

Sachverständigenbeweis in Strafsachen im gewerblichen Rechtsschutz

Finanzspekulation
Unternehmerische Tätigkeit?

EV?
Untersagung der Bauführung

M&A
Kaufpreisfeststellung durch
Schiedsgutachter

Stimmrechtsvollmacht
Im Stiftungsvorstand

Unternehmerisches Ermessen
Contra allgemeinen Kündigungsschutz

Privacy Shield
EU-US-Datenschutz

Anwendbarkeit des NeuFöG bei (bisher) nicht auf Gewinn gerichteter Tätigkeit

Die Frage, ob eine vor der Neugründung oder vor einer Betriebsübertragung ausgeübte, nicht auf Gewinn gerichtete Tätigkeit des Betriebsinhabers einer Förderung nach NeuFöG entgegensteht, hängt maßgeblich von der Auslegung des Betriebsbegriffs iSd NeuFöG ab. ME sprechen gute Gründe dafür, dass eine bisher nicht auf Gewinn gerichtete Tätigkeit des Betriebsinhabers eine Förderung nach dem NeuFöG nicht grundsätzlich ausschließt.

GEORG GUTFLEISCH

A. Einleitung

Am 1. 1. 2016 trat mit dem Steuerreformgesetz 2015/2016¹⁾ ua eine Änderung der Verordnungen zum Neugründungs-Förderungsgesetz betreffend

Mag. *Georg Gutfleisch* ist Rechtsanwaltsanwärter bei Brandl & Talos Rechtsanwälte in Wien.

1) BGBl I 2015/118.

die Neugründung von Betrieben („NeuFöG-VO 1“)²⁾ und Übertragung von Klein- und Mittelbetrieben („NeuFöG-VO 2“)³⁾ in Kraft. Bisher lag eine Betriebsneugründung bzw. -übertragung iSd Neugründungs-Förderungs-gesetzes⁴⁾ („NeuFöG“) ua dann nicht vor, wenn sich der Betriebsinhaber innerhalb der letzten 15 Jahre vor der Neugründung bzw. Übertragung als Betriebsinhaber in vergleichbarer Art betätigt hat. Das Steuerreformgesetz 2015/2016 sieht nunmehr eine Verkürzung dieser Frist auf fünf Jahre vor, womit nach den Erläuterungen zum Ministerialentwurf⁵⁾ die Neugründung bzw. Übertragung von Betrieben durch Befreiung von bestimmten Abgaben, Beiträgen und Gebühren zusätzlich gefördert werden soll.

Wie von *Hilber* kürzlich ausgeführt, ist die Änderung der genannten Verordnungen zu begrüßen.⁶⁾ Bestehende Abgrenzungsfragen wurden im Zuge der Reform jedoch nicht beseitigt. In der Praxis stellt sich etwa die Frage, ob eine bisher nicht auf Gewinn gerichtete (vergleichbare) Betätigung des Betriebsinhabers (zu denken wäre hier etwa an gemeinnützige Vereine oder Privatstiftungen, die in der Kranken- oder Altenbetreuung, Seelsorge oder Forschung – etwa in Form von wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben iSd § 31 BAO – tätig sind bzw. waren) während der letzten nunmehr fünf Jahre einer Förderung entgegensteht. Dieser Artikel beschäftigt sich mit dieser und ähnlichen Abgrenzungsfragen und zeigt denkbare Lösungswegen auf.

B. Voraussetzungen und Zweck der Förderung

Das NeuFöG bezweckt gemäß den Materialien⁷⁾ die Erleichterung der Neugründung und Übertragung von Betrieben durch die Befreiung von bestimmten Abgaben, Beiträgen und Gebühren (etwa Stempelgebühren, Bundesverwaltungsabgaben, Grunderwerbsteuer und Gerichtsgebühren).⁸⁾ In den Materialien zum NeuFöG⁹⁾ wird zur Gegenfinanzierung der mit dem NeuFöG umgesetzten Erleichterungen auf das Schließen von Steuerlücken verwiesen. Die mit dem NeuFöG verbundenen Einnahmehinfortfälle sollen aber wohl mit späteren Steuereinnahmen durch die geförderten Betriebe kompensiert werden. Durch die mit dem NeuFöG vorgesehenen Steuerbegünstigungen junger Betriebe soll mE deren Gründung bzw. Errichtung erleichtert werden, um in der Folge eine Erhöhung der Anzahl steuerpflichtiger Betriebe und damit verbundene steuerliche Mehreinnahmen zu erzielen.

Um die Erleichterungen des NeuFöG für eine Betriebsneugründung in Anspruch nehmen zu können, müssen die Voraussetzungen des § 2 NeuFöG vorliegen. Mit dem Konjunkturbelebungs-gesetz 2002¹⁰⁾ wurde der Tatbestand der Betriebsübertragung eingeführt, mit dem zur Standortverbesserung und Konjunkturbelebun- g beigetragen werden sollte.¹¹⁾ Nach § 5 a NeuFöG können die Erleichterungen des NeuFöG auch bei einer Betriebsübertragung in Anspruch genommen werden, wenn

- ein Wechsel in der Person des die Betriebsführung beherrschenden Betriebsinhabers in Bezug auf einen bereits vorhandenen Betrieb (Teilbetrieb)
- durch eine entgeltliche oder unentgeltliche Übertragung des Betriebs (Teilbetriebs) erfolgt und
- die die Betriebsführung innerhalb von zwei Jahren nach der Übertragung beherrschende Person (Betriebsinhaber) sich bisher nicht in vergleichbarer Art beherrschend betrieblich betätigt hat.

1. Schaffung einer bisher nicht vorhandenen betrieblichen Struktur

Für eine Betriebsneugründung ist das Eröffnen eines Betriebs, der dem Erzielen von Einkünften iSd § 2 Abs 3 Z 1 bis 3 EStG dient, erforderlich. Dies erfolgt durch das Schaffen einer bisher nicht vorhandenen betrieblichen Struktur. Die NeuFöG-VO 1 und NeuFöG-VO 2 enthalten jeweils eine Definition des Betriebs als „Zusammenfassung menschlicher Arbeitskraft und sachlicher Betriebsmittel in einer organisatorischen Einheit“, wobei der Betrieb „der Erzielung von Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft, Einkünften aus selbstständiger Arbeit (einschließlich Einkünften aus sonstiger selbstständiger Arbeit) oder von Einkünften aus Gewerbebetrieb dienen“ muss. Diesen Betriebsbegriff hat der Gesetzgeber dem steuerrechtlichen Betriebsbegriff nachgebildet.¹²⁾ Der Betriebsbegriff iSd NeuFöG kann somit in ein objektives (definiert durch die wesentlichen Betriebsgrundlagen) und ein subjektives (definiert durch die Gewinnerzielungsabsicht) Betriebskriterium geteilt werden.

Die Neugründungs-Förderungs-Richtlinien des BMF verweisen für die Frage der Betriebsneugründung ua auf das (Neu-)Schaffen sog. wesentlicher Betriebsgrundlagen (je nach Betriebsart etwa Liegenschaft, Gebäude, Einrichtung, Maschinen, Kunden-

- 2) Verordnung des Bundesministers für Finanzen, des Bundesministers für Justiz, des Bundesministers für Umwelt, Jugend und Familie, des Bundesministers für Arbeit, Gesundheit und Soziales und des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten zum Bundesgesetz, mit dem die Neugründung von Betrieben gefördert wird (Neugründungs-Förderungs-gesetz – NEUFÖG), BGBl II 1999/278, vor dem Steuerreformgesetz 2015/2016 zuletzt geändert mit BGBl II 2008/288.
- 3) Verordnung des Bundesministers für Finanzen und des Bundesministers für Justiz zum Neugründungs-Förderungs-gesetz betreffend die Übertragung von Klein- und Mittelbetrieben (KMU-Übertragungs-Förderungs-verordnung), BGBl II 2002/483, vor dem Steuerreformgesetz 2015/2016 zuletzt geändert mit BGBl II 2008/287.
- 4) BGBl I 1999/106 idgF.
- 5) ErläutME zu den Verordnungen zum NeuFöG 129 BlgNR 25. GP 3.
- 6) *Hilber*, Begünstigte Betriebsinhaber iSd NeuFöG, neu definiert, *ecolex* 2016, 249.
- 7) ErläutRV 1766 BlgNR 20. GP 36 ff.
- 8) Vgl etwa *Gaggl*, Anwendbarkeit des NeuFöG auf Mantelgründung und -kauf, *ecolex* 2007, 36; *Endfellner/Tengg*, Neugründungs-Förderungs-gesetz, *ecolex* 2008, 773; *Schmidt*, Überblick über das Steuerreformgesetz 2000, JAP 1999/2000, 187; *Hilber*, Neugründungs-Förderungs-gesetz – NEUFÖG, *ecolex-Script* 1999/16.
- 9) ErläutRV 1766 BlgNR 20. GP 77 ff.
- 10) BGBl I 2002/68.
- 11) ErläutRV 977 BlgNR 21. GP 11.
- 12) Bundesministerium für Finanzen, Neugründungs-Förderungs-Richtlinien v 19. 12. 2008 zu BMF-010222/0282-VI/7/2008 Rz 55.

stock, Warenlager). Diese werden nicht neu geschaffen, wenn ein bestehender Betrieb durch Rechtsgeschäft erworben wird, wohl aber dann, wenn nur einzelne Betriebsgegenstände übernommen und umfassende Anschaffungen und Adaptierungen vorgenommen werden.¹³⁾

Die vorgenannte Zweiteilung des Betriebsbegriffs ist auch für die gegenständliche Fragestellung relevant: So kann eine nicht auf Gewinn gerichtete Tätigkeit durchaus das Schaffen einer Organisation menschlicher Arbeitskraft und Betriebsmittel (etwa ein Krankenhaus oder eine Forschungseinrichtung) erfordern und somit das objektive Kriterium des NeuFöG – nicht aber das subjektive Kriterium der Gewinnabsicht – erfüllen. Liegt hingegen bereits eine (betriebliche) Organisation vor, die zunächst nicht auf das Erzielen von Gewinn gerichtet war, aber nachträglich dazu verwendet wird, würde das Vorliegen einer Betriebsneugründung (ohne Inhaberwechsel oder Übertragung iSd § 5 a NeuFöG) am objektiven Kriterium der Neuschaffung einer Betriebsstruktur scheitern.

Diese Schlussfolgerung lässt sich mE in Frage stellen: Das Bestehen einer nicht auf Gewinn gerichteten Organisation sollte bei späterem Hinzukommen einer Gewinnerzielungsabsicht eine Begünstigung nicht ausschließen; die erforderlichen Voraussetzungen werden dann lediglich zeitlich verzögert erfüllt. Erst wenn sowohl das objektive als auch das subjektive Betriebskriterium erfüllt sind, kann von einem „Betrieb“ iSd NeuFöG gesprochen werden; dieser würde auch erst ab seinem Bestehen als neu eröffnet gelten, womit dem Kriterium des § 2 Z 1 NeuFöG erst ab diesem Zeitpunkt entsprochen wäre.¹⁴⁾ Dies wäre auch mit dem Zweck des NeuFöG vereinbar: Ein mit Gewinnerzielungsabsicht errichteter Betrieb ist (in höherem Maße) steuerpflichtig und trägt somit dem (übergeordneten) Zweck des NeuFöG Rechnung. Warum der Zeitpunkt der Gewinnerzielungsabsicht eines errichteten Betriebs für das Telos des NeuFöG relevant sein sollte, ist nicht ersichtlich.

Zwar wären in diesem Fall die vom NeuFöG erfassten Begünstigungen zum Teil nicht anwendbar¹⁵⁾ (etwa hinsichtlich Gerichtsgebühren für die Eintragung im Firmenbuch), jedoch ergeben sich auch für eine bereits bestehende Organisation Fördermöglichkeiten. Hier kommen etwa die Befreiungen von Dienstgeberbeiträgen zum Familienlastenausgleichsfonds, den Wohnbauförderungsbeiträgen des Dienstgebers oder Auftraggebers oder den Beiträgen zur gesetzlichen Unfallversicherung (§ 1 Z 7 NeuFöG) in Betracht.¹⁶⁾

2. Änderung der Rechtsform

Gemäß den Neugründungs-Förderungs-Richtlinien des BMF liegt eine Neugründung dann nicht vor, wenn ein bereits existierender Betrieb unter einer neuen Rechtsform weitergeführt wird (s hierzu auch § 2 Z 3 NeuFöG). Dies sei etwa bei Weiterführen des Betriebs samt wesentlicher Betriebsgrundlagen in neuer Rechtsform oder Einbringung in eine Kapitalgesellschaft der Fall.¹⁷⁾

Die Frage, wie eine bisher nicht auf Gewinn gerichtete Organisation zu beurteilen ist, die nach einem entsprechenden Rechtsformwechsel fortgeführt wird, ist ebenfalls maßgeblich vom Betriebsbegriff iSd NeuFöG abhängig. Folgt man der obigen Argumentation, ergibt sich Folgendes: Da für den Betriebsbegriff iSd NeuFöG sowohl eine objektive betriebliche Struktur als auch eine subjektive Gewinnerzielungsabsicht erforderlich sind, würde die Weiterführung einer nicht auf Gewinn gerichteten Organisation nach einem Rechtsformwechsel mE einer Förderung nach den NeuFöG nicht im Wege stehen, weil das Betriebskriterium des NeuFöG nicht erfüllt wird und somit kein Betrieb iSd NeuFöG vorliegt, der (bloß) weitergeführt werden könnte.

3. Wechsel des Betriebsinhabers

Gem § 2 Z 4 NeuFöG liegt bei einem bloßen Wechsel in der Person des Betriebsinhabers durch eine entgeltliche oder unentgeltliche Übertragung eines Betriebs keine Neugründung iSd NeuFöG vor. In diesem Zusammenhang ist auf den Tatbestand des Betriebsübergangs iSd § 5 a NeuFöG zu verweisen, der den Wechsel des Betriebsinhabers durch Übertragung eines (bestehenden) Betriebs oder Teilbetriebs grundsätzlich abdeckt.

Unabhängig davon stellt sich auch bei Übertragung einer bisher nicht auf Gewinn gerichteten Organisation die Frage, ob eine solche als Betrieb iSd NeuFöG qualifiziert werden kann. In diesem Zusammenhang kann auf die Ausführungen zum Rechtsformwechsel unter Pkt B.2 verwiesen werden.

4. Relevanz der bisherigen Tätigkeit des Betriebsinhabers

a) Person des Betriebsinhabers

Die bisherige (betriebliche) Betätigung des Betriebsinhabers ist hinsichtlich ihrer zulässigen Dauer Gegenstand des Steuerreformgesetzes 2015/2016. Betriebsinhaber sind insb Einzelunternehmer, persönlich haftende Gesellschafter von Personengesellschaften und nicht-unbeschränkt haftende Gesellschafter von Personen- oder Kapitalgesellschaften, wenn sie eine gewisse Beteiligung am Kapital bzw Vermögen der Gesellschaft halten.

13) Bundesministerium für Finanzen, Neugründungs-Förderungs-Richtlinien v 19. 12. 2008 zu BMF-010222/0282-VI/7/2008 Rz 49; zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen s Rz 64 ff.

14) So bestimmt § 3 NeuFöG, dass jener Kalendermonat als Kalendermonat der Neugründung gilt, in dem der Betriebsinhaber erstmals werbend nach außen in Erscheinung tritt. Dies ist mE erst dann möglich, wenn auch der zu errichtende Betrieb als solcher besteht.

15) Da die Voraussetzungen für eine Förderung erst nachträglich erfüllt werden – die Vorschreibung also zum Zeitpunkt des Entstehens der Abgabenschuld korrekt erfolgt ist –, kommt mE eine Rückerstattung nicht in Betracht.

16) Siehe etwa *Urbanek*, Förderung von Betriebsneugründungen – Neugründungs-Förderungsgesetz (NEUFÖG), FJ 1999, 250.

17) BMF, Neugründungs-Förderungs-Richtlinien v 19. 12. 2008 zu BMF-010222/0282-VI/7/2008 Rz 82 ff; letzterer Fall wird auch ausdrücklich vom Gesetzgeber in den Materialien zum NeuFöG genannt (ErläutRV 1766 BlgNR 20. GP 78).

Die Anforderungen an (künftige) Betriebsinhaber sind sowohl für Betriebsneugründungen (§ 2 NeuFöG) als auch für Betriebsübertragungen (§ 5 a NeuFöG) zu berücksichtigen. Während die weiteren Voraussetzungen der §§ 2 und 5 a NeuFöG an die Neugründung bzw. Übernahme eines bestehenden Betriebs anknüpfen, bezieht sich die bisherige Tätigkeit des Betriebsinhabers auf dessen subjektive Eigenschaften.¹⁸⁾

b) Betriebliche Betätigung

Die „betriebliche“ Betätigung des Betriebsinhabers ist mE ebenfalls vom Betriebsbegriff des NeuFöG abzuleiten und um die Voraussetzungen der „beherrschenden“ und „vergleichbaren“ Betätigung zu ergänzen (siehe hierzu unten).

Folgt man der bisherigen Argumentation, genügt eine bisher nicht auf Gewinn gerichtete Tätigkeit den Erfordernissen an die „betriebliche Betätigung“ iSd NeuFöG nicht, weil einer solchen Tätigkeit das subjektive Element der Gewinnerzielungsabsicht fehlt. Eine solche nicht auf Gewinn gerichtete Tätigkeit (während der letzten fünf Jahre vor Betriebsneugründung oder -übertragung) steht daher einer Förderbarkeit nach dem NeuFöG nicht im Wege.

c) Beherrschende Betätigung

Gem § 2 Abs 2 NeuFöG-VO 1 ist der Betriebsinhaber die die Betriebsführung beherrschende natürliche oder juristische Person. Ein maßgeblicher Anknüpfungspunkt der Definition des Betriebsinhabers liegt somit in der Beherrschung des Betriebs.¹⁹⁾ Auf Basis der vom Gesetzgeber genannten Beispiele des Gesellschaftsrechts²⁰⁾ folgt, dass (bloße) Vetorechte einzelner Personen/Gesellschafter nicht ausschlaggebend für die „Beherrschung“ iSd NeuFöG sind, sondern nur aktive Gestaltungs- und Entscheidungsmöglichkeiten, die auch durch gesellschaftsvertragliche Regelungen eingeräumt und entzogen werden können.²¹⁾

So gelten insb geschäftsführende Gesellschafter mit einer Beteiligung von über 25% und generell Gesellschafter mit einer Beteiligung von mindestens 50% als Betriebsinhaber iSd NeuFöG.

Zur gegenständlichen Fragestellung ergeben sich in Hinblick auf die „Beherrschung“ – soweit ersichtlich – keine Abgrenzungsschwierigkeiten.

d) Vergleichbare Betätigung

Sowohl das NeuFöG als auch die NeuFöG-VO 1 bestimmen, dass die bisher ausgeübte Tätigkeit des Betriebsinhabers von vergleichbarer Art sein muss, um zu einem Ausschluss einer Betriebsneugründung zu führen.²²⁾ Gem § 2 Abs 3 NeuFöG-VO 1 sind vergleichbare Betriebe solche derselben Klasse iS der Systematik der Wirtschaftstätigkeit, ÖNACE²³⁾, in der geltenden Fassung (hrsg von der Bundesanstalt Statistik Österreich).

Bei der Einordnung der Wirtschaftstätigkeit unter die von der ÖNACE-Klassifizierung erfassten Wirtschaftszweige wird mE nicht auf die Gewinnerzielungsabsicht der erfassten statistischen Einheiten abgestellt: So werden wiederholt auch regelmäßig gemeinnützig oder mildtätig geführte Tätigkeiten der

erfassten statistischen Einheiten erfasst.²⁴⁾ Die Beurteilung der Ähnlichkeit zwischen einer bisher nicht auf Gewinn gerichteten Betätigung und der gewinnorientierten Betätigung nach Neugründung ist daher mE ohne wesentliche Abgrenzungsschwierigkeiten möglich.

C. Conclusio

Hinsichtlich der einzelnen im NeuFöG erfassten Voraussetzungen ergeben sich zur gegenständlichen Frage zusammengefasst die folgenden Ergebnisse:

- Der Betriebsbegriff des NeuFöG ist zweiteilig und setzt sowohl das Vorliegen einer entsprechenden Organisation als auch Gewinnerzielungsabsicht voraus.
- Wenn eine nicht auf Gewinn gerichtete Organisation bereits besteht und nachträglich zur Gewinnerzielung herangezogen wird, kann ein zeitlich verzögertes Erfüllen der Voraussetzungen des § 2 Z 1 NeuFöG argumentiert werden; in diesem Fall wäre eine Inanspruchnahme des NeuFöG in eingeschränktem Ausmaß denkbar.
- Es bestehen gute Argumente dafür, dass eine bisher nicht auf Gewinn gerichtete Organisation keinen Betrieb iSd NeuFöG darstellt und die Kommerzialisierung einer solchen Organisation daher nicht als „Weiterführen eines bestehenden Betriebs“ oder „Übernahme eines bestehenden Betriebs“ gesehen werden kann, weil aufgrund des Fehlens der Gewinnerzielungsabsicht zuvor kein Betrieb iSd NeuFöG vorlag.
- Auch der Ausschluss der Förderbarkeit aufgrund der bisherigen betrieblichen Tätigkeit des (nunnmehrigen) Betriebsinhabers gem § 2 Z 4 NeuFöG hängt maßgeblich von der Definition des „Betriebs“ iSd NeuFöG ab. Der Anknüpfungspunkt ist aufgrund der diesbezüglichen Wortgleichheit auch für den Betriebsübergang iSd § 5 a NeuFöG relevant.

18) Wolf, Praxisfragen zum Neugründungs-Förderungsgesetz, FJ 2000, 99.
 19) Die Gesetzesmaterialien verweisen auf die „Dominanz“ des Betriebsinhabers (ErläutRV 1766 BlgNR 20. GP 77 f).
 20) § 2 Abs 2 Fall 3 und 4 NeuFöG-VO 1 bestimmen, dass Betriebsinhaber auch nicht-unbeschränkt haftende Gesellschafter von Personen- oder Kapitalgesellschaften, wenn sie eine gewisse Beteiligung an der Gesellschaft halten, sind.
 21) Der Wortlaut der NeuFöG-VO 1 verweist in diesem Zusammenhang auf gesellschaftsvertragliche Sonderbestimmungen, die mE sowohl zu einer Erweiterung als auch einer Einschränkung des Kreises möglicher Betriebsinhaber führen können.
 22) Kritisch zu den Kriterien der Vergleichbarkeit zuletzt: Hilber, ecolex 2016, 249.
 23) Abrufbar auf der Website der Bundesanstalt Statistik Österreich unter www.statistik.at/KDBWeb/kdb_VersionAuswahl.do (Stand 18. 11. 2015).
 24) So etwa Unterklasse Q 86.10–0 (Krankenhäuser), Unterklasse F 41.10–0 (Erschließung von Grundstücken; Bauträger) oder Unterklasse K 64.30–9 (Treuhand- und sonstige Fonds und ähnliche Finanzinstitutionen).