

Schadenersatz-Verjährung bei fehlerhafter Anlageberatung Rolle des Mitverschuldens

Rechtsprechung zum
ZaDiG 2018/2019

Recht smart:
Electricity sharing is – what please?

Änderungen im Finanzmarkt-GeldwäscheG
Durch die 5. GeldwäscheRL

Diskriminierung im Verein
Stört uns das?

Geschäftsführerbestellung durch den
GmbH-Aufsichtsrat?

Wochenarbeitszeit
Wird sie berechnet? Wenn ja, wie?

Was kommt denn da daher?
SteuerreformG 2020

VwGH: Rechtsquelle Aarhus
Parteistellung von Bürgerinitiativen?



FACHZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT
30. Jg. Hef 11, November 2019

Zitiervorschlag:
ecolex 2019, Seite
ecolex 2019/Nummer

HERAUSGEBER:
Hon.-Prof. Dr. G. KUCSKO, RA
Univ.-Prof. Dr. W. MAZAL
Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. P. OBERHAMMER
Univ.-Prof. Dr. J. REICH-ROHRWIG, RA
Hon.-Prof. Dr. Ch. SCHMELZ, RA
Univ.-Prof. MMag. Dr. J. SCHUCH, StB
Mag. Ph. VONDRAK, StB und RA
Univ.-Prof. Dr. G. WILHELM

BEIRAT:
Univ.-Prof. DDr. W. BARFUSS

Univ.-Prof. Dr. B.-Ch. FUNK
Dr. J. E. LANGER
Univ.-Prof. DDr. H. MAYER
Univ.-Prof. Vize-Präs. Dr. M. NEUMAYR
Univ.-Prof. Dr. G. H. ROTH
Univ.-Prof. Dr. W. SCHRÄMMEL
Univ.-Prof. Dr. V. TRSTENJAK
Univ.-Prof. Dr. R. WELSER
Min.-Rat Dr. W. WIESNER

SCHRIFTFLEITUNG:
Univ.-Prof. Dr. G. WILHELM

STÄNDIGE MITARBEITER:
Dr. A. BALTHASAR-WACH, RAA
Hon.-Prof. Dr. A. DUSCHANEK
Sen.-Präs. d. OLG Wien iR.ao. Univ.-Prof.
Dr. G. ERTL
Mag. J. FISCHERLEHNER
MMag. Dr. K. H. HILBER, StB

Dr. M. HÖCHER, RAA
Univ.-Prof. Dr. M. HOLOUBEK
Dr. St. KÖCK, RA
Univ.-Prof. Dr. M. LANG
Dr. E. PRIMOSCH
Dr. Th. RABL, RA
Mag. B. RENNERT, Richter
Dr. R. SCHANDA, RA
Univ.-Prof. Dr. F. SCHRANK
Univ.-Prof. Dr. H. SCHUMACHER, RA
Univ.-Doz. Dr. St. SCHWARZER
Dr. A. SPITZL
Dr. B. TONNINGER, RA
Dr. W. URBANTSCHITSCH
Univ.-Prof. Dr. M. WINDISCH-GRAETZ
Dr. M. WOLLER, RA
Mag. Dr. H. WOLLMANN, LL.M., RA
Univ.-Prof. Dr. B. ZÖCHLING-JUD

FEHLERHAFT ANLAGEBERATUNG

Wie verjähren (nun) Schadenersatzansprüche bei fehlerhafter Anlageberatung? Natascha Brandstätter	928
OGH 29. 8. 2019, 1 Ob 78/19f – 1. Senat schwenkt um: Kein Korrelationserfordernis beim Mitverschulden des geschädigten Anlegers! Natascha Brandstätter	932
OGH 29. 8. 2019, 1 Ob 78/19f	934

EDITORIAL

Welser zum 80. Geburtstag Georg Wilhelm	925
Impressum	U3

ZIVIL- UND UNTERNEHMENSRECHT

Rechtsprechung zum ZaDiG 2018/2019 Hannah Stindl	935
Recht smart ^{11.11} : (Electricity) Sharing is (s)caring! Thomas Rabl	938
OGH 25. 6. 2019, 9 Ob 28/19 m	940
OGH 13. 6. 2019, 4 Ob 93/19 h	940
OGH 13. 6. 2019, 4 Ob 90/19 t	940
OGH 13. 6. 2019, 5 Ob 51/19 i	941
OGH 3. 10. 2018, 5 Ob 65/18 x	941
OGH 27. 5. 2019, 1 Ob 82/19 v	941
OGH 13. 6. 2019, 4 Ob 201/18 i	942
OGH 23. 1. 2019, 3 Ob 244/18 f	944
OGH 26. 6. 2019, 7 Ob 90/19 i	944
OGH 13. 6. 2019, 4 Ob 92/19 m	944
OGH 13. 6. 2019, 5 Ob 6/19 x	945
OGH 20. 12. 2018, 4 Ob 215/18 y	945
OGH 30. 1. 2019, 7 Ob 241/18 v	945
OGH 21. 11. 2018, 7 Ob 159/18 k	947
OGH 30. 1. 2019, 7 Ob 243/18 p	948

WIRTSCHAFTSSTRAFRECHT

Die 5. GeldwäscherL und ihre Umsetzung im Finanzmarkt-GeldwäscherG Michael Lindtner	949
--	-----

DISPUTE RESOLUTION

OGH 29. 8. 2019, 6 Ob 149/19 h	953
OGH 29. 8. 2019, 3 Ob 94/19 y	954
OGH 24. 10. 2018, 3 Ob 169/18 a	954
OGH 29. 8. 2019, 6 Ob 142/19 d	956
OGH 29. 8. 2019, 3 Ob 100/19 f	956

OGH 21. 5. 2019, 5 Ob 19/19h	• Erwerbsbeschränkung an Kfz-Abstellplätzen auch bei freihändiger Veräußerung im Insolvenzverfahren	957
OGH 25. 6. 2019, 10 Ob 107/18k	• Provisionsanspruch des Immobilienmaklers nach Insolvenz des Verkäufers	957
OGH 3. 4. 2019, 1 Ob 53/19d	• Zur erforderlichen Bestimmtheit einer Gerichtsstandsvereinbarung	957
EuGH 4. 9. 2019, C-347/18	• EuGVVO: Keine Zuständigkeitsprüfung bei Bescheinigung der Vollstreckbarkeit	958

GESELLSCHAFTSRECHT

Kann der Aufsichtsrat einer GmbH einen Geschäftsführer bestellen? Egon Engin-Deniz		958
Diskriminierung im Verein Thomas Höhne		960
OGH 29. 8. 2019, 6 Ob 79/19i, 6 Ob 80/19m	• Kein Haftungsausschluss gem § 38 Abs 4 UGB bei Eintragung im Firmenbuch nach Ablauf eines Monats	963
OGH 21. 3. 2019, 6 Ob 183/18g	• Keine Übertragbarkeit der Kompetenz der Generalversammlung zur Bestellung von GmbH-Geschäftsführern an den Aufsichtsrat	963
OGH 29. 8. 2019, 6 Ob 104/19s	• Zum Stimmverbot gem § 39 Abs 4 GmbHG	966
OGH 24. 6. 2019, 6 Ob 119/19x	• Zur einstweiligen Verfügung gem § 42 Abs 4 GmbHG	968
OGH 29. 8. 2019, 6 Ob 141/19g	• Unbeschränktes Bucheinsichtsrecht von Gesellschaftsgläubigern nach Beendigung der Liquidation	968

WETTBEWERBS- UND IMMATERIALGÜTERRECHT

OGH 29. 1. 2019, 4 Ob 118/18h	• © als Hinweis auf Exklusivität (<i>Michael Woller</i>)	969
OGH 22. 8. 2019, 4 Ob 135/19k	• Zur Reichweite einer Nutzungsvereinbarung (<i>Bernhard Tonninger</i>)	970
EuGH 29. 7. 2019, C-516/17	• Großer kleiner Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten bei freien Werknutzungen (<i>Alexander Pabst</i>)	971
EuGH 29. 7. 2019, C-124/18P	• Markenrechtlicher Schutz für Farbkombinationen (<i>Michael Horak</i>)	972
EuGH 29. 7. 2019, C-469/17	• Aller guten Dinge sind drei: EuGH zum Harmonisierungsgrad von freien Werknutzungen (<i>Adolf Zemann</i>)	973
EuGH 29. 7. 2019, C-476/17	• Metall auf Metall – klares „Jein“ zum Sampling und zur Berufung auf Grundrechte (<i>Dominik Hofmarcher</i>)	975

ARBEITSRECHT

Fest oder gleitend durchgerechnete Wochenarbeitszeit Kurt Wratzfeld		977
Wirksamkeit des Verfalls trotz Strafbarkeit nach dem LSD-BG? Ernst Eypeltauer		979
OGH 25. 1. 2019, 8 Oba 61/18f	• Angemessenes Entgelt für Rufbereitschaft	981
OGH 25. 1. 2019, 8 Oba 70/18d	• Unionsrechtswidrigkeit des § 20 Abs 2 AngG aF	982
OGH 25. 1. 2019, 8 Oba 72/18y	• Taggeld nach KVAÜ für ungarische Wochenpendler	983

STEUERRECHT

Steuerreformgesetz 2020 Philip Vondrak		986
VwGH 27. 2. 2019, Ra 2018/15/0111	• ImmoESt: Hauptwohnsitzbefreiung auch bei (kurzfristigen) Unterbrechungen der Nutzung möglich (<i>Martin Klokari/Mario Riedl</i>)	987
BFG 22. 7. 2019, RV/5101301/2017	• Die Einkunftsquelleneigenschaft eines Kleinwasserkraftwerks (<i>Max Hatzenbichler</i>)	989

ÖFFENTLICHES WIRTSCHAFTSRECHT

VwGH verirrt sich in Aarhus Christian Holzer		991
Neues zur Bindungswirkung, oder: der ewige Konflikt? Veronika Wolfbauer / Günther Leissler		995
Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs Anna Veronika Groschedl / Melina Oswald / Laura Pavlidis / Erik Pinetz / Erich Schaffer / Thomas Ziniel		997

EUROPA

✳️ Neues aus Europa Aktuelle Rechtsetzung und Entscheidungen der EU Ulrike Giera / Maximilian Hautzenberg / Markus-Florian Rummel		1001
Rechtsprechungsübersicht Europäische Gerichte Agnes Balthasar-Wach		1002

allem dort, wo es kombinierte Produkte (elektronisch und print) gibt, zu administrativen Erleichterungen, weil eine Aufteilung des Entgelts auf den elektronischen bzw den Printteil nicht mehr erforderlich ist.

6. Ökologisierung

Es wurden zahlreiche Maßnahmen getroffen, die Lenkungswirkungen im Umweltbereich erreichen sollen:

- Für die Festsetzungen der motorbezogenen Versicherungsteuer soll künftig nicht nur die Leistung, sondern auch der CO₂-Ausstoß maßgeblich sein.
- Abstellen auf ein neues Messverfahren für den CO₂-Wert pro gefahrenen Kilometer für NOVA und Sachbezug.
- Steuerbegünstigungen für bestimmte erneuerbare Energien (zB Biogas, Photovoltaik) werden geschaffen.
- Ausweitung der Verordnungsermächtigung (SachbezugsVO) zur Befreiung vom Sachbezug für Fahrräder und Elektroräder.

B. Weitere Änderungen

Weitere Änderungen, die das SteuerreformG 2020 enthält, sind (nicht abschließend):

- Zuschreibungsgebot nach Umgründungen bis in Höhe der vor Umgründung maßgeblichen Anschaffungskosten;
- Pflichtveranlagung für beschränkt Steuerpflichtige mit zwei Dienstverhältnissen in Österreich;
- Jahressechstel kann maximal ein Sechstel der im Kalenderjahr zugeflossenen laufenden Bezüge betragen (bis dato konnte dieser Betrag bei starken Bezugsschwankungen überschritten werden);
- Anpassung des Abzugsverbots für Zinsen und Lizenzzahlungen an die Hinzurechnungsbesteuerung (kein Abzugsverbot, wenn die Besteuerung durch die Hinzurechnung gesichert ist);
- Vorsteuerabzug für betrieblich genutzte Elektrofahräder;
- Implementierung einer einheitlichen Regelung in der gesamte EU für Reihengeschäfte und Konsignationslager.

RECHTSPRECHUNG

BEARBEITET VON
M. KLOKAR
M. RIEDL

ImmoESt: Hauptwohnsitzbefreiung auch bei (kurzfristigen) Unterbrechungen der Nutzung möglich

Von der Besteuerung privater Grundstücksveräußerungen (ImmoESt) sind Einkünfte aus der Veräußerung von Eigenheimen oder Eigentumswohnungen samt Grund und Boden ausgeschlossen, wenn sie dem Veräußerer ab der Anschaffung oder Herstellung (Fertigstellung) bis zur Veräußerung für mindestens zwei Jahre durchgehend als Hauptwohnsitz gedient haben und der Hauptwohnsitz aufgegeben wird. Bei mehreren Wohnsitzen sind kurzfristige Unterbrechungen in der tatsächlichen Nutzung einer Wohnung mit Hauptwohnsitz möglich, um das Tatbestandsmerkmal „durchgehend“ zu erfüllen, wenn weiterhin die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen zu dieser Wohnung bestehen bleiben. Der Hauptwohnsitz-Meldung kommt in diesem Zusammenhang keine materiell-rechtliche Bedeutung zu, in Zweifelsfällen kann die polizeiliche An- und Abmeldung aber als Indiz dienen.

Der Rw veräußerte im Jänner 2013 eine private Liegenschaft (Eigentumswohnung). Bei der Meldung der Veräußerung an das Finanzamt wurde für den Verkäufer die Hauptwohnsitzbefreiung gem § 30 Abs 2 EStG geltend gemacht. Eine Abfrage des Melderegisters ergab, dass der Hauptwohnsitz nur im Zeitraum vom 11. 3. 2010 bis 31. 1. 2012 und vom 7. 3. 2012 bis 24. 8. 2012 in der veräußerten Privatwohnung bestanden habe. Tatsächlich hat der Rw durchgehend in der Wohnung gewohnt und sich lediglich während des Scheidungsverfahrens, vom 1. 2. 2012 bis 6. 3. 2012, nicht in der Wohnung aufgehalten und kurzfristig bei seinem Vater gewohnt. Das Finanzamt verneinte die Voraussetzungen für die Hauptwohnsitzbefreiung und unterwarf die private Liegenschaft der ImmoESt.

Aus der Begründung:

22 Der Rw hatte seinen Hauptwohnsitz (entsprechend den Meldebestätigungen nach dem Meldegesetz) in der gegenständlichen Wohnung W4 vom 7. (richtig: 11.) 3. 2010 bis 31. 1. 2012 und vom 7. 3. 2012 bis 24. 8. 2012. In diesen beiden Zeiträumen bestand jeweils ein Nebenwohnsitz an der Anschrift E30. In dem Zeitraum, in dem kein Hauptwohnsitz an der Anschrift W4 bestand (31. 1. 2012 bis 7. 3. 2012), war an dieser Anschrift ein Nebenwohnsitz gemeldet, während der Hauptwohnsitz in jenem Zeitraum an der Anschrift E30 bestand.

23 Der Begriff des „Hauptwohnsitzes“ wird im EStG 1988 nicht näher bestimmt. Gem § 26 Abs 1 BAO hat jemand einen Wohnsitz iS der Abgabenvorschriften dort, wo er eine Wohnung innehat uU, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird.

24 Hat der Steuerpflichtige mehrere Wohnsitze iS der BAO, ist Hauptwohnsitz iSd § 30 Abs 2 EStG 1988 jener dieser Wohnsitze, zu dem die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen bestehen (vgl VwGH 29. 7. 2010, 2007/15/0235).

25 Der Hauptwohnsitz-Meldung kommt in diesem Zusammenhang keine materiell-rechtliche Bedeutung zu (...), in Zweifelsfällen kann die polizeiliche An- und Abmeldung aber als Indiz dienen (...).

26 Im vorliegenden Verfahren ist nicht strittig, dass der Rw in jenen Zeiträumen, in denen nach den melderechtlichen Wohnsitzbestätigungen der Hauptwohnsitz in der Wohnung W4 bestanden hatte, dort auch der Hauptwohnsitz iSd § 30 Abs 2 Z 1 lit a EStG 1988 war, also die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen zu dieser

§ 29 Z 2,
§ 30 Abs 1,
§ 30 Abs 2,
§ 30 Abs 2 Z 1
lit a EStG 1988;
§ 26 Abs 1
BAO;
Art 4
OECD-MA

VwGH
27. 2. 2019,
Ra 2018/15/
0111

2019/438

Wohnung bestanden. Insgesamt diente diese Wohnung dem Rw damit mehr als zwei Jahre als Hauptwohnsitz.

27 Der melderechtliche Hauptwohnsitz bestand aber nicht im Zeitraum 31. 1. 2012 bis 7. 3. 2012; in jenem Zeitraum bestand (melderechtlich) ein Nebenwohnsitz in der Wohnung W4.

28 Der Rw hatte angegeben, er habe seinen „Hauptwohnsitz eigentlich nie aufgegeben (...), auch hätten seine Kinder durchgehend in der Wohnung gewohnt. Er sei lediglich kurzfristig zu seinem Vater gezogen“. Das BFG fand keinen Anlass, am Wahrheitsgehalt dieser Angaben zu zweifeln.

29 Entscheidend für die Beurteilung, ob dem Rw im Zeitraum vom 31. 1. 2012 bis 7. 3. 2012 die streitgegenständliche Wohnung W4 als Hauptwohnsitz iSd § 30 Abs 2 Z 1 lit a EStG 1988 diene, ist, ob weiterhin die Voraussetzungen für einen Wohnsitz iSd § 26 BAO erfüllt waren, und zudem, ob der Rw weiterhin die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen zu dieser Wohnung hatte, auch wenn eine tatsächliche Benützung der Wohnung in jenem Zeitraum durch den Rw nicht (ununterbrochen) erfolgte. Hiezu hat das BFG aber keine Feststellungen getroffen, die eine Beantwortung dieser Frage ermöglichen würden. (...) Das angefochtene Erk war daher gem § 42 Abs 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufzuheben.

Anmerkung:

In jüngster Vergangenheit hatte der VwGH zahlreiche Fragen zur Hauptwohnsitzbefreiung zu klären (vgl hierzu Kirchmayr/Achatz, taxlex 2018, 65 [65]; Mantsch/Schaffer, ecolex 2018, 759 [759ff]). In diesem Erk befasst sich der VwGH mit der Frage, ob eine kurzfristige Unterbrechung in der Nutzung eines Wohnsitzes dazu führt, dass das Tatbestandsmerkmal „durchgehend“ der Hauptwohnsitzbefreiung gem § 30 Abs 2 Z 1 lit a EStG nicht mehr erfüllt ist und daher ImmoESt zu entrichten ist.

Einkünfte aus privaten Grundstücksveräußerungen (§ 30 EStG) fallen gem § 29 Z 2 EStG unter die sonstigen Einkünfte und sind grundsätzlich mit einem besonderen Steuersatz iHv 30% (ab dem 1. 4. 2012 bis inklusive 31. 12. 2015: 25%) steuerpflichtig (ImmoESt). Einkünfte aus der Veräußerung von Eigenheimen oder Eigentumswohnungen samt Grund und Boden (§ 18 Abs 1 Z 3 lit b EStG) sind gem § 30 Abs 2 Z 1 lit a EStG steuerfrei, wenn sie dem Veräußerer ab der Anschaffung oder Herstellung (Fertigstellung) bis zur Veräußerung für mindestens zwei Jahre durchgehend als Hauptwohnsitz gedient haben und der Hauptwohnsitz aufgegeben wird.

Da das EStG keine Definition des Begriffs „Hauptwohnsitz“ enthält, ist ein Rückgriff auf den abgabenrechtlichen Wohnsitzbegriff notwendig. Gem § 26 Abs 1 BAO hat jemand einen Wohnsitz dort, wo er eine Wohnung innehat uU, die daraufschließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird. Hat der Steuerpflichtige mehrere Wohnsitze, so ist der Mittelpunkt der Lebensinteressen für die Bestimmung des Hauptwohnsitzes relevant. Für die Ermittlung des Mit-

telpunkts der Lebensinteressen ist nach Rsp des VwGH derjenige Wohnsitz, zu dem die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen bestehen, zu bestimmen (VwGH 29. 7. 2010, 2007/15/0235). Der Hauptwohnsitz-Meldung nach dem Meldegesetz kommt in diesem Zusammenhang keine materiell-rechtliche Bedeutung zu, in Zweifelsfällen kann die polizeiliche An- und Abmeldung aber als Indiz dienen (VwGH 25. 11. 1992, 91/13/0030; so auch in VwGH 27. 2. 2019, Ra 2018/15/0111). Weitere Indizien, wo sich die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen befinden, sind ua die Angabe als Wohnadresse gegenüber Behörden und dem Arbeitgeber, der Ort der Postzustellung sowie die Höhe des Strom- und Wasserverbrauchs (s etwa VwGH 29. 7. 2010, 2007/15/0235; BFG 26. 11. 2018, RV/7101346/2014).

Der Mittelpunkt der Lebensinteressen spielt auch im DBA-Recht eine bedeutende Rolle. Die Grundsätze des Mittelpunkts der Lebensinteressen im Kontext des Internationalen Steuerrechts können auch für die Hauptwohnsitzbefreiung angewendet werden (so auch Bodis/Hammerl in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG¹⁷ § 30 Tz 143). Verfügt der Steuerpflichtige über ständige Wohnstätten in mehreren Staaten, wird der Ansässigkeitsstaat („Hauptwohnsitzstaat“) über die sog „Tiebreaker“-Regelung des Art 4 Abs 2 lit a OECD-MA bestimmt, dh über die Bestimmung des Mittelpunkts der Lebensinteressen. Maßgebend sind wiederum die persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen zu den jeweiligen Wohnsitzen unter zusammenfassender Wertung aller Umstände (VwGH 25. 7. 2013, 2011/15/0193; 28. 10. 2014, 2010/13/0169; 29. 1. 2015, Ra 2014/15/0059).

Im Gegensatz zur Bestimmung des Mittelpunkts der Lebensinteressen iZm der Hauptwohnsitzbefreiung nach § 30 Abs 2 Z 1 lit a EStG stellt der VwGH in DBA-Fällen bei der Ermittlung des Mittelpunkts der Lebensinteressen regelmäßig auf die Verhältnisse über einen längeren Beobachtungszeitraum ab (etwa in VwGH 17. 10. 2017, Ra 2016/15/0008; 15. 9. 2016, Ra 2016/15/0057; 25. 7. 2013, 2011/15/0193). Der VwGH hält im hier erläuterten Erk iZm der Hauptwohnsitzbefreiung eine Prüfung der „engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen“ auch für einen kurzen Zeitraum von etwas mehr als einem Monat (31. 1. 2012 bis 7. 3. 2012) für möglich und fordert damit keine mehrjährige Betrachtung. Diese Vorgehensweise vom VwGH zur Bestimmung des Hauptwohnsitzes ist neu. Nach Zorn (RdW 2019, 268 [269]) kann somit in Bezug auf § 30 Abs 2 Z 1 EStG „auch für einen kurzen Zeitraum ein Wechsel des Bezugsobjektes der ‚engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen‘ eintreten, während im DBA-Recht ein solcher Wechsel idR nur im Rahmen einer mehrjährigen Perspektive möglich ist“. Ein kurzfristiger Wechsel des Hauptwohnsitzes (zB im Zuge des Auszugs aus der Wohnung im Rahmen des Scheidungsverfahrens) scheint daher möglich. Der vom Gesetzgeber gewählte zeitliche Maßstab (Zweijahreszeitraum) begründet wohl diese Differenzierung (so auch Zorn, RdW 2019, 269). Laut VwGH verabsäumte das BFG festzustellen, ob die Voraussetzungen des § 26 Abs 1 BAO erfüllt waren und der Rw weiterhin die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen zur Eigentumswohnung hatte, trotz unter-

brochener tatsächlicher Benützung. Diese Bewertung liegt freilich im Rahmen der freien Beweiswürdigung.

Nach Ansicht der Finanzverwaltung sind vorübergehende Aufenthalte des Steuerpflichtigen an einem anderen Wohnsitz gem Rz 6638 EStR nicht befreiungsschädlich, wenn der Hauptwohnsitz nicht endgültig aufgegeben wird und die Abwesenheit nur kurzfristig ist (ähnlich auch Bodis/Hammerl in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG¹⁷ § 30 Tz 144). Als kurzfristig werden Abwesenheiten, die sechs Monate nicht überschreiten, angesehen, unabhängig davon, ob sie freiwillig oder unfreiwillig erfolgen. Längere Abwesenheiten sind einzelfallbezogen zu beurteilen (zur beruflichen Abwesenheit s Patloch-Kofler/Petrikovics, SWK 2018, 1169 [1169ff]). Nach Ansicht der Finanzverwaltung ist eine vorübergehende, nicht befreiungsschädliche Abwesenheit in den Lauf der Mindestfrist (zwei Jahre bzw fünf Jahre) nicht einzurechnen, weshalb die Frist nur gehemmt wird. Im gegenständlichen Fall erachtete die Finanzverwaltung die Hauptwohnsitzbefreiung als nicht einschlägig, weil der Rw angegeben hat, sich aufgrund des Scheidungsverfahrens vom 1. 2. 2012 bis 6. 3. 2012 „tatsächlich“ nicht in der Wohnung aufhalten zu haben (BFG 20. 7. 2018, RV/1100998/2015). Somit sei lt Finanzverwaltung das Kriterium „durchgehend als Hauptwohnsitz“ gem § 30 Abs 2 Z 1 lit a EStG nicht erfüllt.

Der VwGH sieht im zugrundeliegenden Erk eine „tatsächliche“ durchgehende Benützung der Wohnung als nicht notwendig an, um dennoch die Voraussetzungen zur Hauptwohnsitzbefreiung gem § 30 Abs 2 Z 1 lit a EStG zu erfüllen. Vielmehr sind in dieser Konstellation die allgemeinen Voraussetzungen für einen Wohnsitz iSd § 26 BAO sowie die „engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen“ zu dieser Wohnung ausschlaggebend. Die Wendung des § 26 BAO „beibehalten und nutzen“ erfordert keine laufende physische Präsenz. Die BAO nimmt bei den Wohnsitz-Vo-

raussetzungen keine punktuelle Betrachtung, sondern eine umfassendere Perspektive ein. Nach Sutter (AnwBl 2019, 423 [425]) sollten „punktuelle Unterbrechungen in der tatsächlichen Benützung“ daher „nicht überbewertet werden“. Das Tatbestandsmerkmal „durchgehend als Hauptwohnsitz“ kann bei mehreren Wohnungen somit auch nicht mit einer tatsächlichen Nutzung der als Hauptwohnsitz dienenden Wohnung verstanden werden. Persönliche und wirtschaftliche Beziehungen können zu einer Wohnung auch dann enger sein, wenn – zumindest vorübergehend – keine tatsächliche Benützung dieser Wohnung erfolgt.

Diese Auffassung steht nun in einem Spannungsverhältnis zur Rz 6638 EStR, weil, auch wenn eine vorübergehende Abwesenheit von mehr als sechs Monaten am Hauptwohnsitz vorliegt, die „engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen“ zu diesem Wohnsitz bestehen können (ähnlich dazu Kampitsch, immo aktuell 2019, 116 [117]). Folglich müsste die Hauptwohnsitzbefreiung gewährt werden. Eine, wie von der Finanzverwaltung geforderte, Fristhemmung ist dem Gesetzeswortlaut jedoch nicht zu entnehmen (vgl Jakom/Kanduth-Kristen, EStG [2019] § 30 Rz 30). Der VwGH hat sich bisher nicht explizit dazu geäußert. Dem VwGH zufolge kommt es nämlich lediglich darauf an, zu welchem Wohnsitz der Veräußerer die „engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen“ hat. Die Abwesenheit vom Hauptwohnsitz würde die Frist somit nicht hemmen. Tritt eine Fristhemmung nicht ein, so wäre der Zeitraum der vorübergehenden Abwesenheit in die zweijährige Laufzeit miteinzurechnen. Die Rechtsansicht der Finanzverwaltung in Rz 6638 EStR wird im Lichte der VwGH-Rsp adaptiert werden müssen.

Martin Klokar/Mario Riedl

Martin Klokar, MSc (WU), BSc (WU), und Mario Riedl, MSc (WU), BSc, LL.B. (WU), sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der WU Wien.

RECHTSPRECHUNG DES BFG

BEARBEITET VON
M. HATZENBICHLER

Die Einkunftsquelleneigenschaft eines Kleinwasserkraftwerks

Der Betrieb eines Kleinwasserkraftwerks fällt unstrittig unter § 1 Abs 1 LVO, sodass grundsätzlich vom Vorliegen einer Einkunftsquelle auszugehen und nur in Ausnahmefällen Liebhaberei anzunehmen ist. Daran ändern auch erhebliche Verluste auf Grund von Unwägbarkeiten nichts. Die mehrmaligen Hochwasserschäden während der Bauphase stellen eine solche beachtliche Unwägbarkeit dar. Gelingt es dem Bf, die Absicht, einen Gesamtgewinn zu erzielen, nachzuweisen, ist ihm die steuerliche Verlustverwertung zu gestatten.

Aus der Begründung:

(...) Der Bf betreibt seit Dezember 1999 ein Kleinwasserkraftwerk, das er damals von seiner Mutter übernommen hat. In den Jahren 1999 bis 2003 erklärte Bf daraus geringfügige Gewinne bzw Verluste. In den Jahren 2004 und 2005 baute Bf das Kraftwerk mit Gesamtkosten von ca € 760.000,- um bzw errichtete es neu, wovon ca € 400.000,- auf

das Gebäude entfielen. Die Erstveranlagungen der Jahre 2011 bis 2015 erfolgten unter Hinweis auf den Verdacht der Liebhaberei des Kleinwasserkraftwerks jeweils vorläufig. (...) Zur Feststellung, ob der Betrieb des Kleinwasserkraftwerks als Einkunftsquelle zu qualifizieren ist oder nicht, wurde vom Finanzamt am 4. 8. 2016 eine Betriebsprüfung begonnen. In deren Rahmen wurde Bf zur Vorlage einer Prognoserechnung aufgefordert, die Bf allerdings nicht beibrachte, sondern die permanenten Verluste in der Vorhaltsbeantwortung vom 26. 7. 2016 lediglich allgemein mit der schlechten Wasserführung der letzten Jahre sowie den großen Investitionen in den Jahren 2004 und 2005 begründete. Außerdem hätten sich die geplanten Baukosten wegen Hochwasserschäden um einen großen Betrag erhöht. (...) Während der Bauphase im September 2004, November 2004 und Jänner 2005 habe es außerordentlich große Überschwemmungen gegeben, die an der baulichen Substanz und der technischen Vorrichtung extrem großen Schaden

§ 1 Abs 1,
§ 2 Abs 1 LVO

BFG
22. 7. 2019,
RV/5101301/
2017

2019/439