



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der C-GmbH, Adresse, vertreten durch Rechtsanwalt, vom 15. Oktober 2003 gegen den Bescheid des Finanzamtes Innsbruck vom 15. September 2003 betreffend Gesellschaftsteuer entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Mit „Gesellschaftsvertrag“ (Notariatsakt) vom 14./15. Juli 2003 wurde die Gesellschaft "C-GmbH" (= Berufungserwerberin, Bw) mit dem Sitz in I und dem Unternehmensgegenstand "Groß- und Einzelhandel mit Waren aller Art" (siehe Firmenbuch) gegründet; Gesellschafter sind die aus T stammenden Kaufleute HE, NN und FN, die zu je 34 % bzw. 33 % am Stammkapital der Gesellschaft in der Höhe von (bar eingezahlt) gesamt € 35.000 beteiligt sind. Zum Geschäftsführer der GmbH wurde der Gesellschafter HE bestellt.

In der bei der Abgabenbehörde eingereichten "Gesellschaftsteuererklärung gemäß § 10 Abs. 1 Kapitalverkehrsteuergesetz" (Formular Kap 11) vom 3. September 2003 wurde zur GmbH-Gründung der "Erwerb von Gesellschaftsrechten an einer inländischen Kapitalgesellschaft durch den ersten Erwerber" gem. § 2 Z 1 KVG und die Gegenleistung mit € 35.000 angezeigt und des Weiteren "Steuerbefreiung geltend gemacht" wegen "NEUFÖG".

Das Finanzamt hat daraufhin der Bw mit Bescheid vom 15. September 2003, StrNr, ausgehend vom Wert der Gegenleistung gemäß § 8 Kapitalverkehrsteuergesetz (KVG) vom

16. Oktober 1934, DRGBI. 1, S 1058, idgF, die 1%ige Gesellschaftsteuer im Betrag von € 350 vorgeschrieben.

In der dagegen erhobenen Berufung wurde die ersatzlose Bescheidaufhebung beantragt und eingewendet, die Bw habe bereits in der Abgabenerklärung die Befreiung nach dem NEUFÖG geltend gemacht. Es sei zwar richtig, dass eine Bestätigung der Wirtschaftskammer nicht vorliege. Dies deshalb, weil von der Kammer die Bestätigung mit der Begründung verweigert worden sei, dass die Gesellschafter bereits im Ausland persönlich bzw. als Teilhaber einer anderen Gesellschaft einschlägig tätig seien. Da es sich beim NEUFÖG um ein österreichisches Gesetz mit der Zielsetzung handle, Unternehmensgründungen in Österreich zu unterstützen, hätte aber eine unternehmerische Tätigkeit im Ausland außer Betracht zu bleiben. Zudem sei die Wirtschaftskammer keine Behörde und könne die Bestätigung nicht bescheidmäßig ablehnen. Die Abgabenfreiheit sei daher ausschließlich im Abgabenverfahren unmittelbar zu beurteilen. Das Fehlen der bloßen Bestätigung könne die Prüfung der materiellen Voraussetzungen nicht hindern.

Die abweisende Berufungsvorentscheidung vom 1. Dezember 2003 wurde damit begründet, dass nach § 2 Abs. 2 (richtig: Z 2) NEUFÖG nur dann von einer Neugründung gesprochen werden könne, wenn sich der Betriebsinhaber innerhalb der letzten 15 Jahre vor Neugründung nicht als Betriebsinhaber vergleichbarer Art, gleichgültig ob im Inland oder im Ausland, betätigt habe.

Mit Vorlageantrag vom 7. Jänner 2004 wurde die Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde II. Instanz ohne weitere Begründung begehrt.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Z 1 KVG unterliegt der Gesellschaftsteuer der Erwerb von Gesellschaftsrechten an einer inländischen Kapitalgesellschaft (zB GmbH) durch den ersten Erwerber.

Nach dem Neugründungs-Förderungsgesetz (NEUFÖG), BGBI I Nr. 106/1999 idgF – gemäß § 6 anzuwenden auf Neugründungen von Betrieben, die nach dem 1. Mai 1999 erfolgen (unbefristet gemäß "Konjunkturbelebungsgesetz 2002", BGBI I Nr. 68/2002) - wird zur Förderung der Neugründung von Betrieben nach Maßgabe der §§ 2 bis 6 ua. nach § 1 Z 5 die Gesellschaftsteuer für den Erwerb von Gesellschaftsrechten unmittelbar in Zusammenhang mit der Neugründung der Gesellschaft durch den ersten Erwerber nicht erhoben.

Gemäß § 2 Z 2 NEUFÖG liegt eine Neugründung ua. **nur dann** vor, wenn die die Betriebsführung beherrschende Person (der Betriebsinhaber) sich bisher nicht in vergleichbarer Art beherrschend betrieblich betätigt hat.

Betriebsinhaber sind ua. die Gesellschafter von Kapitalgesellschaften (AG oder GmbH), wenn

sie entweder zu mindestens 50 % am Vermögen der Gesellschaft beteiligt sind oder wenn sie zu mehr als 25 % am Vermögen der Gesellschaft beteiligt und zusätzlich zur Geschäftsführung befugt sind. Im Gegenstandsfalle ist aufgrund seiner Beteiligung zu 34 % samt Geschäftsführungsbefugnis der Gesellschafter HE als Betriebsinhaber der Bw anzusehen. Keine Neugründung liegt nach § 2 Z 2 NEUFÖG sowie nach § 2 Abs. 3 der Verordnung zum NEUFÖG, BGBI II Nr. 278/1999, vor, wenn sich der Betriebsinhaber innerhalb der letzten 15 Jahre vor dem Zeitpunkt der Neugründung als Betriebsinhaber eines Betriebes vergleichbarer Art – und zwar gleichgültig ob im Inland oder im **Ausland** – betätigt hat (vgl. dazu Pkt. 2.2. des BMF-Erlasses vom 13.8.1999, GZ 07 2401/12-IV/7/99; analog betr. den Betriebsinhaber bei einer Betriebsübertragung nach § 5a NEUFÖG: siehe die Verordnung BGBI II Nr. 483/2002, § 2 Abs. 4, und Erlass vom 18.12.2003, GZ 07 2401/2-IV/7/03, Pkt. 2.3).

Im Berufungsvorbringen wird ausgeführt, die gesetzliche Berufsvertretung (Wirtschaftskammer) habe die Bestätigung der Neugründung aus dem Grund verweigert, da die Gesellschafter bereits im Ausland "einschlägig" tätig sind. Dem wurde (lediglich) entgegen gehalten, das NEUFÖG als österreichisches Gesetz sei nur auf inländische Sachverhalte anzuwenden bzw. fördere Unternehmensgründungen im Inland, weshalb **aus diesem Grund**

Tätigkeiten im Ausland nicht zu berücksichtigen seien. Der maßgebende Umstand, dass der Betriebsinhaber der Bw im Ausland bereits "einschlägig" bzw. in vergleichbarer Art beherrschend betrieblich tätig ist, wie die beratende gesetzliche Berufsvertretung festgestellt hatte, blieb dagegen sowohl in der Berufung als auch im Vorlageantrag unbestritten.

Es besteht daher seitens des UFS keinerlei Zweifel an einer bisher oder immer noch ausgeübten betrieblichen Tätigkeit vergleichbarer Art des Betriebsinhabers im Ausland.

Zufolge der oben dargestellten Rechtslage sind aber bei der Beurteilung der Voraussetzungen einer Neugründung diesfalls sowohl Betätigungen im Inland wie auch – entgegen dem Dafürhalten der Bw - im Ausland zu beachten und liegt mangels Erfüllung der Voraussetzung gemäß § 2 Z 2 NEUFÖG eine begünstigte Neugründung nicht vor. Allein aus diesem Grund ist daher die Befreiung von der Gesellschaftsteuer zu versagen.

Zudem ist nicht zu übersehen, dass gegenständlich die Vorlage des erforderlichen amtlichen Vordruckes NeuFö 1 nie erfolgte. Es wurde lediglich in der Abgabenerklärung Kap 11 eine "Steuerbefreiung nach NEUFÖG" begehrte.

Gemäß § 4 Abs. 1 NEUFÖG ("Erklärung der Neugründung") treten aber die Wirkungen (Begünstigungen) nach § 1 Z 1 bis 6 **nur dann** ein, wenn der Betriebsinhaber bei den in Betracht kommenden Behörden einen amtlichen Vordruck (= NeuFö 1) vorlegt, in dem die Neugründung erklärt wird. Auf dem amtlichen Vordruck sind zu erklären:

1. das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 2,
2. der Kalendermonat (der Neugründung) nach § 3,

3. jene Abgaben, Gebühren und Beiträge, bei denen die Wirkungen nach § 1 Z 1 bis 6 eintreten sollen.

Nach § 4 Abs. 3 NEUFÖG **muss** auf dem amtlichen Vordruck in den Fällen des Abs. 1 und 2 bestätigt sein, dass die Erklärung der Neugründung unter Inanspruchnahme der Beratung jener gesetzlichen Berufsvertretung, der der Betriebsinhaber zuzurechnen ist, erstellt worden ist. Eine solche Bestätigung darf nur erteilt werden, wenn auch tatsächlich die im NeuFö 1 zu erklärenden Voraussetzungen der Neugründung sämtlich erfüllt sind. Stellt sich hingegen im Zuge der Beratung – wie im Berufungsfalle aufgrund der ausländischen vergleichbaren Betätigung – heraus, dass nicht sämtliche Voraussetzungen gegeben sind, hat die Bestätigung, wie hier durch die Wirtschaftskammer zu Recht, zu unterbleiben. Allein aus der Versagung der Bestätigung durch die Berufsvertretung geht daher schon eindeutig das Nichtvorliegen einer Neugründung iSd NEUFÖG - wie oben dargelegt - hervor.

Die Erklärung NeuFö 1 ist seit 1. September 1999 aufgelegt; ab diesem Zeitpunkt hat die Vorlage der Erklärung bei den in Betracht kommenden Behörden bereits **im Vorhinein**, also spätestens bis zum Entstehen des Abgabenanspruches bzw. mit Einreichung der Abgabenerklärung, zu erfolgen (vgl. hiezu betreffend Gerichtsgebühr/Firmenbuch: VwGH 18.9.2003, 2000/16/0763). Aufgrund der vorgelegten Erklärung würde dann von der Abgabenbehörde die jeweilige Abgabe von vorneherein nicht erhoben. Die nachträgliche Gewährung einer Begünstigung (bzw. allfällige Erstattung) nach erfolgter Festsetzung kommt demgegenüber nicht in Betracht und ist nicht möglich (vgl. VwGH 26.6.2003, 2000/16/0362).

Die Vorlage der nach § 4 NEUFÖG formgebundenen, ordnungsgemäß auszufüllenden Erklärung (samt Bestätigung der Beratung) im Original ist nicht bloß – wie die Bw offenbar vermeint – ein zu vernachlässigendes Formerfordernis, sondern vielmehr nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes **materielle** Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Begünstigungen (siehe VwGH 26.4.2001, 2000/16/0314; vom 24.4.2002, 99/16/0398; vom 26.6.2003, 2000/16/0362; 18.9.2003, 2000/16/0763). In seinem Erkenntnis vom 4.12.2003, 2003/16/0472, führt der VwGH ua. aus, das NEUFÖG lasse in seiner Gesamtheit erkennen, dass die begünstigenden Wirkungen dieses Gesetzes nur bei Erfüllung bestimmter formeller Voraussetzungen – vgl. etwa die Vorlage eines Vordrucks als materiellrechtliches Tatbestandsmerkmal (§ 4 NEUFÖG) – eintreten.

Dem VwGH-Erkenntnis vom 26.4.2001, 2000/16/0314, lag – neben der Frage der vergleichbaren betrieblichen Tätigkeit in den letzten 15 Jahren – gleich dem Berufungsfall an Sachverhalt zugrunde, dass die Befreiung von der Gesellschaftsteuer lediglich in der Gesellschaftsteuererklärung beantragt wurde. Das amtliche Formular NeuFö 1 wurde nie beigebracht. Der VwGH führt im Ergebnis aus, die Vorlage des formgebundenen Antrages (samt Bestätigung) ist materielle Voraussetzung für die Begünstigung, weshalb "aus diesem

Grund wegen Fehlens einer materiellen Voraussetzung die Wirkung der Nichterhebung der Gesellschaftsteuer nach dem NEUFÖG nicht eintreten" kann.

Selbst durch eine allfällig spätere Nachreichung der Erklärung hätte der Mangel der Vorlage im Vorhinein (spätestens mit der Abgabenerklärung) nicht mehr saniert werden können, da es sich nicht um einen bloß formellen, allenfalls behebbaren Mangel handelt.

Fehlt es wie im Berufungsfalle überhaupt an der Vorlage des NeuFö 1, so handelt es sich hiebei um einen weiteren Grund, weshalb die Begünstigung (Nichterhebung der Gesellschaftsteuer) nicht zu gewähren ist.

In Anbetracht obiger Sach- und Rechtslage konnte daher der Berufung kein Erfolg beschieden sein und war spruchgemäß zu entscheiden.

Innsbruck, am 13. April 2005