unternommen wird und sich als **Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr** darstellt, ist Gewerbebetrieb, wenn die Betätigung weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als Ausübung eines freien Berufs noch als eine andere selbständige Arbeit anzusehen ist. Ein Gewerbebetrieb liegt, wenn seine Voraussetzungen im übrigen gegeben sind, auch dann vor, wenn die Gewinnerzielungsabsicht nur ein Neben-zweck ist.“

Umsatzsteuergesetz §2 Abschn.18:

Der Begriff der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit im Sinne des UStG geht über den Begriff des Gewerbebetriebes nach dem Einkommensteuergesetz und dem Gewerbesteuer-gesetz hinaus.

Eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit setzt voraus, daß

1. **Leistungen im wirtschaftlichen Sinne** ausgeführt werden.
2. die Tätigkeit **nachhaltig** ausgeführt wird..
3. die Tätigkeit auf die **Erzielung von Einnahmen** gerichtet ist.

Zu 1.:

Betätigungen, die sich nur als Leistungen im Rechtssinne, nicht aber zugleich auch als Leistungen im wirtschaftlichen Sinne darstellen, werden von der Umsatzsteuer nicht erfaßt.

Zu 2.:

Sie liegt dann vor, wenn die Tätigkeit auf Dauer zur Erzielung von Entgelten angelegt ist. Ob dies der Fall ist, richtet sich nach dem **Gesamtbild** der Verhältnisse im Einzelfall. Die für und gegen die Nachhaltigkeit sprechende Merkmale müssen gegeneinander abgewogen werden. *Als Kriterien, die für die Nachhaltigkeit sprechen können, kommen in Betracht:*

- *Mehrjährige Tätigkeit,*
- *planmäßiges Handeln,*
- *auf Wiederholung angelegte Tätigkeit,*
- *die Ausführung mehr als nur eines Umsatzes,*
- *Vornahme mehrerer gleichartiger Handlungen unter Ausnutzung derselben Gelegenheit oder desselben dauernden Verhältnisses,*
- *langfristige Duldung eines Eingriffs in den eigenen Rechtskreis,*
- *Intensität des Tätigwerdens,*
- *Beteiligung am Markt,*
- *Auftreten wie ein Händler,*
- *Unterhalten eines Geschäftslokals,*
- *Auftreten nach außen, z.B. gegenüber Behörden.*

Zu 3.:

Eine Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen liegt vor, wenn die Tätigkeit im Rahmen eines Leistungsaustausches ausgeübt wird. Die Absicht, Gewinn zu erzielen, ist nicht erforderlich. Die Unternehmereigenschaft setzt somit voraus, daß Lieferungen oder sonstige Leistungen gegen Entgelt bewirkt werden. **Eine bloße Absichtserklärung, entgeltliche Leistungen ausführen zu wollen, reicht nicht aus, die Unternehmereigenschaft zu begründen.**

Beispiel:

Ein Angehöriger einer Automobilfabrik, der von dieser unter Inanspruchnahme des Werksangehörigenrabatts fabrikneue Automobile erwirbt und diese nach einer Behaltfrist von mehr als einem Jahr wieder verkauft, ist nicht nachhaltig als Unternehmer tätig.

Sozialgesetzbuch IV §7:

„Selbstständige Tätigkeit“ ist durch das eigene **Unternehmerrisiko**, die **Verfügmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft** und die im wesentlichen **frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit** gekennzeichnet.

Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Hierbei sind alle Umstände des Falles zu berücksichtigen. Einzelnen Tätigkeitsmerkmalen ist dabei gegenüber anderen kein absoluter Vorrang einzuräumen.

Große Schwierigkeiten bereitet in der Praxis immer wieder die Frage, wann ein Unternehmerrisiko als Indiz für die Selbständigkeit vorliegt und welche Bedeutung diesem Kriterium bei der Würdigung des Gesamtbildes zukommt. Nach der Rechtsprechung des BSG besteht ein Unternehmerrisiko, wenn der Erfolg eines eigenen wirtschaftlichen Einsatzes ungewiß ist. Dies kann sowohl der Einsatz von Kapital als auch der Einsatz der Arbeitskraft sein. Das Bestehen eines Unternehmerrisikos ist jedoch nicht schlechthin entscheidend. Vielmehr kann die Belastung mit Risiken nur dann für Selbständigkeit sprechen, wenn dem Unternehmerrisiko eine größere Freiheit bei der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft gegenübersteht. **Die Belastung eines Erwerbstätigen mit weiteren Risiken** kann also nur dann Bedeutung gewinnen, wenn sie mit einem **deutlichen Zuwachs an Dispositionsfreiheit und Gewinnchancen** einhergehen.

Für die Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit bedeutsam ist schließlich auch die **vertragliche Ausgestaltung** des Verhältnisses. Weichen die tatsächlichen Verhältnisse jedoch von den vertraglichen Vereinbarungen ab, so haben die **tatsächlichen Gegebenheiten ausschlaggebende** Bedeutung. Wenn die tatsächliche Ausgestaltung der Tätigkeit in etwa gleichermaßen für eine Selbständigkeit als auch für eine abhängige Beschäftigung spricht und zwingende Vorschriften des Sozialversicherungsrechts nicht verletzt werden, gilt die vertragliche Vereinbarung.

Erlauben weder die tatsächlichen Umstände noch die vertraglichen Vereinbarungen eine Entscheidung darüber, ob ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt, ist letztlich darauf abzustellen, von welcher der beiden Arten von Erwerbstätigkeit das Berufsleben des Versicherten überhaupt geprägt ist. Dies rechtfertigt sich daraus, daß aus dem **bisherigen Status im Erwerbsleben** auf den Willen des Versicherten geschlossen werden kann, diesen Status nicht zu verändern.

Beispiel:

„Franchise-Nehmer“ im Transportgewerbe, die vertraglich in ihrer Berufsausübung so stark eingeschränkt sind, daß sie weitgehend dem Berufsbild eines abhängig beschäftigten Kraftfahrers entsprechen, sind sozialversicherungspflichtige Beschäftigte i.S. des § 7 SGB IV. Dem steht nicht entgegen, daß sie in der Regel über eigene Betriebsmittel (Transportfahrzeuge) verfügen und keine feste Entlohnung erhalten!

Die Frage, ob ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis als Voraussetzung für die Versicherungspflicht vorliegt, beurteilt sich zwar allein nach dem Recht der Sozialversicherung. Im Hinblick darauf, daß eine weitgehende Übereinstimmung zwischen den sozialversicherungsrechtlichen Begriffen des Arbeitsentgelts und des Einkommens aus selbständiger Tätigkeit mit den Begriffen des Steuerrechts angestrebt wird, kommt der steuerlichen Behandlung jedoch auch nach Inkrafttreten der Gemeinsamen Vorschriften eine Indizwirkung zu.

II. Wann ist ein Unternehmen gegründet?

1. Definition gem. Umsatzsteuergesetz §2 Abschn.19:

Die Unternehmereigenschaft beginnt mit dem ersten nach außen erkennbaren, auf eine Unternehmertätigkeit gerichteten Tätigwerden, wenn die spätere Ausführung entgeltlicher Leistungen ernsthaft beabsichtigt ist und die **Ernsthaftigkeit dieser Absicht durch objektive Merkmale nachgewiesen oder glaubhaft gemacht wird**. In diesem Fall entfällt die Unternehmereigenschaft nicht rückwirkend, wenn es später nicht oder nicht nachhaltig zur Ausführung entgeltlicher Leistungen kommt. Vorsteuerbeträge, die den beabsichtigten Umsätzen zuzurechnen sind, können dann nicht zurückgefordert werden.

Als Nachweis für die Ernsthaftigkeit sind Vorbereitungshandlungen anzusehen, die in einem objektiven und zweifelsfrei erkennbaren Zusammenhang mit der beabsichtigten unternehmerischen Tätigkeit stehen (unternehmensbezogene Vorbereitungshandlungen). Solche Vorbereitungshandlungen können insbesondere sein:

- der Erwerb umfangreichen Inventars, z.B. Maschinen oder Fuhrpark,
- der Wareneinkauf vor Betriebseröffnung,
- die Anmietung oder die Errichtung von Büro- oder Lagerräumen,
- der Erwerb eines Grundstücks,
- die Anfordern einer Rentabilitätsstudie,
- die Beauftragung eines Architekten,
- die Durchführung einer größeren Anzeigenaktion.

Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Verhältnisse im Einzelfall.

Die Unternehmereigenschaft endet mit dem letzten Tätigwerden. Der Zeitpunkt der Einstellung oder Abmeldung eines Gewerbebetriebs ist unbeachtlich. Unternehmen und Unternehmereigenschaft erlöschen erst, wenn der Unternehmer alle Rechtsbeziehungen abgewickelt hat, die mit dem (aufgegebenen) Betrieb in Zusammenhang stehen.

2. Die Wahl der Rechtsform

Die Wahl der Rechtsform, die Ihr Unternehmen haben soll, ist der Schlüssel zu der Antwort auf die Frage, wann denn nun das Unternehmen wirklich gegründet ist.

Hierbei werden folgende Rechtsformen unterschieden:

Einzelunternehmen

Die Gründung eines Einzelunternehmens ist die **einfachste Form**, da hier keine besonderen Formalitäten erfüllt werden müssen. Das heißt, man muß keine Gesellschaftsverträge bzw. Gründungsverträge abschließen und ein Mindestkapital ist auch nicht erforderlich. Außerdem ist die Gründung nicht von der Eintragung ins Handelsregister abhängig, wie das beispielsweise bei der GmbH der Fall ist.

Es kann **aber** durchaus sein, daß auch für den Einzelunternehmer eine **Pflicht** zur Eintragung ins Handelsregister besteht. Nach §29 ist nämlich **jeder Kaufmann** verpflichtet, seine Firma und den Ort seiner Niederlassung ins Handelsregister einzutragen.

Kaufmann ist, wer ein **Gewerbe** betreibt und wenn dieses Gewerbe **einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb** erfordert (§1 Abs. 2 HGB). Grundsätzlich kann man aber sagen, daß das Einzelunternehmen dann gegründet ist, wenn man es eröffnet und einfach „loslegt.“ Beispielsweise könnte **ein** Rechtsanwalt¹ einfach eine Kanzlei eröffnen und schon ist das Einzelunternehmen gegründet. Wobei hier unterschieden wird zwischen einem Einzelunternehmen **nicht kaufmännischer Art** und einem Einzelunternehmen **kaufmännischer Art**. Bei letzterem wiederum müßte sich der Anwalt in das Handelsregister eintragen lassen. Dies wiederum könnte dann der Fall sein, wenn der Rechtsanwalt ein Inkasso-Büro betreibt.

Einzelunternehmen **nicht kaufmännischer Art** (kein Gewerbe) sind sehr häufig in den **Freien Berufen** zu finden. Aber nicht jede (unternehmerische) Tätigkeit in einem Büro muß gleich ein Einzelunternehmen sein. Ein freier Schriftsteller zum Beispiel, der die Schriftstellerei mehr als **Hobby** begreift und nur manchmal gegen Honorar (**ohne Gewinnerzielungsabsicht**) Artikel für die Zeitung schreibt, ist nicht gleich ein Einzelunternehmer².

Um ein Einzelunternehmer zu sein, müßte er seine schriftstellerische Tätigkeit mit einer **gewissen Beständigkeit** und einer **Gewinnerzielungsabsicht** betreiben. Da er das Schreiben aber nur als Hobby betreibt, führt das Ganze zu einer ganz anderen steuerlichen Behandlung. Das heißt, er muß zwar auf seine Einnahmen keine Steuern entrichten, aber genauso wenig kann er „Betriebsausgaben“ geltend machen wie z. B. die Kosten für Schreibpapier.

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die Offene Handelsgesellschaft (OHG) und die Kommanditgesellschaft (KG)

Bei der Bildung einer Personengesellschaft ist die Gründung mit ein wenig mehr Aufwand verbunden, als dies beim Einzelunternehmen der Fall ist.

Grundsätzlich gilt für Personengesellschaften, daß sie im **Innenverhältnis mit Abschluß eines Gesellschaftsvertrages** entstehen, während im **Außenverhältnis** die Personengesellschaft **mit Eintragung in das Handelsregister** entsteht. Ein Mindestkapital ist nicht notwendig.

Ausnahme: Bei der GbR erfolgt keine Eintragung in das Handelsregister.

Für den Gesellschaftsvertrag wiederum ist keine besondere Form vorgeschrieben. Das heißt, er könnte sogar mündlich abgeschlossen werden. Grundsätzlich ist aber zu empfehlen, den **Gesellschaftsvertrag schriftlich abzuschließen**, um bei eventuellen Streitigkeiten wenigstens etwas schriftliches vorweisen zu können. Eine **notarielle Beurkundung**, wie bei den Kapitalgesellschaften, ist in den meisten Fällen **nicht nötig**.

¹ Dabei muß er die Voraussetzungen seiner Berufsordnung erfüllen.

² Quelle: Leske, Jürgen, Finanz-Check für Freiberufler, Verlag Ueberreuter, Wien 1998

Der Inhalt eines Gesellschaftsvertrages ergibt sich aus dem § 705 BGB.

Gesellschaft bürgerlichen Rechts	
	Übereinstimmende Erklärung der Gesellschafter, daß eine Gesellschaft des bürgerl. Rechts gegründet wird,
	welchen gemeinsamen Zweck die Gesellschaft verfolgt (bei der GbR ist der Zweck nicht auf das Betreiben eines vollkaufmännischen Betriebes gerichtet),
+	Verpflichtung der Gesellschafter, bestimmte Beiträge in die Gesellschaft einzubringen .
bei der OHG § 105 Abs. 1 HGB	
+	Der Zweck der Gesellschaft ist auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter Gemeinschaftlicher Firma gerichtet.
Für die KG gilt zusätzlich, daß	
	mind. 1 Gesellschafter ein Kommanditist sein muß (Teilhafter) und mind. 1 Gesellschafter Komplementär (Vollhafter)

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

Die Gründung einer GmbH ist noch ein wenig komplexer, als dies beim Einzelunternehmen oder einer Personengesellschaft der Fall ist. Sie kann sowohl als Einpersonen-GmbH, als auch durch mehrere Personen gegründet werden. Des weiteren ist die GmbH eine eigenständige Rechtspersönlichkeit (juristische Person), weshalb sie auch zu den **Kapitalgesellschaften** zählt.

Als **Mindestkapital** schreibt das Gesetz einen Betrag von **25.000 Euro** vor. Nach § 11 Abs.1 GmbHG entsteht die GmbH erst **mit der Eintragung in das Handelsregister**. Aber auch hier muß man zwei verschiedene Phasen unterscheiden, das Vorgründungsstadium und das Gründungsstadium.

Im Vorgründungsstadium wird die Gründung selbst vorbereitet, durch den Abschluß eines formlosen Vorgründungsvertrags. Beim Übergang von der Vorgründungsphase in die Gründungsphase wird dann der eigentliche Gesellschaftsvertrag geschlossen, der der **notariellen Form** bedarf. Damit wäre dann schon eine Art Vor-GmbH entstanden, die zwar noch keine juristische Person ist, aber trotzdem schon eine eigene Rechtsfähigkeit besitzt.

Merke: Befindet sich die GmbH noch in der Phase einer Vor-GmbH, haften die Gesellschafter auch mit ihrem Privatvermögen voll. Erst mit der Eintragung ins Handelsregister kommen die Gesellschafter dann in den Genuß der beschränkten Haftung.

Die Aktiengesellschaft (AG)

Die Gründung einer Aktiengesellschaft weist sehr viele Parallelen zur Gründung einer GmbH auf. Auch hier gilt, dass die AG selbst erst **mit der Eintragung ins Handelsregister** entsteht. Auch für die AG gilt, dass man sie entweder allein oder mit mehreren Personen gründen kann. Des Weiteren benötigt man ein **Mindestkapital** in Höhe von **50.000 Euro**. Die **Feststellung der Satzung** bedarf der **notariellen Beurkundung**, welche gleichzeitig eine einseitige Willenserklärung der Gründer darstellt, sämtliche laut Satzung vorhandenen Aktien aufzunehmen. Mit der Feststellung der Satzung ist die Aktiengesellschaft **errichtet**.

Die GmbH & Co. KG

Die GmbH & Co. KG ist eine besondere Form der Kommanditgesellschaft und wird durch Abschluss eines notariell beurkundenden GmbH-Vertrages und durch Abschluss eines formlosen KG-Vertrages zwischen der GmbH und den Kommanditisten errichtet. Sie entsteht spätestens durch Eintragung beider Gesellschaften in das Handelsregister.

Quelle: Danelzik, Wilhelm : Unternehmensgründung. In Koop. mit der DeutschenAnwaltAkademie

Die Partnerschaftsgesellschaft

Die Partnerschaftsgesellschaft ist eine Zwischenform der Kapitalgesellschaften und der Personengesellschaften. Es handelt sich um eine **rechtsfähige Personengesellschaft**, die der OHG nahekommt.

Die Partnerschaftsgesellschaft kann unter ihrem Namen Verbindlichkeiten eingehen und Rechte erwerben, klagen und verklagt werden. Trotzdem ist sie keine juristische Person, wie das bei den Kapitalgesellschaften der Fall ist. Des Weiteren kann die Haftung der Gesellschafter eingeschränkt werden.

Gegründet werden kann die Partnergesellschaft **nur** von Angehörigen der Freien Berufe und **nur** von natürlichen Personen. Das heißt, eine Wirtschaftsprüfer-GmbH kann nicht Gesellschafter einer Partnergesellschaft werden.

Die Partnerschaftsgesellschaft entsteht durch **Abschluß eines Partnerschaftsvertrages**, der der Schriftform bedarf, und durch **Eintragung in ein Partnerschaftsregister**, das wie das Handelsregister beim zuständigen Amtsgericht geführt wird. Dabei gilt für den Partnerschaftsvertrag, daß er mindestens den Namen und den Sitz der Partnergesellschaft, den Namen des Partners sowie den in der Partnerschaft ausgeübten Beruf und den Wohnort sowie den Gegenstand der Partnerschaft enthalten muß.

© Institut für Freie Berufe (IFB)
an der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg
Abteilung Gründungsberatung
Marienstraße 2
90402 Nürnberg
Telefon (0911) 23565-0
Telefax (0911) 23565-52
E-mail ifb@rzmail.uni-erlangen.de
Internet <http://www.ifb-gruendung.de>