

**Gründungsinformation
Nr. 13**

**Wann ist ein
Unternehmen
gegründet?**

Viktoriya Salatyan

01/2013

GRÜNDUNG

Wann ist ein Unternehmen gegründet?

1. Unternehmereigenschaft (Definition gem. § 2 Umsatzsteuergesetz):

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 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. Wann ist man beruflich oder gewerblich tätig?

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,*
- *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.

3. Liebhaberei

Liebhaberei wird von der Finanzverwaltung angenommen, wenn der Steuerpflichtige eine Tätigkeit ohne Gewinnerzielungsabsicht ausübt. Bei einer vorübergehenden Erzielung von Verlusten liegt noch keine Liebhaberei vor, falls die Tätigkeit auf Dauer zu positiven Einkünften führen kann. Auch wenn die unternehmerische Tätigkeit nach längeren Anlaufverlusten schließlich eingestellt wird, liegt noch keine Liebhaberei vor. Wurden jedoch keine Anstrengungen unternommen die schlechte Ertragslage zu verbessern, kann dies ein Indiz für die mangelnde Gewinnerzielungsabsicht sein. Auch bei einer Erzielung von Einnahmen die nicht über die Selbstkosten hinausgehen, kann eine Liebhaberei angenommen werden.

Folgende Kriterien sind dabei in der Regel maßgebend:

- es handelt sich um ein Hobby,
- der Lebensunterhalt oder die resultierenden Verluste werden mit anderen Einkünften finanziert oder ausgeglichen
- trotz anhaltender jahrelanger Verluste wird die Tätigkeit weder aufgegeben noch die Art der Betriebsführung verändert
- insgesamt gesehen ist auf Dauer kein Totalüberschuss zu erzielen (so genannte Totalüberschussprognose), wobei der in der Steuerrechtsprechung zugrunde gelegte Betrachtungszeitraum variiert. Tendenziell ist im Bereich der Vermietung von Immobilien in der Regel von mehreren Jahrzehnten auszugehen, wohingegen bei einem Gewerbe von einem Zeitraum von 8-15 Jahren auszugehen ist.

Eine gewerbliche Tätigkeit, eine freiberufliche sowie eine selbständige Tätigkeit, eine land- und forstwirtschaftliche Tätigkeit aber auch eine Vermietungs- und Verpachtungstätigkeit kann bei mangelnder Gewinnerzielungsabsicht als Liebhaberei gelten.

Qualifiziert die Finanzverwaltung eine Tätigkeit als Liebhaberei, wird die Tätigkeit der privaten Lebensführung zugeordnet. Damit können erzielte Verluste steuerlich nicht mehr geltend gemacht werden. Verluste, die bereits vor der Umqualifizierung der unternehmerischen

Tätigkeit in einen Liebhabereibetrieb erzielt wurden, können als nachträgliche Betriebsausgaben angesetzt werden, falls eine Verrechnung der Verluste mit dem Aktivvermögen des Unternehmens mangels Masse nicht möglich war.

Praxistipp:

Eine geringfügige Tätigkeit zum Ende einer freiberuflichen Laufbahn kann vom Finanzamt als Liebhaberei eingestuft werden, wenn hohe Verluste entstehen und diese nicht mit zukünftigen Gewinnen ausgeglichen werden können (BFH-Urteil vom 26.2.2004, Aktenzeichen: IV R 43/02).

4. 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

Ein Einzelunternehmen entsteht automatisch, wenn ein Geschäft eröffnet wird. Es gibt nur einen Betriebsinhaber.

Diese Rechtsform ist im Allgemeinen sehr gut zum Einstieg geeignet.

Wenn Umsatz, Gewerbeertrag, Betriebsvermögen und Mitarbeiterzahl wachsen, wird man zum "Kaufmann" und muss sich in das Handelsregister eintragen.

Durch die Handelsrechtsreform kann aber auch ein Kleingewebetreibender sich freiwillig ins Handelsregister eintragen lassen und muss dann mit dem Zusatz "e. K." firmieren. Die Vorteile eines Kleingewebetreibenden entfallen jedoch (z.B. Gewinnermittlung anhand einer Einnahme-Überschussrechnung).

Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)

Jede Geschäftspartnerschaft kann die Form einer GbR annehmen, z.B.:

Kleingewebetreibende, Praxismgemeinschaften Freier Berufe, Arbeitsgemeinschaften.

Besondere Formalitäten sind nicht erforderlich. Eine mündliche Vereinbarung ist ausreichend, jedoch ist ein schriftlicher Vertrag sehr empfehlenswert.

Diese Gesellschaftsform kann konkludent - also durch schlüssiges Handeln - entstehen.

Ein Mindestkapital ist nicht vorgeschrieben. Die einzelnen Gesellschafter haften grundsätzlich mit ihrem Privatvermögen.

Für die Kompetenzen der Gesellschafter bietet die GbR i. d. R. einen breiten Spielraum.

Werden bestimmte Grenzen (z.B. Umsatz, Betriebsvermögen, Mitarbeiterzahl) überschritten, so wird auch die GbR eintragungspflichtig (Handelsregister) und wird zur offenen Handelsgesellschaft (oHG). Die Vorteile einer z.B. Einnahme-Überschussrechnung entfallen, die Vorschriften des Handelsrechts entfalten ihre volle Wirkung.

GmbH

Die GmbH ist eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit: Die Haftung für Verbindlichkeiten gegenüber Gläubigern ist auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt. Sie ist immer auch Handelsgesellschaft und somit Kaufmann, selbst wenn sie keine Handelsgeschäfte betreibt (§ 13 III GmbHG, § 6 HGB).

Zur Gründung:

Eine GmbH kann von einer oder mehreren Personen gegründet werden. Voraussetzung ist der Abschluss eines notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrags. Dies muss mindestens enthalten:

- Firma und Sitz der Gesellschaft;
- Gegenstand des Unternehmens (Tätigkeitsbereich, Gesellschaftszweck);
- Höhe des Stammkapitals;
- Betrag der Stammeinlage, die jeder Gesellschafter auf das Stammkapital leistet;
- Namen der Gesellschafter.

Individuell kann z.B. geregelt werden:

- Gewinn- und Verlustbeteiligung,
- Bestellung des Geschäftsführers,
- Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung,
- Auflösung der GmbH,
- Ausscheiden eines Gesellschafters,
- Nachschusspflicht (Einzahlungen über den Betrag der Stammeinlage hinaus).

Der Firma muss stets die Bezeichnung "mit beschränkter Haftung (mbH)" angefügt sein. Das Stammkapital (Eigenkapital) beträgt mindestens 25 000 Euro, die Stammeinlage jedes gründenden Gesellschafters mindestens 100 Euro (§ 5 GmbHG).

Voraussetzungen für die Entstehung einer GmbH sind, dass bei Bargründungen von jeder Stammeinlage mindestens 25 % eingezahlt sind, bei Sachgründungen die Sacheinlagen vollständig eingebracht wurden und die eingezahlten Geldbeträge zuzüglich des Werts der Sachleistungen mindestens die Hälfte des Mindeststammkapitals betragen.

Zu beachten:

Als Rechtspersönlichkeit gegründet ist eine GmbH erst mit Eintragung in das Handelsregister. Zwischen notarieller Beurkundung des Gesellschaftsvertrags und Eintragung besteht die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als so genannte Gründungsgesellschaft (Vor-GmbH).

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.

UG (haftungsbeschränkt)

Die UG (haftungsbeschränkt) wird bis auf geringfügige Abweichungen wie die klassische GmbH gegründet. Es muss einerseits ein notarieller Gesellschaftsvertrag (Satzung) geschlossen werden und andererseits müssen die Stammeinlagen (theoretisch 1 Euro) erbracht werden.

Seit der GmbH-Reform vom 1. November 2008 ist es möglich bei einer Gesellschaft mit maximal drei Gesellschaftern und einem Geschäftsführer, die Gründung im vereinfachten Verfahren mittels eines vorgedruckten Musterprotokolls durchzuführen.

Im Rechtsverkehr darf die Unternehmergesellschaft nur mit dem Rechtsformzusatz „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ auftreten. Eine Abkürzung des Zusatzes haftungsbeschränkt ist nicht zulässig. Nach dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages wird dieser zusammen mit der von den Gesellschaftern unterzeichneten Gesellschafterliste (§40 GmbHG) von dem Notar (elektronisch) beim Handelsregister eingereicht.

Mit der Eintragung ins Handelsregister ist die UG (haftungsbeschränkt) gegründet.

Aktiengesellschaft (AG)

Die Aktiengesellschaft (AG) ist eine Handelsgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit (juristische Person), für deren Verbindlichkeiten den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen haftet. Sie hat ein in Aktien zerlegtes Grundkapital (§ 1 AktG).

Die Aktiengesellschaft ist von ihrem Mitgliederbestand unabhängig. Als Kapitalgesellschaft gilt sie immer als Handelsgesellschaft, auch wenn sie kein Handelsgewerbe betreibt (§ 3 AktG).

Zur Gründung:

Die Gründung einer Aktiengesellschaft ist an zwingende gesetzliche Vorschriften gebunden. Ein Nichtbeachten dieser gesetzlichen Regeln führt zur Unwirksamkeit des Gründungsgeschäfts.

Bei der Gründung wird zwischen "einfacher" und "qualifizierter" Gründung unterschieden.

Die einfache Gründung

Eine oder mehrere Personen müssen die Satzung (den Gesellschaftsvertrag der Aktiengesellschaft) durch notarielle Beurkundung feststellen.

Diese Angaben muss eine Satzung mindesten enthalten (§ 23 AktG):

- Firma,
- Sitz der Gesellschaft,
- Unternehmensgegenstand (Gesellschaftszweck),
- Grundkapital (als Mindestnennbetrag mindestens 50 000 Euro),
- Nennbeträge der Aktien und Zahl der Aktien jeden Nennbetrags,
- Zahl der Vorstandsmitglieder,
- Form der Bekanntmachung.

Weitere Bestimmungen können aufgenommen werden, sofern das Gesetz das zulässt, z. B. Sondervorteile (§ 26 AktG).

Danach ist das Gründungskapital aufzubringen, indem die Gründer die Aktien übernehmen. Sie erklären in einer notariell zu beurkundenden Verpflichtung, dass sie die Einlagen auf die Aktien bezahlen.

Damit ist die Aktiengesellschaft errichtet, jedoch noch nicht rechtsfähig. Rechtsfähigkeit erlangt sie erst mit Eintragung in das Handelsregister. Bis zur Eintragung besteht lediglich eine Gründungsgesellschaft.

Zu beachten: Wer vor Eintragung im Handelsregister im Namen der Gesellschaft handelt, haftet persönlich. Die Gesellschaft kann jedoch nach § 41 AktG innerhalb von drei Monaten nach Eintragung die Schuld übernehmen.

Die Gründer bestellen in notariell beurkundeter Form den ersten Aufsichtsrat und den Abschlussprüfer für das erste Geschäftsjahr. Der Aufsichtsrat bestellt nach § 30 AktG den Vorstand.

Die Gründer haben einen schriftlichen Gründungsbericht zu erstatten (§ 32 AktG); den Hergang der Gründung prüfen Aufsichtsrat und Vorstand. Unter bestimmten Voraussetzungen werden vom Registergericht bestellte Prüfer eingesetzt. Der schriftliche Prüfungsbericht ist dem Registergericht und dem Vorstand einzureichen.

Alle Gründer und Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats haben die Aktiengesellschaft zum Handelsregister anzumelden. (Zu beachten: Voraussetzung für die Anmeldung ist, dass Sacheinlagen vollständig und Bareinlagen mindestens zu einem Viertel des Nennbetrags jeder Aktie ordnungsgemäß erbracht wurden und somit der eingeforderte Geldbetrag zur freien Verfügung des Vorstands steht.)

Das Registergericht überprüft bei Anmeldung die ordnungsgemäße Gründung. Gibt es keine Beanstandungen, trägt es die Gesellschaft in die Abteilung B des Handelsregisters ein. Damit ist die Aktiengesellschaft juristische Person und darf Aktien oder Zwischenscheine ausgeben und auf andere Personen übertragen.

Die qualifizierte Gründung

Eine qualifizierte Gründung liegt vor, wenn bestimmte Vereinbarungen getroffen werden, die Inhalt der Satzung sein müssen.

Das können Festlegungen sein über

Sondervorteile für Aktionäre, z. B. höherer Gewinnanteil (§ 26 AktG);

Entschädigung oder Belohnung für die Gründung (§ 26 II AktG);

Sacheinlagen und Sachübernahmen (§ 27 AktG).

Die Partnerschaftsgesellschaft

Partnerschaftsgesellschaften stellen ausschließlich einen Zusammenschluss von Angehörigen freier Berufe zur gemeinsamen Berufsausübung dar.

Diese Gesellschaften üben kein Handelsgewerbe aus, ihre Angehörigen dürfen nur natürliche Personen sein. Eine Beteiligung juristischer Personen wird per Gesetz explizit ausgeschlossen.

Die Partnerschaftsgesellschaft entsteht im Innenverhältnis mit Abschluss des Partnerschaftsvertrags. Dieser Vertrag bedarf der Schriftform. Eine notarielle Beurkundung ist nicht erforderlich. Er hat zu beinhalten:

- Namen und Sitz der Partnerschaft,
- Namen der Partner und deren Wohnort sowie den in der Partnerschaft ausgeübten Beruf,
- Gegenstand der Partnerschaft.

Das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz ermöglicht den Partnern weitestgehende Gestaltungsfreiheit beim Abschluss des Vertrags. Allerdings kann gegebenenfalls das Berufsrecht bestimmte Einschränkungen machen.

Nach Außen entsteht Die Partnerschaftsgesellschaft durch **Abschluss eines Partnerschaftsvertrages**, der der Schriftform bedarf, und durch **Eintragung in ein Partnerschaftsregister**, das wie das Handelsregister beim zuständigen Amtsgericht geführt wird.

© 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 gruendung@ifb.uni-erlangen.de
 Internet <http://www.ifb.uni-erlangen.de>