

ecolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT

Schwerpunkt

Urheberrechts-Novelle 2021

- > Preview auf Grundlage des Begutachtungsentwurfs
- > Rechtsunsicherheit im Urhebervertragsrecht

Influencer: Kennzeichnung
(unentgeltlicher) Beiträge als
Werbung

GRUG: Neues Verzugsrecht
für Verbrauchergeschäfte

„Vergabe-Compliance“:
Pflicht zur Transparenz und
Sicherheit

Klimaticket am Prüfstand
des EU-Rechts

EuGH: Ausnahmsweise doch
kein ersatzloser Wegfall
nichtiger AGB-Klauseln?

Corona: Vergütung von
Sonderzahlungen nach
dem EpiG

NEU:
Recht hören.
Der ecolex-
Podcast!



ECOLEX.MANZ.AT

ISSN 1022-9418 Österreichische Post AG MZ 02Z032706 M Verlag Manz, Gutheil Schoder Gasse 17, 1230 Wien

969 EDITOR'S CORNER

969 **Fight for Your Right ... To Party?!**
Thomas Rabl

974 **SCHWERPUNKT**
URHEBERRECHTS-NOVELLE 2021

974 **Preview: Urheberrechts-Novelle 2021**
Adolf Zemann/Elisabeth Zhang

978 **Entwurf zur Urh-Nov 2021: Rechtsunsicherheit im Urhebervertragsrecht**
Dominik Hofmarcher

983 ZIVIL- UND UNTERNEHMENSRECHT

983 **Das neue Verzugsrecht für Verbrauchergeschäfte**
Nina-Maria Thomic

987 **OGH zur Anwaltshaftung bei Unterlassung eines (möglichen) Vorbringens**
Patrick Kleinbauer

990 **Neue EuGH-E: Ausnahmsweise doch kein ersatzloser Wegfall nichtiger AGB-Klauseln?**
Georg Graf

992 **OGH 12. 5. 2021, 6 Ob 8/21a**
Anspruch nach § 364b ABGB trotz Konsenswidrigkeit des Gebäudes

992 **OGH 21. 7. 2021, 1 Ob 115/21z**
Zur ordentlichen Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses mit einer Gemeinde

993 **OGH 25. 6. 2021, 8 Ob 103/20k**
„Anlagen-Contracting“ kann gemeindeaufsichtsrechtlicher Zustimmung bedürfen
(Sarina Illo Ortner)

994 **OGH 24. 6. 2021, 9 Ob 20/21p**
Online-Glücksspiele eines maltesischen Unternehmens - Unwirksamkeit der Glücksspielverträge
(Oliver Peschel/ Johanna Göschlberger)

995 **OGH 27. 7. 2021, 4 Ob 106/21y**
Klauselentscheidung im Teilanwendungsbereich des MRG

995 **OGH 27. 7. 2021, 4 Ob 120/21g**
Einfluss eines Drittverbots auf die Fälligkeit einer Garantie

996 **OGH 25. 6. 2021, 8 Ob 57/21x**
Keine Anbieterspflicht gegenüber Familienangehörigen hinsichtlich eines § 1074 ABGB umgehenden Vorkaufrechts

996 **OGH 3. 8. 2021, 8 Ob 13/21a**
Wandlungsrecht bei wirkungslosen Insektenschutzrollen auch bei hohen Folgekosten des Ausbaus

997 **28. 7. 2021, 9 Ob 30/21h**
Sicherstellung bei Bauverträgen iZm strittigen Zusatzaufträgen
(Natascha Brandstätter)

999 **OGH 25. 6. 2021, 8 Ob 48/21y**
Aufklärungspflichten des RA beim Pflichtteilsprozess

1000 **OGH 24. 6. 2021, 2 Ob 33/21y**
Dienstgeberhaftungsprivileg - betriebliche Tätigkeit?

1000 **OGH 5. 8. 2021, 2 Ob 130/20m**
Verkehrssicherungspflichten bestehen auch gegenüber dem Zusteller

1001 **OGH 24. 6. 2021, 9 Ob 33/21z**
Einmalzahlung bei Beendigung des Dienstverhältnisses abgelehnt - Haftung der AK wegen falscher Beratung

1001 **OGH 3. 8. 2021, 8 Ob 64/21a**
Keine Haftung wegen falscher Anschuldigungen aufgrund von Pseudoerinnerungen

1001 **OGH 5. 7. 2021, 5 Ob 59/21v**
„Erderwärmung“ berechtigt nicht zwingend zum Einbau einer Außenklimaanlage

1002 **OGH 21. 5. 2021, 5 Ob 99/21a**
Verjährung von Beitragsforderungen der Eigentümergemeinschaft
(Bernadette Pichlkastner)

1002 **OGH 21. 7. 2021, 1 Ob 137/21k**
Produkthaftung für Gesundheitstipps in Zeitung? (Kräuterpfarrer)
(Yannic Duller)

1004 **OGH 25. 6. 2021, 8 Ob 120/20k**
Auskunftspflicht der Bank über Kleinbetragssparbücher

1004 **OGH 5. 8. 2021, 2 Ob 19/21i**
Vorabentscheidungsersuchen zum Unfallbegriff des Art 17 Abs 1 MÜ bei unzureichender medizinischer Versorgung an Bord eines Flugzeugs
(Stefan Gutbrunner)

1005 **Leguleius: Hermione Granger**
Max Leitner

1006 DISPUTE RESOLUTION

1006 **Das Fragerecht der Parteien nach § 184 ZPO - Inhalt und Grenzen**
Thomas Klicka

1010 **Keine Schiedsspruchaufhebung wegen Nichtbeachtung eines Parteiantrags auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung**
Emily Madl

1012 **OGH 21. 7. 2021, 1 Ob 129/21h**
Anfechtbarkeit eines iZm einem Vorabentscheidungsersuchen ergangenen Unterbrechungsbeschlusses

1012 **OGH 2. 3. 2021, 18 OCg 10/19y**
Keine Schiedsspruchaufhebung wegen Nichtbeachtung eines Parteiantrags auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung

1014 **OGH 19. 1. 2021, 18 ONc 4/20p**
Unbefangenheit und Unparteilichkeit des Schiedsgerichts iZm einer nicht erfolgten Abberaumung einer organisatorischen Telefonkonferenz

1015 **OGH 1. 9. 2021, 3 Ob 69/21z**
Mögliche Auswirkungen der Corona-Pandemie führen nicht zur Offenkundigkeit eines Vermögensnachteils: keine Änderung der Grundsätze der Behauptungs- und Bescheinigungslast bei Antrag auf Exekutionsaufschiebung

- 1015 OGH 29. 4. 2021, 8 Ob 27/21k**
Obliegenheit des Masseverwalters zur Überlassung des notwendigen Einkommens eines Schuldners
- 1015 OGH 25. 6. 2021, 8 Ob 65/21y**
Nichtigkeit des Zahlungsplans wegen betrügerischer Krida (*Maria Posani*)
- 1016 OGH 14. 9. 2021, 8 Ob 100/20v**
Individuelle Zustellung vor öffentlicher Bekanntmachung: Folgen der Zustellung erst durch öffentliche Bekanntmachung
- 1017 OGH 23. 6. 2021, 6 Ob 102/21z**
Frist für Einreichung des Jahresabschlusses während COVID-19-Pandemie
- 1017 OGH 28. 7. 2021, 9 Ob 39/21g**
Verfahren zur Gebührenbemessung beinhaltet keine Prüfung der Richtigkeit eines Gutachtens
- 1018 EuGH 17. 6. 2021, C-800/19, Mittelbayerischer Verlag**
Internationale Zuständigkeit bei Persönlichkeitsrechtsverletzung durch Formulierung „polnisches Vernichtungslager“ in Online-Artikel (*Lorenz Droese*)
- 1019 OGH 22. 6. 2021, 10 Ob 42/20d**
Auswirkungen der Eröffnung eines deutschen Nachlassinsolvenzverfahrens auf in Österreich anhängigen massebezogenen Rechtsstreit
- 1020 EuGH 9. 9. 2021, C-422/20, RK (Déclinaoire de compétence)**
EuErbVO: Rechtswahl und Unzuständigerklärung
- 1020 EuGH 9. 9. 2021, C-208/20 und C-256/20, Toplofikatsia Sofia ua**
Zur Anwendbarkeit der EuBVO und zur Behandlung von Mahnbescheiden im Anwendungsbereich der EuGVVO
- 1021 EuGH 2. 9. 2021, C-741/19**
Energiechartavertrag: Keine Zuständigkeit von Schiedsgerichten für Streitigkeiten zwischen EU-Mitgliedstaaten und Investoren aus anderen EU-Mitgliedstaaten

1022 GESELLSCHAFTSRECHT

- 1022 Die Vertretung einer Gesellschaft bei einem nicht vermögensrechtlichen Abwicklungsbedarf**
Werner Jarec
- 1025 OGH 23. 6. 2021, 6 Ob 85/21z**
Zur Auflösung der Treuhandbeteiligung an einer atypisch stillen Gesellschaft
- 1025 OGH 23. 6. 2021, 6 Ob 103/21x**
Außerstreitverfahren: Steuerberater als Zustellbevollmächtigter
- 1025 OGH 23. 6. 2021, 6 Ob 90/21k**
Zum Rechtscharakter von Verrechnungskonten bei Personengesellschaften
- 1027 OGH 23. 6. 2021, 6 Ob 18/21x**
Zur bilanzrechtlichen Verbuchung von Abbruchkosten

- 1027 OGH 23. 6. 2021, 6 Ob 112/21w**
Abberufung und mangelnde Rechtsmittellegitimation des abberufenen GmbH-Geschäftsführers
- 1027 OGH 23. 6. 2021; 6 Ob 106/21p**
Die Einreichung des Jahresabschlusses iZm der COVID-19-Pandemie

1028 WETTBEWERBS- UND IMMATERIALGÜTERRECHT

- 1028 Zur Pflicht von Influencern, (unentgeltliche) Beiträge als Werbung kennzeichnen zu müssen**
Arthur Stadler/Jacqueline Bichler/Christopher Falke
- 1031 OGH 27. 7. 2021, 4 Ob 99/21v**
Keine Spitzenstellung ohne erheblichen Vorsprung (*Michael Horak*)
- 1032 EuGH 3. 6. 2021, C-762/19**
Content-Aggregatoren und Sui-generis-Schutz von Datenbanken (*Michael Woller*)

1034 ARBEITSRECHT

- 1034 Vergütung von Sonderzahlungen nach dem EpiG**
Wolfgang Heissenberger
- 1036 OGH 23. 2. 2021, 8 Obs 9/20m**
Zeitpunkt des Verfalls von Überstundenentgelt bei Wahl von Zeitausgleich
- 1037 OGH 24. 2. 2021, 9 ObA 5/21g**
Beendigung des Dienstverhältnisses mit Fristablauf nach Grazer Gemeinde-VBG
- 1038 OGH 24. 3. 2021, 9 ObA 118/20y**
„Ende der Wintersaison“ mit behördlicher COVID-19-Schließung?

1039 STEUERRECHT

- 1039 Personengesellschaften in der umsatzsteuerlichen Organschaft**
Sabine Mandahus/Alois Prochaska
- 1043 BFH-Update – Steuerrecht**
Martin Klokcar/Andreas Langer/Annika Streicher

1046 ÖFFENTLICHES WIRTSCHAFTSRECHT

- 1046 „Vergabe-Compliance“: Über die Pflicht zur Transparenz und Sicherheit**
Stefan Mathias Ullreich/Berthold Hofbauer
- 1049 Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs**
Daniela Bereiter/Lukas Diem/Hannah Graf/Erik Pinetz/Erich Schaffer/Thomas Zinief

1054 Neues aus Europa

Ulrike Giera/Maximilian Hautzenberg/
Markus-Florian Rummel

1055 EuGH-Update – Öffentliches Wirtschaftsrecht

Agnes Balthasar-Wach/Cornelia Lanser

1057 EUROPA

1057 Klimaticket am Prüfstand des EU-Rechts

Thomas Jaeger

973 IMPRESSUM



Redaktion:

Hon.-Prof. Dr. G. Kucsko, RA
Univ.-Prof. Dr. W. Mazal
Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. P. Oberhammer
Dr. Th. Rabl, RA
Univ.-Prof. Dr. J. Reich-Rohrwig, RA
Hon.-Prof. Dr. Ch. Schmelz, RA
Univ.-Prof. Dr. K. Spies
Mag. Ph. Vondrak, StB und RA

Chefredakteur:

Dr. Th. Rabl, RA

Ständige Mitarbeiter:

Dr. A. Balthasar-Wach, RAA
Hon.-Prof. Dr. A. Duschanek
Dr. M. Höcher, RAA
Univ.-Prof. Dr. M. Holoubek
Univ.-Prof. Dr. M. Lang
Univ.-Prof. Vize-Präs. d. OGH
Dr. M. Neumayr
Dr. E. Primosch
Dr. B. Tonninger, RA
Univ.-Prof. Dr. M. Windisch-Graetz
Dr. M. Woller, RA
Mag. Dr. H. Wollmann, LL.M., RA

**Fachzeitschrift für
Wirtschaftsrecht**

32. JG Heft 11, November 2021

Begründet von Univ.-Prof. iR
Dr. G. Wilhelm

Zitiervorschlag:
ecolex 2021/Nummer
ecolex 2021, Seite

IMPRESSUM gem. § 24 MedienG

Offenlegung gem. § 25 MedienG und Angaben zu § 5 ECG abrufbar unter
<https://www.manz.at/impresum>

Medieninhaber und Herausgeber: MANZ'sche Verlags- und
Universitätsbuchhandlung GmbH.

Anschrift: Kohlmarkt 16, 1010 Wien.

Verlagsadresse: Johannesgasse 23, 1015 Wien (verlag@manz.at).

Fotocredits: Thomas Rabl: KWR; Adolf Zemann: Roland Unger/Wolf Theiss;
Elisabeth Zhang: Roland Unger/Wolf Theiss; Dominik Hofmarcher: Detail-
sinn Fotowerkstatt; Nina-Maria Thomic: Rainer Schoditsch; Patrick Klein-
bauer: privat; Georg Graf: privat; Max Leitner: Jürgen Knoth; Thomas Klicka:
Ulrike Dammann; Emily Madl: Pitawat Limwatanapanchai; Werner Jarec:
Mag. Christiane Kaiser; Arthur Stadler: STADLER VÖLKELE Rechtsanwälte;
Jacqueline Bichler: STADLER VÖLKELE Rechtsanwälte; Christopher Falke:
STADLER VÖLKELE Rechtsanwälte; Wolfgang Heissenberger: FOTO & COPY
(Purkersdorf); Sabine Mandahus: Deloitte; Alois Prochaska: Deloitte; Martin
Klokar: Stephan Huger; Andreas Langer: Martina Draper - Photography;
Annika Streicher: Stephan Huger; Stefan Mathias Ullreich: privat; Berthold
Hofbauer: Heid und Partner Rechtsanwälte GmbH; Daniela Bereiter: Jean
Van Lülük; Lukas Diem: privat; Hannah Graf: Haleh Hafenscher; Erik Pinetz:
Georg Wilke; Erich Schaffer: EY; Thomas Ziniel: privat; Ulrike Giera: Christian
Thalmayr; Maximilian Hautzenberg: Schienen Control GmbH; Markus-Florian
Rummel: Christian Thalmayr; Agnes Balthasar-Wach: privat; Cornelia
Lanser: Theresa Pewal; Thomas Jaeger: Joseph Krpelan.

Verlagsredaktion: Mag. Verena Jaziri, Johannesgasse 23, 1010 Wien,
E-Mail: verena.jaziri@manz.at

Hersteller: Printera Grupa d.o.o., 10431 Sveta Nedelja.

Herstellungsort: Sveta Nedelja, Kroatien.

Verlagsort: Wien, Österreich.

Anzeigenkontakt: Stefan Dallinger, Tel: (01) 531 61-114, Fax: (01) 531 61-596,
E-Mail: stefan.dallinger@manz.at

Bezugsbedingungen: Die ecolex erscheint 12x jährlich. Der Bezugspreis
2021 beträgt € 318,-, für Berufsanwärter € 229,50 (inkl Versand in Österreich
und Einbanddecke). Einzelheft € 29,50. Auslandspreise auf Anfrage. Nicht
rechtzeitig vor ihrem Ablauf abbestellte Abonnements gelten für ein wei-
teres Jahr als erneuert. Abbestellungen müssen schriftlich bis spätestens
18. November vor Jahresende beim Verlag einlangen.

Manuskripte und Zuschriften erbitten wir an folgende Adressen:

E-Mail: verena.jaziri@manz.at. Richtlinien zur formalen und inhaltlichen Ge-
staltung der Beiträge können beim Verlag angefordert werden. Wir bitten
Sie, die Formatvorlagen zu verwenden (zum Download unter www.manz.at/
formatvorlagen) und sich an die im Auftrag des Österreichischen Juristen-
tages herausgegebenen „Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichi-
schen Rechtssprache und europarechtlicher Rechtsquellen (AZR)“, 8. Aufl
(Verlag MANZ, 2019), zu halten.

Urheberrechte: Sämtliche Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfäl-
tigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten. Kein Teil
der Zeitschrift darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein
anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlags reprodu-
ziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verar-
beitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Haftungsausschluss: Sämtliche Angaben in dieser Zeitschrift erfolgen
trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr. Eine Haftung der Autoren, der
Herausgeber sowie des Verlags ist ausgeschlossen.

Grafisches Konzept: Michael Fürnsinn für buero8, 1070 Wien
(buero8.com).

Covergestaltung: John Ross Group, Jörgerstraße 50/3, 1170 Wien.
Gedruckt auf chlorfrei gebleichtem Papier.

**Der Podcast zur Zeitschrift
und zum österreichischen und
europäischen Wirtschaftsrecht**

- brisante Entwicklungen im Wirtschaftsrecht
- Vorschau auf das aktuelle Heft
- monatliche Folgen
- alle gängigen Streamingplattformen

manz.at/ecolexpodcast

MANZ

§ 2 Abs 2 Nr 2 Satz 1 dUStG auf atypisch gestaltete Personengesellschaften wie die GmbH & Co. KG beschränkt ist oder auch für andere Personengesellschaften in Betracht kommt.²⁹⁾

Es bleibt abzuwarten, wie die österr Finanzverwaltung (und ggf der Gesetzgeber) auf die EuGH-E reagiert. Im Lichte der Rechtssicherheit wäre ein baldiges Tätigwerden des österr Gesetzgebers in Form der ausdrücklichen Erstreckung des Anwendungsbereichs der Organschaft nach § 2 Abs 2 Z 2 UStG auf Personengesellschaften wünschenswert. Der Gesetzgeber könnte dies auch für eine grundlegendere Reform der Organschaft nützen. Um Steuerumgehungen und -missbräuche zu vermeiden, erscheint es iS der besprochenen Rsp des EuGH bspw zulässig, dass das Gesetz die Anerkennung einer umsatzsteuerlichen Organschaft an eine Zustimmung der Finanzbehörde oder an einen schriftlichen Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaft bindet, der auch nur schriftlich geändert werden kann. Das Urteil könnte damit indirekt auch die Bemühungen beflügeln, in Österreich für die umsatzsteuerliche Organschaft ein Antragsverfahren einzuführen (wie es auch in

anderen Mitgliedstaaten besteht), um mehr Rechtssicherheit zu schaffen.

Schlussstrich

Entsprechend der E des EuGH in der Rs *M-GmbH* ist es nicht mit Art 11 MwStSystRL vereinbar, dass eine Personengesellschaft nur dann zusammen mit dem Unternehmen des Organträgers eine Mehrwertsteuergruppe bzw Organschaft bilden kann, wenn Gesellschafter der Personengesellschaft neben dem Organträger nur Personen sind, die in dieses Unternehmen finanziell eingegliedert sind. Im Lichte dieses Urteils muss die Finanzverwaltung ihre restriktive Ansicht zur Aufnahme von Personengesellschaften in eine Organschaft (UStR 2000 Rz 233) wohl zeitnah ändern.

²⁹⁾ Stadie in *Rau/Dürnwächter*, dUStG (Lfg 195, Oktober 2021) § 2 R 847.

BFH-Update – Steuerrecht

RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT. Die AutorInnen besprechen in dieser Ausgabe des BFH-Updates die neueste Rsp des BFH mit Bezug zu österr Steuerrecht. **ecolex 2021/690**



Martin Klokár, MSc (WU), LL.B. (WU), BSc (WU), ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der WU Wien.



Dr. **Andreas Langer** ist Rechtsanwaltsanwärter bei einer internationalen Wirtschaftsrechtskanzlei in Wien.



Annika Streicher, LL.M. (WU), B.A, ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der WU Wien.

1. Typenvergleich zur Qualifizierung von Ausschüttungen einer ausländischen Gesellschaft

BFH 18. 5. 2021, I R 12/18, ECLI:DE:BFH:2021:U.180521.IR12.18.0

Erste Instanz: FG Nürnberg
30. 1. 2018,
1 K 655/16

Normen:

§ 8b Abs 1 Satz 1,
§ 8b Abs 5 dKStG;
§ 20 Abs 1 Nr 1 dEStG; § 10 öKStG

Die KI ist eine in Deutschland ansässige GmbH. Die nach dem Recht des US-Bundesstaats Delaware gegründete X-Inc („Corporation“; mit einer AG vergleichbar), eine Schwestergesellschaft der KI, bildete durch Aussonderung bestimmter Vermögensgegenstände einen „Financial Asset Securitization Investment Trust“ (FASIT). Die X-Inc beabsichtigte, an dem FASIT einen „Regular Interest“ durch die Ausgabe von Vorzugsaktien an der X-Inc zu bilden. Die KI erhielt solche Vorzugsaktien im Beteiligungsausmaß von 30%: Auf die Vorzugsaktien geleistete Ausschüttungen berechneten sich nach einem Prozentsatz des Ausgabepreises auf Basis vom US-Finanzministerium veröffentlichter Zinssätze für langfristige Anleihen. Auszahlungen waren auf zur Verfügung stehende Gewinne und Rücklagen der X-Inc sowie auf den verfügbaren Betrag des „Vorzugsaktienkapitals“ beschränkt. War eine Auszahlung nicht möglich, liefen die Ansprüche auf. Die Vorzugsaktien vermittelten der KI Stimmrechte hinsichtlich der X-Inc. Bei Liquidation der X-Inc stand der KI ein „Liquidationsvorteil“ zu, begrenzt auf die Rückzahlung des Ausgabepreises zuzüglich aufgelaufener Gewinne. Auf die Vorzugsaktien geleistete Ausschüttungen der X-Inc waren in den USA wie Zinsen zu behandeln, die im Fall der KI auf Grundlage des DBA Deutschland/USA nicht in den USA besteuert wurden.

Strittig war, ob im Streitjahr 2001 die auf die Vorzugsaktien geleistete Ausschüttung der X-Inc bei der KI ein steuerfreier Dividendenbezug iSd § 8b Abs 1 dKStG iVm § 20 Abs 1 Z 1 dEStG (in der für das Streitjahr geltenden Fassung) oder ein steuerpflichtiger Zinsertrag war. Der BFH behandelte die Zahlung anhand eines Typenvergleichs als befreiten Dividendenertrag (Gewinnanteile aus Aktien), weil die X-Inc als ausländisches Rechtsgebilde und die Vorzugsaktien als Beteiligungsform jenen Gesellschafts- und Beteiligungsformen gleichen, die in § 8b Abs 1 dKStG und § 20 Abs 1 Z 1 dEStG genannt werden. Insb waren die Vorzugsaktien für den BFH als mit Aktien vergleichbare mitgliedschaftliche Beteiligung, die der KI Vermögens- und Mitverwaltungsrechte einräumt, zu behandeln (und nicht bloß als Genussrechte). Das folgte bereits aus dem durch die Vorzugsaktien vermittelten Stimmrecht, was nicht dadurch (wie vom FG vertreten) relativiert wird, dass die Ausübung des Stimmrechts im Konzernverbund von der Konzernspitze beeinflusst wird. Der BFH störte sich bei seiner Einordnung auch nicht an den gegebenen fremdkapitalähnlichen Elementen (insb der festen Verzinsung), weil die Auszahlung einer Dividende nur dann in Betracht kam, wenn ausreichend Gewinne und Rücklagen vorlagen. Entgegen den Ausführungen des FG nahm der BFH iZm

den Vorzugsaktien auch eine Beteiligung an den stillen Reserven der X-Inc an: Könnte im Liquidationsfall der X-Inc der Liquidationsvorteil nicht mit dem Kapital des FASIT bedient werden, müsste nämlich auf die stillen Reserven des Gesamtvermögens der X-Inc zurückgegriffen werden. Auch der Umstand, dass sich die Vermögensrechte der KI nur auf den FASIT (damit auf einen Teil des Vermögens der X-Inc) beziehen, führte zu keiner Umqualifikation in einen Zinsertrag, weil es auch im deutschen Recht „Spartenaktien“ gibt, die sich nicht auf das gesamte Vermögen der Gesellschaft beziehen.

Hinweis: Beteiligungserträge ausländischer Gesellschaften iSd § 10 Abs 1 Z 5 bis 7 öKStG sind in Österreich grundsätzlich steuerbefreit. Anhand eines Typenvergleichs ist zu bestimmen, ob Auszahlungen aus „vergleichbaren“ ausländischen Körperschaften erfolgen. Separat zu prüfen ist, ob es sich bei solchen Auszahlungen um Beteiligungs- oder um Zinserträge handelt.

Anmerkung: Die Entscheidung des BFH erging zum Streitjahr 2001. Anders als heute (s § 8b Abs 1 Satz 2 dKStG) führte der erzielte doppelte steuerliche Vorteil (Behandlung als steuerlich abzugsfähige Zinszahlungen auf Ebene der X-Inc in den USA sowie Nichtbesteuerung bei der KI in Deutschland als Beteiligungsertrag) noch zu keiner Besteuerung der vereinnahmten Zahlungen in

Deutschland. In Österreich wäre die gegenständliche Zahlung de lege lata gem § 10 Abs 4 öKStG ebenfalls nicht steuerfrei, sofern sie bei der ausländischen Körperschaft (der X-Inc) abzugsfähig wäre (abgesehen davon wurden die US-amerikanischen Grundlagen gegenständlicher FASIT im Jahr 2004 abgeschafft). Von Interesse ist die vom BFH vorgenommene Differenzierung zwischen Eigen- und Fremdkapital: So ist die Beteiligungsertragsbefreiung des § 10 öKStG nur bei gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen (Aktie oder GmbH-Anteil) oder gleichgestellten Beteiligungsformen anwendbar. Hier könnten die Erwägungen des BFH übertragen werden, wonach auch bei fixer Verzinsung eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung (Aktie) vorliegen kann. Ähnlich ging auch das BFG (9. 3. 2021, RV/4100371/2017) bei Vorzugsaktien mit fremdkapitalähnlichen Elementen (hier bei fehlender Beteiligung am Liquidationsgewinn/Unternehmenswert) von nach § 10 Abs 1 Z 1 öKStG befreiten gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen aus. Von dieser Einordnung als gesellschaftsrechtliche Beteiligung zu unterscheiden sind Gewinnanteile aufgrund von Substanzgenussrechten (§ 10 Abs 1 Z 3 öKStG). Hier setzt eine Befreiung – Rz 1193 der KStR folgend – eine Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn der emittierenden Körperschaft voraus.

2. Vorsteuerabzug und unentgeltliche Zuwendung

BFH 16. 12. 2020, XI R 26/20 (XI R 28/17), ECLI:DE:BFH:2020:U.161220. XIR26.20.0

Erste Instanz: FG Hessen, 15. 12. 2016, 1 K 2213/13

Normen: § 3 Abs 1b dUStG; § 3 Abs 2, § 12 Abs 2 Z 2 lit a öUStG; § 20 Abs 1 Z 2 lit b öEstG; Art 16 MwStSystRL

Die A-GmbH betrieb im Jahr 2006 einen Kalksteinbruch in einer deutschen Gemeinde. Die zuständige Behörde genehmigte den Neuaufschluss und Betrieb des Steinbruchs unter der Auflage der Erschließung über die öffentliche Gemeindestraße, die sich im Eigentum der Gemeinde befindet und von der Öffentlichkeit benutzt werden kann. Die A-GmbH beauftragte eine Baufirma mit dem Ausbau der Straße, um dem Schwerlastverkehr standzuhalten, und machte anschließend den Vorsteuerabzug für die von der Baufirma bezogenen Eingangsleistungen geltend. Nach Ansicht des FA habe die A-GmbH mit dem Straßenausbau eine umsatzsteuerpflichtige unentgeltliche Wertabgabe gem § 3 Abs 1b Satz 1 Nr 3 dUStG (entspricht § 3 Abs 2 TS 3 öUStG) bewirkt. Folglich sei der Vorsteuerabzug zu verwehren, weil nach BFH-Rsp (Urteil v 31. 1. 2011, V R 12/08) kein Vorsteuerabzugsrecht besteht, wenn die Eingangsleistung von vornherein mit der Absicht bezogen wird, sie iSd § 3 Abs 1b dUStG zu verwenden. Der BFH legte den Fall dem EuGH vor.

Im Vorlageverfahren in der Rs *Mitteldeutsche Hartstein Industrie-AG* (Urteil v 16. 9. 2020, C-528/19) entschied der EuGH, dass der Vorsteuerabzug zusteht, wenn die Straße für die wirtschaftliche Tätigkeit des Unternehmers benutzt wird, sofern die Ausbaurbeiten nicht über das erforderliche Maß hinausgehen und die Kosten kalkulatorisch im Preis der (steuerpflichtigen) Ausgangssumme des Unternehmers enthalten sind. Ein Tatbestand iSd Art 16 MwStSystRL (Entnahme) liege nicht vor, wenn die Lieferung der Arbeiten zum Ausbau der Gemeindestraße an die betreffende Gemeinde nicht dazu geeignet ist, zu einem unversteuerten Endverbrauch zu führen.

Der BFH spezifizierte im fortgesetzten Verfahren nun hinsichtlich des Vorliegens einer unentgeltlichen Wertabgabe, dass ein unversteuerter Endverbrauch nicht droht, wenn die Eingangsleistung

- vor allem für die Bedürfnisse des Steuerpflichtigen genutzt wird,
- sie für das Unternehmen erforderlich ist,
- die Kosten kalkulatorisch im Preis der Ausgangsleistung enthalten sind und
- die Vorteile für Dritte nur nebensächlich sind.

Für das Recht auf Vorsteuerabzug reicht zudem ein „mittelbarer Zusammenhang“ zwischen Eingangs- und Ausgangssumme. Ein mittelbarer Zusammenhang lag hier vor, weil die Straße ausgebaut wurde, um den Steinbruch überhaupt betreiben zu können.

Hinweis: Mit dieser E setzt der BFH die EuGH-E in der Rs *Mitteldeutsche Hartstein-Industrie AG* um. Mit der Anerkennung der Tatsache, dass ein mittelbarer Zusammenhang zwischen Eingangs- und Ausgangssumme für das Recht auf Vorsteuerabzug ausreicht, rückt der BFH ausdrücklich von seiner früheren Rsp ab (s zB Urteil v 15. 10. 2009, XI R 82/07; 14. 3. 2012, XI R 8/10).

Anmerkung: Nach früherer Ansicht des VwGH war der Tatbestand des § 3 Abs 2 TS 3 öUStG (Eigenverbrauch) erfüllt, wenn ein Unternehmer zur besseren unternehmerischen Nutzung seiner Liegenschaft einen Kreisverkehr errichtet, den er dann in Bundeseigentum überträgt (s Urteil v 25. 7. 2013, 2011/15/0055, und v 19. 12. 2013, 2009/15/0137; UStR 2000 Rz 277; Malainer/Staribacher, *immolex* 2014, 237). Der VwGH gibt diese Rsp in einer kürzlich ergangenen E zur Errichtung von Straßen zur Erschließung eines Gewerbegebiets durch einen Unternehmer auf und setzt so die EuGH-E *Mitteldeutsche Hartstein-Industrie AG* um (s Urteil v 8. 9. 2021, Ro 2020/15/0011, 0012).

Offen bleibt die Frage, wann Aufwendungen über das „erforderliche Maß“ hinausgehen und demnach der Vorsteuerabzug auf die Eingangsleistungen zu verwehren ist. Genehmigt eine Gemeinde die Errichtung eines Shopping Centers unter der Bedingung, dass der Unter-

nehmer einen Kreisverkehr auf öffentlichem Grund errichtet, und lässt der Unternehmer in der Mitte des Kreisverkehrs zusätzlich eine Statue errichten und diesen mit Blumen bepflanzen, ist fraglich, ob das erforderliche Maß bereits überschritten ist. Aus rein funktioneller Sicht sind diese Aufwendungen nicht notwendig. Eine Folgefrage wäre dann auch, ob ein teilweiser Vorsteuerabzug für den angemessenen Teil der Aufwendungen zusteht oder ob die Unangemessenheit die gesamte Eingangsleistung infiziert. Der Vorsteuerabzug kann jedenfalls nicht auf Basis von § 12 Abs 2 Z 2 lit a öUStG iVm § 20 Abs 1 Z 2 lit b öEStG verwehrt werden, weil hiervon (taxativ) nur unangemessen hohe Kosten iZm Personen- und Kombinationskraftwagen, Personenluftfahrzeugen,

Sport- und Luxusbooten, Jagden, geknüpften Teppichen, Tapisserien und Antiquitäten erfasst sind.

Der Judikaturwandel des BFH hin zur Akzeptanz eines bloß „mittelbaren“ Zusammenhangs zwischen Eingangs- und Ausgangsleistung scheint keine große Neuerung zu sein. Der EuGH akzeptierte zwar einen „mittelbaren“ Zusammenhang nie explizit als ausreichend für den Vorsteuerabzug, doch ist es bereits seit 2001 stRsp, dass der Vorsteuerabzug auch dann zulässig ist, wenn die Kosten des Eingangsumsatzes zu den Gemeinkosten des Steuerpflichtigen gehören und in den Preis der Produkte eingehen (s zB Urteile v 22. 2. 2001, C-408/98, Abbey National; 27. 9. 2001, C-16/00, Cibo Participations; Ruppe/Achatz, UStG⁵ § 12 Rz 106).

3. Grunderwerbsteuer bei treuhänderischem Erwerb

BFH 23. 2. 2021, II R 22/19, ECLI:DE:BFH:2021:U.230221. IIR22.19.0

Erste Instanz: FG Sachsen 4. 10. 2017, 6 K 1535/15

Normen: § 1 Abs 2, § 5 Abs 2, § 6 dGrEStG; § 1 Abs 2, § 1 Abs 4 öGrEStG

Die A GbR, an der X zu 94% und Y zu 6% beteiligt waren, war Eigentümerin eines Grundstücks. Die B GbR (KI), an der X zu 94% und Z zu 6% beteiligt waren, erteilte dem Gesellschafter Z den Auftrag, das Grundstück als Treuhänder im eigenen Namen und im Innenverhältnis auf Rechnung der KI zu erwerben. Aufgrund eines Geschäftsbesorgungsvertrags zwischen X und Z v 26. 5. 2008 sollte Z das Grundstück - neben anderen Verpflichtungen - für die KI halten und auf ihr Verlangen herausgeben. Mit notariell beurkundetem Vertrag v 20. 11. 2008 veräußerte die A GbR das Grundstück an Z. Das FA (Revisionskläger) setzte gegenüber Z GrESt fest (erster Vorgang). Dieser Bescheid ist nicht Streitgegenstand. Ferner setzte das FA unter Berufung auf § 1 Abs 2 dGrEStG gegenüber der KI GrESt fest (zweiter Vorgang). Die KI begehrte mit ihrem Einspruch unter Hinweis auf § 6 Abs 3 dGrEStG (Befreiungsvorschrift bei Übertragung eines Grundstücks von einer Gesamthand auf eine andere Gesamthand) die GrESt-Freistellung des Anteils von 94%. Das FA wies den Einspruch zurück, woraufhin die KI Klage erhob.

Der BFH stellte fest, dass die Festsetzung der GrESt auch für den zweiten Vorgang rechtmäßig ist. Nach dem Grundstückserwerb durch Z (Treuhänder) von der A GbR durch Vertrag v 20. 11. 2008 (§ 1 Abs 1 Z 1 dGrEStG) hat die B GbR (Treugeberin) im unmittelbaren Anschluss von Z die Verwertungsbefugnis an dem Grundstück erworben, womit nach § 1 Abs 2 dGrEStG iVm § 5 Abs 2 dGrEStG (mit einem Anteil von 94%) erneut eine GrESt-Pflicht ausgelöst wird. Nach § 5 Abs 2 dGrEStG wird, wenn ein Grundstück von einem Alleineigentümer auf eine Gesamthand übergeht, die Steuer in Höhe des Anteils nicht erhoben, zu dem der Veräußerer am Vermögen der Gesamthand beteiligt ist (hier: 6%). Nach Ansicht des BFH ergibt sich aus §§ 5, 6 dGrEStG (Sonderregelungen bezüglich Gesamthandeigentum) kein allgemeiner Rechtsgrundsatz, wonach Personengesellschaften im Grunderwerbsteuerrecht als transparent anzusehen sind.

Hinweis: Vergleichbar zur deutschen Regelung findet sich auch in Österreich mit § 1 Abs 2 öGrEStG ein Ergänzungstatbestand, wonach der Erwerb einer Verwertungsbefugnis GrESt auslöst. Bei Treuhandschaften tritt daher auch in Österreich eine mehrfache GrESt-Besteuerung ein. Vergünstigungsvorschriften wie §§ 5, 6 dGrEStG, wonach bestimmte Grundstücksübergänge zwischen einer Gesamthand und den an ihr Beteiligten bzw unter Gesamthandsgemeinschaften von der GrESt

befreit sind, finden sich in dieser Form im österr GrEStG hingegen nicht.

Anmerkung: Die Entscheidung des BFH über die Grunderwerbsteuer bei treuhänderischem Erwerb entspricht weitgehend der österr Praxis. Im Fall eines Erwerbs eines Grundstücks von einem Dritten (A GbR), das von einem Treuhänder (Z) für den treugeberischen Erwerber (B GbR) gehalten wird, werden zwei Grunderwerbsteuerliche Tatbestände erfüllt: Zum einen unterliegt der Kaufvertrag zwischen dem Erwerber (Treuhänder) und dem Dritten nach § 1 Abs 1 Z 1 öGrEStG der GrESt; zum anderen erfüllt der Erwerb der Verwertungsbefugnis, die der Grundstückserwerbende Treugeber dem Treuhänder eingeräumt hat, den Tatbestand des § 1 Abs 2 öGrEStG. Damit fällt bei Treuhandschaften auch in Österreich ein weiteres Mal GrESt an. Die Kürzungsvorschrift nach § 1 Abs 4 öGrEStG greift mangels identischer Vertragsparteien (Personenidentität) nach hA und stRsp des VwGH nicht (s dazu mwN Mechtler/Pinetz in Pinetz/Schragl/Sillner/Stefaner, GrEStG [2017] § 1 Rz 969ff). Die Bemessungsgrundlage für den Erwerb der Verwertungsbefugnis durch den Treugeber ist der Kaufpreis zuzüglich der GrESt und der Eintragungsgebühr, jedoch ohne Treuhänderhonorar (vgl bereits VwGH 15. 1. 1958, 1776/57). Bei Auflösung des Treuhandvertrags wird in Österreich gem § 1 Abs 1 Z 1 oder 2 öGrEStG wieder GrESt ausgelöst; die in diesem Fall entstandene GrESt-Schuld kann aber nach § 1 Abs 4 öGrEStG mit der GrESt-Schuld auf den Erwerb der Verwertungsbefugnis verrechnet werden (vgl dazu Doralt/Ruppe, Steuerrecht II⁹ [2019] Rz 999; vgl in Deutschland § 1 Abs 6 dGrEStG). Die deutsche BFH-Rsp zur GrESt bei treuhänderischem Erwerb stimmt somit im Ergebnis auch mit der in Österreich in diesen Fällen angewendeten Mehrfachbesteuerung überein (vgl dazu VwGH 20. 2. 2003, 2001/16/0519). Bei Grundstücksübertragungen iZm Treuhandkonstruktionen gilt es daher - sowohl in Österreich als auch Deutschland - die Grunderwerbsteuerlichen Konsequenzen besonders zu beachten. Abschließend sei angemerkt, dass in Österreich eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts - im Vergleich zur Rechtslage in Deutschland - mangels Rechtsfähigkeit (§ 1175 Abs 2 ABGB) keine Grundstücke erwerben kann, sondern diese gem § 1180 Abs 1 ABGB im Miteigentum der Gesellschafter stehen und ein Sondervermögen bilden. In Deutschland hingegen kann eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts Grunderwerbsteuerrechtlich ein selbständiger Rechtsträger sein.