

Generalverdacht ist überschießend

Hürden bei der Eintragung einer Bau-GmbH

Bestehende Prüfungspflichten können die Aufnahme der Geschäftstätigkeit verzögern

VON DR. CHRISTIAN PRODINGER*)

Soll eine GmbH gegründet werden, hat die entsprechende Gründungserklärung in Notariatsaktsform unterfertigt zu werden. Danach kann die Eintragung im Firmenbuch beantragt werden. Steuernummer und UID-Nummer werden erst nach der Eintragung vergeben.

1. Problemstellung

Entschließt sich ein Steuerpflichtiger zur Gründung eines Unternehmens in der Rechtsform einer GmbH, so soll nach Abschluss des Gesellschaftsvertrags oftmals möglichst rasch die Geschäftstätigkeit begonnen werden. Die Gesellschaft beginnt erst mit der Eintragung in das Firmenbuch zu existieren. Allerdings ist sie schon vorher als Vor-gesellschaft teilweise handlungsfähig; dabei bestehen aber Haftungen der Geschäftsführung.

Viele Geschäftspartner werden nur mit einer existenten, mithin eingetragenen GmbH kooperieren und daher kontrahieren wollen. Weiters wird oftmals ein Nachweis der Registrierung der GmbH vor den Steuerbehörden, also die Mitteilung einer Steuernummer, verlangt.

Ebenso braucht die GmbH möglichst rasch eine UID-Nummer. Diese benötigt sie einerseits zur Ausstellung von Rechnungen i. S. d. § 11 UStG, die nur bei Einhaltung aller Formvorschriften den Rechnungsempfänger zum Vorsteuerabzug berechtigen. Ebenso wird beim Einkauf die UID-Nummer benötigt, so etwa bei Leistungsbezügen über 10.000 Euro oder aber aus dem übrigen Gemeinschaftsgebiet.

Wenn nun die Eintragung der Gesellschaft beim Firmenbuch und/oder die Registrierung beim Finanzamt viel Zeit in Anspruch nimmt, so kann dies den Geschäftsverlauf gerade in der Beginnphase nachhaltig schädigen. Umgekehrt ist verständlich, dass gerade in Branchen, in denen Abgabebetrag sehr häufig ist, Maßnahmen zur Verhinderung gesetzt werden.

2. Rechtliche Grundlagen

Nach § 8 HGB¹⁾ wird das Firmenbuch von den Gerichten geführt. Eintragungen in das Firmenbuch erfolgen auf Antrag. Die Anmeldung ist vom Gericht in formeller und materieller Hinsicht zu prüfen.²⁾ Bei der materiellen Prüfungspflicht ist wiederum zwischen tatsächlicher und rechtlicher Sicht zu unterscheiden: In tatsächlicher Hinsicht ist die Wahrheit der angemeldeten Erklärung zu prüfen. Es besteht aber kein allgemeines Aufsichtsrecht; ein Prüfungsrecht und eine entsprechende Prüfungspflicht bestehen nur bei begründetem Verdacht der Unwahrheit des Angemeldeten. In rechtlicher Sicht ist z. B. zu prüfen, ob der Gesellschaftsvertrag einer GmbH gegen zwingende Rechtsvorschriften verstößt.³⁾

*) Dr. Christian Prodinger ist Steuerberater in Wien. Seine Tätigkeitsschwerpunkte sind Umstrukturierungen, Immobilienbesteuerung, Leasing und Rechtsmittel sowie Kollegenberatung.

¹⁾ Mittlerweile § 7 UGB, das Firmenbuch bezieht sich noch auf die alte Bestimmung.

²⁾ Vgl. Schenk in Straube, HGB² (2001) § 8 Tz. 14.

³⁾ Vgl. zu alldem Schenk in Straube, HGB², § 8 Tz. 14.

Nach § 13 Abs. 1 FBG haben die Gerichte und die Verwaltungsbehörden⁴⁾ die zu ihrer Kenntnis gelangenden Fälle einer unrichtigen, unvollständigen oder unterlassenen Anmeldung oder Eintragung dem Gericht unverzüglich mitzuteilen.

Diese Bestimmung wird in der Praxis so verstanden, dass das Firmenbuchgericht die Behörden auch schon vorab um Stellungnahme zu einer beantragten Eintragung ersuchen kann.

Die Neueintragung von Baugesellschaften hat auch die Judikatur beschäftigt:

So hat etwa das OLG Wien⁵⁾ entschieden, dass das Gericht überall dort, wo Verdacht besteht, zu prüfen hat, ob die Anmeldung den Tatsachen entspricht. Im Hinblick auf die in letzter Zeit, namentlich im Baugewerbe, beobachteten Fälle missbräuchlicher Gesellschaftsgründungen ist das Firmenbuchgericht in solchen Fällen verpflichtet, sorgfältig zu prüfen, damit vermieden wird, dass die Gründung gegen im öffentlichen Interesse erlassene Vorschriften verstößt, da sie zu dem Zweck erfolgt, Abgaben- und Sozialversicherungsverbindlichkeiten nicht zu erfüllen.

Im konkreten Fall war der Name einer natürlichen Person, die an der Gesellschaft gar nicht beteiligt war, unzulässig, auch wenn dieser unter Anführungszeichen gesetzt war.

In einem weiteren Fall⁶⁾ wurde ein bestimmter Firmensitz in der Anmeldung angegeben. Das Gericht hat das Finanzamt gemäß § 13 Abs. 1 FBG um Stellungnahme ersucht. Das Finanzamt ermittelte daraufhin, dass an der angegebenen Adresse keine Gesellschaft angetroffen werden konnte und auch niemandem eine Baufirma bekannt sei. Das Gericht betont zunächst wieder die sorgfältige Prüfungspflicht, insbesondere wegen der beobachteten Fälle missbräuchlicher Gesellschaftsgründungen im Baugewerbe. Das Rekursgericht bezieht sich auf einen damaligen Gesetzesentwurf, wonach von 800 Firmenbuchanmeldungen im Baubereich nach einem Jahr 600 bis 700 Firmen nicht mehr existierten und nur fiskalische und sozialversicherungsrechtliche Schäden auftreten würden. Das OLG kommt zur Auffassung, dass das Erstgericht Indizien für einen derartigen Verdacht⁷⁾ aufgrund seiner einschlägigen Erfahrung in diesem Sinn haben konnte.

Wenn daher das Firmenbuchgericht etwa aufgrund solcher ihm bekannten tatsächlichen Umstände einen derartigen Verdacht wegen Sozialbetrugs hegt, ist es nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, im Sinne der materiellen Prüfungspflicht darüber Erhebungen vorzunehmen.

In der Sache selbst wurde eingewandt, dass es üblich sei, in der Gründungsphase eine beliebige Geschäftsadresse und erst nach Eintragung und voller Rechtsfähigkeit einen endgültigen Firmensitz anzunehmen. Das Gericht hat entgegnet, dass auch die Vor-gesellschaft in gewissem Sinne rechtsfähig sei und daher auch vor Gründung schon entsprechende Rechtsgeschäfte (z. B. Kauf eines Objekts, Anmietung etc.) vornehmen könne. Ein Bürobetrieb sei zweifelsohne erforderlich.

3. Derzeitige Praxis

Auch derzeit werden Anmeldungen von Bau-GmbHs beim Firmenbuch (jedenfalls beim Firmenbuch Wien) besonders genau überprüft, und die Errichtungserklärung wird dem zuständigen Finanzamt mit dem Ersuchen um abgabenbehördliche Stellungnahme übermittelt. Hingewiesen wird darauf, dass Anmeldungen von Neueintragungen – vor allem im Baugewerbe – einer sorgfältigen Prüfung unterzogen werden. Ausdrücklich wird die (oben zitierte) Judikatur dargestellt, wonach schon aufgrund der einschlägigen Erfahrungen ein begründeter Verdacht vorliegen kann.

⁴⁾ Sowie weitere Behörden.

⁵⁾ OLG Wien 28 R 121/04a.

⁶⁾ OLG Wien 14. 10. 2004, 28 R 169/04k.

⁷⁾ Auf missbräuchliche Gesellschaftsgründung.

4. Stellungnahme

Werden derartige Prüfungen vorgenommen, so führt dies zu einem unter Einschluss des Postwegs zu einer Verzögerung der Eintragung der Gesellschaft zwischen drei und vier Wochen. Letztlich schließt sich daran zum anderen die Prüfung beim Finanzamt an.

Problematisch ist dabei, dass das Finanzamt, das die Aufforderung des Firmenbuchgerichts erhält, ja zu diesem Zeitpunkt über keinerlei weitere Informationen verfügt. Es sieht daher gerade, dass eine bestimmte Gesellschaft von bestimmten Personen mit einem bestimmten Geschäftsgegenstand an bestimmter Adresse gegründet werden soll. Denkbar ist nun, dass man aus den handelnden Personen ableitet, dass diese schon diverse Baufirmen gegründet haben, die tatsächlich in kurzer Zeit in Konkurs verfallen sind, und daher der Verdacht besteht, dass eine derartige Gründung angedacht ist. Dies könnte aber auch das Firmenbuchgericht selbst überprüfen. Ebenso kann das Finanzamt den angegebenen Firmensitz, insbesondere im Hinblick auf die faktische Existenz, überprüfen.⁸⁾ Eine weitere Überprüfung, etwa das übliche Nachfragen nach bereits erfolgten Anmeldungen von Dienstnehmern, abgeschlossenen Verträgen oder zumindest abgeschlossenen Vorverträgen, Eingangsrechnungen etc., wird sich schon aus Zeitgründen nicht ausgehen.

Darüber hinaus ist diese Vorgangsweise – zu welchem Zeitpunkt auch immer – ohnedies problematisch. Wie schon eingangs dargestellt, kann gerade in der Verrechnung von Leistungen oder beim Leistungseinkauf eine Rechnung nur dann ausgestellt oder erhalten werden, wenn auch die UID-Nummer bekannt ist. Es ist letztlich nicht sehr zielführend, von einer GmbH, die gerade erst gegründet und im Firmenbuch eingetragen ist, zu verlangen, dass sie schon eine weitreichende Geschäftstätigkeit entfaltet hat. Umso schwieriger wird dies, wenn etwa eine UID-Nummer und auch eine Steuernummer für die Durchführung von Geschäften und deren Verrechnung benötigt werden. Eine weitere Verkomplizierung tritt dann ein, wenn diese Prüfung schon derart vorgelagert erfolgen soll, dass die Gesellschaft noch nicht einmal eingetragen und somit rechtlich nicht existent ist.

Wenn auch richtig ist, dass die Vorgesellschaft bereits zu Teilen rechtsfähig ist, kann – etwa auch im Hinblick auf Haftungsbestimmungen – nicht übersehen werden, dass die übliche Gesellschaft in der Phase zwischen Unterschreiben des Gesellschaftsvertrags und Eintragung nicht schon einen vollen Geschäftsbetrieb innehat. Weiters ist zu bedenken, dass üblicherweise die Eintragung der Gesellschaft vom Notar am gleichen Tag oder doch innerhalb der nächsten wenigen Tage nach Unterfertigung beim Firmenbuch beantragt wird.

Selbstverständlich wird man dem Ziel, Abgabebetrag zu verhindern, einen bedeutenden Stellenwert zumessen müssen. In diesem Sinne ist es auch sehr verständlich, wenn bei einem Verdacht entsprechende Ermittlungen durchgeführt werden und erst dann die Eintragung respektive die Vergabe von Steuernummern erfolgt. Fraglich ist jedoch, ob die Auffassung der Judikatur, aus der bloßen Tatsache, dass in der Baubranche derartige Betrugsfälle durchaus massiv vorkommen, folge bereits der Verdacht, dass bei der konkreten Anmeldung zur Neueintragung ein entsprechender Missbrauch vorliegt, nicht zu weit geht. Wie gezeigt, handelt es sich bei der Eintragung und der Vergabe der Steuernummer ja nicht nur um reine Formvorschriften, sondern durchaus um Rechtshandlungen, die entsprechende wirtschaftliche Auswirkungen zeitigen. Aus der bloßen Tatsache, dass jemand im Baugewerbe tätig sein will, zu folgern, dass ein Betrugsverdacht vorliegt, ist durchaus weitreichend. Dazu kommt noch, dass der Begriff „*Baubranche*“ offensichtlich recht weit verstanden wird und auch das Baunebengewerbe mitumfasst.

Im Fall eines bloßen Generalverdachts wäre also zu überlegen, durch welche Maßnahmen die wirtschaftliche Problematik für die einzutragende GmbH abgefedert wer-

⁸⁾ Siehe die oben zitierte Judikatur.

den kann. Es ist z. B. zu überlegen, ob nicht für einen Zeitraum von ein bis zwei Monaten sehr wohl die Eintragung und die Vergabe der Steuernummern erfolgen und erst nach der Überprüfung eine Löschung stattfindet. In diesem Zeitraum wäre wohl die Betrugsmöglichkeit schon stark eingeschränkt. Es ist letztlich nicht einzusehen, warum ein Baunebenunternehmen, das z. B. seit mehr als zehn Jahren existent ist und sämtliche Abgaben bezahlt hat, mit der Eintragung einer Tochtergesellschaft, die sich am gleichen Firmensitz befindet, über längere Zeit Schwierigkeiten haben soll.

Daher sollte ein Lösungsvorschlag erarbeitet werden, wie einerseits Betrug im Zaum gehalten werden kann und andererseits ein System gefunden wird, bei dem die Eintragung und die Vergabe von Steuernummern sinnvoll und rasch überprüft werden können und nicht an Bedingungen geknüpft werden, die wieder von der Eintragung und der Steuernummer abhängen.

5. Zusammenfassung

Bei der Neueintragung von Bau-GmbHs besteht nach der Praxis von Firmenbuchgerichten der Generalverdacht auf Missbrauch, der sich in der allgemeinen Erfahrung begründet. Daher wird oftmals das Finanzamt nach § 13 Abs. 1 FBG um Stellungnahme ersucht. Die Prüfungsmöglichkeiten des Finanzamts sind zu diesem Zeitpunkt aber eingeschränkt.

Eine langwierige Prüfung und das Abverlangen von eingegangenen Vertragsverhältnissen respektive von Ausgangsrechnungen und Eingangsrechnungen, für die wiederum Steuernummern benötigt werden, sind letztlich kontraproduktiv und benachteiligen ehrliche Unternehmen im Wirtschaftsleben.

Eine entsprechend praxisgerechte Lösung ist daher wünschenswert.

Unionsrecht verbietet irreführende Gewinnzusagen

Das Unionsrecht verbietet aggressive Praktiken, mit denen dem Verbraucher der Eindruck vermittelt wird, er habe bereits einen Preis gewonnen, obwohl er einen Betrag zahlen und Kosten übernehmen muss, um Informationen über die Natur des Preises zu erhalten bzw. um Handlungen für seine Inanspruchnahme vorzunehmen. Solche Praktiken sind selbst dann verboten, wenn die dem Verbraucher auferlegten Kosten im Verhältnis zum Wert des Preises geringfügig sind (wie zum Beispiel die Kosten einer Briefmarke) oder dem Gewerbetreibenden keinerlei Vorteil bringen (EuGH 18. 10. 2012, Rs. C-428/11, *Purely Creative u. a./Office of Fair Trading*).

Ausgleichsleistung nach der Fluggastrechte-Verordnung

Der EuGH bestätigt seine Rechtsprechung, nach der Fluggäste bei erheblich verspäteten Flügen eine Ausgleichsleistung beanspruchen können. Die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 sieht vor, dass Fluggäste im Fall einer Annullierung ihres Fluges eine pauschale Ausgleichszahlung erhalten können, die zwischen 250 Euro und 600 Euro beträgt. Erreichen die Fluggäste ihr Endziel drei Stunden oder mehr nach der geplanten Ankunft, können sie vom Luftfahrtunternehmen eine pauschale Ausgleichszahlung verlangen, es sei denn, die Verspätung ist auf außergewöhnliche Umstände zurückzuführen, die sich auch dann nicht hätten vermeiden lassen, wenn alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen worden wären, also auf Umstände, die von dem Luftfahrtunternehmen tatsächlich nicht zu beherrschen sind (EuGH 23. 10. 2012, verb. Rs. C-581/10 und C-629/10, *Nelson u. a.*).