



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw, vom 2. Juli 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Freistadt Rohrbach Urfahr vom 29. Juni 2009 betreffend Gesellschaftsteuer entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Notariatsakt vom 10.06.2009 errichtete die P Privatstiftung die P- GmbH (die nunmehrige Berufungswerberin).

Gegenstand des Unternehmens ist (Punkt Zweitens)

- a) die Erbringung von Managementberatungsleistungen,
- b) die Erbringung von Beratungsleistungen im Bereich des Logistikwesens,
- c) der Handel mit Waren aller Art,
- d) die geschäftsleitende Verwaltung und die wirtschaftliche bzw. organisatorische Führung von sowie die Beteiligung an Unternehmen und Gesellschaften im In- und Ausland.

Die Berufungswerberin machte anlässlich der Gründung die Befreiung von der Gesellschaftsteuer nach dem NeuFöG geltend; der Vordruck NeuFö 1 ist dem Gesellschaftsvertrag in Fotokopie angeschlossen (Anm.: Der Vertrag wurde vom Schriftenverfasser elektronisch angezeigt).

Das Finanzamt setzte mit dem angefochtenen Bescheid die Gesellschaftsteuer mit folgender Begründung fest: Es liegt keine Neugründung im Sinne des NeuFöG vor, wenn sich der die Betriebsführung beherrschende Betriebsinhaber in den letzten 15 Jahren vor der Neugründung bereits in vergleichbarer Weise betrieblich betätigt hat. Der Betriebsinhaber, die P Privatstiftung, hat sich bereits in vergleichbarer Art und Weise betrieblich betätigt, eine Begünstigung im Sinne des NeuFöG konnte daher nicht gewährt werden.

Dagegen richtet sich die Berufung mit folgender Begründung (auszugsweise):

Gemäß § 2 Abs. 2 TS 4 der Verordnung BGBI I Nr. 106/1999 (gemeint offenbar BGBI. II 1999/278) sind Betriebsinhaber Gesellschafter von Kapitalgesellschaften, wenn sie entweder zu mindestens 50 % am Vermögen der Gesellschaft beteiligt sind oder wenn sie zu mehr als 25 % am Vermögen der Gesellschaft beteiligt sind und zusätzlich zur Geschäftsführung befugt sind. Die P Privatstiftung ist zwar in Bezug auf die P- GmbH als 100 % Gesellschafter Betriebsinhaber im Sinne der zitierten Bestimmung, allerdings nicht in Bezug auf die ehemalige Gesellschafterstellung bei der M GmbH, da ihr Anteil zuletzt nur 36,24 % betragen hat und sie keine Geschäftsführungsbefugnisse innehatte. Somit war die Betriebsinhaberschaft in Bezug auf die M GmbH nicht gegeben.

Als Privatstiftung mit bloßer Holdingfunktion hat die P Privatstiftung zudem im maßgebenden Zeitraum vor der Neugründung der P- GmbH ausschließlich Anteile an einer Kapitalgesellschaft gehalten. Diese Kapitalgesellschaft, die M GmbH, ist ebenso eine ausschließliche Beteiligungsgesellschaft. Gegenstand des Unternehmens der P- GmbH ist gemäß Punkt Zweitens des Gesellschaftsvertrages primär die Erbringung von Managementberatungsleistungen und die Erbringung von Beratungsleistungen im Bereich des Logistikwesens. Als Beteiligungsgesellschaft nach der ÖNACE-Qualifizierung 2008 unterliegt die M GmbH, wie auch die P Privatstiftung selbst, der Klasse K 64.20-0.

Die P- GmbH unterliegt allerdings nach ihrem maßgebenden Betriebsgegenstand "Erbringung von Managementberatungsleistungen" sowie "Erbringung von Beratungsleistungen im Bereich des Logistikwesens" der Klasse K 70.22-0.

Da somit auch verschiedene ÖNACE Qualifizierungen vorliegen, hat sich der Betriebsinhaber, die P Privatstiftung, innerhalb der letzten 15 Jahre vor der Neugründung der P- GmbH nicht in vergleichbarer Art im Sinne des § 2 Abs. 3 der zitierten Verordnung betrieblich betätigt. Daher liegen die Voraussetzungen für eine begünstigte Neugründung vor.

Das Finanzamt wies die Berufung im Wesentlichen mit folgender Begründung ab:

Eine vergleichbare Tätigkeit des Betriebsinhabers liegt vor, wenn sie in dieselbe Klasse im Sinne der Systematik der Wirtschaftstätigkeiten (ÖNACE) einzuordnen ist. Betriebsinhaber sind die die Betriebsführung beherrschenden natürlichen oder juristischen Personen.

Privatstiftungen sind selbst Betriebsinhaber, wie es bei diesen keine die Betriebsführung

beherrschende Person gibt.

Entgegen den Ausführungen in der Berufung fällt nach der ÖNACE-Qualifizierung die P Privatstiftung in die Klasse 74.84-05 und die P- GmbH ebenfalls in diese Qualifizierung. Da dieselbe Qualifizierung gegeben ist, hat sich die P Privatstiftung bereits als Betriebsinhaber eines Betriebes vergleichbarer Art betätigt und steht die Begünstigung nach dem NeuFöG nicht zu.

Im Antrag gemäß § 276 BAO wird ergänzend ausgeführt (auszugsweise):

Die Klassifizierung in der Berufungsvorentscheidung ergebe sich aus der ÖNACE 1995. Die Beurteilung und Einordnung eines Unternehmens habe jedoch nach der im Zeitpunkt der Neugründung zu erfolgen, daher sei die ÖNACE 2008 anzuwenden. Die Berufungswerberin und deren Gesellschafterin seien jeweils in andere Unternehmensklassen einzuordnen.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

Gemäß § 2 Abs. 1 BGBI. II 1999/278 idF BGBI II 2008/288 ist unter einem Betrieb im Sinne des § 2 Z 1 NeuFöG die Zusammenfassung menschlicher Arbeitskraft und sachlicher Betriebsmittel in einer organisatorischen Einheit zu verstehen. 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, BGBI. Nr. 33/1993, vor.

(2) Betriebsinhaber ist die die Betriebsführung beherrschende natürliche oder juristische Person. Betriebsinhaber im Sinne des § 2 Z 2 NeuFöG sind ungeachtet allfälliger gesellschaftsrechtlicher Sonderbestimmungen:

Einzelunternehmer,  
persönlich haftende Gesellschafter von Personengesellschaften,  
nicht persönlich haftende Gesellschafter von Personengesellschaften, wenn sie entweder zu mindestens 50 % am Vermögen der Gesellschaft beteiligt sind oder wenn sie zu mehr als 25 % am Vermögen der Gesellschaft beteiligt sind und zusätzlich zur Geschäftsführung befugt sind,

Gesellschafter von Kapitalgesellschaften, wenn sie entweder zu mindestens 50 % am Vermögen der Gesellschaft beteiligt sind oder wenn sie zu mehr als 25 % am Vermögen der Gesellschaft beteiligt sind und zusätzlich zur Geschäftsführung befugt sind.

(3) Keine Neugründung liegt vor, wenn sich der Betriebsinhaber (Abs. 2) innerhalb der letzten

15 Jahre vor dem Zeitpunkt der Neugründung als Betriebsinhaber (Abs. 2) eines Betriebes vergleichbarer Art betätigt hat. Vergleichbare Betriebe sind solche derselben Klasse im Sinne der Systematik der Wirtschaftstätigkeiten, "ÖNACE in der geltenden Fassung (herausgegeben von der Bundesanstalt Statistik Österreich)".

Eine vergleichbare betriebliche Betätigung des Betriebsinhabers liegt vor, wenn sie in dieselbe Klasse im Sinne der Systematik der Wirtschaftstätigkeiten (ÖNACE in der geltenden Fassung, herausgegeben von der Bundesanstalt Statistik Österreich) einzuordnen ist. Die Beurteilung hat nach der im Zeitpunkt der Neugründung jeweils geltenden Fassung der ÖNACE zu erfolgen. Hat ein Betrieb mehrere Betriebsgegenstände und fallen diese in unterschiedliche Klassen, dann liegt keine Neugründung vor, wenn in einem dieser Betriebsgegenstände eine vergleichbare Tätigkeit gegeben ist.

Die Einstufung in eine Klasse der Systematik der Wirtschaftstätigkeiten (ÖNACE in der geltenden Fassung, herausgegeben von der Bundesanstalt Statistik Österreich) ist anhand des Betriebsgegenstandes im Rahmen der Beratung (durch die zuständige Berufsvertretung oder die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft) bzw. der Erstellung der Erklärung der Neugründung durch den Betriebsinhaber vorzunehmen.

Aus dem vorliegenden Akt geht Folgendes hervor:

Die P Privatstiftung ist in der Klasse (Unterklasse) 74.84-05 (ÖNACE 1995) eingeordnet, und zwar zum 25.09.2001. Nach der ÖNACE 2008 ist die P Privatstiftung in die Klasse K 64.20 (64.20-0) – Beteiligungsgesellschaften – einzuordnen.

Die Klasse 74.15 – 00 (ÖNACE 1995) bzw. K 64.20 (64-20-0) nach der ÖNACE 2008 umfasst Beteiligungsgesellschaften; diese Feststellung ist im Zusammenhang mit der Tätigkeit der M GmbH von Bedeutung (vgl. unten).

Die Einstufung der Berufungswerberin nach der ÖNACE 2008 erfolgt in die Klasse M 70-22 (70-22-0) – Unternehmensberatung; insoweit erscheint die im Akt erliegende Abfrage (OZ 12) unzutreffend, und zwar aus dem Grund, da nach dem Bundesstatistikgesetz 2000 idF BGBI. I 125/2009 die Statistik Austria verpflichtet ist, statistische Einheiten (Unternehmen) hinsichtlich ihrer Zuordnung zu klassifizieren; ob die Klassifizierung tatsächlich erfolgt ist, ist nicht maßgeblich, jedoch erscheint die Zuordnung wie in der Berufung beantragt – M 70.22-0 – zutreffend. Die Klassifizierung nach der ÖNACE 1995 ist offensichtlich unrichtig.

Was die M GmbH betrifft, ist ebenfalls dem Berufungsvorbringen zu folgen; aus dem im Akt einliegenden Firmenbuchauszug ist eine Betriebsinhaberschaft im Sinne des § 2 NeuFöG nicht ersichtlich.

Linz, am 27. Jänner 2011