



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der HS-GmbH, in K-S, vertreten durch den Masseverwalter Dr. Peter Wilhelm, 3500 Krems, Ringstrasse 9, vom 7. November 2002 gegen den Bescheid des Finanzamtes Krems an der Donau vom 4. Oktober 2002 betreffend Dienstgeberbeitrag zum Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen und Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag 2001 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Die HS-GmbH (Berufungswerberin, Bw.) wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 14. Februar 2001 mit einem Stammkapital von € 35.000.- gegründet, wobei die Gesellschafterin AW Kapitalanteile Ausmaß von 34.300.- übernahm und der Gesellschafter HS Kapitalanteile im Ausmaß von 700.-. Die Bw. betrieb im Streitzeitraum einen Fleischereibetrieb und Lebensmittelhandel.

Mit Anbringen vom 2.8.2002 beantragte die Bw. die Rückvergütung der Zahlungen für Dienstgeberbeitrag zum Familienlastenausgleichsfond (DB) und Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag (DB) für das Jahr 2001, mit der Begründung, dass für das Unternehmen das NeuFÖG anzuwenden sei und somit für die ersten 12 Monate die Abgaben DB und DZ nicht zu entrichten wären.

Mit Bescheid vom 4.10.2002 wurde dieser Antrag mit der Begründung abgewiesen, dass Voraussetzung für die Nichterhebung von DB und DZ die Neugründung eines Betriebes sei.

Ein Betrieb werde gem. § 2 NeuFÖG dann neu eröffnet, wenn die für den konkreten Betrieb wesentlichen Betriebsgrundlagen neu geschaffen werden. Da im vorliegenden Fall die Maschinen, Einrichtungen, KfZ sowie Waren- und Materialvorräte, sämtliche Betriebsobjekte (Büro, Lager, Geschäft, Zerlegung) sowie der vorhandene Kundenstock übernommen worden seien, sei nicht von einer begünstigten Neugründung iSd. § 1 Z 7 NeuFÖG auszugehen.

In der Berufung wird eingewendet, dass sehr wohl von der Gründung eines eigenständigen Unternehmens auszugehen sei, das mit dem Vorgängerunternehmen nicht ident sei und deren Eigentümer auch vorher keine selbstständige Erwerbstätigkeit verfolgt hätten. Das neue Unternehmen habe ein anderes Marketingkonzept, da es zu mehr als 2/3 ein reiner Handelsbetrieb sei und nur zu 1/3 ein klassischer Fleischereibetrieb.

Das neue Unternehmen habe nicht die bestehenden Gebäude und Maschinen übernommen, sondern aus der Konkursmasse des Vorgängerunternehmens erworben, wobei für diesen Erwerb allein kaufmännische Gründe, nämlich die günstige Preisgestaltung, ausschlaggebend gewesen seien.

Der Verkäufer der Betriebsliegenschaft sei der Masseverwalter gewesen, dessen Unternehmensgegenstand die Vermögensverwertung und nicht das Fleischerei oder Handelsgewerbe gewesen sei.

Bei den Großhandelskunden sei ein großer Teil der Kunden im Hinblick auf das neue Marketingkonzept „ausgelistet“ worden, im Feinkostgeschäft seien die Aktivitäten des klassischen Fleischereibetriebes mit übernommen worden, das Warenangebot jedoch erweitert auch auf zugekaufte Artikel erweitert worden.

Überdies sei der Verkaufsraum entsprechend dem neuen Marketingkonzept umgebaut worden.

Aus dem Akteninhalt und den vorgelegten Unterlagen ist folgender Sachverhalt als entscheidungsrelevant anzusehen:

Am Betriebsstandort der Bw, K-S befand sich ursprünglich die S-GmbH, mit dem Betriebsgegenstand Fleischerei- und Handelsgewerbe, deren 25%iger Gesellschafter und Geschäftsführer Herr HS war. Über diese Gesellschaft wurde am 2. April 2001 das Konkursverfahren eröffnet.

Mit Rechnungen vom 10.3.2001 bzw. 12.3.2001 wurde das gesamte Warenlager, die EDV-Hard- und Software sowie ein Betriebsfahrzeug von der Bw. erworben und auf der vorhandenen Betriebsliegenschaft K-S, ab 12.3.2001 (siehe S 26 Lohnsteuerakt, Niederschrift über die Nachschau anlässlich der Neuaufnahme vom 6.4.2001) der Fleischerei- und Handelsbetrieb eröffnet. 21 Dienstnehmer der S-GmbH wurden ab April 2001 von der HS-

GmbH (Bw.)übernommen. Die Betriebsliegenschaft wurde vorerst von der S-GmbH gemietet und in der Folge aus der Konkursmasse gekauft.

Die Bw. schaltete in der NÖN zwei Werbe-Anzeigen in welchen auf den Konkurs des Fleischereibetriebes S-GmbH und den Neubeginn durch die HS-GmbH hingewiesen wird. In einer diesen Anzeigen (S 23 Lohnsteuerakt) findet sich der Wortlaut. *„Damit sind einerseits 25 Arbeitsplätze gesichert, und wir können damit auch weiterhin in Zukunft für Sie da sein“* bzw. NÖN Nr.14 vom 2.4.2001 (S 24 Lohnsteuerakt) *„ Dies ist uns Herausforderung genug, unsere Serviceangebote und unser Produktsortiment zu erweitern, und das alles in unserer bekannten Top-Qualität“.*

Festzuhalten ist daher, dass die Bw. im Jahr 2001 in den Räumlichkeiten und Gebäuden (Verkaufsraum, Lager, Zerlegung) unter Verwendung der Betriebsmittel (Maschinen, EDV, Warenlager, Kundenstock) der S-GmbH und mit denselben Mitarbeitern ihr Unternehmen mit einem erweiterten Warenangebot betrieb.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 1 Z 7 NeuFÖG werden zur Förderung der Neugründung von Betrieben nach Maßgabe der § 2 bis §6 leg.cit. im Kalendermonat der Neugründung sowie in den darauf folgenden elf Kalendermonaten für beschäftigte Arbeitnehmer (Dienstnehmer) anfallenden Dienstgeberbeiträge zum Familienlastenausgleichsfonds (§§ 41 ff des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967), Wohnbauförderungsbeiträge des Dienstgebers oder Auftraggebers (§ 3 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Einhebung eines Wohnbauförderungsbeitrages), Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung (§ 51 Abs. 1 Z 2, § 52 und § 53a des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes) unbeschadet des Bestandes der Pflichtversicherung in der gesetzlichen Unfallversicherung sowie die in diesem Zeitraum für beschäftigte Arbeitnehmer anfallende Kammerumlage nach § 122 Abs. 7 und 8 des Wirtschaftskammergesetzes 1998 nicht erhoben.

Eine Neugründung eines Betriebes liegt nach § 2. NeuFÖG unter folgenden Voraussetzungen vor:

1. Es wird durch **Schaffung einer bisher nicht vorhandenen betrieblichen Struktur** ein Betrieb neu eröffnet, der der Erzielung von Einkünften im Sinne des § 2 Abs. 3 Z 1 bis 3 des Einkommensteuergesetzes 1988 dient.
2. Die die Betriebsführung beherrschende Person (Betriebsinhaber) hat sich bisher nicht in vergleichbarer Art beherrschend betrieblich betätigt.
3. Es liegt keine bloße Änderung der Rechtsform in Bezug auf einen bereits vorhandenen Betrieb vor.

4. Es liegt kein **bloßer Wechsel in der Person des Betriebsinhabers** in Bezug auf einen bereits vorhandenen Betrieb durch eine entgeltliche oder unentgeltliche Übertragung des Betriebes vor.

5. Es wird im Kalendermonat der Neugründung und in den folgenden elf Kalendermonaten die geschaffene betriebliche Struktur nicht durch Erweiterung um bereits bestehende andere Betriebe oder Teilbetriebe verändert.

Die Verordnung zum Bundesgesetz, mit dem die Neugründung von Betrieben gefördert wird (Neugründungs-Förderungsgesetz - NEUFÖG) BGBl. II Nr. 278/1999 legt in § 2 Abs 1 fest, dass unter einem Betrieb im Sinne des § 2 Z 1 NEUFÖG die Zusammenfassung menschlicher Arbeitskraft und sachlicher Betriebsmittel in einer organisatorischen Einheit zu verstehen ist. Ein Betrieb wird **neu eröffnet, wenn die für den konkreten Betrieb wesentlichen Betriebsgrundlagen neu geschaffen** werden. Der Betrieb muß der Erzielung von Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft, Einkünften aus selbständiger Arbeit (einschließlich Einkünften aus sonstiger selbständiger Arbeit) oder von Einkünften aus Gewerbebetrieb dienen. Keine Neugründung eines Betriebes liegt bei Aufnahme einer Betätigung im Sinne des § 1 Abs. 2 der Liebhabereiverordnung, BGBl. Nr. 33/1993, vor.

Der bloße Erwerb eines Betriebes, auch aus einer Konkursmasse oder unmittelbar vor Konkurseröffnung stellt keine Neugründung dar. Ein bloßer Wechsel der Person des Betriebsinhabers in Bezug auf einen bereits existierenden Betrieb kann dann angenommen werden, wenn die wesentlichen Betriebsgrundlagen auf den Erwerber übergehen. Der Erwerb eines Betriebes liegt immer dann vor, wenn die erworbenen Wirtschaftsgüter die wesentliche Grundlage des bisherigen Betriebes gebildet haben und an sich geeignet waren, dem Erwerber die Fortführung des übernommenen Betriebes zu ermöglichen. Es muss ein in seinen wesentlichen Grundlagen vollständiger Organismus des Wirtschaftslebens übertragen werden, wobei es nicht entscheidend ist, ob der Erwerber tatsächlich willens ist, den erworbenen Betrieb unverändert weiter zu führen. Es genügt, dass die insgesamt übernommenen Wirtschaftsgüter objektiv die Fortführung des Betriebes ermöglichen. Dabei ist der zivilrechtliche Titel, der den Erwerber zur Nutzung bestimmter Teile des Betriebsvermögens ermächtigt, nicht ausschlaggebend. Entscheidend ist die tatsächliche Einräumung der Verfügungsberechtigung in einer Weise, die es ermöglicht, den Betrieb im Wesentlichen unverändert weiterzuführen. Bei ortsgebundenen Tätigkeiten stellen Grundstück, Gebäude und Einrichtung die wesentlichen Betriebsgrundlagen dar (Hofstätter/Reichel Einkommensteuerkommentar, Tz 4.5. zu § 10, VwGH 15.2.1994, 91/14/0248; 23.4.1998, 96/15/0211, 23.3.1999, 98/14/0141; 31.1.2001, 95/13/0284; 29.1.2004, 2000/15/0144; 22.11.2006, 2006/15/0033)

Einen tauglichen Maßstab für die vorzunehmende Wertung, ob ein ganzer Betrieb übertragen wird, gibt die Beschreibung der bisherigen in der Hauptsache vonstatten gehenden betrieblichen Tätigkeit. Für die Frage, ob ein Betrieb im Ganzen erworben wurde, kommt es auf die Verhältnisse beim Übereignenden an, weil in Bezug auf dessen Verhältnisse zu überprüfen ist, ob der Erwerber durch die Übernahme der wesentlichen Betriebsmittel in die Lage versetzt wird, den Betrieb fortzuführen. Es ist für das Vorliegen eines Betriebserwerbes somit nicht entscheidend, ob der Erwerber des Betriebes unverändert weiterführt (VwGH 23.3.1999, 98/14/0141).

Welche Betriebsmittel zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen gehören bestimmt der jeweilige Betriebstypus.

Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt erkennen lässt, hat die Bw das Geschäftslokal, die EDV-Ausstattung und die sonstigen Maschinen von der in Konkurs gegangenen Vorgängerin übernommen. Die Ausführungen der Bw, dass auch neue Maschinen angeschafft werden hätten können, aber aufgrund der Preisgestaltung auf die gebrauchten Geräte der Verkäuferin zurückgegriffen wurden, gehen daher ins Leere. Die Motivation der Anschaffung von Wirtschaftsgütern ist für die Beurteilung der Frage, ob ein Betriebserwerb vorliegt oder nicht, nicht ausschlaggebend.

Dass die wesentlichen Betriebsgrundlagen durch die Bw von der S-GmbH erworben wurden ist aus dem Akteninhalt deutlich erkennbar und wird von der Bw auch nicht bestritten. Das Anlagevermögen, des Geschäftslokal und das Warenlager der Verkäuferin wurden durch die Bw übernommen. Die Erweiterung des Warenangebotes sowie die behauptete Änderung des Unternehmensschwerpunktes weg vom klassischen Fleischereibetrieb hin zu einem Feinkosthandelsunternehmen vermag im Lichte der obigen Ausführungen ebenfalls nicht den Umstand des Erwerbes eines Unternehmens im Ganzen zu verändern. Aus den tatsächlichen Verhältnissen ist erkennbar, dass der Betrieb nach außen im Wesentlichen unverändert, mit einer breiteren Warenpalette, fortgeführt wurde.

Die Bw selbst ist bemüht in der Öffentlichkeit die Kontinuität mit dem Vorgängerunternehmen darzustellen, indem sie in bezahlten Werbeanzeigen selbst darauf verweist, dass keine Änderung sondern eine Verbesserung des bisher bekannten Unternehmens vorliegt. Durch die Übernahme des Verkaufslokals ist auch nach den Erfahrungen des täglichen Lebens davon auszugehen, dass der Kundenstock im Einzelhandel unverändert übernommen wurde.

Verstärkt wird dieses Bild durch den Umstand, dass auch das Personal des Vorgängerunternehmens übernommen wurde und die Firma der Bw so geringfügig von der Firma der Verkäuferin abweicht, dass die Änderung des Betriebsinhabers nach außen kaum erkennbar ist.

Der Hinweis der Bw., dass der Verkäufer der erworbenen Vermögensgegenstände der Masseverwalter gewesen sei, dessen Betriebsgegenstand die Verwertung von Vermögen und nicht der Betrieb eines Fleischergewerbes war geht ins Leere, da der Masseverwalter als gesetzlicher Vertreter der Gemeinschuldnerin vor Veräußerung des Betriebsvermögens keine Änderung des Betriebsgegenstandes herbeiführte sondern lediglich, wie im Geschäftsleben auch sonst üblich, einen Betrieb bzw. dessen Betriebsvermögen bestmöglich zu verkaufen suchte.

Nach dem Gesamtbild der Verhältnisse kam es daher nicht zu Schaffung neuer Betriebsstrukturen durch die Bw, weshalb die Begünstigungen des NeuFÖG im Allgemeinen und auch die Abstandnahme von der Festsetzung des DB und DZ gem. § 1 Z 7 NeuFÖG im Besonderen nicht zur Anwendung gelangen können.

Wien, am 12. März 2007