

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Mag. Elisabeth Traxler in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, über die Beschwerde vom 7. Juli 2022 gegen den Bescheid des Amtes für Betrugsbekämpfung vom 30. Juni 2022 betreffend Feststellung der Scheinunternehmerschaft (§ 8 SBBG) zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Die ***1***, in ***2***, wurde im Juli 2018 errichtet, Alleingesellschafter und Geschäftsführer war Herr ***3***. Seit November 2018 ist Herr ***4*** Alleingesellschafter und Geschäftsführer der ***1***.

Mit Beschluss des LG St. Pölten vom TT. Dezember 2021 wurde über das Vermögen der ***1*** das Konkursverfahren eröffnet und ***5***, der nunmehrige Beschwerdeführer (Bf), zum Masseverwalter bestellt.

Strittig ist, ob es sich bei der ***1*** um ein Scheinunternehmen iSd § 8 des Sozialbetrugsbekämpfungsgesetzes (SBBG) handelt.

Dieser Frage liegt folgendes Verwaltungsgeschehen zu Grunde:

In ihrem **Feststellungsbescheid vom 30. Juni 2022** hat die belangte Behörde die Scheinunternehmerschaft der ***1*** (zusammengefasst) wie folgt begründet: Diese Firma sei am 31. Juli 2018 in das Firmenbuch eingetragen worden. Als (handelsrechtlicher) Geschäftsführer fungiere seit dem 6. November 2018 Herr ***4***. Lt. GISA-Abfrage verfüge die Bf (seit 16. Juli 2019) über eine (aufrechte) Gewerbeberechtigung für „Eisenbieger (Schneiden, Biegen und Flechten von Baueisen, unter Ausschluss aller statisch belangreichen Konstruktionen sowie aller Arbeiten auf Baustellen)“. Am Firmensitz der ***1*** in ***2***,

seien von der belangten Behörde am 9. Juni 2021, am 16. Juni 2021, am 18. Juni 2021, am 5. Juli 2021 und am 6. Juli 2021 Erhebungen durchgeführt worden. Der (handelsrechtlichen) Geschäftsführer sei nicht angetroffen worden und es habe auch kein Kontakt zu ihm hergestellt werden können. Es hätten auch keine unternehmerischen Tätigkeiten am Firmensitz festgestellt werden können. Über das Unternehmen der ***1*** sei am TT. Dezember 2021 das Konkursverfahren eröffnet und RA ***5*** zum Masseverwalter bestellt worden. Der Masseverwalter habe der belangten Behörde (telefonisch) mitgeteilt, dass der bisherige Geschäftsführer „untergetaucht“ und nicht mehr auffindbar sei. Erhebungen beim Finanzamt Österreich (FAÖ) hätten ergeben, dass auf dem Abgabenkonto der ***1*** ein nicht bloß geringer Rückstand, vor allem an Körperschaftsteuer 2020, aushafte, der darauf zurückzuführen sei, dass die ***1*** (entgegen den Bestimmungen des § 20 Abs. 1 Z 9 EStG 1988 iVm § 12 KStG) Zahlungen an Subunternehmer in bar geleistet habe, sodass der entsprechende Aufwand zu kürzen gewesen sei (Bescheidbegründung des FAÖ vom 28. Jänner 2022 betreffend Körperschaftsteuer 2020). Eine Abfrage bei der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskassa (BUAK) habe ergeben, dass auf dem Beitragskonto der ***1*** per 15. Juli 2021 ein Rückstand in Höhe von € 180.205,75 ausgehaftet habe und dass per 27. Juni 2022 ein Rückstand in Höhe von € 700.835,04 aushafte. Am Beitragskonto der ***1*** bei der Österreichischen Gesundheitskasse (ÖGK) sei per 30. Juni 2022 ein Rückstand in Höhe von € 116.051,44 aushaftend.

Da keine Kontaktaufnahme mit dem (handelsrechtlichen) Geschäftsführer möglich gewesen sei, am Firmensitz keine unternehmerische Tätigkeit festgestellt worden sei und bei der BUAK und bei der ÖGK nicht bloß geringe Rückstände bestünden, gelange die belangte Behörde zu dem Ergebnis, dass ein Scheinunternehmen iSd SBBG vorliege und dass die ***1*** zu dem Zweck gegründet worden sei, illegalen Zwecken nachzugehen.

Seine dagegen eingebrachte **Beschwerde vom 7. Juli 2022** hat der Bf wie folgt begründet: Die belangte Behörde habe ihre Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, dass der Geschäftsführer, Herr ***4***, nicht erreichbar sei. Dies sei jedoch erst seit Konkurseröffnung – TT. Dezember 2021 – der Fall. Bis zu diesem Zeitpunkt sei Herr ***4*** im Unternehmen der ***1*** anwesend gewesen. Beweise dafür, dass die ***1*** ein Scheinunternehmen sei, lägen nicht vor. Bis zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung sei die ***1*** tatsächlich geführt worden. In diesem Unternehmen seien zahlreiche Dienstnehmer beschäftigt gewesen. Die ***1*** habe im Wesentlichen auch nahezu alle Löhne und Abgaben bezahlt. Es sei möglich, dass gegen das Abzugsverbot im Baugewerbe verstoßen worden sei. Indizien für eine Scheinunternehmerschaft lägen jedoch nicht vor. Der Begriff „Scheinunternehmen“ setze ja die Absicht der handelnden Personen voraus, ein Unternehmen nur in betrügerischer Absicht zu gründen. Eine solche Absicht müsste ja von Anfang an bestehen. Derartige Hinweise seien nicht evident. Nicht jedes Unternehmen, das mangelhaft geführt werde und in dem Unregelmäßigkeiten vorkämen, sei als Scheinunternehmen zu werten. Nach Auffassung des Bf lägen Malversationen seitens des Geschäftsführers vor. Der Verbleib eines Betrages in der

Höhe von ca. € 2.000.000,00 sei nicht nachzuvollziehen. Diesbezüglich habe er bereits eine Sachverhaltsdarstellung an die Staatsanwaltschaft gerichtet. Dazu seien auch bereits Erhebungen in Gange.

Die belangte Behörde habe zwar den Gesetzestext bezüglich der Verdachtsmomente hinsichtlich des Vorliegens eines Scheinunternehmens wiedergegeben, jedoch keinerlei Feststellungen dazu getroffen. Jegliche Feststellungen nach § 2 SBBG seien unterblieben. Der angefochtene Bescheid sei schon aus diesem Grund mangelhaft. Das Hauptargument der belangten Behörde, dass ein Scheinunternehmen vorliege, sei das Nichterreichen des Geschäftsführers. Dieser Umstand könne jedoch in keiner Weise ausreichen, um ein Scheinunternehmen anzunehmen. Die ***1*** habe bis zur Konkurseröffnung am Geschäftsverkehr teilgenommen und sei laufend, von einigen Ausnahmen unmittelbar vor Insolvenzeröffnung abgesehen, ihren Zahlungsverpflichtungen gegenüber dem Finanzamt Österreich (FAÖ), der ÖGK und der BUAK nachgekommen. Allfällige Verstöße gegen das Abzugsverbot oder sonstige andere Verstöße gegen steuerrechtliche, strafrechtliche oder insolvenzrechtliche Bestimmungen seien für die Beurteilung der Frage, ob ein Scheinunternehmen vorliege oder nicht, völlig irrelevant.

Mit **Beschwerdevorentscheidung vom 30. September 2022** hat die belangte Behörde die Beschwerde abgewiesen und diese Entscheidung (zusammengefasst) wie folgt begründet: Dem Einwand des Bf, dass die belangte Behörde keinerlei Feststellungen zu § 2 SBBG getroffen habe werde entgegengehalten, dass in dieser Bestimmung nur der Sozialbetrug definiert sei. Was ein Scheinunternehmen sei, sei in § 8 SBBG geregelt. Welche Anhaltspunkte bzw. Verdachtsmomente für das Vorliegen eines Scheinunternehmens sprächen, sei in § 8 Abs. 2 und Abs. 3 SBBG geregelt.

Seit Juli 2021 durchgeführte Erhebungen der belangten Behörde zufolge sei es unmöglich gewesen, zum handelsrechtlichen Geschäftsführer einen persönlichen Kontakt herzustellen (= Anhaltspunkt nach § 8 Abs. 3 Z 3. SBBG). Gemäß § 25 Abs. 1 GmbHG habe der handelsrechtliche Geschäftsführer bei der Geschäftsführung die „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ anzuwenden, was in Anbetracht des „Untertauchens“ nicht gegeben sei. In Anbetracht der von der belangten Behörde durchgeführten Erhebungen sowie des anhängigen Konkursverfahrens wäre ein ordentlicher Geschäftsmann für Behörden erreichbar gewesen. Ein ordentlicher Geschäftsmann hätte auch gegen die an die ***1*** am 14. Juli 2021 (durch Organe der Finanzpolizei) zugestellte Verdachtsmitteilung gem. § 8 Abs. 4 SBBG (durch persönliche Vorsprache bei der belangten Behörde) Widerspruch erhoben, was jedoch nicht erfolgt sei.

Die (von der belangten Behörde) festgestellte Scheinunternehmerschaft iSd § 8 SBBG gründe sich nicht nur darauf, dass zum handelsrechtlichen Geschäftsführer kein Kontakt hergestellt werden können. Wie bereits im angefochtenen Bescheid dargelegt worden sei, habe auf dem Beitragskonto der ***1*** bei der BUAK zum 15. Juli 2021 ein Rückstand in Höhe von € 180.205,75 bestanden und bestehe zum 27. Juni 2022 ein Rückstand in Höhe von

€ 700.835,04. Bei der ÖGK habe die ***1*** zum 30. Juni 2022 einen Rückstand in Höhe von € 116.051,44. In Anbetracht dessen sei davon auszugehen, dass die ***1*** vorrangig darauf ausgerichtet sei, Lohnabgaben, Sozialversicherungsbeiträge und Zuschläge nach dem BUAG zu verkürzen. Vor dem Hintergrund des § 8 SBBG sei es dabei unbeachtlich, dass – wie vom Bf vorgebracht – die ***1*** unternehmerisch tätig gewesen sei, bis zur Konkurseröffnung am Geschäftsverkehr teilgenommen, Dienstnehmer beschäftigt und Löhne ausbezahlt habe.

Diesen Ausführungen ist der Bf in seinem **Vorlageantrag vom 10. Oktober 2022** wie folgt entgegen getreten: Der Anhaltspunkt des § 8 Abs. 3 Z 2. SBBG liege nicht vor. ***3***, Angestellter (Bürokraft) der ***1***, sei für den Bf vom Tag der Konkurseröffnung an erreichbar gewesen und habe dabei mitgeholfen, diverse noch zu erledigender Aufgaben zu bewältigen. Warum die belangte Behörde zumindest diesen nicht aufgefunden haben will sei nicht nachvollziehbar und könne nur darin begründet sein, nicht ordnungsgemäß Nachschau gehalten zu haben. Herr ***3*** hätte dann Herrn ***4*** benachrichtigen können, dass er sich melden solle. Es sei doch klar, dass der Geschäftsführer eines Bauunternehmens nicht immer im Büro anzutreffen sei, sondern auch Auswärtstermine wahrzunehmen habe. Der Umstand, dass der Geschäftsführer, Herr ***4***, seit Monaten nicht auffindbar sei, begründe keinen Anhaltspunkt nach § 8 Abs. 3 Z 3. SBBG. Seine Abwesenheit könne auch ganz andere Gründe haben. Es sei zu vermuten, dass er sich deswegen „abgesetzt“ habe, weil er Konsequenzen infolge des anhängigen Konkursverfahrens befürchte. Doch selbst unter der Annahme, dass der Geschäftsführer bereits seit Juli 2021 nicht mehr auffindbar sei, begründe dies noch keinen ausreichenden Anhaltspunkt für eine Verdachtslage. Dass auf den Geschäftsführer nicht unbedingt das Kriterium der „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ anzuwenden sein möge, bedeute nicht, dies als ein Indiz für das Vorliegen eines Verdachtsfalles iZm einer Scheinunternehmerschaft anzunehmen, sondern vielmehr, dass er wohl mit der Geschäftsführung einfach überfordert gewesen sei. Diese Überforderung und die zu erwartenden Konsequenzen wegen des Konkursverfahrens hätten wohl letztlich dazu geführt, dass er „untergetaucht“ sei.

Wenn die belangte Behörde auf die Rückstände bei der BUAK und der ÖGK verwiesen habe, werde dargelegt, dass insbesondere der Rückstand bei der ÖGK in Höhe von € 116.051,44 in Anbetracht der Unternehmensgröße äußerst gering sei. Im Jahr 2021 seien im Unternehmen – über das Jahr verteilt – ca. 400 Dienstnehmer beschäftigt gewesen. Jahrelang seien die Abgaben pünktlich entrichtet worden. Dieser Umstand zeige doch letztlich – unbeschadet der höheren Rückstände bei der BUAK – dass es dem Unternehmen keineswegs darauf angekommen sei, die in § 8 Abs. 1 SBBG angeführten Zahlungen zu verkürzen. Vielmehr habe es sich einfach so verhalten, dass die Geschäftsgebarung offenbar nicht ordnungsgemäß funktioniert habe.

Ergänzend werde festgehalten, dass der Anhaltspunkt des § 8 Abs. 3 Z 1. SBBG weder im Bescheid noch in der Beschwerdevorentscheidung konkretisiert worden sei. Insofern könne darauf nicht näher eingegangen werden. Selbst wenn im ggstdl. Fall eine Verdachtslage iSd § 8

Abs. 2 SBBG vorläge, was ausdrücklich bestritten werde, wäre letztlich zu berücksichtigen, dass es sich lediglich um einen Verdacht handeln würde. Ein Verdacht begründe aber jedenfalls noch keine Sicherheit. Diesbezügliche nähere Ausführungen seien weder dem Bescheid, noch der Beschwerdeentscheidung zu entnehmen.

Die belangte Behörde habe jegliche Feststellung dahingehend unterlassen, dass die ***1*** vorrangig darauf ausgerichtet sei,

1. Lohnabgaben, Beiträge zur Sozialversicherung, Zuschläge nach dem BUAG oder Entgeltansprüche von Arbeitnehmer/innen/n zu verkürzen, oder
2. Personen zur Sozialversicherung anzumelden, um Versicherungs-, Sozial- oder sonstige Transferleistungen zu beziehen, obwohl diese keine unselbständige Erwerbstätigkeit aufnehmen.

Die belangte Behörde habe lediglich auf angebliche Verdachtsmomente bzw. Anhaltspunkte hingewiesen, eine konkrete Ausführung dahingehend, dass eine „Vorrangigkeit“ hinsichtlich der angeführten Tatbestandselemente vorliege, sei jedoch nicht erfolgt. Ein solcher Nachweis könne letztlich aber auch nicht gelingen, weil die ***1*** nicht vorrangig auf die genannten Tatbestandselemente, sondern auf Gewinnerzielung im Rahmen des Baugewerbes ausgerichtet gewesen sei.

Überdies stelle sich die Frage, ob eine Mitteilung gemäß § 8 Abs. 4 SBBG erfolgt sei, wogegen die Möglichkeit zur Erhebung eines Widerspruches gemäß § 8 Abs. 7 SBBG möglich gewesen wäre. Dem Bf gegenüber sei eine solche Vorgangsweise jedenfalls nicht erfolgt.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Gemäß § 8 Abs. 1 SBBG ist ein Scheinunternehmen ein Unternehmen, das vorrangig darauf ausgerichtet ist,

1. Lohnabgaben, Beiträge zur Sozialversicherung, Zuschläge nach dem BUAG oder Entgeltansprüche von Arbeitnehmer/innen/n zu verkürzen, oder
2. Personen zur Sozialversicherung anzumelden, um Versicherungs-, Sozial- oder sonstige Transferleistungen zu beziehen, obwohl diese keine unselbständige Erwerbstätigkeit aufnehmen.

Das SBBG kennt daher zwei verschiedene Tatbestände einer Scheinunternehmerschaft: den Verkürzungstatbestand (§ 8 Abs. 1 Z 1. SBBG) und den Erschleichungstatbestand (§ 8 Abs. 1 Z 2. SBBG).

Auch das Bundesfinanzgericht geht – ebenso wie der Bf und die belangte Behörde – davon aus, dass die ***1*** tatsächlich eine (wirtschaftliche) Tätigkeit entfaltet und Arbeitskräfte beschäftigt hat. Der vom Bf offenbar vertretenen Auffassung, dass nur ein Unternehmen, dass

keine Geschäftstätigkeit entfaltet, als ein Scheinunternehmen iSd SBBG eingestuft werden könne, wird nicht beigeprüft. Gegen diese Annahme spricht schon der Tatbestand des § 8 Abs. 1 Z 1. SBBG, der von einer Verkürzung von Lohnabgaben, Beiträgen und Entgeltansprüchen spricht. Der Verkürzungstatbestand setzt daher zwangsläufig ein tatsächliches Tätigwerden voraus, da nur ein solches die Verpflichtung zur Entrichtung von Abgaben/Beiträgen/Entgelten nach sich ziehen kann. In diesem Sinn hat auch der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 20. November 2019, Ro 2019/08/0016, ausgeführt, dass bei von Scheinunternehmen (iSd § 8 SBBG) beschäftigten Dienstnehmern regelmäßig davon auszugehen sein werde, dass tatsächlich Arbeitsleistungen verrichtet worden seien. Dass die ***1*** eine (wirtschaftliche) Tätigkeit entfaltet und tatsächlich Arbeitnehmer beschäftigt hat, steht daher der Beurteilung, dass ein Scheinunternehmen iSd § 8 SBBG vorliegt, nicht entgegen.

Zum Einwand des Bf, dass die Unauffindbarkeit des Geschäftsführers keinen Anhaltspunkt nach § 8 Abs. 3 Z 3 SBBG begründe: Nach den verba legis liegt ein solcher (schon) dann vor, wenn es unmöglich ist, zum organschaftlichen Vertreter an der im Firmenbuch eingetragenen Geschäftsanschrift einen persönlichen Kontakt herzustellen. Das ist hier der Fall. Dass der Geschäftsführer (dem Vorbringen des Bf zufolge) erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens „untergetaucht“ ist und dass der Grund dafür (vorgeblich) im Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren zu erwartende Konsequenzen gewesen seien, ändert nichts daran, dass im ggstdl. Fall der Tatbestand des § 8 Abs. 3 Z 3. SBBG verwirklicht wurde.

Die belangte Behörde hat ihre Feststellung, dass es sich bei der ***1*** um ein Scheinunternehmen handelt, nicht nur mit der Unauffindbarkeit ihres Geschäftsführers begründet, sondern ganz wesentlich auch auf die Rückstände der ***1*** bei der BUAK und bei der ÖGK gestützt, die in Anbetracht ihrer Höhe - € 700.835,04 bei der BUAK und € 116.051,44 bei der ÖGK – und auch unter Berücksichtigung der Unternehmensgröße nicht mehr als „äußerst gering“ bezeichnet werden können. Während jedoch die Unmöglichkeit, zum organschaftlichen Vertreter eines Rechtsträgers einen persönlichen Kontakt herzustellen, „nur“ den Verdacht auf das Vorliegen einer Scheinunternehmerschaft begründet, führen die oben angeführten Rückstände dazu, dass ein Unternehmen unter den Tatbestand des § 8 Abs. 1 Z 1. SBBG zu subsumieren und damit als ein Scheinunternehmen einzustufen ist. Dem Vorbringen des Bf, dass die belangte Behörde die Feststellung der Scheinunternehmerschaft nur auf Verdachtsmomente gestützt habe, kann daher nicht gefolgt werden.

Gewinnerzielungsabsicht schließt die Verwirklichung des Tatbestandes des § 8 Abs. 1 Z 1. SBBG nicht aus, führt doch die Verkürzung der in dieser Bestimmung angeführten Abgaben/Beiträge/Entgelte zwangsläufig dazu, dass diese Beträge als Aufwand im Rechenwerk des Unternehmens „fehlen“ und damit (zwangsläufig) zu einer Erhöhung des Gewinnes führen.

Auch mit seinem Vorbringen, dass die ***1*** auf Gewinnerzielung ausgerichtet gewesen sei, vermag der Bf daher der Beschwerde nicht zu ihrem gewünschten Erfolg zu verhelfen.

In § 8 Abs. 1 definiert das SBBG (nur), was ein Scheinunternehmen ist. Eine Einschränkung dahingehend, dass diese Voraussetzungen schon bei der Unternehmensgründung vorgelegen hätten sein müssen, enthält diese Bestimmung jedoch nicht. Dem Einwand des Bf, dass ein Scheinunternehmen (iSd § 8 Abs. 1 Z 1. SBBG) nur dann vorliegen könne, wenn es schon als solches gegründet worden wäre, kann daher nicht gefolgt werden.

Zum Einwand des Bf, dass fraglich sei, ob eine Mitteilung gemäß § 8 Abs. 4 SBBG erfolgt sei und dass ihm gegenüber eine solche Vorgangsweise jedenfalls nicht erfolgt sei: Der Bf wurde im Dezember 2021 zum Masseverwalter bestellt. Die Zustellung der Verdachtsmitteilung gemäß § 8 Abs. 4 SBBG erfolgt jedoch bereits am 14. Juli 2021 und konnte damit gar nicht an den Bf erfolgen.

Der Beschwerde war daher der gewünschte Erfolg zu versagen.

In der Beschwerde und im Vorlageantrag hat der Bf auch die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung dient nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes insbesondere dazu, bei der Aufklärung des (entscheidungsrelevanten) Sachverhaltes mitzuwirken und zu Beweisergebnissen Stellung zu nehmen (VwGH vom 29. Juni 2016, ZI. 2013/15/0245). Da im ggstdl. Fall der (entscheidungsrelevanten) Sachverhalt keiner weiteren Aufklärung bedarf und das Bundesfinanzgericht auch keine Beweise aufgenommen hat, erübrigt sich die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde daher Abstand genommen.

Zur Revision (Art. 133 Abs. 4 B-VG):

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Unstrittig ist, dass der Bf den Tatbestand der Scheinunternehmerschaft nach § 8 Abs. 1 Z 1 SBBG verwirklicht hat. Eine Rechtsfrage (von grundsätzlicher Bedeutung) liegt somit nicht vor. Die Revision ist daher nicht zulässig.

Es war somit wie im Spruch zu entscheiden.

Wien, am 16. Jänner 2023