



Finanz Journal **Newsletter 07|'19**

www.finanzjournal.at

info@finanzjournal.at

Impressum & Offenlegung:

HVE: "Grenz-Verlag GmbH & Co KG", FN 5502t, HG Wien; vorstehendes Medienunternehmen mit Sitz in Floßgasse 6, 1020 Wien, steht zu 100% im Eigentum der Gesellschafter Norbert Mühlhauser (92,25 %) und Elisabeth Guizzard (7,75 %). Dies trifft auch auf den Komplementär "J.H.Mühlhauser GmbH" (FN: 125960k, HG Wien) zu. Der Verlag & seine Gesellschafter unterhalten keine Beteiligungen an sonstigen Medienunternehmen.

Unternehmensrechtlicher Geschäftsführer: Norbert Mühlhauser

Schriftleitung dieses Newsletters: Norbert Mühlhauser

Website, eMail-Anschrift: www.grenzverlag.at / office@grenzverlag.at

Grundlegende Richtung des Mediums "Finanz Journal Newsletter": Parteiungebundene Verbreitung abgaben- und beitragsrechtlicher Aktualitäten.

Gewährleistungsausschluss — Sorgfalt kann Fehlbarkeit nicht gänzlich ausschließen! Unterbreitete Inhalte dienen nur der Orientierung und ersetzen keine fachkundige Beratung!

Ältere FJ-Newsletter sind über www.grenzverlag.at/finanz-journal frei erhältlich!

Urheberrechtlicher Hinweis:

Alle Verlagsrechte vorbehalten, ausgenommen die unentgeltliche Wiederveröffentlichung dieses Überblicks ab dem siebenten Monat nach seinem Erscheinen in im Wesentlichen beibehaltenem Format.

EINKOMMENSTEUER UND LOHNSTEUER**■ ImmoESt: Eintritt des Verpflichtungsgeschäftes nicht schon mit Vorvertrag**

„Das BFG hat [...] für die Annahme einer privaten Grundstücksveräußerung zu Recht das Verpflichtungsgeschäft in den Blick seiner Überlegungen genommen. Das Vorliegen eines bloßen Vorvertrages - der selbst noch keine Verpflichtung zur Übereignung eines Grundstücks, sondern lediglich eine bloße Verpflichtung zum späteren Abschluss eines Kaufvertrages begründet - reicht dafür jedoch [...] nicht aus.“ (VwGH Ra 2017/15/0098 v 3. 4. 2019)

■ IZP für LKW-Vermietung bei vorzeitigem Verkauf an Stammkunden

„Die Auflösung eines Mietvertrages stellt [...] nicht schlechthin eine Unwägbarkeit dar, die einen frühzeitigen Verkauf des betroffenen Anlagegutes als für die IZP unschädlich erscheinen lässt.“ Gegenständlich wurde IZP für den Ankauf von Nutzfahrzeugen zur Vermietung geltend gemacht, jedoch des Öfteren das Mietvertragsverhältnis zugunsten von Kaufwünschen der Stammkunden vorzeitig beendet. Derlei Situationen wären lt VwGH nicht mit dem Eintritt einer überraschenden Unbrauchbarkeit des Investitionsgutes, wie in der Causa 2008/13/0246 iZm einem sehr großen Mähdrescher abgehandelt (s FJ-NL 07/'12, 3, sowie 08/'12, 3), vergleichbar. (VwGH Ra 2018/15/0018 v 28. 5. 2019)

■ Zur Nachversteuerung begünstigter nicht entnommener Gewinne

Der Rw nahm in den Jahren 2004 und 2005 die Begünstigung nach § 11a EStG idF vor dem AbgÄG '14 in Anspruch, unterließ aber eine Geltendmachung in den anschließenden, ebenfalls zu einem Eigenkapitalanstieg führenden Jahren 2006 u 2007. Vom FA wurde er mittels Nachversteuerung für das Eigenkapital senkende Entnahmen in den Jahren 2008 u 2009 in Anspruch genommen, ohne dass diese Entnahmen aber insgesamt den Eigenkapitalanstieg in den Jahren 2006 u 2007 übertroffen hätten. Der VwGH gab der Revision aufhebend statt, indem er - verkürzt - argumentierte, die Nachversteuerungsregelung des § 11a(3) leg cit stelle nicht auf Eigenkapitalsegmente über jenem Stand ab, der mit dem begünstigten Eigenkapitalzuwachs eingetreten wäre. (VwGH Ra 2018/13/0047 v 15. 5. 2019)

KÖRPERSCHAFTEN**■ Unternehmensgruppen: Gesamtrechtsnachfolge substituiert keine Gruppenverbindung**

Wird eine Gruppenträgerin auf eine gruppenfremde KapGes („upstream“) verschmolzen, so entsteht nicht bereits im Jahr des Verschmelzungstichtages eine neue Gruppe, weil die Verbindungen der bisherigen Gruppenträgerin nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge der neuen, künftigen Gruppenträgerin zugerechnet werden können. § 9(5) Satz 3 KStG ist maßgeblich und kann ihm angesichts der mit Umgründungen typischerweise einhergehenden Gesamtrechtsnachfolgen keine andere Bedeutung beigemessen werden. (VwGH Ra 2018/13/0029 v 15. 5. 2019)

■ Einbringung v Hoheitsbetrieben außerhalb des UmgrStG immer mit Firmenwert

„Wenn die Gegenleistung im Einbringen eines (Hoheits)Betriebs besteht, so ist dabei grundsätzlich auch ein möglicher Firmenwert zu berücksichtigen (vgl. VwGH 25.4.1996, 95/16/0011), denn nach § 2 Abs. 1 BewG ist der Wert wirtschaftlicher Einheiten stets "im ganzen" festzustellen. Damit ist aber auch der gemeine Wert eines Betriebs oder Teilbetriebs grundsätzlich als Fortführungswert unter Einschluss von Firmenwertkomponenten zu bestimmen, wobei der Zerschlagungs- oder Liquidationswert, die Wertuntergrenze darstellt ([...]). Die Anschaffungskosten dieses Firmenwerts sind auf der Seite des Erwerbers gemäß § 8 Abs. 3 EStG 1988 gleichmäßig verteilt auf fünfzehn Jahre abzusetzen.“ - Unerheblich ist demnach, dass der Hoheitsbetrieb nicht steuerhängig und in der Schlussbilanz der einlegenden Gemeinde auch kein Firmenwert ausgewiesen war. (VwGH Ro 2018/15/0002 v 28. 5. 2019)

- **Nochmals zur Gesellschaftsteuer bei partiarischen Darlehen (s schon FJ-NL 09/'17, 3)**

Der VwGH hatte ein fix mit 6 % (bzw zum Rückzahlungszeitpunkt mit 8 %) verzinster Darlehen in Gestalt von Genusssscheinkapital in Übereinstimmung mit dem BFG als Beteiligungskapital klassifiziert, weil die Genusssscheinrendite – verkürzt: – nur unter dem Vorbehalt ausreichender Jahresgewinne, wenn auch widrigenfalls mit verzinster Vortrag, zugesagt und die Tilgung letztlich von ausreichend Eigenkapital plus stRes, dann aber möglichst mit Nachverrechnung zugesagter Renditen, abhängig gemacht wurde. Die Argumentation des Rw, dass eine Verlustbeteiligung erst nach Verbrauch allen Eigenkapitals der Situation eines Anleihegläubigers gleichkomme, drang beim Höchstgericht nicht durch, das sich ua auf den Wortlaut des Titels von § 13 der Genusssscheinbedingungen, „Ergebnisanteil“, zu stützen schien, aber auch mit Art 3 lit d der Kapitalansammlungs-RL 2008/7/EG argumentierte, welcher zwischen „Gesellschaftsrechten“ einerseits und „Rechten, wie sie Gesellschaftern gewährt werden [, wie ...]“ andererseits unterscheidet, weshalb auch keine „Bedenken von der Gewichtigkeit einer erheblichen Rechtsfrage“ aufgeworfen worden wären. (VwGH Ra 2017/16/0088 v 29. 6. 2017)

UMSATZSTEUER

- **Marktunüblich niedrige LuF-Verpachtung an Ehefrau kein Verwendungseigenverbrauch**

Ein Landwirt verpachtete einen 85 ha Betrieb an seine Ehefrau mit der Absicht, den Betrieb ab Erreichen des Pensionsalters der Ehefrau in wenigen Jahren seinem Sohn zu übergeben. Das FA stufte den Vorgang als Entnahmeeigenverbrauch ein, das VerwG änderte diese Wertung auf Verwendungseigenverbrauch nach § 3a(1a) UStG. Die Revision des FA wurde vom VwGH zwar für zulässig erklärt, erwies sich aber als Schuss nach hinten: Denn das Höchstgericht erblickte in der strittigen Gestion auch keinen Verwendungseigenverbrauch, weil sie „keinen offensichtlichen Bezug zur Sphäre der privaten Lebensführung eines der Beteiligten“ aufweise, weshalb keine unternehmensfremde Leistung nach den §§ 3(2) und §3a(1a) UStG vorliege. Auch würde es nach dem Unionsrecht nur auf einen Zusammenhang zwischen Entgelt und Leistung im vertraglichen Rahmen ankommen, und nicht auf die Entgelthöhe. - Angemerkt sei, dass § 4(9) UStG, dessen Beachtlichkeit im gegebenen Kontext vom VwGH auch kurz angesprochen wurde, für die Bestimmung des „Normalwertes“ als einen von zwei motivbezogenen Tatbeständen ebenso wie die §§ 3(2) und §3a(1a) UStG einen Einsatz „für Zwecke, die außerhalb des Unternehmens liegen“, nennt. Darunter wären nach den Materialien (1960 der BlgNR XXIV. GP, 38) auch familiäre oder freundschaftliche Motive zu verstehen. In der streiterheblichen Fassung des AbgÄG'12, BGBl 2012/112, kommt aber die Besonderheit hinzu, dass grundstücksbezogene Lieferungen & Verpachtungen von der Normalwert-Regelung ausgenommen sind. Das hat sich aber ab dem StRefG 2015/'16 geändert. (VwGH Ra 2017/15/0062 v 28. 5. 2019)
- **Kaufleasing nur bei wirtschaftl geradezu gebotener Optionsausübung**

Eine ustl als Kaufleasing einzustufende Grundstückstransaktion ist nach dem erwartbaren Ablauf der Vertragsbeziehung zu beurteilen, vertragliche Regelungen über die Teilhabe an Risiko und Ertragschancen unter außergewöhnlichen Umständen sind dem gegenüber unerheblich. Bei Innenumsätzen iR einer Organschaft können freilich diese Maßgaben nicht greifen. (VwGH Ra 2017/15/0071 v 30. 4. 2019)
- **Zur Fiktion der privaten PKW-Anschaffung bei ig Erwerben**

Trotz des unionsrechtl Zuordnungswahlrechts ist § 12(2)2 lit UStG als gesetzl vorgezeichnete Zuordnungsregel zu werten, die nur dann nicht greift, wenn Hinweise für die (Absicht einer) unternehmerische(n) Zuordnung bestehen. (VwGH Ra 2018/15/0008 v 3. 4. 2019)

Kein VSt-Abzug für (echt) befreite VuV an Privilegierte durch Kleinunternehmer

Vor dem VwGH war zu klären, ob jemand, der auf die Kleinunternehmerbefreiung nicht ausdrücklich verzichtet hat, Vorsteuerabzüge für Wohnungen geltend machen kann, die jedenfalls gem § 6(1)6 lit d UStG (echt) steuerbefreit an Vergütungsberechtigte iSd § 1(1)2 IStVG vermietet werden können. Diese Rechtsfrage wurde vom Höchstgericht durch Bezugnahme auf die MwStSyst-RL gelöst, der zu entnehmen ist, dass die gem ihrem Art 151 auch nach der RL (echt) befreiten Umsätze an privilegierte Einrichtungen/Personen bei Kleinunternehmern nicht zur Abzugsberechtigung führen. Der auf Kleinunternehmer bezogene Art 289 RL schließt vom Vorsteuerabzugsrecht nämlich ua jenes nach Art 169 lit b RL aus, welches letztere in Bezug auf Ausgangsumsätze iSd Art 151 RL gilt. (VwGH Ro 2018/13/0007 v 12. 6. 2019)

VERFAHRENSRECHT / ABGABEN- & VERWALTUNGSSTRAFRECHT**Befangenheit nicht schon wegen mitgeteilter Vorabescheidung**

„Aus dem Vorhalt von Widersprüchen gegenüber einer Partei bzw. der Konfrontation der Partei mit gegenteiligen Beweisergebnissen lässt sich selbst dann, wenn daraus deutlich wird, dass der Richter aufgrund des bisherigen Standes des Verfahrens das Vorbringen der Partei nicht für wahr hält, eine Befangenheit nur dann ableiten, wenn der Richter zu erkennen gibt, dass er nicht bereit ist, seine Ansicht zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern (vgl. in diesem Sinn VwGH 4.3.2008, 2006/19/0409).“
(VwGH Ra 2017/08/0122 v 11. 4.2018)

Verfahrenshilfe-Prüfung nicht ohne Schätzung voraussichtl Beistandskosten

§ 292 BAO ist nach den Materialien iSd § 77 Abs 3 FinStrG, § 63 Abs 1 ZPO und § 61 Abs 2 StPO zu deuten, weshalb die Differenz zwischen dem Nettoverdienst und dem „notwendigen Einkommen“ als Mittel zw dem Existenzminimum nach § 291a EO und dem Durchschnittsverdienst noch genug „Luft lassen“ muss für Rechtsvertretungskosten, die als üblicherweise zu erwartende Kosten nach Lage des Einzelfalles anzusetzen sind. Ob bei dieser Betrachtung auch Kreditschulden zusätzlich einzubeziehen sind, wird in der Urteilsbegründung nicht explizit angesprochen.
(VwGH Ra 2017/13/0061 v 25. 4. 2019 mit Verweis auf E 2012/08/0057v 2. 5. '12)

Verjährung von insolvenzrechtl Anfechtungsansprüchen

Feststellungen über eingetretene Verjährungen der Anfechtbarkeit nach § 43(2) IO haben auch Ablaufhemmungen nach Art von § 1497 ABGB in Erwägung zu ziehen, sodass ein rechtzeitig eingeleiteter Beginn von Vergleichsverhandlungen die einjährige Frist ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens hinausschiebt. Diese Aussage tätigte der VwGH unter Bezugnahme auf OGH-Rsp in einem Verfahren, in dem es darum ging, inwiefern Vermögensverlagerungen des Schuldners eines Insolvenzverfahrens in eine Privatstiftung rechtl anfechtbar geblieben sind, so dass keine KEST auf vergleichshalber an den Masseverwalter gezahlte Zuwendungen zu erheben wäre. (VwGH Ra 2018/15/0060 v 3. 4. 2019)

Gf-Haftung trotz Einstellung aller Zahlungen vor Insolvenzeröffnung

Die Einstellung aller Zahlungen im Vorfeld einer Insolvenzeröffnung entbindet zwar zufolge VwGH 2004/13/0146 nicht von der Pflicht zur anteiligen Befriedigung des Abgabengläubigers (was freilich bei bloßem Abstellen auf Fälligkeitszeitpunkte je nach zeitl Lagerung privatrechtl Fälligkeitstermine ein aleatorisches Unterfangen ist), es kann jedoch ein entschuldbarer Rechtsirrtum greifen, falls es gelingt, die Befolgung des Ratschlages eines rechtzeitig beigezogenen und wahrheitsgemäß informierten Rechtsanwaltes darzulegen. – Weshalb die Einstellung der Zahlungen vor Insolvenzeröffnung nicht auch ohne Rückgriff auf das Rechtsinstitut des Rechtsirrtums zur anteiligen Befriedigung des Abgabengläubigers im Wege des Insolvenzverfahrens führen können sollte, bleibt ungeklärt. (VwGH Ra 2019/13/0009 v 25. 4. 2019)

■ Nochmals zur Verrechenbarkeit von AGH-Zahlungen auf Insolvenzforderungen

Wie bereits im VwGH-E Ro 2015/08/0019 (FJ-NL 04/'19, 5), dort zu SV-Beitragsschulden, war auch diesmal die Zuordnung zu Insolvenzforderungen einerseits und Masseforderungen andererseits zu klären, hier allerdings in Bezug auf die dem Fiskus zugedachte Komponente der AGH-Zahlungen (haftungsfreistellende Zahlungen gem § 82a EStG). Der VwGH klärte, dass für die Abgabekomponente die gleichen Maßgaben gölten wie für die SV-Komponente, was aus den Materialien hervorleuchte. Daher können nur Zahlungen für vor der Insolvenzeröffnung bereits erbrachte Leistungen den Insolvenzforderungen zugeordnet werden. Es wären aber von der Masse nicht nur Zahlungen anfechtbar, die für nach der Insolvenzeröffnung erbrachte Leistungen getätigt wurden, sondern auch solche, bei denen der Fiskus eine Verrechnung mit Abgabenschulden vorgenommen hat, die entweder nicht aus *Lohnabgaben* herrühren, oder erst nach Eröffnung der Insolvenz fällig geworden sind. (VwGH Ro 2017/15/0027 v 3. 4. 2019)

■ Zur Eigenständigkeit verschränkter Mitunternehmenschaften

Ein gemeinsamer Marktauftritt & eine zusammengelegte Produktionsendstufe, wie im Verfahren anlässlich der einheitl Feststellung v Weinbaubetrieben eines Familienclans gegenständig, berechtigen die Finanz noch nicht zur Bündelung zu einer Gesamt-GesnbR, wenn die Mitunternehmer zwar in allen jeweils einen Weinbau(teil)betrieb repräsentierenden GesnbR, aber in unterschiedlichen Verhältnissen, vertreten sind und die Weingärten von jeweils einer spezifischen Gesellschaft und mit jeweils eigenem Rechnungskreis bewirtschaftet werden. Synergieeffekte und das Interesse an der gemeinsamen Marke, somit das gemeinsame Vermarktungsinteresse, würden noch kein Unternehmerwagnis auch für die restlichen Bewirtschaftungseinheiten und damit für eine Gesamt-GesnbR implizieren. Auch die Vorstellung einer bereits deswegen gleichgerichteten Unternehmerinitiative wurde vom VwGH zurückgewiesen. Das Höchstgericht erinnert auch daran, dass es ertragstl – anders als im Umsatzsteuerrecht – nicht auf die Wahrnehmbarkeit eines Gesellschaftsverhältnisses ggü Dritten ankommt. - Hingewiesen sei darauf, dass sich der EuGH in der Causa *Christine Nigl et al*, C-340/15, auch für die umsatzstl Eigenständigkeit bei Konstellationen dieser Art ausgesprochen hat. (VwGH Ro 2017/13/0012 v 15. 5. 2019)

■ ZustellG: unrichtige Empfängerbenennung in Zustellverfügung nicht heilbar

Der VwGH bestätigt, dass eine Heilung iSd § 7 ZustellG nicht eintreten kann, wenn der in der Zustellverfügung unzutreffend angeführte Empfänger das behörtl Schriftstück an den richtigen Empfänger weiterreicht. (VwGH Ra 2019/16/0106 v 6. 6. 2019)

■ Gebündelte Meldeverstoßverfahren nach ASVG ohne durchgehende Vernehmungen

„Die entscheidungswesentliche Rechtsfrage, ob ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt, stellt sich hier für eine Vielzahl von Personen, die sich womöglich alle oder zumindest gruppenweise bei Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit in der gleichen Situation befunden haben. In solchen Fällen können die prozessökonomischen Zielsetzungen des § 39 AVG iVm § 17 VwGVG zB durch die Ermittlung der Sachverhaltselemente, die bei allen Dienstnehmern oder zumindest bei bestimmten Gruppen von ihnen gleichermaßen vorliegen, erreicht werden. Das Verwaltungsgericht kann sich auf die Klärung der in einem oder mehreren Beispielfällen gegebenen, repräsentativen Sachverhaltskonstellationen beschränken - ähnlich wie es die Gebietskrankenkasse im erstinstanzlichen Verfahren gemacht hat - und bei entsprechendem Stand der Ermittlungen und der Vorbringen in freier Beweiswürdigung von weiteren Zeugenvernehmungen Abstand nehmen (VwGH 1.6.2017, Ra 2017/08/0022, mwN).“ (VwGH Ra 2019/08/0035 v 25. 4. 2019)

■ Bestehen einer Vertragsgrundlage grundsätzl nicht revisionserheblich

„Ob in einem bestimmten Verfahren ein Vertrag geschlossen worden ist oder nicht, stellt nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu § 502 ZPO (der als Vorbild für das Revisionsmodell in der Verwaltungsgerichtsbarkeit diene; vgl. dazu VwGH 12.10.2017, Ro 2017/08/0009) im Regelfall keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung dar (vgl. z.B. OGH 19.9.1995, 4 Ob 1622/95 u.a.).“ (VwGH Ra 2019/17/0040 v 29. 4. 2019)

- **Pflegeregress-Verbot auch hins Einrichtungen mit bloßer Rufbereitschaft über Nacht**
Von einer „stationären Pflegeeinrichtung“ iSd § 330a ASVG kann auch dann ausgegangen werden, wenn den dort untergebrachten Personen Pflegepersonal in der Nacht lediglich über eine bestehende Rufbereitschaft zur Verfügung steht.
(VwGH Ro 2018/10/0035 v 30. 4. 2019)
- **Aufhebungsantrag nach § 299 BAO kein unzulässiges „Rechtsmittel“ gegen Prüfungsauftrag**
Als nach § 148(4) BAO unzulässiges abgesondertes Rechtsmittel gegen Außenprüfungen sind nur die in Abschnitt 7 Punkt A der BAO unter „Ordentliche Rechtsmittel“ angeführten Beschwerden, Vorlageanträge, Maßnahmen- & Säumnisbeschwerden und dgl zu verstehen, nicht aber die in Punkt B dieses Abschnitts unter „Sonstige Maßnahmen“ angeführten Rechtsbehelfe bzw Initiativen. Dies leitet der VwGH etwa daraus ab, dass die BAO keine „außerordentlichen“ Rechtsmittel kennt, oder daraus, dass Wiederaufnahmeanträge nach der BAO idF vor dem FVwGG'12 voraussetzten, dass ein „Rechtsmittel“ gegen den Bescheid nicht mehr zulässig war. Auch schließe die Rechtsbelehrung über Rechtsmittel nach § 93(3) lit b BAO unbestritten keine Hinweise auf „Sonstige Maßnahmen“ nach den §§ 293 ff BAO ein. Zudem gibt das Höchstgericht zu bedenken, dass ein Aufhebungsantrag nicht die mit § 149(4) BAO verfolgte Zielsetzung der Verfahrensökonomie bzw Prozessbeschleunigung beeinträchtigt, da ihm keine aufschiebende Wirkung zukommt. Der Aufhebungsantrag würde bis zum Ablauf eines Jahres nach Vorweisen des Prüfungsauftrages gestellt werden können.
(VwGH Ro 2019/13/0014 v 25. 4. 2019)

SOZIALVERSICHERUNG / SOZIAL- UND ARBEITSRECHT

- **Zur Unselbständigkeit von Table-Tänzerinnen oder Peepshow-Darstellerinnen**
Derartige Tätigkeiten werden lt VwGH in der Regel in (ähnlicher) wirtschaftl und persönl Abhängigkeit erbracht wie in einem Arbeitsverhältnis. Die Behörde kann dabei ohne nähere Untersuchung von einem Dienstverhältnis („DV“) im üblichen Sinn ausgehen, sofern der Lokalbetreiber nicht im Verfahren atypische Umstände, die für eine Selbständigkeit sprechen, aufzeigen kann. Nicht gegen ein DV spricht, wenn zwar die Reihenfolge der Auftritte verschiedener Darstellerinnen nicht vorgegeben ist, der Lokalbetreiber jedoch im Wege von Absprachen darauf einwirkt, dass möglichst durchgehend Auftritte erfolgen. Auch dass die Darstellerinnen nicht verhalten sind, Besucher zum Getränkekonsum zu animieren, wäre lt VwGH kein ausschlaggebender Umstand, ebenso wenig würde die Möglichkeit von Exklusivauftritten, wenn vor dem Aufsuchen von „Solokabinen“ ein allen Gästen zugänglicher Auftritt ausbedungen ist, ins Gewicht fallen. (VwGH Ra 2016/08/0056 v 15. 5. 2019)
- **Opern-Chorsänger SV-rechtl nicht automatisch Unselbständige**
Lässt sich ein Chorverein von Opernproduktionen unter Vertrag nehmen, um Sänger für einzelne Inszenierungen zu stellen, so liegt hins nicht spielzeitverpflichteter Sänger kein Dienstverhältnis nach § 4(2) ASVG ggü dem Verein, sondern ein Auftragsverhältnis auf Grundlage von Werkverträgen vor, sofern das Engagement durch den Verein auf freiwilligen Interessebekundungen der Sänger beruht. Der VwGH verweist diesbezügl auf sein E 89/14/0102, wo schon festgestellt worden war, dass auch selbständige Tätigkeiten das Merkmal einer verhältnismäßig starken organisatorischen Eingliederung aufweisen können. Der Bindung der Dirigenten, Sänger und Musiker an bestimmte Veranstaltungszeiten und -orte komme daher keine entscheidende Bedeutung zu. Eine Weisungsgebundenheit hins eines bestimmten Verhaltens bei Proben und Aufführungen würde daran nichts ändern. Anlässlich der aktuellen Entscheidung hebt das Höchstgericht auch hervor, dass die Vertretungsbefugnis kein primäres Unterscheidungsmerkmal sei, sondern hinter die Kriterien der persönl (nicht bloß sachl) Weisungsbefugnis und der Eingliederung in den geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers zurücktrete.
(VwGH Ra 2018/13/0083 v 25. 4. 2019)

Keine Gnade für Spesenersatz bei Umqualifizierung zu Dienstverhältnissen

Eine GmbH führte mit Hilfe eines Auftragnehmer-Pools Speisenzustellungen aus, wobei sich die Zusteller offenbar eigener PKWs als Transportmittel zu bedienen hatten, zumindest traf dies im inkriminierten Fall eines dieser Zusteller definitiv zu. Da die Zusteller als Selbständige behandelt wurden, wurden sie nach der Anzahl der Zustellungen bezahlt und wurde den diesbezüglichen Usancen gemäß auch kein Spesen- bzw. Fahrtkostenersatz vereinbart, sondern als implizit im Werksentgelt einbezogen betrachtet. Auf Ebene des Bundesverwaltungsgerichtes wurde auf das Vorliegen eines DV nach § 4(2) ASVG erkannt, in der Revision dagegen wurde beanstandet, dass das BVwG sich mit den Reisekosten des Erstmitbeteiligten hätte beschäftigen müssen und Fahrtkosten nicht in die Beitragsgrundlage einzubeziehen gewesen wären. Dem hielt der VwGH jedoch lapidar entgegen, dass das BVwG keine Fahrtkosten festgestellt hat, weshalb von ihm auch keine Fahrtspesen in die Grundlage einbezogen worden sein konnten. (VwGH Ra 2019/08/0088 v 23. 5. 2019)

AIVG: Zur Anrechnung v. Unterhaltsansprüchen ggü. getrennt lebenden Ehepartnern

Unternimmt eine Notstandshilfebezieherin nichts, um vom deutlich besser gestellten, aber getrennt lebenden pensionierten Ehepartner Unterhalt zugestanden zu erhalten, so ist in Ermangelung triftiger Gründe für ein Unterbleiben von Geltendmachungen Rechtsmissbräuchlichkeit anzunehmen und vom Notstandshilfeanspruch der erwartungsgemäß durchsetzbare Unterhalt abzuziehen. Die Anrechnung eines derart „fiktiven Unterhalts“ in Form eines pauschal festgelegten Prozentsatzes des „Familieneinkommens“ wäre aber trotz zulässiger Ermessensübung nur bei durchschnittlichen Verhältnissen statthaft, im gegenständlichen Fall hielt der VwGH – aufhebend – offensichtlich genauere Ermittlungen über die Lage des Einzelfalls für geboten. (VwGH Ro 2019/08/0004 v 25. 4. 2019)

SV-Meldeverstoß auch schon am „Schnuppertag“

Der VwGH hatte einen Rw auf eigene Rsp zur zulässigen Beanspruchung iR eines Bewerbungsgesprächs mit probeweiser Mitarbeit zu erinnern. Dazu verwies er auf sein E 2013/08/0091, in dem ausgesprochen worden war, dass die Grenze zulässiger Tauglichkeitsprüfungen überschritten wird, soweit der Arbeitgeber das Vorstellungsgespräch dazu benützt, eine Arbeitsleistung in Anspruch zu nehmen, die nach Art und Umfang üblicherweise nicht (mehr) unentgeltlich erbracht wird - auch wenn kurze praktische Erprobungen der Fähigkeiten des Bewerbers natürlich unbenommen zu bleiben hätten. (VwGH Ra 2016/08/0138 v 13. 5. 2019)

SV-rechtl. Zuständigkeit bei kurzzeitigen Einsätzen im EU-Ausland

Werden Dienstnehmer von EWR-Unternehmen vorübergehend im EU-Ausland beschäftigt, ohne dass am Einsatzort Betriebsstätten bestünden, so unterfallen die Beschäftigten zwar gem. Art 14 Z 1 lit a der VO (EWG) 1408/71 „weiterhin“ dem SV-Recht des Sitzstaates, wenn ihr Auslandseinsatz 12 Monate nicht übersteigt. Der VwGH stellte jedoch klar, dass dies nur dann gelten kann, wenn die Beschäftigten *bereits zuvor* dem Recht des Sitzstaates des entsendenden Unternehmens unterworfen waren. Demnach kann diese Regelung nicht für österr. Arbeitnehmer zur Anwendung gelangen, die von einem liechtensteinischen Unternehmen mit Arbeiten in Österreich und im übrigen EU-Ausland beauftragt werden und in Liechtenstein niemals tätig geworden sind. Die Urteilsbegründung hebt ua den Gebrauch des Wortes „weiterhin“ in der genannten Unionsnorm hervor. (VwGH Ra 2019/08/0091 v 5. 6. 2019)

Bestrafung nach AuslBG unabhängig v. Ausgang bezughabender SV-Feststellungsverfahren

Der VwGH hatte daran zu erinnern, dass für eine strafbare Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, ausgehend von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise, bereits das Vorliegen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses ausreichend ist, es also mit anderen Worten nicht auf die rechtskräftige Feststellung einer ASVG-Versicherungspflicht ankommt. Es erübrigt sich daher, Verfahren nach dem AuslBG bei parallel laufenden Verfahren, die die ASVG-Unterworfenheit betreffen, auszusetzen. (VwGH Ra 2018/09/0209 v 25. 4. 2019 mit Verweis auf Ro 2018/09/0007, mwN)

- **Aufenthaltstitel-Verlängerungsantrag und allgemeine Erteilungshindernisse iSd § 11 NAG**
Beschwerden gegen eine Verlängerungsantragsentscheidung über den Aufenthaltstitel „Studierender“, die von der Behörde wg des besonderen Erteilungshindernisses des fehlenden Studienerfolges abgewiesen worden sind, müssen auch dann vom Verwaltungsgericht einer Erledigung zugeführt werden, wenn sich im weiteren Verlauf zwar ein nachgeholt Studienerfolg, aber ein zweifelhafter Krankenversicherungsschutz herausstellt. Auch wenn § 25 NAG nur das Verfahren auf Behördenebene anspricht, muss das VerwG deren Agenden übernehmen und allenfalls nach Vorhalt und Prüfung durch die Fremdenpolizeibehörde das Verlängerungsverfahren für eingestellt zu erklären. Mit anderen Worten ist eine Zurückverweisung hier nicht zulässig. (VwGH Ra 2018/22/0059 v 25. 4. 2019)
- **Meldeverstoß-Bestrafung auch bei Betretung ohne Abgabenbehörde-Organ**
Scheinbar hat das VerwG aus der VwGH-Entscheidung Ro 2018/08/0019 (FJ-NL 02/'19, 3) abgeleitet, dass Betretungen nur durch Organe der GKK und der Polizei nicht nur zum Verlust der Parteilegitimation des Fiskus, sondern überhaupt auch zum Wegfall der Strafbarkeit gem § 113 ASVG führen, ist im Abs 2 dieser Norm doch vom Tatbestand einer „unmittelbaren Betretung im Sinne des § 111a“ die Rede. Der VwGH stellte jedoch aufhebend klar, dass diese Wortfolge sich lediglich auf die Überführung des Beitragspflichtigen bezieht und nicht auch auf die ebenfalls in § 111a ASVG vorgenommene Regelung der Parteistellung der Abgabenbehörden des Bundes. (VwGH Ra 2019/08/0017 v 8. 5. 2019)
- **Zum rechtserheblichen Zeitpunkt in Beschwerdeverfahren über Selbstversicherungsanträge**
Der VwGH rief seine Rsp in Erinnerung, wonach zweitinstanzliche Entscheidungen grundsätzlich nach der gerade gültigen Rechtslage zu fällen sind, sofern nicht Übergangsgesetze besondere Regelungen vorsehen oder es darauf ankommt, was zu einem Stichtag oder Zeitraum rechtens war. Dazu führt er die Leitentscheidung vom 4. Mai 1977, 898/75, VwSlg. 9.315 A, an. Es ist daher möglich, dass in erster Instanz ein Antrag auf Selbstversicherung nach § 18a ASVG zu Recht abzuweisen war, weil zum Zeitpunkt der Abweisung kollidierende Pflichtversicherungszeiten schädlich waren, auf Ebene des Verwaltungsgerichtes jedoch dem Antrag stattzugeben ist, weil ab 1. 1. 2018 dieses Ausschlusskriterium weggefallen ist. (VwGH Ra 2019/08/0051 v 5. 6. 2019)
- **Ggf Objektivierungszwang gem BVergG'06 bei Wahl einer betriebl Vorsorgekasse**
Auch wenn es sich hierbei um keine abgaben- oder beitragsrechtl Neuigkeit handelt, sei kurz darauf hingewiesen, dass der VwGH im Gefolge der EuGH-Vorabentscheidung C-699/17, Allianz Vorsorgekasse AG, sich dagegen ausgesprochen hat, dass das BMSVG das BVergG'06 verdrängt. Der VwGH klärte auch, dass die Vergabe seitens öffentlich-rechtl Arbeitgeber weder derjenigen an einen Versicherungsdienstleister gleichzuhalten ist, noch einem Arbeitsvertrag iSd § 10 Z 12 BVergG'06. (VwGH Ro 2016/04/0053 v 30. 4. 2019)
- **AIVG: Zur Leistung an ehemalige GmbH-Gf als Liquidatoren/Nachtragsliquidatoren**
Ehemalige GmbH-Geschäftsführer als Liquidatoren gelten nach stRsp nicht als arbeitslos iSd § 12 AIVG, solange ihr Organschaftsverhältnis zur GmbH nicht erloschen ist, was erst nach dem Ansuchen um die Löschung der Liquidationsfirma beim Handelsgericht eintritt. Anders stellt sich die Situation bei einem Nachtragsliquidator iSd § 93(5) GmbHG dar, weil hier ein neues Beschäftigungsverhältnis angenommen und die Geringfügigkeitsgrenze schlagend wird, wohingegen bei der Tätigkeit der erstgenannten Art von Liquidatoren der Bezug eines Entgelts irrelevant ist. (VwGH Ro 2019/08/0010 v 8. 5. 2019)

SONSTIGES**■ ■ ■ Vbg VGSG: Abgabepflicht auch für gewerbeberechtigte Wettunternehmer**

Obwohl nach der GewO berechnete Unternehmer bis zum Eintritt der Rechtskraft eines Lösungsbescheides ihr Gewerbe ausüben dürfen (Berechtigung gem § 363 Abs 4 GewO), stößt insofern § 2(1) Vbg WettenG, der eine ausnahmslose Bewilligungspflicht mit kurzer Übergangsregelung für alle in Vorarlberg tätige Wettunternehmer/Glücksspielautomatenbetreiber vorschreibt, die bundesrechtl Rechtslage um.
(VwGH Ra 2019/13/0029 v 25. 4. 2019)

■ ■ ■ GSpG: fruchtlose Einreden bei Glücksspielautomaten-Bestrafung

Der Mitwirkungspflicht gem § 50(4) GSpG im Zuge von Lokalkontrollen kann sich niemand mit dem Argument entziehen, dass dieser Pflicht das Verbot der Selbstbezichtigung entgegensteht, weil nach der VwGH-Rsp Einhaltungskontrollen noch kein Stadium darstellen, in dem das Aussageverweigerungsrecht zum Tragen kommt. Weiters ist eine persönl Entlastung im Wege der Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten gem § 9 VStG nur durch Nachweisführung mit Unterlagen möglich, die die Zustimmung des Betrauten bereits in einem Zeitraum noch vor angelasteten Übertretungen zu dokumentieren vermögen. Schließlich kann die behörtl Klassifikation eines Automatenbetriebes als „Veranstalten von Glücksspielen“ nicht zur revisionserheblichen Rechtsfrage von grundsätzl Bedeutung iSd Art 133(4) B-VG erhoben werden. (VwGH Ra 2019/17/0024 v 29. 4. 2019)

■ ■ ■ Keine Biersteuer für aus Steuerlager kurzfristig zur Abfüllung verbrachtes Bier

Der VwGH hat § 10(1) BierStG so ausgelegt, dass mit dem darin verwendeten Begriff „zurückgenommen“ nicht bloß Bier gemeint ist, dass nach Reklamationen wieder ins Steuerlager rückgeführt wird. Eine Rückführung noch am selben Tag bzw vor dem Tag der verpflichtenden (Lager-)Aufzeichnungen gem § 43 leg cit führt daher nicht zum Verbrauchsteueranfall. (VwGH Ro 2018/16/0013 v 29. 5. 2019)

In eigener Sache - Leistungsvorbehalt

Geschätzter Leser (beiderlei Geschlechts) des FJ-Newsletter!

Bitte haben Sie Verständnis dafür, dass aus Gründen des insgesamt zu gewärtigenden verwaltungstechnischen Aufwandes dieser Newsletter verlagsseitig nur an jeweils eine eMail-Adresse pro Abonnement verschickt werden kann. - Die unternehmensinterne Weiterleitung innerhalb der Grenzen einer Niederlassung ist natürlich gestattet.