

Gemeinschaftsrechtliches und Verfassungsrechtliches zur
Buchpreisbindung

Praktische Bewährung und Neuerungen der
Elektronischen Signatur

Rechtsprechungsänderung im
Transportrecht

Übernahmerecht und bayerisch-österreichische
Bankenehe

Invalidität, Berufs- und Erwerbsunfähigkeit nach dem
Sozialversicherungsänderungsgesetz 2000

Neues im
Kapitalmarktoffensive-Gesetz

Die Rechte Einzelner bei
Verletzung von WTO-Recht

Geplante Änderungen im Privatstiftungsgesetz

Durch das Kapitalmarktoffensive-Gesetz (KMOG) sollen die Unvereinbarkeitsregelungen für Stiftungsvorstände und Aufsichtsratsmitglieder in Privatstiftungen abgeschwächt und Zweifelsfragen über die Besetzung und Befugnisse weiterer Organe (insb aufsichtsratsähnlicher Beiräte) ausgeräumt werden.

NIKOLAUS ARNOLD

1. STIFTUNGSVORSTAND

a) ALLGEMEINES

Gem § 15 Abs 2 PSG dürfen dem Stiftungsvorstand bestimmte Personen nicht angehören. Konkret werden Begünstigte, deren Ehegatten sowie Personen, die mit dem Begünstigten in gerader Linie oder bis zum dritten Grad der Seitenlinie verwandt sind, sowie jP von einer Mitgliedschaft im Stiftungsvorstand ausgeschlossen. Soweit ein Begünstigter eine jP ist, an der eine natürliche Person iSd § 244 Abs 2 HGB beteiligt ist, können diese natürliche Person, deren Ehegatte sowie Personen, die mit der natürlichen Person in gerader Linie oder bis zum dritten Grad der Seitenlinie verwandt sind, nicht Mitglieder des Stiftungsvorstandes sein (§ 15 Abs 3 PSG).

Nach Art XI. KMOG¹⁾ bekommen die Abs 2 und 3 des § 15 PSG nachstehenden Inhalt:

„(2) Ein Begünstigter, dessen Ehegatte, Kinder eines Begünstigten (§ 42 ABGB) und juristische Personen können nicht Mitglieder des Stiftungsvorstands sein. Bei Stiftungen, deren Zweck ausschließlich in einer Begünstigung der Arbeitnehmer von Gesellschaften liegt, an denen die Privatstiftung Beteiligungen hält, können auch Begünstigte Mitglieder des Stiftungsvorstands sein.

(3) Ist ein Begünstigter eine juristische Person, an der eine natürliche Person im Sinn des § 244 Abs. 2 HGB be-

teiligt ist, so können diese natürliche Person, deren Ehegatten sowie Kinder (§ 42 ABGB) der natürlichen Person nicht Mitglieder des Stiftungsvorstands sein.“

Nach der Neuregelung weiterhin vom Vorstandesamt ausgeschlossen sind neben jP²⁾ jedenfalls auch Begünstigte und deren Ehegatten. Eine generelle Unvereinbarkeit liegt nicht mehr bei allen „in gerader Linie oder bis zum dritten Grad der Seitenlinie“ mit dem Begünstigten Verwandten, sondern nur mehr bei Kindern iSd § 42 ABGB vor.³⁾ Aszendenten und Verwandte der Seitenlinien eines Begünstigten dürfen sohin die Funktion als Stiftungsvorstand ausüben. Die Neuregelung scheint zweckmäßig und sachgerecht. Typischerweise wird gerade bei Famili-

1) Ministerialentwurf (ME) des KMOG, 115/ME, 21. GP, zu Art XI Z 2 (§ 15). Gesetzeszitate des PSG und des EStG 1988 mit dem Zusatz „nF“ beziehen sich auf eine allfällige Fassung des PSG/EStG 1988 nach unveränderter Übernahme des ME. Die Gesetzeszierung steht zum Zeitpunkt der Drucklegung noch nicht fest.

2) Der Gesetzeswortlaut schließt Personenhandelsgesellschaften, eingetragene Erwerbsgesellschaften und sonstige Rechtssubjekte mit Teilrechtsfähigkeit nicht aus. Interpretativ ist der gesetzliche Ausschluss von jP jedoch auf alle Personen, die nicht natürliche Personen sind, zu erweitern. Vgl zB § 86 Abs 2 erster Satz AktG.

3) Zu Kindern zählen neben ehelichen und unehelichen leiblichen Nachkommen auch Enkel, Urenkel etc, ÖStA 1959, 24; auch Adoptivkinder, vgl *Dittrich/Tades*, ABGB³⁵ (1999), § 182 E 1 a.

enstiftungen Vermögen durch Eltern gewidmet, die ihre (Enkel-)Kinder begünstigen. Diese Stifter⁴⁾ sollen nun die Kontrolle über das Vermögen unmittelbar ausüben können, soweit sie nicht selbst Begünstigte sind. § 15 Abs 3 PSG, der zur Vermeidung von Umgehungen Regelungen über die Unvereinbarkeit bei Begünstigung einer jP⁵⁾ vorsieht,⁶⁾ wird korrespondierend angepasst.

Strittig ist weiterhin, wann die Begünstigtenstellung beginnt. Eine bloß potenzielle Begünstigung⁷⁾ reicht aber dem Schutzzweck der Norm zufolge für die Anwendbarkeit der Unvereinbarkeitsregelung nicht aus.⁸⁾ Insoweit sind Begünstigte iSd § 15 Abs 2 und 3 PSG nur solche Personen, deren aktuelle Begünstigtenstellung unmittelbar und ohne dazwischentretenden Akt feststeht. Ersatzbegünstigte, Personen, deren Begünstigtenstellung (aufschiebend) bedingt oder (für die Zukunft) befristet ist,⁹⁾ oder die bereits geendet hat, sind daher nicht Begünstigte iSd Unvereinbarkeitsregelungen. Selbiges gilt dann, wenn die Feststellung des Begünstigten noch von einem Organbeschluss oder der Entscheidung einer vom Stifter dazu berufenen Stelle¹⁰⁾ abhängt,¹¹⁾ mag auch eine Konkretisierung der Person bereits in der Stiftungserklärung vorgenommen worden sein. Das Ruhen der Begünstigtenstellung für die Zeit der Mitgliedschaft im Stiftungsvorstand ist mE dem Entstehen der Begünstigtenstellung nach dem Ausscheiden aus dem Vorstandsamt gleichzusetzen.¹²⁾ Auch Letztbegünstigte, sofern sie nicht gleichzeitig (aktuell) Begünstigte sind, können daher ein Vorstandsmandat ausüben.¹³⁾ Aufgrund des Schutzzweckes sind auch Personen, die ohne äquivalente Gegenleistung eine Zuwendung von der Stiftung erhalten, Begünstigte,¹⁴⁾ mag diese Leistung auch in Widerspruch zu § 5 PSG oder der Stiftungserklärung stehen. Eine Klarstellung der Frage, wann eine Person Begünstigter wird, bringt die geplante Neuregelung unmittelbar nicht. Die Novellierung des § 15 Abs 2 und 3 PSG erfolgt jedoch gerade vor dem Hintergrund von Familienstiftungen, wie aus der Beseitigung der Unvereinbarkeit bei Aszendenten und bei bis zum dritten Grad der Seitenlinie Verwandten geschlossen werden kann. Typischerweise werden Begünstigte in derartigen Stiftungen nach Stämmen oder ähnlichen Verwandtschaftskriterien definiert. Die vorgeschlagene Neuregelung wäre für den Großteil dieser Stiftungen unanwendbar, ginge man davon aus, dass eine bloß potenzielle Begünstigung zu einer Unvereinbarkeit iSd § 15 Abs 2 und 3 PSG führt. Die mE richtige Ansicht, dass potenziell Begünstigte im Stiftungsvorstand vertreten sein dürfen, wird durch diese Überlegungen zusätzlich gestärkt.

b) ARBEITNEHMERSTIFTUNGEN

Bei Stiftungen, deren Zweck ausschließlich in einer Begünstigung der Arbeitnehmer von Gesellschaften liegt, an denen die Privatstiftung Beteiligungen¹⁵⁾ hält, können nach § 15 Abs 2 PSG nF auch Begünstigte Mitglieder des Stiftungsvorstandes sein.

Diese Ausnahme von der Unvereinbarkeitsbestimmung des § 15 Abs 2 PSG nF erfolgt in Zusam-

menhang mit der Einführung der steuerlichen Regelungen für Belegschaftsbeteiligungs-Stiftungen im § 4 Abs 11 Z 1 lit c EStG 1988 nF.¹⁶⁾ ME ist die Neuregelung jedoch aus mehreren Gründen missglückt. Belegschaftsbeteiligungs-Stiftungen iSd EStG 1988 nF können ua Beteiligungen am Unternehmen des Arbeitgebers oder an mit diesem verbundenen Konzernunternehmen gewidmet werden. Bei strenger wörtlicher Interpretation des § 15 Abs 2 zweiter Satz PSG nF sind aber Begünstigte, die nicht unmittelbar Arbeitnehmer des Arbeitgebers, sondern beispielsweise einer Tochtergesellschaft sind, nicht von der Ausnahmebestimmung umfasst. Eine Regelung über die Zulässigkeit von Treuhandkonstruktionen oder indirekten Beteiligungen fehlt.¹⁷⁾ Der Entwurf dürfte jedoch auch indirekte Beteiligungen, nicht aber Treuhandkonstruktionen anzusprechen versuchen.

Außerdem sind Belegschaftsbeteiligungs-Stiftungen solche, bei denen Begünstigte und Letztbegünstigte ausschließlich alle Arbeitnehmer oder bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern, darüber hinaus aber auch frühere Arbeitnehmer des Stifters sind, wobei als Arbeitnehmer auch der (Ehe-)Partner des (früheren) Arbeitnehmers und Kinder gelten. Nach § 15 Abs 2 zweiter Satz PSG nF kommt eine Belegschaftsbeteiligungs-Stiftung, die nicht nur aktive Arbeitnehmer begünstigt, gar nicht in den Genuss der Ausnahme. Selbiges gilt grundsätzlich für betrieblich veranlasste Stiftungen¹⁸⁾ und für Arbeit-

4) Der Stifter kann sich selbst begünstigen; *Knirsch*, *ecolex* 1993, 729 (730); *Pittl*, *NZ* 1999, 197 (199).

5) § 15 Abs 3 PSG aF und nF ist insoweit unvollständig, als auch Personenhandelsgesellschaften, eingetragene Erwerbsgesellschaften und sonstige Rechtssubjekte mit Teilrechtsfähigkeit begünstigt sein können. Die Regelung ist auf diese sinngemäß anzuwenden.

6) Siehe *Micheler* in *Doralt/Nowotny/Kals*, *PSG*, §§ 15, 16 Rz 6 ff.

7) Nach *Löffler* (in *Doralt/Nowotny/Kals*, *PSG*, § 5 Rz 7, unter Hinweis auf *Bruckner/Fries/Fries*, *Familienstiftung*, 56) hänge die Begünstigtenstellung entscheidend davon ab, ob der Begünstigte in der Stiftungserklärung konkret bezeichnet oder aufgrund objektiv feststellbarer Tatsachen individualisierbar sei.

8) Im Ergebnis auch *Eiselsberg* in *Eiselsberg/Nidetzky/Sulz*, *Die österreichische Privatstiftung (CA)*, 78; *OLG Wien* 31. 5. 1999, 28 R 244/98 b (*NZ* 2000, 120 [122]).

9) Zur grundsätzlichen Zulässigkeit derartiger Bestimmungen vgl *Löffler* in *Doralt/Nowotny/Kals*, *PSG*, § 5 Rz 6 unter Hinweis auf *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, *Handbuch*, 43.

10) Siehe § 5 zweiter Satz iVm § 9 Abs 1 Z 3 PSG.

11) So auch *Eiselsberg* in *Eiselsberg/Nidetzky/Sulz*, *Die österreichische Privatstiftung (CA)*, 76f; *OLG Wien* 31. 5. 1999, 28 R 244/98 b (*NZ* 2000, 120 [122]).

12) Diese Frage offen lassend *OLG Innsbruck* 29. 5. 1996, 3 R 110/96 (*RdW* 1996, 406). ME widerspricht der Umstand, dass die Erträge in einer derartigen Phase thesauriert werden und es für eine (bestimmbare) Dauer keinen aktuell Begünstigten gibt, üblicherweise nicht dem Zweck einer Privatstiftung. Bei der Formulierung des Stiftungszweckes wäre auf diesen Umstand besonders zu achten.

13) Im Ergebnis zutreffend *Hirsch*, *RdW* 1998, 721.

14) Vgl das Beispiel in den *Materialien*, *EBRV* zu § 5. Auf den Stiftungszweck kommt es jedoch mE nicht an.

15) Der Entwurfstext „Beteiligungen“ ist auch als Einzahl zu lesen, da beispielsweise jeder Gesellschafter einer GmbH nur eine „Beteiligung“ (einen Geschäftsanteil) haben kann.

16) Siehe auch die Checklist über steuerliche Neuerungen für Privatstiftungen in diesem Heft, 898.

17) Vgl beispielsweise § 22 Z 2 EStG 1988.

18) ISd § 4 Abs 11 Z 1 lit a EStG 1988 nF.

nehmerförderungsstiftungen¹⁹⁾ mangels Haltens einer Beteiligung. Aufgrund des in den EB genannten Beispiels der Beiratsmitglieder muss aber angenommen werden, dass die Beschränkung der Ausnahme auf aktive Arbeitnehmer beabsichtigt ist.

Eine Definition des Begriffs „Arbeitnehmer“ ist dem PSG nF nicht zu entnehmen. In der Rechtsordnung wird er unterschiedlich verwendet.²⁰⁾ Ebenso unklar ist, ob Organe der Gesellschaft und leitende Angestellte als Arbeitnehmer zu qualifizieren sind, wie arbeitnehmerähnliche Dienstverhältnisse zu beurteilen sind und ob eine (wesentliche) Beteiligung einer Person an der Gesellschaft, die Arbeitgeber ist, die Arbeitnehmerstellung auszuschließen vermag.

Mitarbeiterbeteiligungs-Stiftungen sind selbst nicht Arbeitnehmer iSd § 153 Abs 5 AktG. Die Sonderregelung für den Ausschluss des Bezugsrechtes ist für diese daher nicht anwendbar. Eine Anpassung des AktG wäre zweckmäßig.

Abgesehen von den Unterschieden²¹⁾ zwischen EstG 1988 nF und PSG nF ist nicht einzusehen, warum es bei bestimmten Belegschaftsbeteiligungs-Stiftungen zu einer vollständigen²²⁾ Durchbrechung der Unvereinbarkeitsbestimmungen kommen soll. § 15 Abs 2 PSG dient dem Schutz der Begünstigten, der Sicherstellung der Erfüllung des Stiftungszwecks und dem Gläubigerschutz.²³⁾ Interessenskollisionen und In-sich-Geschäfte sind vorprogrammiert.

2. WEITERE ORGANE

Der Stifter kann gem § 14 Abs 2 PSG weitere Organe (neben Stiftungsvorstand, Stiftungsprüfer und gegebenenfalls Aufsichtsrat) zur Wahrung des Stiftungszwecks vorsehen. Regelungen, welche Kompetenzen diesen übertragen werden können, enthält das PSG nicht. Dies führt zu zahlreichen Streitfragen,²⁴⁾ insb darüber, ob einem solchen Organ die Bestellung des Stiftungsvorstandes übertragen werden kann, inwieweit Begünstigte in diesem Organ vertreten sein dürfen und ob eine Analogie zu den Unvereinbarkeitsregelungen für den Aufsichtsrat (§ 23 Abs 2 PSG) geboten ist.

Im § 14 PSG wird dem Abs 2 folgender Satz angeschlossen und ein Abs 3 hinzugefügt:

„[. . .] Diesen können insbesondere Aufgaben der Beratung und Überwachung des Stiftungsvorstands sowie der Bestellung seiner Mitglieder und ihrer Abberufung aus wichtigem Grund übertragen werden.

(3) Begünstigte und deren Angehörige (§ 15 Abs. 2) dürfen Mitglieder eines solchen weiteren Organs sein.“

Durch § 14 Abs 2 PSG nF wird klargestellt, dass einem weiteren Organ neben einer bloß beratenden Funktion²⁵⁾ auch die Überwachung des Stiftungsvorstandes übertragen werden kann. Dem weiteren Organ können sohin auch weit reichende Kontrollbefugnisse (arg „Überwachung“) eingeräumt werden, es darf daher auch aufsichtsratsähnlich sein.²⁶⁾

Wird einem weiteren Organ ein Abberufungsrecht eingeräumt, ist dieses zwingend²⁷⁾ auf wichtige Gründe zu beschränken.²⁸⁾ Dies gilt auch für den Stifter, da dieser bei Vorbehalt des Abberufungsrechtes insoweit ein weiteres Organ iSd § 14 Abs 2 PSG ist.

Wie *Strasser*²⁹⁾ nachgewiesen hat, folgt das PSG keiner konsequenten Terminologie. Als Organe iSd § 14 Abs 2 PSG wurden bisher all jene Personen oder Mehrheiten von Personen angesehen, die entweder gesetzlich zwingend vorgesehen sind oder (zulässigerweise) durch die Stiftungserklärung eingesetzt werden und denen kraft dieser Regelungen eine Entscheidungsbefugnis – sohin nicht nur eine beratende Funktion – zukommt.³⁰⁾ Neben den im PSG zwingend vorgesehenen Organen sind (nicht bloß beratende) Beiräte³¹⁾ und fakultative Aufsichtsräte, der Stifter, sofern er sich selbst bestimmte Rechte – beispielsweise auf Bestellung des Vorstandes – vorbehält, daneben aber auch Personen, denen besondere Aufgaben zukommen (§ 9 Abs 2 Z 4 PSG)³²⁾ und Stellen, die den Begünstigten festzustellen haben,³³⁾ (weitere) Organe.³⁴⁾ § 14 Abs 2 PSG (aF und nF) gilt gleichermaßen für sämtliche weiteren Organe. § 14 Abs 2 zweiter Satz PSG nF bezeichnet auch bloß beratende Stellen als weitere Organe. Das PSG dürfte insoweit von einem weiteren Organbegriff als ihn das Gesellschaftsrecht verwendet, ausgehen. Eine Ausweitung der Regelungen für weitere Organe auf sonstige Stellen ohne Organqualität ist geboten.

19) ISd § 4 Abs 11 Z 1 lit b EstG 1988 nF.

20) Vgl die Nachweise in VwGH A 15/2000 (2000/13/0074) = Gesetzesprüfungsantrag VfGH G 110/00 zur DB-Pflicht nach FLAG.

21) Vgl auch § 4 Abs 11 Z 1 lit c EstG 1988 nF, der jeweils vom Arbeitgeber in der Einzahl spricht; siehe insoweit auch EB zum ME (zu Z 3 [§ 4 Abs 11 Z 1]).

22) Der gesamte Vorstand könnte aus Begünstigten bestehen (arg „auch“).

23) *Hirsch*, RdW 1998, 721.

24) Siehe *Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG, § 14 Rz 5 ff; *P. Doralt*, GesRZ 1997, 125; *H. Torggler*, GesRZ 1997, 140; *Strasser*, JBl 2000, 487; JBl 1997, 776 (Anm *König*); *Stern*, RdW 1997, 521; *Eiselsberg* in Eiselsberg/Nidetzky/Sulz, Die Österreichische Privatstiftung (CA), 72; *Cerha/Eiselsberg/Kirschner/Knirsch*, *ecolex Spezial Privatstiftungsgesetz*, 45; *Nowotny* in Csocklich/Müller/Gröhs/Helbich, Handbuch, 155, 172; *ders*, GesRZ 1994, 1; *Grave* in Tinti/Umdasch/Marenzi, FS Jakobljevič, 25; OGH 12. 5. 1997, 6 Ob 39/97x (*ecolex* 1997, 941; JBl 1997, 776); OLG Wien 31. 5. 1999, 28 R 244/98b (NZ 2000, 120).

25) Dem ME unterläuft wie dem PSG und den Materialien eine Ungenauigkeit bei Verwendung des Begriffs „Organ“.

26) Ist allerdings gleichzeitig zwingend ein Aufsichtsrat vorgesehen, ist jede Beschränkung der diesem kraft Gesetzes zukommenden Aufgaben unzulässig.

27) Die EB zum ME sind hier in ihrer Wortwahl nicht präzise. In Art XI zu Z 1 (§ 14) wird ausdrücklich von „Abberufung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes“ gesprochen, zu Z 2 (§ 15) heißt es „jedenfalls bei Vorliegen eines wichtigen Grundes“.

28) Trotz unglücklicher Satzstellung, die eine demonstrative Aufzählung annehmen lassen könnte („insbesondere“), sind lediglich die „Aufgaben der Beratung und Überwachung“, nicht aber die Beschränkung der Abberufung auf wichtige Gründe beispielhaft genannt.

29) *Strasser*, JBl 2000, 487 (493).

30) So auch *Strasser*, JBl 2000, 487 (493) unter Hinweis auf *Koppensteiner*, GmbHG², § 35 Rz 52. Die Auffassung, der Kerninhalt müsse die direkte Stellvertretung sein, ist jedoch zu streng.

31) Verschiedentlich auch als Verwaltungsräte, Verwaltungsausschüsse oder Begünstigtenversammlungen bezeichnet.

32) *Strasser*, JBl 2000, 493, spricht zutreffend von einem Pleonasmus.

33) § 9 Abs 1 Z 3 iVm § 5 zweiter Satz PSG.

34) AA *Nowotny* in Csocklich/Müller/Gröhs/Helbich, Handbuch, 150. ME kann der Stifter die Organqualität solcher Entscheidungsträger nicht abbedingen (so aber *Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG, § 14 Rz 34).

Eine Weisungsbefugnis gegenüber dem Vorstand kann einem weiteren Organ nicht eingeräumt werden.³⁵⁾ Die Neuregelung beschränkt die Möglichkeit der Abberufung des Stiftungsvorstandes auf wichtige Gründe. Hieraus kann man ableiten, dass die Unabhängigkeit des Stiftungsvorstandes (weiterhin) eines der tragenden Prinzipien einer Privatstiftung ist. Man würde die Beschränkung der Abberufungsmöglichkeit auf wichtige Gründe und die Unvereinbarkeitsregelungen ad absurdum führen, würde man ein Weisungsrecht (etwa eines mit Begünstigten besetzten Beirates) anerkennen. Zulässig ist es hingegen, bestimmte Geschäfte im Innenverhältnis von der Zustimmung eines weiteren Organs abhängig zu machen, da hierin ein Ausfluss der Kontroll- und Beratungsrechte zu erblicken ist.

Die Neuregelung bringt aber (indirekt) auch eine Klarstellung hinsichtlich der Mindestbestellungs-dauer des Stiftungsvorstandes.³⁶⁾ Eine solche ist nicht vorzusehen, wenn die Bestellung auf unbestimmte Zeit erfolgt, da die Abberufung auf wichtige Gründe beschränkt ist. Bei befristeter Bestellung ist es jedoch unzulässig, eine zu kurze Funktionsperiode festzulegen, da dies einer jederzeitigen Abberufungsmöglichkeit gleichkäme.³⁷⁾ Eine Mindestdauer von einem Jahr scheint angemessen.³⁸⁾

Aus § 14 Abs 3 PSG nF ist ableitbar, dass die Unvereinbarkeitsregelungen für den Stiftungsvorstand nicht für die Mitglieder des weiteren Organs gelten. Auf den ersten Blick könnte man meinen, dass nur Begünstigte und deren Angehörige in einem derartigen Organ vertreten sein dürfen. Beabsichtigt ist aber eindeutig, dass auch solche Personen trotz Unvereinbarkeit mit einem Vorstandsmandat eine Position in einem weiteren Organ bekleiden dürfen. Die Einfügung des Wortes „auch“ am Satzbeginn ist interpretativ nachzuholen. In weiteren Organen können auch andere als natürliche Personen vertreten sein.³⁹⁾ § 14 Abs 3 PSG nF verweist hinsichtlich der Angehörigen lediglich auf § 15 Abs 2. § 14 Abs 3 PSG nF ist auf die in § 15 Abs 3 PSG genannten Personen auszu-dehnen.

Durch die Möglichkeit, dass Begünstigte und deren Angehörige auch in weiteren Organen vertreten sind, werden die Probleme des In-Sich-Geschäftes⁴⁰⁾ bzw der Befangenheit an Bedeutung gewinnen. Der Stifter kann nicht nur dem Stiftungsvorstand (dort dient § 15 Abs 2 und 3 PSG der Absicherung) die Entscheidung über die Auswahl der Begünstigten übertragen, sondern auch einer sonstigen von ihm dazu berufenen Stelle. Nach § 14 Abs 2 PSG nF

kann dieses Organ mit Begünstigten besetzt sein. ME haben sich diese aber bei dieser Abstimmung der Stimme zu enthalten bzw von einer Entscheidung Abstand zu nehmen, da eine Interessenskollision evident ist. Die abstrakte Möglichkeit der Beschlussunfähigkeit stellt kein Eintragungshindernis dar, solange diese nicht unausweichlich ist und keine dispositive gesetzliche Regelung eingreift. Gegebenenfalls hat der Stiftungsvorstand die Entscheidung als nichtig zu betrachten. Bei Gestaltung von Stiftungserklärungen wird daher auf die Vermeidung derartiger Situationen zu achten sein.

3. AUFSICHTSRAT

§ 23 Abs 2 PSG wird § 15 Abs 2 PSG nF angepasst werden. Nach dem ME erhält er nachstehenden Wortlaut:

„(2) Die Mitglieder des Aufsichtsrats dürfen nicht zugleich dem Stiftungsvorstand angehören oder Stiftungsprüfer sein.“

Angehörige⁴¹⁾ der Aufsichtsratsmitglieder dürfen nunmehr dem Stiftungsvorstand angehören oder die Funktion des Stiftungsprüfers ausüben. Auch Begünstigte und deren Angehörige können nach dem Entwurf unbeschränkt eine Aufsichtsratsfunktion übernehmen, dh auch die Mehrheit im Aufsichtsrat stellen. Die EB⁴²⁾ begründen dies damit, dass der Stifter auch hier eine privatautonome Entscheidung treffen können solle. Ob diese Neuregelung sachgerecht ist, mag dahingestellt bleiben. Sie geht aber jedenfalls an dem von ihr angestrebten Ziel einer „privatautonomen Entscheidung“ vorbei. Gem § 24 Abs 1 PSG wird lediglich der erste Aufsichtsrat vom Stifter oder vom Stiftungskurator bestellt. Hienach trifft die Entscheidung zwingend⁴³⁾ das Gericht. Bei seiner Entscheidung wird das Gericht daher jedenfalls das Wohl der Privatstiftung und allfällige Interessenskollisionen zu berücksichtigen haben.

Obleich die EB⁴⁴⁾ meinen, es solle weiterhin der Grundsatz beachtet werden, dass Mitglieder eines Kontrollorgans nicht gleichzeitig Mitglieder des kontrollierten Organs sind, kann daraus noch nicht ge-

ZUM THEMA

Die geplanten Neuregelungen des PSG bringen Erleichterungen bei Vorstands- und Aufsichtsratsbesetzung, klären Streitpunkte bei weiteren Organen (Beiräten etc), lassen aber wesentliche Zweifelsfragen offen und schaffen zusätzliche.

- 35) Im Ergebnis auch zur geltenden Regelung *Nowotny* in Csocklich/Müller/Gröhs/Helbich, Handbuch, 162; aA *Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG, § 14 Rz 31.
- 36) Das OLG Wien (31. 5. 1999, 28 R 244/98b) hat eine solche nach bisheriger Rechtslage – mE zu Unrecht – generell nicht für erforderlich gehalten.
- 37) Unschärf ist die Formulierung der EB, die meinen, es könnte „sinnvoll sein, die Vorstandsmitglieder – ähnlich wie bei der AG – auf bestimmte Zeit zu bestellen“.
- 38) Zutreffend *Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG, § 15 Rz 22 unter Hinweis auf *Kastner*, JBl 1953, 645; aA zur bisherigen Rechtslage OLG Wien 31. 5. 1999, 28 R 244/98b (NZ 2000, 120 [124]).
- 39) Zu den möglichen Begünstigten vgl *Löffler* in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG, § 5 Rz 1. Eine Sonderregelung wie in § 15 Abs 2 PSG fehlt.
- 40) Siehe allgemein *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹¹ I (2000), 191 f.
- 41) Auch solche iSd § 15 Abs 2 PSG.
- 42) EB zum ME (zu Art XI Z 3 [§ 23]).
- 43) Zutreffend *Wessely* in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG, § 24 Rz 6.
- 44) EB zum ME (zu Art XI Z 3 [§ 23]).

geschlossen werden, dass Stiftungsvorstände von jeder weiteren Organfunktion iSd § 14 Abs 2 PSG nF ausgeschlossen sind. Die Neuregelung differenziert genauestens zwischen weiteren Organen und Aufsichtsrat. Die Unvereinbarkeitsregelung des § 23 Abs 2 PSG nF wurde aber nicht etwa auch auf § 14 PSG nF übertragen. Es dürfte daher beabsichtigt sein, lediglich bei gesetzlich zwingenden Kontrollorganen eine Mitgliedschaft der kontrollierten Personen auszuschließen, sonst aber die privatautonome Entscheidung des Stifters anzuerkennen. Es können daher in einem Beirat, mag dieser auch aufsichtsratsähnlich

sein, auch Stiftungsvorstandsmitglieder vertreten sein.⁴⁵⁾ Mitglieder des Stiftungsvorstandes haben sich aber bei Interessenskollision⁴⁶⁾ der Stimme im weiteren Organ zu enthalten.

45 Das OLG Wien (31. 5. 1999, 28 R 244/98 b) hat bereits zur geltenden Rechtslage ausgesprochen, dass durch die Einrichtung eines aufsichtsratsähnlichen Beirats die Besetzungsregel des § 23 Abs 2 PSG nicht umgangen werde, wenn die Bestellung eines Aufsichtsrates nicht verpflichtend angeordnet sei.

46 ZB Stimmabgabe im Beirat über die eigene Wiederbestellung als Stiftungsvorstand.

die weitere Benutzung ihrer bisherigen Firma für die Dauer der zeitlich befristeten Abwicklung auch im Hinblick auf § 30 HGB dann zulässig sein, wenn aufgrund weiterer offenkundiger und für den Rechtsverkehr leicht überblickbarer Umstände eine Täuschung über die tatsächlichen Verhältnisse von vornherein ausscheidet. Trotz Weiterbenutzung der gemeinschuldnerischen Firma könnte eine Täuschung der Verkehrsteilnehmer aber nur dann ausgeschlossen werden, wenn der Firma der Gemeinschuldnerin ein Liquidationszusatz hinzugefügt wird und der Unternehmensübergang entsprechend § 3 Z 15 FBG sowohl im Firmenbuch der übertragenden Gemeinschuldnerin als auch in jenem der das Unternehmen fortführenden Erwerberin eingetragen wäre.

Der erkennende Senat teilt die Auffassung der Lehre, wonach eine Firmenfortführung nach § 22 HGB im Allgemeinen voraussetzt, dass der bisherige Firmeninhaber die durch den Erwerber fortgeführte Firma selbst nicht mehr benutzt und auch die möglicherweise in der Zukunft eintretende Änderung der älteren Firma eine Neueintragung (der fortgeführten Firma) nicht zulässig macht (*Fromherz*, aaO Rz 8 zu § 30 und Rz 17 zu § 22; *Schuhmacher*, aaO Rz 22 zu § 22). Diese Auffassung trägt dem durch § 18 Abs 2 und § 30 Abs 1 HGB angestrebten Schutz des Rechtsverkehrs vor Täuschungen Rechnung. Allerdings kann in Fällen der Veräußerung des gemeinschuldnerischen Unternehmens durch den Masseverwalter und Fortführung der Firma durch den Erwerb bei vollständiger Einstellung des Geschäftsbetriebes der Gemeinschuldnerin die weitere Benutzung ihrer bisherigen Firma für die Dauer der zeitlich befristeten Abwicklung auch im Hinblick auf § 30 HGB dann zulässig sein, wenn aufgrund weiterer offenkun-

diger und für den Rechtsverkehr leicht überblickbarer Umstände eine Täuschung über die tatsächlichen Verhältnisse von vornherein ausscheidet. Trotz Weiterbenutzung der gemeinschuldnerische Firma könnte eine Täuschung der Verkehrsteilnehmer aber nur dann ausgeschlossen werden, wenn der Firma der Gemeinschuldnerin ein Liquidationszusatz hinzugefügt wird und der Unternehmensübergang entsprechend § 3 Z 15 FBG sowohl im Firmenbuch der übertragenden Gemeinschuldnerin als auch in jenem der das Unternehmen fortführenden Erwerberin eingetragen wäre.

Anmerkung:

Dieser Entscheidung liegt die Veräußerung des Unternehmens der Gemeinschuldnerin, einer Aktiengesellschaft, durch den Masseverwalter zu Grunde. Der Masseverwalter erteilte dabei die Zustimmung gem § 22 Abs 1 HGB, die bisherige Firma fortzuführen. Bemerkenswert ist, dass diese Erklärung ohne Zustimmung der namensgebenden Gesellschaft (der Gemeinschuldnerin) erfolgte. Damit wurde implizit anerkannt, dass das mit der Veräußerung verbundene Recht, den Handelsnamen der Gemeinschuldnerin im geschäftlichen Verkehr zu führen, zu den Vermögenswerten gehört, deren Verwertung im Konkurs dem Masseverwalter obliegt (so Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht 663). Zumindest für Kapitalgesellschaften darf daher angenommen werden, dass auch das Namensrecht in die Masse fällt und der Verwertung des Masseverwalters unterliegt (idS Hämmerle/Wünsch, Handelsrecht I⁴, 259; vgl auch SZ 56/65; aA Fromherz in Jabornegg, HGB § 22 Rz 15 mwN).

Stephan Korinek

Keine Firmenfortführung nach § 25 HGB

§§ 18, 25 HGB

OGH
13. 7. 2000,
6 Ob 233/99d
350

Keine Firmenidentität und damit keine Haftung iSd § 25 HGB liegt vor, wenn nur der Firmenzusatz („Bau- und Möbeltischlerei“) und der Nachname des früheren Inhabers übernommen werden, jedoch der Rechtsformzusatz („Gesellschaft mbH“) hinzugefügt und der Vornamen des früheren Inhabers durch den Anfangsbuchstaben des Vornamens einer Gesellschafterin ersetzt wird.

Erich T. betrieb die protokollierte Einzelfirma Erich T., Bau- und Möbeltischlerei. Gegen den Tischler gestellte Konkursanträge wurden jeweils mangels Vermögen abgewiesen. Im März 1998 wurde T. die Gewerbeberechtigung entzogen.

Die im väterlichen Unternehmen angestellte Tochter gründete im Mai 1998 gemeinsam mit ihrem Freund und ihrer Mutter die M. T. Bau- und Möbeltischlerei Gesellschaft m. b. H.. Diese Gesellschaft mietete vom Tischler dessen Betriebsliegenschaft auf unbestimmte Zeit und verwendete dasselbe Firmenlogo wie dieser. Der Wortlaut des Firmenstempels blieb gleich, Geschäftsanschrift, Telefon- und Faxnummer wurden beibehalten. Alle Mitarbeiter wurden von der beklag-

ten Partei mit sämtlichen Rechten und Pflichten, insb mit ihren Urlaubs- und Abfertigungsansprüchen übernommen und bei der Sozialversicherung angemeldet. Der Tischlereibetrieb stand nie still. Der Arbeitsschwerpunkt liegt – anders als bei T. – nun nicht mehr im Objektbau, sondern in der Herstellung von Bio-Möbel. Die auf § 25 HGB gestützte Klage auf Zahlung von Altverbindlichkeiten durch die GmbH wurde abgewiesen.

Aus der Begründung:

§ 25 HGB stellt eine Haftungsnorm kombiniert mit einem fingierten Forderungsübergang dar, sodass für die im übergangenen Unternehmen begründeten Verbindlichkeiten die Haftung des Erwerbers hinzutritt; es handelt sich um eine gesetzliche kumulative Schuldübernahme (*Hüffer* in Großkomm HGB⁴, § 25 Rz 50). Eine Fortführung des Unternehmens unter der bisherigen Firma liegt vor, wenn nach der maßgeblichen Verkehrsauffassung (SZ 70/145; *Schuhmacher* in Straube, HGB² § 25 Rz 9; *Fromherz* in Jabornegg, HGB, § 25 Rz 8 f je mwN aus der Rsp) für das fortgeführte Unternehmen keine deutlich ab-

weichende neue Firma angenommen und tatsächlich geführt wird (3 Ob 549/91 = RdW 1991, 356 = wbl 1992, 62 = GesRZ 1992, 135; 6 Ob 2/92 = SZ 65/32 = EvB1 1992/135 = RdW 1992, 271 = wbl 1992, 303 = ecolex 1992, 28 ua; RIS-Justiz RS 0061630). Es kommt nicht auf wortgetreue und buchstabengetreue Gleichheit, sondern darauf an, ob der nach der Verkehrsanschauung zu beurteilende Firmenkern (der alten und neuen Firma) derselbe geblieben ist (2 Ob 641/86; RdW 1987, 255; JBl 1989, 254; SZ 65/32 ua; RIS-Justiz RS 0061624; *Schuhmacher*, aaO Rz 9; *Hüfner* aaO Rz 48; *Lieb* in Münchener Kommentar zum HGB, § 25 Rz 65; *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan*⁵ § 25 HGB Rz 7; *Karsten Schmidt*, Handelsrecht³, 215). Das Weglassen, Ändern oder Hinzufügen eines Gesellschaftszusatzes ist ebenso bedeutungslos wie das Beifügen eines Nachfolgezusatzes (SZ 65/32 mwN aus Lehre und Rsp). Die bloße Weiterverwendung eines Firmenzusatzes wirkt nicht haftungsbegründend iSd § 25 HGB (HS I/8; GesRZ 1982, 321). Dass der Vorname des früheren Inhabers des Einzelunternehmens nicht mehr in der Firma der beklagten Gesellschaft mbH aufscheint (RdW 1987, 255; *Fromherz*, Rz 9) oder durch Initialen ersetzt wird (*Lieb*, aaO Rz 65), ist nicht von entscheidender Bedeutung.

Gemäß § 18 Abs 1 HGB hat der Einzelkaufmann seinen Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen als Firma zu führen. Bei der Einzelfirma des Tischlers bildete daher „Erich T.“ den zwingend erforderlichen Firmenkern, „Bau- und Möbeltischlerei“ hingegen den gem § 18 Abs 2 HGB zulässigen Firmenzusatz. Die beklagte Partei hat dann zwar den Firmenzusatz „Bau- und Möbeltischlerei“ übernommen und den Rechtsformzusatz „Gesellschaft mbH“ hinzugefügt, aber nicht bloß den Nachnamen des Tischlers unter Weglassung seines Vornamens Erich beibehalten, was bereits den Anforderungen des § 5 GmbHG entsprochen hätte, sondern den Anfangsbuchstaben des Vornamens einer Gesellschafterin (und Geschäftsführerin; „M.“ für Monika) in den Firmenkern aufgenommen. Die nach der Rsp wesentliche Beibehaltung des Firmenkerns liegt daher nicht vor.

Die österreichische Lehre und Rechtsprechung stellt die Verkehrsauffassung über die Firmenidentität in den Vordergrund (vgl *Fromherz*, aaO Rz 3, 9 mwN). Ob der diesem Grundsatz innewohnende Schutzgedanke (vgl *Fromherz*, aaO) auch tragfähig ist, wenn – wozu hier aufgrund der mehrfach mangels Kostendeckung abgewiesenen Anträge auf Konkurseröffnung über das Vermögen des Tischlers auszugehen ist – der frühere Unternehmensinhaber zur Zeit der Veräußerung seines Unternehmens konkursreif war und der Erlös im Interesse der Gläubiger verwendet worden ist – auch dies ist hier nach den vorinstanzlichen Feststellungen erwiesen –, wird von einem Teil der deutschen Lehre mit durchaus gewichtigen Argumenten in Frage gestellt (*Canaris*, Unternehmenskontinuität als Haftungs- und Enthaftungsgrund im Rahmen des § 25 HGB? in FS Frotz, 11 ff und ihm im Wesentlichen zustimmend *Lieb*, aaO Rz 32 ff). Der „Verkehr“, das heißt der Altgläubiger könne vernünftigerweise nicht erwarten, dass

der Erwerber des Unternehmens für eine Forderung einzustehen bereit sei, die von vornherein keinen wirtschaftlichen Wert mehr habe (*Canaris*, aaO Rz 20, 22). Der Altgläubiger, dem auf Grund der „Haftungsfalle“ des § 25 HGB bei Konkursreife des bisherigen Unternehmensinhabers ein „unberechtigtes Zufallsgeschenk“ zukommen würde (so *Canaris*, aaO), mangle somit die Schutzwürdigkeit. Eine abschließende Stellungnahme zur Richtigkeit dieser Auffassung (vgl dazu auch *Fromherz*, aaO Rz 19) erübrigt sich hier, weil der Firmenwortlaut der beklagten Partei in seiner Gesamtheit auf eine Änderung der Firmenidentität hindeutet.

Anmerkung:

Die vorliegende Entscheidung ist aus zwei Gründen bedauerlich: erstens wegen der Entscheidung zur Firmenidentität iSd § 25 HGB und zweitens – daraus resultierend – wegen der Nicht-Stellungnahme zur strittigen Frage, ob die Haftung nach § 25 HGB bei Konkursreife des bisherigen Unternehmensinhabers zur Anwendung kommt.

Dabei hätte der OGH nach den von ihm selbst angeführten Kriterien keine Änderung der Firmenidentität annehmen dürfen: Zutreffend schloss sich der OGH zunächst der Auffassung an, dass es nicht von entscheidender Bedeutung sein könne, dass der Vorname des früheren Inhabers des Einzelunternehmens nicht mehr in der Firma der beklagten Gesellschaft mbH aufscheine oder durch Initialen ersetzt werde. Nichts anderes kann aber gelten, wenn der Vorname des früheren Inhabers durch andere Initialen ersetzt wird, denn für die geschützten Verkehrskreise ist in diesem Fall der Familienname das wesentliche Identitätsmerkmal, das die Haftung iSd § 25 HGB rechtfertigt. Dass allein die Änderung der Initialen eine wesentliche Änderung darstellen soll, wo doch die Firmenidentität nicht allzu streng beurteilt wird (Krejci, Grundriss des Handelsrechts 132) und – wie der OGH ausdrücklich festhält – selbst das Weglassen, Ändern oder Hinzufügen eines Gesellschaftszusatzes und auch das Beifügen eines Nachfolgezusatzes bedeutungslos ist, ist nicht einsichtig. Auf diese Weise könnte allzu leicht die Haftung gem § 25 HGB – trotz Fortführung des Handelsgeschäfts, scheinbarer Firmenidentität und ohne Erfüllung eines Publizitätsaktes nach § 25 Abs 2 HGB – ausgeschlossen werden.

*Die zuletzt genannten Aspekte sprechen mE dafür, selbst bei Konkursreife des bisherigen Unternehmensinhabers § 25 HGB anzuwenden. Die für die teleologische Reduktion des § 25 HGB von *Canaris* vorgebrachten Argumente sind dem Inhalt nach auf die Haftungsthese gestützt, die aber bei § 25 HGB wenig Aufschluss zu geben vermag (so *Fenyves*, Erbenhaftung 66; *Hüfner* in *Großkomm HGB*⁴ § 25 Rz 15), wie schon der dispositive Charakter dieser Vorschrift zeigt (Krejci, aaO 127; ders, ÖJZ 1975, 457). Dem Einwand, der Gläubiger durfte gar nicht mehr mit der Erfüllung seiner Forderungen rechnen, kann entgegengehalten werden, dass es auch für den Weiterbestand einer guten Vermögenslage keine Garantie gibt. Die Versteinerung allein der schlechten Vermögenslage durch die generelle Ablehnung der Haftung nach § 25 HGB ist also keineswegs zwingend.*

Problematisch ist an der automatischen Enthaltung bei Konkursreife des Altschuldners va die – ohne reguliertes (Konkurs-)Verfahren – mögliche „übertragende Sanierung“ (vgl Karsten Schmidt, Handelsrecht⁴, 232, 252) zu Lasten der Gläubiger: Einerseits werden vorhandene Vermögenswerte in die neue Firma gerettet, andererseits aber Verbindlichkeiten „abgeschüttelt“. Gerade weil der Kundenstock und der Firmenwert keiner exekutiven Verwertung zugänglich sind, obwohl sie beträchtliche Vermögenswerte darstellen können, ist es im Interesse der Gläubiger geboten, bei Überlassen dieser Vermögenswerte durch den Schuldner – sei es entgeltlich

oder mit Rücksicht auf familiäre Nahebeziehungen unentgeltlich – wenigstens die Haftungsfolge an die Übertragung zu knüpfen. Wo keine staatlich überwachte Konkursverwertung stattfindet, sollte ein möglichst weitgehender Gläubigerschutz über die vorhandene Haftungsbestimmung des § 25 HGB hergestellt und nicht durch Reduktion des § 25 HGB versagt werden. Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass das Beiseiteschaffen von Vermögenswerten zu Lasten von Gläubigern auch strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann (vgl §§ 156, 158f StGB).

Stephan Korinek

Anfechtbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen wegen Verletzung eines Stimmbindungsvertrages

§§ 16, 41, 77, 78,
79 GmbHG;
§ 7 KO

OGH
26. 8. 1999,
2 Ob 46/97x
351

Die GmbH kann, noch bevor der neue Gesellschafter ins Firmenbuch eingetragen ist, nach der tatsächlichen Rechtslage handeln und dem neuen Gesellschafter sein Stimmrecht in der Generalversammlung gewähren. Eine diesbezügliche Pflicht besteht jedoch jedenfalls dann nicht, wenn die Gesellschaftereigenschaft des neuen Gesellschafters noch nicht zweifelsfrei feststeht bzw strittig ist. Die Nichtzulassung des „neuen Gesellschafters“ zur Stimmabgabe stellt diesfalls weder eine Verletzung einer Treuepflicht noch eine schikanöse Rechtsausübung dar.

Syndikatsverträge greifen nicht unmittelbar in die gesellschaftliche Organisation ein. Syndikatswidrige Beschlüsse können prinzipiell nicht angefochten werden, sofern die Stimmbindungsvereinbarung sich nicht da-

rauf beschränkt, auch ohne sie bestehende Treuepflichten zu konkretisieren (4 Ob 588/95). Gesellschafterbeschlüsse, die unter Verletzung von Stimmbindungsvereinbarungen, die von sämtlichen Gesellschaftern eingegangen wurden, zustande kommen, sind darüber hinaus dann anfechtbar, wenn die Gesellschaft aufgrund ihrer ausgeprägten personalistischen Struktur nicht losgelöst von ihren Gesellschaftern betrachtet werden kann. Mit dem Grad der personalistischen Ausrichtung der Gesellschaft steigert sich auch die Intensität der einzuhaltenden Treuepflichten.

Anmerkung

Zu dieser Es den Aufsatz von Tichy M., Syndikatsvertrag als Beschlussanfechtungsgrund, ecolex 2000, 204.

MEMO: AUS FÜR AUSSTELLUNGSVERGÜTUNG

GUIDO KUCSKO

Es geht um die Frage, ob Museen und Ausstellungshäuser für das Ausstellen von Kunstwerken die Zustimmung des Urhebers benötigen und/oder an ihn eine Vergütung zahlen müssen:

Das UrhG gewährt dem Urheber für das Ausstellen nur ein eingeschränktes Ausschließungsrecht: Er hat nur so lange das ausschließliche Ausstellungsrecht, als sein Werk nicht veröffentlicht ist (§ 16 Abs 2 UrhG) bzw das Verbreitungsrecht nicht gem § 16 Abs 3 UrhG insgesamt erloschen ist.

Mit der UrhG-Nov 1996 wurde ein neuer § 16 b in das UrhG eingefügt. Danach sollte § 16 Abs 2 und 3 UrhG für „das öffentliche Ausstellen von Werkstücken mit der Maßgabe“ gelten, „daß der Urheber einen Anspruch auf angemessene Vergütung hat, wenn Werkstücke der bildenden Künste zu Erwerbszwecken entgeltlich ausgestellt werden“. Den EB war damals zu entnehmen, dass Voraussetzung für die Ausstellungsvergütung also eine zweifache Qualifikation sein sollte: Die Ausstellung muss Erwerbszwecken dienen *und* sie muss entgeltlich vorge-

nommen werden. Konsequenz der EB: „Damit scheidet schon mangels Entgeltlichkeit etwa Bilder aus, die von einem Kreditinstitut in einem Kassen-saal aufgehängt werden. Andererseits gilt die Bestimmung nicht für Museen, die zwar nur gegen Entgelt zugänglich sind, aber nicht zu Erwerbszwecken betrieben werden.“

Trotz dieser Erläuterungen kam es sogleich nach In-Kraft-Treten der Neuregelung zu erheblichen Meinungsdivergenzen darüber, wer nun konkret von der Ausstellungsvergütung betroffen sei. Letztlich entschied der OGH im Fall „Bank Austria Kunstforum“ (ecolex 2000, 298), dass auch die mittelbare Erwerbsförderung genüge. Die Zahlungsverpflichtung wurde daher in diesem Fall bejaht. Die Diskussion um die Auslegung dieser Bestimmung für andere Häuser ging weiter.

Nunmehr ist die UrhG-Nov 2000 in Kraft getreten. Ihr einziger Inhalt ist die ersatzlose Aufhebung des § 16 b UrhG und damit die gänzliche Abschaffung der Ausstellungsvergütung.

Aktivlegitimation des Lizenznehmers

1. Die Einschränkung des § 30 Abs 3 dMarkenG, wonach der Lizenznehmer Klage wegen Verletzung einer Marke nur mit Zustimmung ihres Inhabers erheben kann, kennt das österr MSchG nicht. Für den österr Rechtsbereich genügt es, wenn der Markeninhaber dem Lizenznehmer eine ausschließliche Lizenz einräumt. Einer besonderen Vereinbarung, dass dieser Lizenz auch „Wirkung gegen Dritte“ zukomme, bedarf es nicht, weil die Wirkung gegen Dritte schon aus dem ausschließlichen Charakter der Lizenz folgt und eine gesonderte Erwähnung nur dazu dient, die Ausschließlichkeit zu unterstreichen.

2. Um die Klagebefugnis eines ausschließlichen Lizenznehmers nach österr Recht auszuschließen, müsste – da das österr Recht es genügen lässt, dass eine ausschließliche Lizenz eingeräumt wurde – der Lizenzvertrag eine Bestimmung enthalten, wonach der Lizenznehmer nicht klagebefugt sei.

3. Das Gebrauchsrecht des ausschließlichen Lizenznehmers bis zur Ausübung des dem Lizenzgeber vorbehaltenen Rechts, die Marke unter bestimmten Voraussetzungen nach vorheriger Verständigung des Lizenznehmers auch selbst zu gebrauchen, ist nicht beschränkt. Solange diese Voraussetzungen nicht gegeben sind und der Lizenzgeber von seinem Vorbehalt keinen Gebrauch macht (machen kann), ist der ausschließliche Charakter der Lizenz gewahrt.

4. Die Klagebefugnis des Lizenznehmers schließt jene des Markeninhabers nicht aus. Auch nach Einräumung einer ausschließlichen Lizenz bleibt der Lizenzgeber Inhaber des Markenrechts und ist damit befugt, Markenverletzungen zu verfolgen.

Anmerkung:

Vgl auch OGH 15. 2. 2000 – BOSS-Brillen I (ecolex 2000, 370).

Bis zum Inkrafttreten der Markenrechts-Nov 1999 war es stRsp zu § 9 UWG, dass jeder Lizenznehmer, auch der nicht ausschließliche Lizenznehmer, zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen legitimiert sei. Aufgrund der Neuregelung der Markenlizenz in § 14 MSchG, der die Aktivlegitimation des Lizenznehmers nicht erwähnt, wurde auch die zu § 9 UWG zur Aktivlegitimation ergangene Rsp obsolet. Zumindest die einfachen Lizenznehmer haben dadurch die aktive Klagslegitimation verloren. Dies hätte zweckmäßigerweise durch eine ausdrückliche Regelung vermieden werden können, wonach auch dem einfachen Lizenznehmer das Klagerecht zugestanden würde.

Ein Verlust der aktiven Klagslegitimation ist insb für österr Lizenznehmer, die ausländischen Lizenzge-

bern gegenüberstehen, äußerst unangenehm. Es ist dem OGH zu verdanken, dass zumindest dem ausschließlichen Lizenznehmer eine goldene Brücke gebaut worden ist. Bereits im ersten Rechtsgang des Provisorialverfahrens hatte der OGH zwei Konstellationen aufgezeigt: Die reine Gebrauchsüberlassung mit nur schuldrechtlichen Wirkungen, die den Lizenznehmer nicht berechtigt, gegen Dritte vorzugehen, und die Einräumung eines ausschließlichen Lizenzrechts mit Wirkung gegen Dritte und der Befugnis zur Abwehr von Markenverletzungen. Zur Entscheidung der Tatfrage, welche dieser beiden Rechtskonstellationen konkret vorliege, wurde die Rechtssache an die Unterinstanzen zurückverwiesen.

Im zweiten Rechtsgang hatten die Vorinstanzen eine „Änderungsklausel“, die – wenn überhaupt – erst in Zukunft Rechtswirkungen entfalten kann, so ausgelegt, dass diese ein „ausschließliches Gebrauchsrecht mit Wirkung gegen Dritte“ ausschließe, weil sich der Lizenzgeber vorbehält, das Markenrecht bei Eintritt bestimmter Umstände auch selbst zu nutzen.

Der Lizenzgeber hatte sich das Recht vorbehalten, mit den Marken versehene, lizenzierte Produkte in dem Ausmaß zu produzieren und/oder zu vertreiben, wie er dies im guten Glauben für erforderlich oder zweckdienlich hält, um seine Rechte an den Marken zu „vervollkommen“ oder zu erhalten.

Der OGH ist der Argumentation der kl Lizenznehmerin gefolgt und hat die Änderungsklausel für üblich und unschädlich erachtet. Da im vorliegenden Fall jeder Anhaltspunkt fehlte, dass die genannten Umstände eingetreten waren, ist der OGH davon ausgegangen, dass der Lizenznehmer eine ausschließliche Lizenz besitze und berechtigt sei, selbst gegen Markenverletzer vorzugehen. Anders wäre nach der Rechtsauffassung des OGH der Fall nur zu beurteilen gewesen, wenn der Lizenzvertrag die Klagebefugnis des Lizenznehmers ausgeschlossen hätte.

Die Bekl hatte ins Treffen geführt, dass sie wegen der gegenständlichen Markenverletzung bereits vom Lizenzgeber selbst in Anspruch genommen wurde, was zeige, dass der Lizenzgeber das ihm gegenüber Dritten zustehende Verbotrecht nicht an die Kl übertragen habe und ihm dieses daher weiterhin zustehe. Diesen Einwand der Bekl hat der OGH verworfen, weil in Österreich im Unterschied zur deutschen Rechtslage eine ausschließliche Lizenz das Klagerecht des Lizenzgebers nicht ausschließe und sohin auch nach Einräumung einer ausschließlichen Lizenz beide – der Lizenzgeber und der Lizenznehmer – klagslegitimiert seien.

Georg Schönherr
(am Verfahren als KV beteiligt)

§§ 10, 14, 51
MSchG

OGH
17. 8. 2000,
4 Ob 178/00f
– BOSS-
Brillen II –
352

Der Invaliditäts-, Berufsunfähigkeits- und Erwerbsunfähigkeitsbegriff nach dem SVÄG 2000

Durch das Sozialversicherungsänderungsgesetz 2000 sind die Bestimmungen über die vorzeitige Alterspension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit aufgehoben worden. Dafür wurde der Zugang zu Invaliditäts- und Erwerbsunfähigkeitspension erleichtert.

WALTER SCHRAMMEL

1. EINLEITUNG

Der EuGH hat am 23. 5. 2000¹⁾ das nach dem Geschlecht differenzierende Pensionsanfallsalter für die Gewährung einer vorzeitigen Alterspension wegen Erwerbsunfähigkeit als dem Gleichheitsgebot des Art 4 der RL 79/7/EWG²⁾ widersprechend erachtet. Art 7 der genannten RL räumt zwar den Mitgliedstaaten das Recht ein, die Festsetzung des Rentenalters für die Gewährung der Altersrenten und etwaige Auswirkungen darauf auf andere Leistungen vom Anwendungsbereich der RL – und damit auch vom Gleichbehandlungsgebot – auszunehmen, diese Bestimmung war aber nach Meinung des EuGH auf die in Frage stehenden Alterspensionen wegen geminderter Arbeitsfähigkeit nicht anzuwenden, weil es sich bei den betreffenden Leistungen materiell nicht um Altersrenten, sondern um *Invaliditätsleistungen* handelte. Nach der Rsp des EuGH ist es wohl zulässig, ein für Männer und Frauen unterschiedliches Rentenalter nicht nur bei Altersrenten, sondern auch bei anderen Leistungen vorzusehen, wenn diese in einem untrennbaren Zusammenhang mit den „privilegierten“ Altersrenten stehen.³⁾ Eine solche Verbindung besteht nach Auffassung des EuGH immer dann, wenn Diskriminierungen nach dem Geschlecht dazu beitragen, das finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit und die Kohärenz zwischen dem System der Altersrenten und dem der anderen Leistungen zu gewährleisten.⁴⁾ Ein derartiger Zusammenhang zwischen dem System der „echten“ Alterspension und dem System der vorzeitigen Alterspension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit konnte im Anlassverfahren nicht nachgewiesen werden.

Die Entscheidung des EuGH kam nicht überraschend.⁵⁾ Die notwendige Anpassung des österreichischen Rechts erfolgte zwar sehr rasch, sie wirft aber eine Reihe von Problemen auf. Durch das Sozialversicherungs-Änderungsgesetz 2000 (SVÄG 2000)⁶⁾ wurden die Regelungen über die vorzeitige Alterspension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit mit Wirkung ab 1. 7. 2000 aufgehoben. Diese Aufhebung wurde allerdings durch eine Anpassung der Bestimmungen über die Invaliditäts- und Erwerbsunfähigkeitspension „abgefedert“. Im Ergebnis wurde damit die vorzeitige Alterspension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit in das allgemeine System der Invalidi-

tätspensionen, wo sie ja ihren Ausgang genommen hat, zurückgeführt.

2. DIE RECHTSLAGE BIS ZUM INKRAFTTRETEN DES SVÄG 2000

a) ALLGEMEINES

Anspruch auf eine vorzeitige Alterspension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit hatte der Versicherte bis zum Inkrafttreten des SVÄG 2000 nach Vollendung des 57. (Männer) bzw 55. (Frauen) Lebensjahres, wenn a) die Wartezeit erfüllt war, b) innerhalb der letzten 180 Kalendermonate vor dem Stichtag 72 Beitragsmonate der Pflichtversicherung erworben wurden, c) in mindestens der Hälfte der Beitragsmonate während der letzten 15 Jahre eine gleiche oder gleichartige Tätigkeit ausgeübt wurde, d) der Versicherte infolge seines körperlichen oder geistigen Zustandes nicht mehr in der Lage war, durch diese Tätigkeit wenigstens die Hälfte des Entgelts zu erwerben, das ein körperlich und geistig gesunder Versicherter regelmäßig durch eine solche Tätigkeit zu erzielen pflegte und e) er bereits seit mindestens 20 Wochen gemindert arbeitsfähig war (PV nach dem ASVG).⁷⁾ In der Pensionsversicherung nach dem GSVG kam es darauf an, dass der Versicherte außerstande war, jener selbständigen Tätigkeit nachzugehen, die er zuletzt durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübt hatte.⁸⁾ In der Pensionsversicherung nach dem BSVG war entscheidend, dass der Versicherte einer selbständigen Erwerbstätigkeit nicht mehr nachgehen konnte, die eine ähnliche Ausbildung und gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten wie die Erwerbstätigkeit erforderte, die der Versicherte zuletzt durch mindestens 60 Kalendermonate

1) EuGH 23. 5. 2000, C-104/98 – *Buchner*.

2) RL des Rates vom 19. 12. 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit, ABl 1979 L 6, S 24.

3) Vgl auch EuGH 23. 5. 2000, C-196/98 – *Hepple*.

4) EuGH 11. 8. 1995, C-92/94, Slg 1995, I-2521 – *Graham*; EuGH 30. 1. 1997, C-139/95, Slg 1997, I-549 – *Balestra*.

5) Vgl *Schrammel*, Gleichbehandlung und Sozialversicherung, ZAS 1999, 33 ff.

6) BGBl I 2000/43.

7) § 253 d ASVG.

8) § 131 c GSVG.

ausgeübt hatte, sofern die persönliche Arbeitsleistung zur Aufrechterhaltung des Betriebes notwendig war.⁹⁾ Im Ergebnis handelte es sich also bei der vorzeitigen Alterspension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit um eine Pension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit mit beschränkter Verweisungsmöglichkeit.

b) ASVG

In der Pensionsversicherung der Unselbständigen hat vor allem die Frage nach der *Gleichartigkeit* von Tätigkeiten erhebliche Bedeutung gehabt. Tätigkeiten konnten dann als gleichartig bezeichnet werden, wenn sie im Wesentlichen ähnliche physische und psychische Anforderungen an Handfertigkeit, Intelligenz, Verantwortungsbewusstsein, Körperhaltung, Durchhaltevermögen oder Konzentration stellten. Ausschlaggebend waren dabei die Kernbereiche der jeweiligen Tätigkeiten.¹⁰⁾ Ob der Versicherte die überwiegend ausgeübte gleichartige Tätigkeit weiter ausüben konnte, richtete sich nur nach der Haupttätigkeit. Die Unfähigkeit, eine mit oder neben der Haupttätigkeit verrichtete Nebentätigkeit auszuüben, sollte nur dann einen Pensionsanspruch begründen, wenn die Nebentätigkeit mit der Haupttätigkeit typischerweise so verbunden war, dass beide nur gemeinsam auf dem Arbeitsmarkt gefragt waren. Für einen Berufskraftfahrer, der für einen Automobilklub ausschließlich Abschleppfahrten mittels schwerer Lastkraftwagen durchführte, gehörten das Lenken von Abschleppfahrzeugen und die damit verbundenen Tätigkeiten wie das Anlegen von Schneeketten, das Benützen von Auffahrtshilfen und das Arbeiten an exponierten Stellen zum Kernbereich der Tätigkeit.¹¹⁾ Hingegen hat die Judikatur – wohl zu Recht – das Schneeräumen und die Beseitigung von Bauschutt als bloße Nebentätigkeiten einer Raumpflegerin gewertet, die mit der Haupttätigkeit nicht so verbunden sind, dass sie nur gemeinsam mit dieser Haupttätigkeit am Markt nachgefragt werden.¹²⁾ Diese Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebentätigkeiten hatte zwei Konsequenzen. Die Unfähigkeit, bloße Nebentätigkeiten zu verrichten, begründete keinen Pensionsanspruch, wenn die Haupttätigkeit weiterhin ausgeübt werden konnte;¹³⁾ auf der anderen Seite war eine Verweisung auf Arbeitsplätze ausgeschlossen, auf denen die zum Kernbereich gehörenden Arbeiten gar nicht verlangt wurden.¹⁴⁾

c) GSVG, BSVG

In der Pensionsversicherung der Selbständigen war vor allem die Notwendigkeit der persönlichen Arbeitsleistung des Versicherten zur Aufrechterhaltung des Betriebes Gegenstand von Gerichtsentscheidungen. Diese persönliche Arbeitsleistung war in der bäuerlichen Sozialversicherung Voraussetzung für die Gewährung einer *vorzeitigen Alterspension* wegen geminderter Arbeitsfähigkeit. Sie hat aber auch in der gewerblichen Sozialversicherung erhebliche Bedeutung. Gemäß § 133 Abs 2 GSVG gilt ein Versicherter, der das 50. Lebensjahr vollendet und dessen persönliche Arbeitsleistung zur Aufrechterhaltung des Betriebes notwendig war, als *erwerbsunfähig*, wenn er

aus gesundheitlichen Gründen jener selbständigen Erwerbstätigkeit nicht mehr nachgehen kann, die eine ähnliche Ausbildung sowie gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten wie die Erwerbstätigkeit erfordert, die der Versicherte zuletzt durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübt hat. Bei „Kleingewerbetreibenden“ lässt das GSVG im System der *Erwerbsunfähigkeitspensionen* nur mehr eine eingeschränkte Verweisung zu, wie dies bei unselbständig Beschäftigten im Falle eines Berufsschutzes der Fall ist.¹⁵⁾

Unter „persönlicher Arbeitsleistung zur Aufrechterhaltung des Betriebes“ ist die ausführende Mitarbeit zu verstehen, die notwendig ist, um wirtschaftlich gesehen den vom Versicherten zuletzt geführten Betrieb rentabel aufrechtzuerhalten. Es muss rückschauend geprüft werden, ob die persönliche Leistung objektiv erforderlich war. Es ist somit nicht von den Ergebnissen bei schlechter Betriebsführung, sondern von der Notwendigkeit der persönlichen Arbeitsleistung im Rahmen einer wirtschaftlich vertretbaren Betriebsführung auszugehen. Dabei ist auch

9) § 122 c BSVG.

10) OGH SSV-NF 2/53.

11) OGH SSV-NF 11/71.

12) OGH SSV-NF 11/8.

13) Vgl zB OGH SSV-NF 10/42 – Kfz-Meister.

14) OGH SSV-NF 11/110.

15) Der Versicherte kann allerdings auf Teilbereiche der „geschützten“ Erwerbsbetätigung verwiesen werden. Vgl OGH SSV-NF 10/56.



die Notwendigkeit und Möglichkeit einer Umstrukturierung zu prüfen. Die Zahl der Mitarbeiter ist ein Indiz dafür, ob die persönliche Arbeitsleistung notwendig war, aber nicht das einzige zu berücksichtigende Kriterium. Zu fragen ist vielmehr, ob die vom Versicherten verrichteten Arbeiten delegiert werden konnten und ob entsprechende Mitarbeiter vorhanden waren.¹⁶⁾

Nach Meinung der Judikatur sollte dem Versicherten bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 133 Abs 2 GSVG bzw § 122 c BSVG nicht zugemutet werden, völlig neue Kenntnisse zu erwerben oder nunmehr einer unselbständigen Tätigkeit nachzugehen.¹⁷⁾ Diese legislative Privilegierung der älteren Versicherten ist in der Praxis aber oft ohne Folgen geblieben. Auch bei der Verweisung älterer Versicherter auf ähnliche selbständige Tätigkeiten kommt es nach Meinung der Judikatur nur darauf an, dass die ähnlichen selbständigen Tätigkeiten unter Berücksichtigung des Marktes eine vertretbare Betriebsführung zulassen.¹⁸⁾ Ob der ältere Versicherte auch tatsächlich in der Lage ist, einen bestehenden Betrieb umzuändern, zB von einem Taxiunternehmen in ein Schulbusunternehmen¹⁹⁾ oder von einem Obst- und Gemüsehandel in eine Parfümerie,²⁰⁾ spielt für das Vorliegen von Erwerbsunfähigkeit keine Rolle. In der Praxis bleibt daher auch dem begünstigten Versicherten oft nur der Weg in die unselbständige Erwerbstätigkeit.

3. DIE NEUREGELUNG DURCH DAS SVÄG 2000

a) ASVG

Als invalid bzw berufsunfähig gilt seit 1. 7. 2000 auch ein Versicherter, der das 57. Lebensjahr vollendet hat, wenn er infolge von Krankheit oder anderen Gebrechen oder Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte außerstande ist, einer Tätigkeit, die er in den letzten 180 Kalendermonaten vor dem Stichtag mindestens 120 Kalendermonate hindurch ausgeübt hat, nachzugehen. Dabei sind zumutbare Änderungen dieser Tätigkeit zu berücksichtigen. Vergleicht man diese Bestimmung mit den zuvor in Geltung gestandenen Regelungen des § 253 d ASVG, so sticht zunächst das einheitliche Pensionsanfallsalter für Männer und Frauen ins Auge. Damit wurde der Kritik des EuGH entsprochen. Auffällig ist weiters, dass der Beobachtungszeitraum für den Eintritt der Begünstigung anders gestaltet wurde. Entscheidend sind nicht mehr die Beitragsmonate in den letzten 15 Jahren vor dem Stichtag, die Begünstigung greift nur dann, wenn in den letzten 15 Jahren mindestens 10 Jahre hindurch *eine* Tätigkeit verrichtet wurde. Der Gesetzgeber spricht auch nicht mehr von „gleichen oder gleichartigen“ Tätigkeiten; diese Formel ist nunmehr durch die eher neutralen Worte „eine Tätigkeit“ ersetzt.

Auf den ersten Blick könnte man aus dieser zuletzt genannten Änderung ableiten, dass die Begünstigung nur jenen Versicherten zugute kommen soll, die im Beobachtungszeitraum die „gleiche“ Tätigkeit – bei einem oder mehreren Arbeitgebern – ausge-

übt haben. „Eine“ Tätigkeit könnte also ein Synonym für „gleiche“ Tätigkeit sein. In diesem Zusammenhang ist freilich zu beachten, dass die Judikatur zu § 253 d ASVG und zu § 255 Abs 4 (alt) ASVG den Begriff der „gleichen“ Tätigkeit sehr eng interpretiert hat. Für die Judikatur war nicht entscheidend, ob die Tätigkeiten des Versicherten einem bestimmten Berufsbild zuzuordnen waren, maßgeblich war vielmehr eine *Übereinstimmung der tatsächlichen Verrichtungen*. Der OGH hat etwa die Meinung vertreten, dass Setzer und Korrektor keine gleichen oder gleichartigen Tätigkeiten darstellen, weil es sich beim Korrektor um eine *Spezialisierung* im Lehrberuf des Setzers handelt.²¹⁾ Bei einem Schneider, der in den letzten Jahren vor dem Stichtag zu 80% an der Bügelmaschine und nur zu 20% mit Endausfertigungsarbeiten betraut war, hat die Judikatur ausschließlich auf die überwiegend ausgeübten Bügelarbeiten abgestellt und die Endausfertigungsarbeiten gleichsam ausgeblendet.²²⁾ Dies war insoweit gerechtfertigt, als der Versicherte diese Bügelarbeiten offenbar im gesamten Beobachtungszeitraum überwiegend ausgeübt hatte. Es wäre freilich auch denkbar gewesen, dass der Versicherte im Beobachtungszeitraum eine berufliche Entwicklung durchlaufen hätte. Das Abstellen auf konkrete Verrichtungen birgt jedenfalls die Gefahr, dass Veränderungen in der beruflichen Tätigkeit dazu führen, die „Gleichheit“ der Tätigkeit zu verneinen. Wenn nunmehr verlangt wird, dass der Versicherte im Beobachtungszeitraum „eine“ Tätigkeit ausgeübt hat, so kann dies wohl nur bedeuten, dass Veränderungen im *Kernbereich* eines Berufes der „Einheitlichkeit“ der Tätigkeit nicht entgegenstehen. Wenn die vom Versicherten verrichtete Arbeit durch technische Hilfsmittel leichter und damit die körperliche Beanspruchung reduziert wird, so liegt dennoch „eine“ Tätigkeit vor. Diese „eine“ Tätigkeit liegt aber auch noch dann vor, wenn zB aufgrund von Rationalisierungsmaßnahmen Arbeitsaufgaben neu verteilt werden. Dies kann auch zu einer erhöhten Belastung der Versicherten führen. Da sich nunmehr die Beurteilung der Einheitlichkeit auf einen Zeitraum von 10 Jahren erstreckt, dürfen zwangsläufig oder typischerweise eintretende Veränderungen der Arbeitsaufgaben nicht zum Verlust der Begünstigung führen.

Invalidität bzw Berufsunfähigkeit liegt vor, wenn der Versicherte nicht mehr in der Lage ist, dieser durch längere Zeit ausgeübten Tätigkeit nachzugehen. Die Einkommenserwartungen spielen keine Rolle; entscheidend ist lediglich die gesundheitliche Fähigkeit zur Berufsausübung im bisherigen Ausmaß. Die neu geschaffenen Bestimmungen begründen daher weiterhin einen *Tätigkeitsschutz* für ältere Versicherte. Als kryptisch muß allerdings die Bestim-

16) OGH SSV-NF 8/114.

17) OGH SSV-NF 9/22; SSV-NF 11/25.

18) OGH SSV-NF 11/114.

19) OGH SSV-NF 11/25.

20) OGH SSV-NF 12/124.

21) OGH SSV-NF 2/72.

22) OGH SSV-NF 11/71.

mung angesehen werden, wonach zumutbare Änderungen der durch längere Zeit ausgeübten „einen“ Tätigkeit zu berücksichtigen sind. Im Zuge der Beratungen des SVÄG 2000²³⁾ hat der Sozialausschuss die Feststellung getroffen, er gehe davon aus, dass mit § 255 Abs 4 (neu) ASVG bzw § 273 Abs 3 (neu) ASVG insb für ungelernte Arbeiter und Angestellte in niedrigen Verwendungsgruppen ein wirksamer Berufsschutz geschaffen werden soll. Ein anderer Tätigkeitsbereich als bisher sei jedenfalls unzumutbar, wenn er eine wesentliche Änderung des beruflichen Umfeldes des Versicherten bedeuten würde, wie zB das Erlernen gänzlich neuer Tätigkeiten oder der Verweis auf eine Tätigkeit, die in einem anderen arbeitskulturellen Umfeld erbracht werden muss. Eine derartige Änderung des arbeitskulturellen Umfeldes liegt nach Meinung des Sozialausschusses etwa dann vor, wenn ein Bauhilfsarbeiter in die Textilbranche verwiesen wird. Im Übrigen soll – so der Sozialausschuss – mit der neuen Regelung auch bewirkt werden, dass entgegen der bisherigen Judikatur zu ungelerten Arbeitern die berufliche Entwicklung des Anspruchswerbers bei der Anspruchsprüfung berücksichtigt wird. Eine Person, die im Baubereich ungelernete Tätigkeiten verrichtet hat, soll nicht auf die Tätigkeit als Portier verwiesen werden dürfen.

Diese Feststellungen des Sozialausschusses tragen zur Klärung der kryptischen Formulierung des Gesetzes wenig bei. Der Sozialausschuss hat seine Feststellungen vor allem im Hinblick auf die Judikatur zu § 255 Abs 3 ASVG getroffen. Diese Bestimmung ist durch das SVÄG unverändert geblieben. § 255 Abs 4 (neu) ASVG trifft schon vom Gesetzeswortlaut her eine andere Regelung. Für den unbefangenen Normadressaten besteht kein Zweifel, daß § 255 Abs 4 ASVG ein Äquivalent für die aufgehobene Bestimmung des § 253 d ASVG darstellen soll. Es ist daher nicht recht verständlich, warum die Neuregelung vom Sozialausschuss offenbar mit der Regelung des § 255 Abs 3 ASVG gleichgesetzt wird. Auch in der Sache gehen die „Feststellungen“ des Sozialausschusses am Problem vorbei. Das Erlernen gänzlich neuer Tätigkeiten wurde dem Versicherten auch im Rahmen des § 255 Abs 3 ASVG nie zugemutet; die Verweisung eines Bauhilfsarbeiters auf die Tätigkeit eines Portiers oder in die Textilbranche ist zwar im Rahmen des § 255 Abs 3 ASVG zulässig, im Rahmen des § 253 d ASVG bzw § 255 Abs 4 (alt) ASVG wäre dies nur insoweit möglich gewesen, als die betreffenden Tätigkeiten als gleich oder gleichartig angesehen werden können. Die vom Sozialausschuss beschworenen Gefahren waren im Rahmen der vor dem SVÄG 2000 bestehenden Vorschriften für *ältere* Versicherte eher zu vernachlässigen. Wenn die Feststellungen des Sozialausschusses überhaupt einen Sinn haben, so kann dieser wohl nur darin liegen, dass die zu berücksichtigenden zumutbaren Änderungen der Tätigkeit nicht zum Obsoletwerden der Neuregelung führen dürfen.

Die zumutbaren Änderungen sind daher offenkundig *eng* zu interpretieren. Aus dem systematischen Zusammenhang ergibt sich mE, dass Veränderungen eines Berufsbildes bei der Verweisung ebenso

berücksichtigt werden müssen wie bei der Beurteilung, ob der Versicherte „eine“ Tätigkeit ausgeübt hat. Werden vom Versicherten im Lauf der Zeit zusätzliche Tätigkeiten verlangt – wie zB das Servieren von Getränken durch den Zugschaffner –, die später aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr ausgeübt werden können, scheidet ein Pensionsanspruch aus, wenn der Versicherte die übrigen Tätigkeiten weiterhin ausüben kann und für diese Tätigkeiten auch ein Markt besteht. Die Neuregelung stellt insoweit eine Absage an die Judikatur zu § 253 d ASVG dar, wonach eine Verweisung auf Arbeitsplätze ausgeschlossen ist, auf denen bisher ausgeübte Tätigkeiten nicht verlangt werden, die aber zum *Kern* des Tätigkeitsbereiches gehören. Wenn eine Raumpflegerin neben der Innenreinigung von Gebäuden auch mit Fensterputzarbeiten beschäftigt war, diese aber nicht mehr ausüben kann, so liegt keine Invalidität vor, wenn die Innenreinigung weiterhin möglich ist und dafür auch ein Markt besteht.²⁴⁾

b) GSVG, BSVG

Gemäß § 133 Abs 3 GSVG gilt als erwerbsunfähig auch ein Versicherter, der das 57. Lebensjahr vollendet hat, wenn er infolge von Krankheit oder anderen Gebrechen oder Schwäche seiner körperlichen

23) Vgl den AB, 187 BlgNR 21. GP.

24) Vgl aber OGH SSV-NF 11/110.

Wir schenken
Ihnen die RDB

Die RDB bietet Ihnen für die Dauer eines Monats **kostenlos und unverbindlich** den Zugang zu unserem wertvollsten Produkt! der RDB

- 1 Million Rechtsdokumente
- 52 Fachzeitschriften
- 16 Sammlungen
- 2 Indices

Anmeldung unter: www.rdb.at
oder (01) 218 85 88



**FIRMEN & GRUNDBUCH
über
www.rdb.at
& RDB-exAkt FGSS**

RDB Die Rechtsdatenbank

Telefon: (01) 218 85 88-120,
E-Mail: info@rdb.at
Homepage: www.rdb.at

oder geistigen Kräfte außerstande ist, einer selbständigen Erwerbstätigkeit, die er in den letzten 180 Kalendermonaten vor dem Stichtag mindestens 120 Kalendermonate hindurch ausgeübt hat, nachzugehen. Dabei ist die Möglichkeit einer zumutbaren Änderung der sachlichen und personellen Ausstattung seines Betriebes zu berücksichtigen. Eine gleichlautende Regelung trifft § 124 Abs 2 BSVG.

Die genannten Bestimmungen enthalten ebenfalls einen Tätigkeitsschutz für ältere Versicherte. War jemand überwiegend als Bäcker tätig, ist zu prüfen, ob er weiterhin als Bäcker tätig sein kann. Eine Verweisung auf ähnliche Tätigkeiten findet nicht statt. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist nicht entscheidend, ob die selbständige Erwerbstätigkeit in einer einzigen Betriebsstätte verrichtet wurde. Es kommt lediglich darauf an, dass in den letzten 15 Jahren *insgesamt* 10 Jahre „eine“ selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt wurde. Diese Erwerbstätigkeit kann in verschiedenen Betrieben und an unterschiedlichen Standorten erbracht worden sein. Sie kann am Stichtag auch bereits eingestellt sein. Wer etwa mit 55 Jahren diese Erwerbstätigkeit aufgibt und in eine unselbständige Tätigkeit wechselt, bleibt zunächst weiterhin der Selbständigenversicherung leistungszugehörig und kann daher nach Vollendung des 57. Lebensjahres eine „begünstigte“ Erwerbsunfähigkeitspension beanspruchen. „Eine“ Erwerbstätigkeit wird daher auch dann ausgeübt, wenn sie im Rahmen *verschiedener* Betriebe erbracht wird.

Der konkrete Betrieb des Versicherten gewinnt an Relevanz, wenn geprüft wird, ob der Versicherte diese „eine“ Erwerbstätigkeit weiterhin ausüben kann. Nach dem Gesetzeswortlaut ist „dabei“ die Möglichkeit einer zumutbaren Änderung der sachlichen und personellen Ausstattung des Betriebes zu berücksichtigen. Zu fragen ist also, ob der Versicherte die selbständige Erwerbstätigkeit weiter ausüben kann, wenn der Betrieb entsprechend verändert wird. Im Ergebnis werden damit die Überlegungen der Judikatur zur Notwendigkeit der persönlichen Arbeitsleistung bei Beurteilung der Erwerbsunfähigkeit nach § 133 Abs 2 GSVG (§ 122 c BSVG) in die Beurteilung der Erwerbsunfähigkeit nach § 133 Abs 3 GSVG bzw § 124 Abs 2 BSVG eingebaut. Im Rahmen des § 133 Abs 2 GSVG geht es um die Bestimmung der „versicherungsrelevanten“ Beschäftigung. Wäre die persönliche Mitarbeit des Versicherten bei einer zumutbaren Umstrukturierung entbehrlich geworden, war sie auch nicht „notwendig“. War die persönliche Arbeitsleistung notwendig, darf der Versicherte nur mehr auf ähnliche selbständige Tätigkeiten verwiesen werden. Ob die Verweisungsberufe wirtschaftlich zumutbar sind, wird dabei nicht geprüft. Im Rahmen des § 133 Abs 3 GSVG steht die „versicherungsrelevante“ Tätigkeit fest. Bei der Beurteilung, ob diese Tätigkeit *weiter* ausgeübt werden kann, ist nun zu prüfen, ob die gesundheitlichen Einschränkungen durch eine Änderung der Betriebsstrukturen ausgeglichen werden können. Kann zB ein Hüttenwirt die für den Betrieb notwendigen Lebensmittel nicht mehr am Rücken zur Hütte befördern, wäre also zu fragen, ob die Anschaffung eines Pferdes oder der Bau einer Materi-

alseilbahn zumutbar ist. Ist diese Frage zu bejahen, kann der Versicherte nicht als erwerbsunfähig angesehen werden, weil er weiterhin imstande ist, die „geschützte“ Tätigkeit auszuüben.

Die Bedachtnahme auf zumutbare Änderungen der betrieblichen Situation kann allerdings nicht bedeuten, dass eine „Verweisung“ auf einen anderen Betrieb völlig ausgeschlossen ist. Wie schon erwähnt, spricht das Gesetz nicht von der Fähigkeit, einen bestehenden Betrieb fortzuführen, sondern von der Fähigkeit, einer bestimmten *Erwerbstätigkeit* nachzugehen. Die Erwerbstätigkeit kann unter durchaus unterschiedlichen Rahmenbedingungen ausgeübt werden. Vor allem in der bäuerlichen Sozialversicherung sind derartige Unterschiede evident (Landwirtschaft im Gebirge oder im Flachland, Weinbau in der Wachau oder im Burgenland etc). Aber auch in der gewerblichen Sozialversicherung kann es vorkommen, dass zB die Bewirtschaftung einer Hütte im Gebirge nicht mehr, das Betreiben einer Talherberge aber sehr wohl möglich ist.

Wenn nun die „geschützte“ Erwerbstätigkeit durch Betätigung in verschiedenen Betrieben erworben wird, liegt es nahe, auch die Möglichkeit der Weiterarbeit nicht auf den konkreten Betrieb zu beschränken. Kann der Versicherte zwar in seinem bisherigen Betrieb nicht mehr weiterarbeiten – weil Rationalisierungsmaßnahmen nicht möglich oder zumutbar sind –, aber die gleiche Erwerbstätigkeit in einem anderen Betrieb fortführen, liegt keine Erwerbsunfähigkeit vor. Für dieses Ergebnis spricht auch der Umstand, dass die geschützte Erwerbstätigkeit am Stichtag ja gar nicht mehr ausgeübt werden muss. In diesem Fall scheidet eine Berücksichtigung konkreter betrieblicher Umstände aus; die „Verweisbarkeit“ kann dann nur abstrakt in Bezug auf mögliche und wirtschaftlich vertretbare Erwerbsbetätigungen geprüft werden.

Die Bedachtnahme auf mögliche Änderungen des konkreten Betriebes stellt dann nur klar, dass Erwerbsunfähigkeit von vornherein nicht vorliegt, wenn die bisherige Erwerbstätigkeit fortgesetzt werden kann. Dieses Verständnis ist auch intrasystematisch konsequent. Die Pensionen wegen geminderter Arbeitsfähigkeit haben den gemeinsamen Zweck, einen Ersatz für den durch das Absinken der Arbeitskraft bedingten vorübergehenden oder dauernden Entfall des Arbeitseinkommens zu schaffen. Sie werden daher *nicht* gewährt werden, wenn der Versicherte weiterhin in der Lage ist, seinen bisherigen „versicherungsrelevanten“ Beruf auszuüben.²⁵⁾ Dies gilt selbst dann, wenn die Arbeitsfähigkeit des Versicherten so weit herabgesunken ist, dass er *ausschließlich* den bisherigen Beruf zu verrichten in der Lage ist. Die Pensionsversicherung gewährt daher erst dann Schutz, wenn gleichsam ein *konkreter Erwerbsschaden* eingetreten ist. Ähnliche Regelungen enthalten auch die Sozialversicherungsgesetze für die selbständig Erwerbstätigen.²⁶⁾ Dieses zuletzt genannte

25) OGH SSV-NF 1/68; SSV-NF 12/72.

26) Vgl § 55 Abs 2 Z 2 GSVG; § 51 Abs 2 Z 2 BSVG.

Grundprinzip wird durch die Bestimmungen über den Leistungsanfall verstärkt. Gemäß § 86 Abs 3 ASVG – ähnliche Regelungen enthalten auch die Sozialversicherungsgesetze für die selbständig Erwerbstätigen²⁷⁾ – fallen Pensionen wegen geminderter Arbeitsfähigkeit nur dann an, wenn der Versicherte jene Tätigkeit aufgegeben hat, aufgrund welcher die Invalidität, Berufsunfähigkeit oder Erwerbsunfähigkeit beurteilt wurde. Das bedeutet, dass der Versicherte vom Empfang einer Pension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit ausgeschlossen bleibt, wenn er zwar objektiv auch die bisher ausgeübte Tätigkeit nicht mehr verrichten kann, aber auf Kosten seiner Gesundheit oder aus Entgegenkommen des Arbeitgebers weiterarbeitet. Es spricht daher viel dafür, die Berücksichti-

gung der Betriebsverhältnisse *nicht als Einschränkung* der „Verweisung“ auf einen konkreten Betrieb zu verstehen.

27) Vgl § 55 Abs 2 Z 2 GSVC; § 51 Abs 2 Z 2 BSVG.

ZUM THEMA

Die neugefassten Bestimmungen über Invaliditäts- und Erwerbsunfähigkeitspensionen stellen daher einen Kompromiss zwischen absolutem Tätigkeitsschutz und Verweisbarkeit auf dem gesamten Arbeitsmarkt dar.

RECHTSPRECHUNG

Verschlechternde Betriebsvereinbarung im Pensionsrecht

Gegenüber aktiven Arbeitnehmern kann eine ablösende Betriebsvereinbarung eine Verschlechterung gegenüber der früher geltenden nur dann bewirken, wenn sie der Grundrechtsbindung genügt.

Aus der Begründung:

Gegenüber aktiven Arbeitnehmern kann eine ablösende Betriebsvereinbarung gegenüber der früher geltenden eine dem Sachlichkeitsgebot und der Grundrechtsbindung genügende Verschlechterung der Entgelts- und der Pensionsanswartschaften wirksam vornehmen (Arb 11.099; 8 ObA 2200/96 d; 8 ObA 20/99 w). Wenn es auch kein Grundrecht auf Wahrung wohl erworbener Rechte gibt (RIS-Justiz RS 008687), ist jedoch bei Minderung erworbener Rechte unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung der Vertrauensschutz zu berücksichtigen (VfSlg 11.309; ZAS 1995, 21; DRdA 2000, 22 [Runggaldier] mwN). Eine schematische Gleichbehandlung der von der plötzlichen Kürzung der Ruhegeldanswartschaften Betroffenen ohne Rücksicht auf die Dauer der Berufsausübung und die dadurch bedingten unterschiedlichen Vertrauenspositionen widerspricht schon grundsätzlich dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Es ist vielmehr eine Differenzierung nach der Dauer der erworbenen Beitragszeiten geboten (ZAS 1995, 21; SZ 65/163 = DRdA 1993, 45 [Resch] = RdW 1993, 78, 81 [Runggaldier]; 9 ObA 20/99 w). Durch eine einschränkende Regelung wird das Sachlichkeitsgebot erst bei Vorliegen berücksichtigungswürdiger erheblicher betrieblicher Interessen und solcher der Arbeitnehmer erfüllt (ZAS 1995, 1 [Schrammel]; ZAS 1995, 21; DRdA 2000, 22 [Runggaldier]). Die sachliche Rechtfertigung der Änderung des betrieblichen Pensionssystems erblickt die bekl Partei darin, dass damit die Einbeziehung aller Arbeitnehmer und nicht nur der unkündbaren in das betriebliche Versorgungssystem gewährleistet wurde und kaufmännische Gesichtspunkte die Überbindung des „ASVG-Risikos“ auf die Arbeitnehmer erforderlich machten. Die Ausweitung des Kreises der Anspruchs-

berechtigten kann durchaus berücksichtigungswürdigen erheblichen Interessen der Gesamtheit der Arbeitnehmer des Betriebs entsprechen, was für die Sachlichkeit der einschränkenden Maßnahme spricht. Diese ist auch darin begründet, dass das neue Pensionssystem nicht eine einseitige Maßnahme des Dienstgebers, sondern eine Betriebsvereinbarung ist, bei der die ausgewogenen Interessen der Belegschaft und des Betriebes und die Sachlichkeit der Maßnahmen grundsätzlich durch die mitwirkende Belegschaftsvertretung eingehend berücksichtigt wurden. Bei der zu prüfenden Verhältnismäßigkeit des durch erhebliche Gründe sachlich gerechtfertigten Eingriffes ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die generellen Interessen der Arbeitnehmer durch ihre Belegschaftsvertretung ausreichend vertreten werden und von dieser nicht weitergehende Eingriffe in die Answartschaften hingenommen werden, als es das Wohl des Betriebes und der Arbeitnehmer unbedingt erfordern. Die Verhältnismäßigkeit ist vom Gericht zu prüfen, wobei allerdings bei Fehlen substantiierter Gegenbehauptungen grundsätzlich von der Verhältnismäßigkeit des Eingriffes auszugehen ist (ZAS 1995, 21; DRdA 2000, 22 [Runggaldier]).

Hiezu brachte der am 8. 1. 1939 geborene Kl vor, dass die neue Regelung Dienstnehmer wie ihn, die knapp vor der Pensionierung gestanden seien, mit voller Härte treffe. Richtig ist, dass Eingriffe in wohl erworbene Rechte zwar prinzipiell gestattet sind, was aber nicht für Eingriffe jedweder Art und Intensität gilt. Gerade bei Einschnitten bei Versorgungsleistungen ist auf die Dauer der Zugehörigkeit zum Altersversicherungssystem Rücksicht zu nehmen. Je länger die Zugehörigkeit, desto maßvoller sollte der Eingriff sein. In diesem Zusammenhang sind Übergangsfristen zu fordern, damit nicht plötzlich und unerwartet in die Rechts- und Vertrauenspositionen eingegriffen wird (Aigner, Der Pensionssicherungsbeitrag der Beamten ZAS 2000, 65 [69f]; DRdA 1993, 45 [Resch] und die darin zitierten Erkenntnisse des VfGH; DRdA 2000, 22 [Runggaldier]).

**§ 879 ABGB;
Art 2 B-VG**

OGH
6. 9. 2000,
9 ObA 106/00d
353

Die neue mit 31. 12. 1995 in Kraft getretene Regelung bringt nach den letzten Berechnungen einen Kürzungsprozentsatz von 32 bis 34% des den ASVG-Teil übersteigenden Teiles der Gesamtpension, sohin des der Versorgungsleistung der bekl Partei entsprechenden Betriebspensionsteils. In einen „Gesamtvergleich“ auch die ASVG-Pension einzubeziehen, verbietet sich, weil der dabei zutage tretende Kürzungsprozentsatz durch die von der Betriebspensionsregelung unabhängige Höhe der ASVG-Pension verfälschend beeinflusst wird. Unter Berücksichtigung des Eintrittszeitpunktes bei der Bekl am 1. 3. 1972, dem fiktiven für die Pension maßgeblichen Eintrittsstichtag 1957, war der Kl zur Zeit des In-Kraft-Tretens der neuen Pensionsregelung mit 31. 12. 1995 schon rund 23 Jahre beschäftigt. Im Pensionssystem befand er sich seit der Definitivstellung 1984 und konnte daher seit diesem Zeitpunkt mit seiner Betriebspension nach der Betriebsvereinbarung vom 1. 1. 1980 rechnen. Die neue Regelung griff daher überraschend und mit einer Kürzung der betrieblichen Zuschuss-

leistung von 32 bis 34% bedeutsam und zusätzlich mit dem nach der Neuregelung vom Kl zu tragenden Risiko einer Kürzung der ASVG-Pension in seine persönliche Vertrauensposition ein. Der einzige Vorteil des Pensionsbezuges auch für den Abfertigungszeitraum wiegt die Störung des Vertrauensschutzes des Kl nicht auf, weil dieser Vorteil nur befristet ist und den übrigen Pensionszeitraum nicht betrifft. Da die den Kl treffenden Maßnahmen erheblich in seine Rechts- und Vertrauensposition eingreifen, hätte daher iSd zitierten Judikatur mit einer Übergangsvorschrift gerade bei Personen wie beim Kl, die kurz vor der Verdichtung ihrer Anwartschaften zum Vollrecht standen, vorgegangen werden müssen. Da dies nicht geschah, kann es dahingestellt bleiben, ab welchem Zeitpunkt vor dem tatsächlichen Pensionseintritt dieser Schutz greifen sollte (DRdA 2000, 22 [Runggaldier, 237f]). Da eine Übergangsregelung nicht vorgesehen wurde und dem OGH ein Gestaltungsrecht nicht zukommt, ist die neue Regelung auf den Kl nicht anzuwenden.

Wiederaufleben eingestellter Betriebspensionszahlungen

§ 879 ABGB

OGH
7. 9. 2000,
8 ObA 17/99d
354

Der Widerruf einer Betriebspensionszusage auch bei gewaltigen wirtschaftlichen Schwierigkeiten rechtfertigt nicht die Einstellung der Pensionsleistungen für alle Zukunft, sondern nur bis zu einer nachhaltigen Besserung der Ertragslage.

Aus der Begründung:

Der OGH hat in seiner Entscheidung 9 ObA 512/88 (SZ 61/275 = ZAS 1989, 15 [Tomandl] = DRdA 1990, 8 [Grillberger; ders, wbl 1989, 33ff, insb 36f]) zum Widerruf der Betriebspensionen aufgrund einer gleichlautenden Widerrufsklausel ausgesprochen, dass dann, wenn davon ausgegangen werde, dass das Unternehmen nicht liquidiert, sondern fortgeführt werde, eine Interessenabwägung ergebe, dass auch gewaltige wirtschaftliche Schwierigkeiten in der Gegenwart nicht die Einstellung von Pensionsleistungen für alle Zukunft – etwa auch für den Fall, dass eine nachhaltige Besserung der Ertragslage eine wenigstens teilweise Wiederaufnahme der Pensionsleistung erlaube – rechtfertigen.

Wie die Vorinstanzen zutreffend ausgeführt haben, ist die Frage, wann eine derartige nachhaltige Besserung der Ertragslage anzunehmen ist, in erster Linie im Wege der Auslegung der vorliegenden Widerrufsklausel zu lösen. Als wichtige, für die Auslegung bedeutsame Konkretisierung ist – trotz des Gebrauches des Wortes „insbesondere“ – der Beisatz anzusehen, dass eine die Aufrechterhaltung der zugesagten Pensionsleistungen unzumutbar machende nachhaltige und wesentliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens insb dann anzunehmen sei, wenn das Unternehmen durch mehr als drei aufeinanderfolgende Jahre hindurch erhebliche, nicht auf die Inanspruchnahme steuerli-

cher Investitionsbegünstigungen zurückzuführende Verluste in der Handelsbilanz habe. Wenn eine wesentliche und nachhaltige Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage auch durch andere während kürzerer Zeiträume eintretende Umstände, etwa Zerstörung der Produktionsanlagen durch Kriegereignisse oder Katastrophen, denkbar ist, wird mit dem konkretisierenden Beisatz der praktisch in Frage kommende und auch tatsächlich zum Tragen gekommene Anwendungsfall des Punktes A der Widerrufsklausel detailliert umschrieben. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichtes ist daraus für den umgekehrten Fall des Wiederauflebens zu erschließen, dass eine die Wiederaufnahme der Pensionszahlungen rechtfertigende wesentliche und nachhaltige Besserung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens erst bei einer positiven Ertragslage des Unternehmens durch mehr als drei Jahre anzunehmen ist (vgl auch die E 9 ObA 246/92 in dem vom Kl angestregten Vorprozess, in dem der OGH zum Ergebnis gelangte, dass die Besserung der Ertragslage durch einen Zeitraum von nur zwei Jahren noch nicht den Schluss zulässt, die Ertragslage habe sich gewaltig gebessert). Von großer Bedeutung ist überdies der Zusatz, dass allfällig ausgewiesene Jahresgewinne, die durch ertragswirksame Zuschüsse und/oder Kapitalzuführungen des Eigentümers bzw des Bundes zustande kommen, keinen Anlass zur Neubehandlung der Zuschussleistungen geben.

Auch der Kl leitete seinen Anspruch auf Wiederaufnahme der Pensionsleistungen aus dieser Widerrufsklausel ab, legte sie aber dahin aus, dass auf die wirtschaftliche Entwicklung der VOEST Alpine Rohrwerk Kindberg GmbH abzustellen sei; hingegen vertrat die bekl Partei den Standpunkt, dass ausschließlich auf die wirtschaftliche Lage der bekl Partei

abzustellen sei, sie aber jedenfalls neben der der VOEST Alpine Rohrwerk Kindberg GmbH mitzuberechnenden sei.

Wenn das Berufungsgericht die vom Erstgericht vorgenommene Auslegung der Widerrufsklausel nicht teilte, sondern die Auffassung vertrat, maßgeblich seien die Ertragsverhältnisse sämtlicher aus der bekl Partei ausgegliederter Unternehmen, insb die der VOEST Alpine Stahl AG, dann hat es die nach den §§ 6 und 7 ABGB zu beurteilende (9 ObA 109/90 = ZAS 1991, 3; 9 ObA 196/93; zuletzt 9 ObA 149/00b) und damit Gegenstand der rechtlichen Beurteilung bildende Frage der Auslegung der hier maßgeblichen Betriebsvereinbarung im Rahmen der aus Anlass der gehörig angeführten Rechtsrüge der Berufung vorzunehmenden allseitigen Prüfung der rechtlichen Beurteilung (s *Kodek* in Rechberger ZPO² Rz 9 zu § 471) zulässigerweise anders als das Erstgericht gelöst. Der von der bekl Partei in ihrem Rekurs ins Treffen geführte Umstand, dass keine der Parteien diese Rechtsauffassung vertreten und daher kein entsprechendes Vorbringen erstattet hat, führt nur dazu, dass das Berufungsgericht die Parteien mit dieser Rechtsansicht nicht überraschen darf und ihnen Gelegenheit zu geben hat, dazu ein Vorbringen zu erstatten (RIS-Justiz RS0037300; EvBl 1964/161; zuletzt 5 Ob 344/98v; 1 Ob 356/98d). Unabhängig davon, ob der Kl in der Berufung gleichfalls – erstmals – diese Rechtsauffassung vertreten hat, war das Berufungsgericht daher berechtigt und verpflichtet, die im Verfahren erster Instanz von keiner der Parteien vertretene, von ihm als richtig angesehene Rechtsauffassung darzulegen und den Parteien – durch Aufhebung und Rücküberweisung an die erste Instanz (SZ 50/35; 8 ObA 269/95; 8 ObA 134/97g) – Gelegenheit zur Erörterung zu geben.

Die vom Berufungsgericht vertretene Rechtsauffassung trifft auch im Wesentlichen zu. Wie der OGH in der Entscheidung 9 ObA 109/90 = ZAS 1991, 3 (*Marhold*) zur vorliegenden Widerrufsklausel ausgeführt hat, ist unter der für den Widerruf (und das Wiederaufleben) der zugesagten Pensionsleistungen maßgeblichen Wirtschaftslage des Unternehmens die wirtschaftliche Lage jenes Unternehmens gemeint, das als Arbeitgeber die Pensionsleistungen zugesagt hat. Da im Rahmen eines einheitlichen Unternehmens die bessere Ertragslage eines Betriebes bei dessen Erträge übersteigenden Verlusten anderer Betriebe nicht zu einer die Wiederaufnahme der Pensionsleistungen rechtfertigenden Besserung der Ertragslage des gesamten Unternehmens geführt hätte, kann daraus, dass der Betrieb, in dem der Pensionist seinerzeit beschäftigt war, positive Ergebnisse aufweist, nicht erschlossen werden, dass das Unternehmen zur Wiederaufnahme der Pensionsleistungen verpflichtet wäre. Was die Ausgliederungen betrifft, vertritt *Jabornegg* (Unternehmensrecht und Arbeitsrecht, DRdA 8ff und 115ff [120ff]) grundsätzlich die zutreffende Auffassung, dass der Arbeitgeber einem Wiederaufleben der Ansprüche seiner Pensionisten nicht dadurch entgehen kann, dass er sich durch entsprechende Ausgliederungen gewissermaßen künstlich in Notlage halte. Demnach

sind alle Nachfolgesellschaften in die Prüfung, ob eine nachhaltige und wesentliche Besserung der Ertragslage erfolgt sei, einzubeziehen. Nicht zu folgen ist allerdings den weiteren Ausführungen *Jabornegg*, dass dann, wenn die Arbeitgeber-Gesellschaft (wie im vorliegenden Fall) zu einem bloßen Gesellschaftsmantel geschrumpft sei, der neuen Aufgaben zugeführt worden sei, wegen Verlustes der Unternehmensidentität ein Wiederaufleben der Pensionen nicht in Frage komme. Folgte man dieser Auffassung, hätte es der Eigentümer in der Hand, trotz wirtschaftlichen Erfolges der ausgegliederten Unternehmensteile durch organisatorische und rechtliche Änderungen ein Wiederaufleben der Pensionen zu verhindern. Es sind daher alle zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses des Kl zum Unternehmen der bekl Partei gehörigen Unternehmensteile und Beteiligungen in die Prüfung einzubeziehen, auch wenn sie in der Folge ausgegliedert wurden und nicht mehr mit der bekl Partei konzernmäßig verflochten sind. Anderes gilt nur, wie im Folgenden auszuführen sein wird, bei an Dritten veräußerte Unternehmen oder Gesellschaftsanteile. Weiters ist zu beachten, dass die Insolvenz der bekl Partei, die zu einem gänzlichen Verlust der zugesagten Pensionsleistungen geführt hätte, durch hohe Zuschüsse des Eigentümers verhindert wurde. Mit Punkt XII letzter Satz der Betriebsvereinbarung vom Oktober 1982, wonach allfällig ausgewiesene Jahresgewinne, die durch ertragswirksame Zuschüsse und/oder Kapitalzuführungen des Eigentümers bzw des Bundes zustande kommen, keinen Anlass zur Neubehandlung der Zuschussleistungen geben, wird daher dem sachlich gerechtfertigten Anliegen des Eigentümers Rechnung getragen, dass diese nicht vom Unternehmen erwirtschafteten Mittel bzw die dadurch erzielten Erträge nicht zur Wiederaufnahme der Betriebspensionsleistungen verwendet werden. Da diese Mittelzuführungen letzten Endes zu einer entsprechenden Erhöhung der Verschuldung des Bundes führten, kann eine Verpflichtung zur Wiederaufnahme der Pensionsleistungen erst bejaht werden, wenn nachhaltig ein die angemessene Verzinsung – die in Anbetracht der gegenüber der des Bundes schlechteren Bonität der bekl Partei und ihrer Nachfolgeunternehmen jedenfalls über der von Bundesanleihen liegen müsste – dieser Eigenmittel erheblich übersteigender Ertrag erzielt und an den Eigentümer bzw die ÖIAG ausgeschüttet und von diesem den in die Ergebnisprüfung einzubeziehenden Unternehmen nicht wieder zugeführt wurde. Für die Zeiten, in denen kein wenigstens diese Zinsen deckender Ertrag erzielt oder ein solcher zwar erzielt, aber in den in die Ergebnisprüfung einzubeziehenden Unternehmen belassen wurde, wäre der nicht gedeckte Teil der Zinsen zu kapitalisieren. Als ertragswirksame Zuschüsse und Kapitalzuführungen ist von Punkt XII der Betriebsvereinbarung vom Oktober 1982 sind wohl derartige Mittelzuführungen an die bekl Partei ab Beginn der letzten Endes zum Widerruf der Pensionen führenden – nach den bisherigen Feststellungen ab dem Jahre 1973 andauernden – Verlustphase anzusehen.

Soweit ausgegliederte Unternehmen ganz oder teilweise veräußert wurden – wobei eine bloße Umgründung durch Ausgliederung etc ohne Wechsel des wirtschaftlichen Eigentümers nicht als Veräußerung anzusehen wäre –, wäre der Erlös, soweit er nicht in den in die Ergebnisprüfung einzubeziehenden Unternehmen belassen wurde, sondern anderweitig – etwa zur Ausschüttung an den Eigentümer oder an die ÖIAG – verwendet wurde, von den zu verzinsenden Eigenmitteln in Abzug zu bringen und bei Prüfung des Unternehmenserfolges nur mehr die Erträge der unveräußerten Anteile zu berücksichtigen. Eine zur Wiederaufnahme der Pensionsleistungen führende nachhaltige und wesentliche Besserung der Ertragslage ist bei Zugrundelegung von Punkt XII der angeführten Betriebsvereinbarung nur dann anzunehmen, wenn durch mehr als drei aufeinanderfolgende Jahre ein die oben angeführte Eigenmittelverzinsung erheblich übersteigender Ertrag erzielt wurde, wobei die Pensionsleistung erstmals wieder für das nach drei in diesem Sinne erfolgreichen Jahren neuerlich erfolgreiche vierte Jahr zu erbringen wäre, ebenso wie die Einstellung der Leistungen erst im vierten aufeinanderfolgenden Verlustjahr erfolgen dürfte.

Was die Berücksichtigung einer fiktiven Belastung der bekl Partei (einschließlich der ausgegliederten

Unternehmen) durch das fiktive Wiederaufleben auch der abgefundenen Pensionsleistungen betrifft, ist zumindest für die Prüfung der Voraussetzungen des Wiederauflebens *Resch* (ZAS 1997, 109 ff) zu folgen, da die Abfindungssummen ohnehin als das Unternehmensergebnis belastende Aufwendungen in die Beurteilung eingeflossen sind und daher der durch die Abfindungsvereinbarungen ersparte Betrag nicht nochmals berücksichtigt werden darf. Bei der Prüfung der Voraussetzungen für das Wiederaufleben wäre daher nur die Belastung durch die nicht endgültig abgefundenen Pensionen zu berücksichtigen.

Was die vom Kl nicht zurückgewiesene Abfindungssumme von S 118.961,- betrifft, ist auf die Entscheidung 9 ObA 109/90 = ZAS 1991, 3 zu verweisen, wonach die Zahlung, wenn der Kl der Widmungserklärung der bekl Parteien widersprochen hat, gem § 1416 ABGB auf die (derzeit noch strittigen) fälligen Forderungen zu verrechnen ist.

Im fortgesetzten Verfahren wird das Erstgericht die Parteien daher zu einem Vorbringen und Beweisangebot über die Ertragslage sämtlicher noch über die ÖIAG ganz oder teilweise im wirtschaftlichen Eigentum des Bundes stehenden Nachfolgeunternehmen der bekl Parteien und die Verwendung allfälliger Erträge, weiters über die durch Veräußerung von Unternehmen, Unternehmensteilen, Betrieben und Gesellschaftsanteilen an Dritte erzielten Erlöse und deren Verwendung sowie über eine angemessene Verzinsung der Zuschüsse und Kapitalzuführungen anzuleiten haben: Was die im Verfahren erster Instanz strittige Frage des Maßstabes für eine nachhaltige und wesentliche Besserung der Ertragslage angeht, ist der bekl Partei darin zu folgen, dass auf das Unternehmensergebnis vor Bildung oder Auflösung von Rücklagen und ohne Gewinn- bzw Verlustvortrag abzustellen ist. Da den Betriebsparteien ebenso wie den Kollektivvertragsparteien grundsätzlich zu unterstellen ist, dass sie eine vernünftige, zweckentsprechende und praktisch durchführbare Regelung treffen sowie einen gerechten Ausgleich der sozialen und wirtschaftlichen Interessen herbeiführen wollten (s 9 ObA 142/93), ist eine gegenteilige, Manipulationen zu Lasten der Pensionisten ermöglichende Auslegung nicht in Betracht zu ziehen (vgl auch 8 ObA 339/99 g).

Anmerkung:

Das unendliche Kapitel der VOEST-Pensionen findet hier eine Fortsetzung. Der OGH hat in der vorliegenden Entscheidung eine wohl abgewogene Lösung zwischen den Unternehmensinteressen und den Interessen der Pensionisten vorgezeichnet: Vor allem ist jedoch zu betonen, dass es erfreulich ist, dass die Entwicklung der Unternehmensgruppe erneut Anlass zu pensionsrechtlichen Fragen gegeben hat.

Wolfgang Mazal

MANZ 
Seminare

Dr. Rudolf Attems

Den Weg des geringsten Widerstands managen

Seminar

Energie, Spannung und Kreativität im Unternehmen

Wie bringen Sie Ihr Unternehmen auf Erfolgskurs?

Wie erzielt man nachhaltige Dynamik zur Erreichung der Unternehmensziele und -visionen?

Dienstag, 16. Jänner 2001
MANZ-Seminarraum, Wien / 9 – 18 Uhr

Nähere Informationen: Sonja Gamsjäger
Tel: (01) 531 61-190 • email: seminare@MANZ.at
www.MANZ.at

Kapitalmarktoffensive-Gesetz

Ende Oktober wurde das Kapitalmarktoffensive-Gesetz (KMOG) im Entwurf bekannt, nachdem bereits im Frühherbst eine diesbezügliche Punktation der Bundesregierung veröffentlicht worden ist. Mit dem KMOG werden einige „Adjustierungen“ im Steuerrecht vorgenommen, weiters soll eine Verbesserung der Rahmenbedingungen für den österreichischen Kapitalmarkt im Hinblick auf die fortschreitende Internationalisierung erreicht werden. In diesem Beitrag werden einige Details zu den abgabenrechtlichen Änderungen behandelt.

KLAUS HILBER

1. MITARBEITERBETEILIGUNGEN (§ 3 ABS 1 Z 15 LIT B ESTG)¹⁾

Die Regelung über die Steuerbefreiung von Mitarbeiterbeteiligungen wird erweitert. Grundsätzlich stellen Vorteile aus der unentgeltlichen oder verbilligten Abgabe von Kapitalanteilen (Beteiligungen) am Unternehmen des Arbeitgebers (bzw am Konzernunternehmen) einen Sachbezug dar, welcher nach § 25 Abs 1 Z 1 lit a EStG zu versteuern ist.

Der *Freibetrag* des § 3 Abs 1 Z 15 lit b EStG von derzeit S 10.000,- wird *auf S 20.000,-* pro Kalenderjahr *angehoben*. Voraussetzungen für die Lukrierung dieses jährlichen Freibetrags sind:

- Wie bisher muss der Arbeitgeber den Vorteil an *alle* Arbeitnehmer oder an *bestimmte Gruppen* seiner Belegschaft gewähren.
 - Wenn die Beteiligung in Form von Wertpapieren besteht, so müssen diese während der fünfjährigen Behaltefrist bei einem inländischen Kreditinstitut hinterlegt werden. Dabei soll künftig auch die „Hinterlegung“ bei einem vom Arbeitgeber und der Arbeitnehmervertretung bestimmten *Rechts-träger zur treuhändigen Verwaltung* übertragen werden können. Die treuhändige Verwaltung umfasst neben der Depotführung auch die Ausübung des Stimmrechts für die Beteiligung der Arbeitnehmer.
- Durch diese neu zulässige Form der Hinterlegung soll nach den Materialien insb ein Alters(Pensions)vorsorgesystem ermöglicht werden, bei dem die übertragenen Anteile während der Tätigkeit im Unternehmen des Arbeitgebers bis zur endgültigen Aushändigung anlässlich des Ausscheidens oder der Pensionierung verwaltet werden.
- Keine Änderung tritt hinsichtlich des Nachweises der Einhaltung der Behaltefrist dem Arbeitgeber gegenüber ein. Der Nachweis ist bis 31. 3. jeden Jahres zu erbringen und zum Lohnkonto zu nehmen.

Überträgt der Arbeitnehmer die Beteiligung vor Ablauf der fünfjährigen Behaltefrist, so führt dieser Umstand zu einer nachträglichen Versteuerung, und zwar als sonstiger Bezug. Die Aufgabe der Beteiligung ist dem Arbeitgeber unverzüglich zu melden, damit die Besteuerung vorgenommen werden kann.

Wie bisher entfällt die Meldepflicht und die Besteuerung, wenn die Übertragung bei oder nach Beendigung des Dienstverhältnisses erfolgt.

Die neue Rechtslage soll erstmalig für Lohnzahlungszeiträume, die nach dem 31. 12. 2000 enden, angewendet werden.

2. STOCK OPTIONS FÜR MITARBEITER (§ 3 ABS 1 Z 15 LIT C ESTG)

Neu in das EStG aufgenommen wird eine Regelung über die Mitarbeiterbeteiligung aufgrund von Optionsrechten. Entsprechend der unter Pkt 1 dargestellten Befreiungsbestimmung soll auch der Vorteil aus der Ausübung von nicht übertragbaren Optionen auf den verbilligten Erwerb von Kapitalanteilen (Beteiligungen) am Unternehmen des Arbeitgebers (bzw am Konzernunternehmen) steuerbegünstigt sein.

a) VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE STEUER-BEGÜNSTIGUNG

Der Vorteil aus der Einräumung einer stock option soll dann zu einer Steuerbegünstigung führen, wenn folgende Voraussetzungen eingehalten werden:

- Der Arbeitgeber muss den Vorteil der *gesamten Belegschaft* oder zumindest *bestimmten Gruppen* von Arbeitnehmern einräumen.
- Es muss sich um eine *nicht-übertragbare* Option handeln. Bei Einräumung übertragbarer (handelbarer) Optionen ist weiterhin eine Versteuerung im Zeitpunkt der Einräumung vorzunehmen (Bewertung gem § 7 der Sachbezugs-VO).
- Ausübung des Optionsrechts: Es muss ein bestimmter Zeitraum für die Ausübung der Option gegeben sein.
- Die erworbene Beteiligung muss bei einem inländischen *Kreditinstitut* hinterlegt oder bei einem vom Arbeitgeber und der Arbeitnehmervertretung bestimmten *Rechts-träger* zur treuhändigen Verwaltung übergeben werden.

1) Vgl dazu auch *Hilber*, Abgabe von unentgeltlichen verbilligten Aktien an Mitarbeiter, *ecolex* 1998, 945.

- Die Hinterlegung ist dem Arbeitgeber für jedes Jahr bis 31. 3. nachzuweisen und dieser Nachweis zum Lohnkonto zu nehmen.

b) AUSMASS DER STEUERBEGÜNSTIGUNG

Die *Einräumung* des Optionsrechts selbst führt zu keinem Vorteil aus dem Dienstverhältnis, dem folgend ist auch kein Zufluss eines Lohnvorteiles zu unterstellen. Erst bei *Ausübung* des Optionsrechts wird ein lohnwerter Vorteil im Ausmaß der Differenz zwischen dem Verkehrswert der Beteiligung und den (verbilligten) Anschaffungskosten der Beteiligung realisiert.

Die Steuerfreiheit dieses Vorteils wird allerdings mehrfach beschränkt:

- *Wertgrenze:* Der Vorteil ist nur insoweit steuerbegünstigt, als der *Wert der Beteiligung* im Zeitpunkt der Einräumung der Option den *Betrag von S 500.000,-* nicht übersteigt. Das Übersteigen dieser Wertgrenze führt zu einer Aliquotierung.
- *Wertsteigerung:* Der Vorteil ist höchstens im Ausmaß des *Unterschiedsbetrages* zwischen dem Wert der Beteiligung im Zeitpunkt der *Einräumung* der Option und dem Wert der Beteiligung im Zeitpunkt der *Ausübung* der Option steuerbegünstigt. Begünstigt wird daher lediglich jene Wertsteigerung der Beteiligung, die während der Optionsdauer eingetreten ist.
- *Zeitgrenze:* Der steuerbegünstigte Vorteil ist im Zeitpunkt der Ausübung der Option im Ausmaß von *10% für jedes abgelaufene Jahr* nach dem Zeitpunkt der Einräumung der Option steuerfrei. Das *maximale* Ausmaß der Befreiung ist jedoch mit *50%* begrenzt. Es besteht daher eine einjährige Wartefrist für die Ausübung der Option, um eine teilweise Steuerbefreiung zu erlangen.

c) BEISPIEL

Allen Arbeitnehmern wird am 1. 3. 2001 das nicht-übertragbare Optionsrecht auf Erwerb von Aktien am Arbeitgeberunternehmen eingeräumt, und zwar dergestalt, dass jeder Arbeitnehmer am 1. 3. 2005 1000 Stück Aktien zum Preis von S 800,- erwerben kann. Der Börsenkurs für diese Aktien beläuft sich am 1. 3. 2001 auf S 1000,-, und am 1. 3. 2005 auf S 1300,- je Aktie. Der Wert der Beteiligung pro Arbeitnehmer im Zeitpunkt der *Optionseinräumung* beträgt somit S 1 Mio (1000 Aktien à S 1000,-).

Die Steuerbegünstigung ist mehrfach beschränkt:

- *Aliquotierung:* Begünstigt werden Erwerbe bis zu einem Betrag von S 500.000,-, dieser Wert wird im Beispiel überschritten, gefördert wird nur der aliquote Anteil, das sind 50% des Gesamtwertes (S 500.000,-). Somit wird – dem Grunde nach – nur der Erwerb von 500 Stück Aktien steuerlich begünstigt.
- *Wertsteigerungsgrenze:* Begünstigt wird – der Höhe nach – nur die zwischenzeitlich eingetretene Wertsteigerung. Der Börsenkurs steigerte sich von S 1000,- auf S 1300,-, der Unterschiedsbetrag beläuft sich daher auf S 300,-/Aktie. Der begünstigte Erwerb ergibt insgesamt S 300,- für 500 Stück, das sind S 150.000,-.
- *Zeitliche Dimension:* Der Zeitraum zwischen der Einräumung und der Ausübung der Option beträgt vier Kalenderjahre, die steuerliche Ermäßigung beläuft sich

daher auf 40% des begünstigten Erwerbes. Das steuerfreie Ausmaß der Mitarbeiterbeteiligung aufgrund der Ausübung des Optionsrechts beträgt daher 40% von S 150.000,-, das sind S 60.000,-. Der darüber hinausgehende Vorteil aus dem verbilligten Erwerb von Kapitalanteilen (S 90.000,-) ist zu versteuern (vgl Pkt d).

- *Zusammengefasst:* Der Gesamtvorteil aus dem verbilligten Erwerb der Beteiligung beträgt S 500.000,-, weil insgesamt 1000 Stück zum reduzierten Preis von S 800,- (anstatt S 1300,- – somit um S 500,-/Aktie billiger) erworben werden. Von diesem Gesamtvorteil unterliegen – dem Grunde nach – nur S 150.000,- der steuerlichen Begünstigung. Die restlichen S 350.000,- sind am 15. 3. 2005 grundsätzlich zu versteuern (vgl dazu nächster Punkt).

d) DER NICHT BEGÜNSTIGTE TEIL DES OPTIONSRECHTS

Für den nicht begünstigten Teil des Beteiligungserwerbs kommt der Freibetrag nach § 3 Abs 1 Z 15 lit b EStG zum Tragen, wenn die dort genannten Voraussetzungen erfüllt sind (insb die Hinterlegung).

In der neuen lit c wird darüber hinaus normiert, dass der nicht steuerbefreite Teil des (dem Grunde nach) begünstigten Vorteiles im Zeitpunkt der Veräußerung der Beteiligung bzw bei Beendigung des Dienstverhältnisses bzw spätestens jedoch am 31. 12. des siebenten auf die Einräumung der Option folgenden Kalenderjahres als sonstiger Bezug gem § 67 Abs 10²⁾ zu versteuern ist (*verzögerte Steuerpflicht*). Vorausgesetzt wird wiederum die Hinterlegung bei einem inländischen Kreditinstitut oder die treuhänderige Verwaltung durch einen von Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretung bestimmten Rechtsträger, der jährliche Nachweis und die Aufnahme desselben zum Lohnkonto.

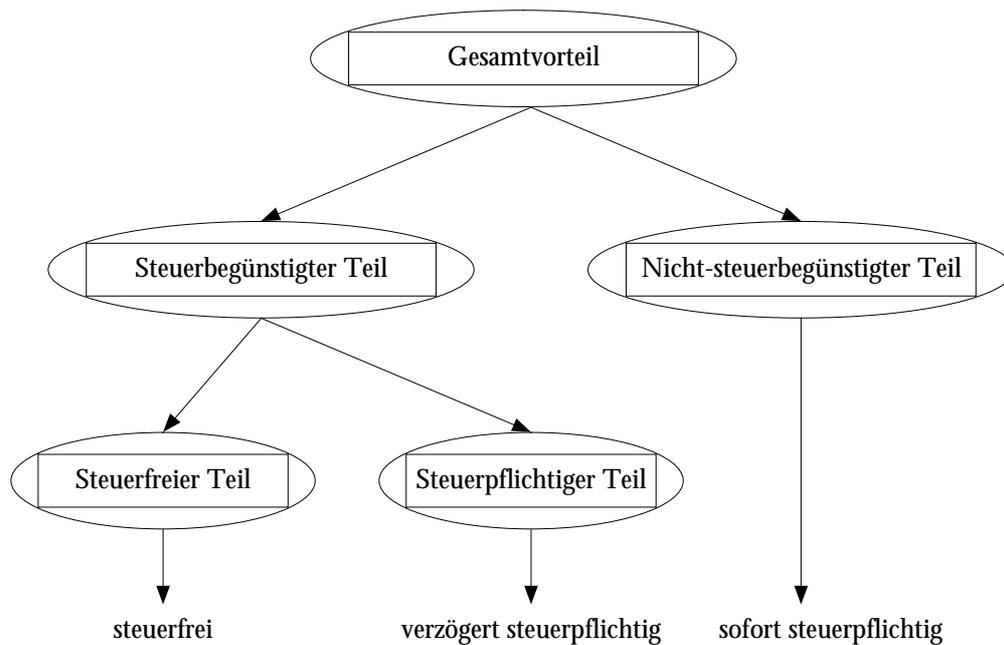
Für die steuerliche Behandlung des Vorteils aus der Ausübung von nicht übertragbaren stock options müssen daher folgende Teile des Vorteils unterschieden werden (*Grafik siehe nächste Seite*).

In Fortsetzung des obigen Beispiels gelangt man zu folgendem steuerlichen Ergebnis:

- S 60.000,- steuerbegünstigter, steuerfreier Teil,
- S 90.000,- steuerbegünstigter, aber steuerpflichtiger Teil (verzögerte Steuerpflicht); Zeitpunkt der Steuerpflicht als sonstiger Bezug (§ 67 Abs 10) spätestens am 31. 12. 2007,
- S 350.000,- nicht-steuerbegünstigter Teil, sofortige Steuerpflicht als sonstiger Bezug (§ 67 Abs 10) am 1. 3. 2005.

Sollte die erworbene Beteiligung (unter 1%) in weiterer Folge innerhalb eines Jahres ab Ausübung der Option veräußert werden, dann liegt ein Spekulationsgeschäft iSd § 30 EStG vor. Als Anschaffungskosten ist dabei der Wert der Beteiligung im Zeitpunkt der *Optionsausübung* einschließlich des (gänzlich oder teilweise) steuerpflichtigen Vorteiles anzusetzen.

2) Nach § 67 Abs 10 EStG sind sonstige Bezüge (die nicht unter Abs 1 bis 8 fallen), wie ein laufender Bezug nach dem Lohnsteuertarif der Besteuerung zu unterwerfen. Dabei ist ein monatlicher Lohnzahlungszeitraum zu unterstellen.



Der neue § 15 Abs 1 Z 15 lit c EStG soll anzuwenden sein, wenn die Option nach dem 31. 12. 2000 eingeräumt wird.

e) SOZIALVERSICHERUNG BEI MITARBEITERBETEILIGUNGEN (ASVG)

In Harmonisierung mit der Einkommensteuerbefreiung sollen für geldwerte Vorteile aus Mitarbeiterbeteiligungen und für bestimmte Optionen auch beim sozialversicherungsrechtlichen Entgeltbegriff ein entsprechender Ausnahmetatbestand geschaffen werden.

Aus diesem Grund werden in § 49 Abs 3 Z 18 ASVG eine neue lit c und d angefügt, die der einkommensteuerlichen Regelung entsprechen.

f) ENTGELTFORTZAHLUNGS- UND BEENDIGUNGSANSPRÜCHE DER MITARBEITER (AVRAG)

Vorteile aus Beteiligungen am Unternehmen des Arbeitgebers bzw am Konzernunternehmen und Optionen auf den Erwerb von Arbeitgeberaktien sind künftig *nicht in die Bemessungsgrundlage* für Entgeltfortzahlungsansprüche und Beendigungsansprüche einzubeziehen.

Der neu einzufügende § 2 a AVRAG soll mit 1. 1. 2001 in Kraft treten.

3. VERÄUSSERUNG VON ANTEILEN AN KAPITALGESELLSCHAFTEN (BETEILIGUNGSVERÄUSSERUNG GEM § 31 ESTG)

Bei der Veräußerung von Beteiligung im außerbetrieblichen Bereich entstand bisher nur dann Steuerpflicht, wenn der Veräußerer innerhalb der letzten fünf Jahre zu *mehr als 10%* (direkt oder indirekt) beteiligt war.

Das Beteiligungsausmaß, das zum Eintritt der Steuerpflicht führt, wird von derzeit 10% auf 1%

(„*mindestens 1%*“) abgesenkt. Der Grund dafür liegt nach den Materialien darin, dass es keine sachliche Rechtfertigung dafür gibt, die mit einer solchen Beteiligung einhergehende Steigerung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit steuerlich nicht zu berücksichtigen.

Die Änderung des § 31 Abs 1 EStG soll auf Veräußerungsvorgänge, die nach dem 31. 12. 2000 stattfinden, angewendet werden. Hat der Veräußerer (bzw der Rechtsvorgänger bei unentgeltlichem Erwerb) die Anteile vor dem 1. 1. 1998 angeschafft, und war er nach dem 31. 12. 1997 zu nicht mehr als 10% beteiligt, kann an Stelle der Anschaffungskosten der gemeine Wert der Anteile angesetzt werden.

4. NEUERLICHE ÄNDERUNG DER SPEKULATIONSFRIST (§ 30 ESTG)

Die Spekulationsfrist bei Wertpapieren iSd § 1 Abs 1 Depotgesetzes, bei sonstigen Beteiligungen und Forderungen, Termin- und Differenzgeschäften wird von derzeit zwei Jahren (vgl die In-Kraft-Tretens-Bestimmung des § 124 b Z 37 EStG) auf künftig *ein Jahr* reduziert.

Somit werden die Änderungen, die durch das Steuerreformgesetz 2000 eingeführt wurden, teilweise wieder zurückgenommen.

Die Regelungen hinsichtlich der Spekulationsertragsteuer (SpESt)³⁾ werden aus dem Gesetz eliminiert und der Rechtszustand vor dem Steuerreformgesetz 2000 wieder hergestellt.

Die neue Rechtslage soll erstmalig bei der Veranlagung für das Jahr 2001 anzuwenden sein.

3) Vgl dazu *Hilber*, Neue Kategorie der Endbesteuerung durch Spekulationsertragsteuer (SpESt) und Eigenkapitalverzinsung (Sondergewinnbesteuerung), *ecolex* 1999, 719ff.

5. ERWEITERTE WIRKUNG DER ENDBESTEuerung (§ 15 ABS 1 Z 17 ERBSTG)

Dividendenwerte sind bis dato nicht in die Endbesteuerung in der Erbschaftsteuer einbezogen. Durch eine Änderung im ErbStG sollen künftig auch *Erwerbe von Todes wegen* von Anteilen an in- und ausländischen Kapitalgesellschaften von der *Endbesteuierungswirkung* erfasst sein, wenn der Steuerpflichtige nachweist, dass der Erblasser im Zeitpunkt des Entstehens der Steuerschuld *unter 1% am gesamten Nennkapital* der Gesellschaft (Freigrenze) beteiligt ist.

Das Beteiligungsausmaß ist am Todestag aus der Sicht des Erblassers zu beurteilen und nicht aus der Sicht der Erwerber. Erbschaftssteuerfrei sind nach den Materialien nur jene Kapitalanteile, die unter der genannten Grenze liegen, für darüber hinausgehende Anteile bzw. Anteile an anderen Gesellschaften, die

über der 1%-Grenze liegen, ist die Steuerbefreiung nicht anzuwenden.

Für die Steuerbefreiung besteht kein Unterschied, ob diese Anteile zu einem Betriebsvermögen gehören oder nicht.

Die Erweiterung der Endbesteuerungswirkung soll auf alle Rechtsvorgänge anzuwenden sein, für die die Steuerschuld nach dem 31. 12. 2000 entsteht.

ZUM THEMA

Mit dem KMOG soll eine Verbesserung der Rahmenbedingungen für den österreichischen Kapitalmarkt herbeigeführt werden. Insbesondere werden dadurch – aus steuerlicher Sicht – Anreize für eine vermehrte Beteiligung von Mitarbeitern am Unternehmen ihres Arbeitgebers gegeben.

CHECKLISTE

ROBERT BACHL

Wichtige steuerliche Neuerungen für Privatstiftungen ab 2001 im Überblick

- ✓ **Rechtsgrundlagen:** Budgetbegleitgesetz 2001,¹⁾ Kapitalmarktoffensive-Gesetz (KMOG)²⁾
- ✓ **Stiftungszuwendungen:**
 - ✓ Allgemein: Anhebung der SchenkSt von 2,5% auf 5% (§ 8 Abs 3 lit b ErbStG).
 - ✓ Liegenschaftsübertragungen: 3-facher Einheitswert oder niedrigerer gemeiner Wert als Bemessungsgrundlage der SchenkSt (§ 19 Abs 2 ErbStG); Reduzierung des Grunderwerbsteueräquivalents auf 3,5% (§ 8 Abs 4 lit b ErbStG).³⁾
 - ✓ Übertragung von Todes wegen: Erweiterung der ErbSt-Befreiung gem § 15 Abs 1 Z 17 ErbStG (in- und ausländische Aktien unter 1%).
 - ✓ Betrieblich veranlasste Privatstiftung: Zuwendungen an diese sind bei der Privatstiftung Betriebseinnahme (§ 13 Abs 1 Z 1 KStG; Verteilungsmöglichkeit auf mehrere, maximal 10 Jahre). Betriebsausgabenabzug beim Stifter gegebenenfalls auch auf mehrere Jahre verteilt (§ 4 Abs 11 Z 1 EStG).
- ✓ **Laufende Besteuerung der Privatstiftung:**
 - ✓ Steuerfrei weiterhin gemäß § 13 Abs 2 KStG: ausländische Beteiligungserträge die mit jenen gemäß § 10 Abs 1 KStG vergleichbar sind, wenn keine DBA-Entlastung erfolgt.⁴⁾
 - ✓ Vorabbesteuerung mit 12,5% (§ 22 Abs 3 KStG) nach Maßgabe von § 13 Abs 3 KStG: Inländische und ausländische Kapitalerträge aus Geldeinlagen und sonstigen Forderungen bei Kreditinstituten, Forderungswertpapieren iSd § 93 Abs 3 Z 1 bis 3 EStG (bestimmte Wertpapiere die ein Forderungsrecht verbriefen, Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen, Voraussetzung public-placement) und Forderungswertpapiere iSd § 93 Abs 3 Z 4 und 5 EStG (Kapitalerträge aus inländischen Investmentfonds soweit diese aus Geldeinlagezinsen, Erträgen aus Forderungswertpapieren, Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen sowie Substanzgewinne iSv § 40 Abs 1 InvFG⁵⁾ bestehen; Kapitalerträge aus ausländischen Investmentfonds).⁶⁾
 - ✓ Veräußerungsgewinne aus wesentlichen Beteiligungen: Absenkung der Wesentlichkeitsgrenze auf 1% (§ 31 Abs 1 EStG; Übergangsbestimmung in § 124 Z 57 EStG beachten); grundsätzliche Ein-

1) RV 311 BlgNR 21. GP.

2) In der Fassung des Ministerialentwurfes, ÖStZ 2000, 610. Sämtliche Gesetzesangaben beziehen sich bereits auf die geplante Neufassung.

3) Vorsicht, bei Zurückbehalt eines Wohnrechts an der übertragenen Liegenschaft liegt aus grunderwerbsteuerlicher Sicht ein entgeltlicher Vorgang vor (BMF 24. 8. 2000).

4) Natürlich gilt weiterhin auch die nationale Beteiligungsertragsbefreiung gem § 10 Abs 1 KStG.

5) Vgl § 93 Abs 3 Z 4 EStG nF.

6) Kapitalerträge aus ausländischen Investmentfonds unterlagen bisher nach Ansicht der Finanzverwaltung der 34%-igen KöSt. Für ausländische Kapitalerträge iSv § 13 Abs 3 KStG ist das Erfordernis des Verzichts auf DBA-Entlastung gefallen.



beziehung in das Vorabbesteuerungsregime (§ 13 Abs 3 Z 2 KStG) mit Übertragungsmöglichkeit stiller Reserven nach Maßgabe von § 13 Abs 4 KStG.⁷⁾

- ✓ Die Systematik der Vorabbesteuerung erfordert die Führung eines Evidenzkontos (§ 24 Abs 5 Z 4 KStG).
- ✓ Regelungen über die Gutschrift der Vorabbesteuerung und KöSt-Vorauszahlungen sowie deren Anpassung befinden sich in § 24 Abs 3 und 5 KStG.

☉ **Besteuerung von Zuwendungen aus der Stiftung:**

- ✓ Auch Zuwendungen an Personen die formal nicht Begünstigte oder Letztbegünstigte sind unterliegen der für diesen Personenkreis geltenden Empfängerbesteuerung (Klarstellung in § 15 Abs 3 Z 2, § 27 Abs 1 Z 7, § 37 Abs 4 Z 1 lit f, § 93 Abs 2 Z 1 lit d EStG).
- ✓ Kürzung um die Stiftungseingangswerte bei Widerruf: nur mehr möglich, wenn dem Stifter Letztbegünstigtenstellung iSv § 6 PSG zukommt; Einschränkung auf nicht betrieblich veranlasste Privatstiftungen.⁸⁾
- ✓ Die neue Steuerpflicht der Zuwendungen an betrieblich veranlasste Privatstiftungen auf Stiftungsebene führt zur Frage der Abzugsfähigkeit von Zuwendungen an Begünstigte bei der Privatstiftung. Eine Abzugsfähigkeit wäre die logische Folge, wenn man – so wie das Gesetz nunmehr – in der vorangegangenen Stiftungsdotations einen steuerpflichtigen Vorgang sieht. Ausdrücklich bejaht wird in den ErlRV zu § 13 Abs 1 Z 1 KStG die Betriebsausgabeneigenschaft von Begünstigtenzuwendungen bei der Belegschaftsbeteiligungsstiftung (vgl dazu anschließend).⁹⁾

☉ **Die neue Belegschaftsbeteiligungsstiftung:**

- ✓ Zweck der Privatstiftung: Weitergabe von Beteiligungserträgen iSv § 10 Abs 1 KStG an Arbeitnehmer des ausschüttenden Unternehmens oder mit diesem verbundenen Konzernunternehmen.
- ✓ Stifter: Arbeitgeber, mit diesem verbundene Konzernunternehmen, (Zentral)Betriebsrat(sfonds).
- ✓ Besonderer Kreis von Begünstigten (Arbeitnehmer, frühere Arbeitnehmer, deren Ehepartner, Kinder) und Anforderungen an Stiftungsurkunde, zB Weiterleitungsverpflichtung der Beteiligungserträge im Jahr der Vereinnahmung.
- ✓ Als Betriebsausgabe beim Stifter sind abzugsfähig: Beteiligungen am Arbeitgeberunternehmen oder verbundenen Konzernunternehmen, notwendige Geldbeträge für die Anschaffung solcher Beteiligungen, der Gründung und die laufende Betriebsführung der Privatstiftung (vgl dazu sowie zum Vorhergehenden § 4 Abs 11 Z 1 lit c EStG).
- ✓ Ausnahme von der Steuerpflicht der Zuwendung bei der Stiftung nach Maßgabe von § 13 Abs 1 Z 1 KStG (maximal S 20.000,- jährlich pro Begünstigten).
- ✓ Ebenso keine Besteuerung der Zuwendung an die Stiftung bei den Arbeitnehmern (§ 26 Z 7 lit a EStG).
- ✓ Zuwendungen der Privatstiftung an die Begünstigten fallen bis zu einem Betrag von S 20.000,- jährlich unter die Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 26 Z 8, § 27 Abs 1 Z 7 EStG), übersteigende Zuwendungen stellen einen Vorteil aus dem Dienstverhältnis dar.
- ✓ Lt den ErlRV sollen Zuwendungen an Begünstigte bei der Privatstiftung Betriebsausgaben darstellen (vgl oben).

☉ **Hinweis:**

- ✓ Gem der veröffentlichten Punktation zu den ESt-RL 2000 sollen diese eine erstmalige zusammenfassende Darstellung der einkommensteuerlichen Behandlung beinhalten.

☉ **Fazit:**

- ✓ Die steuersystematische Einordnung der Privatstiftung fällt zunehmend schwerer. Betrieblich veranlasste Privatstiftungen wurden – ausgenommen die Sonderformen der Arbeitnehmerförderungs- und der Belegschaftsbeteiligungsstiftung – steuerlich schwer benachteiligt. Es ist fraglich, ob die zahlreichen Differenzierungen innerhalb der unterschiedlichen Kategorien von Privatstiftungen auch sachlich gerechtfertigt werden können. Noch fraglicher ist aber, wie lange diese Normen Bestand haben werden. Sie scheinen jedenfalls nicht dazu angelegt, Generationen zu überdauern.

7) Veräußerungsgewinne innerhalb der Spekulationsfrist sind natürlich wie bisher zum Normaltarif steuerpflichtig.

8) Die letzte Einschränkung wird von den ErlRV nicht angesprochen. Aufgrund der bisherigen Rechtslage war eine Einschränkung auf nicht betrieblich veranlasste Privatstiftungen durchaus denk möglich (vgl zB *Achatz/Leitner* in FS-Werilly 12), jedenfalls aber der von der Finanzverwaltung auch schon nach alter Rechtslage (unrichtigerweise) angenommenen Steuerpflicht der Zuwendung an die Stiftung vorzuziehen (vgl dazu *Bachl*, Konzernfinanzierungs- und Holdingfunktion der Privatstiftung, in Gassner/Göth/Gröhs/Lang Privatstiftungen 289). Nunmehr ist die Steuerpflicht der Zuwendung an die betrieblich veranlasste Stiftung aber ausdrücklich normiert, sodass in der gleichzeitigen Versagung der Kürzung um die Stiftungseingangswerte nicht bloß eine systematisch gebotene Bereinigung, sondern eine besondere Verschärfung der Rechtslage gesehen werden kann.

9) Aus dem Gesetz ergibt sich dies allerdings nicht. Auch könnte wohl § 12 Abs 1 Z 1 KStG gegen einen Betriebsausgabenabzug ins Treffen geführt werden.

Zur Versagung des Betriebsausgabenabzuges mangels Empfängerbenennung

§ 162 BAO

VwGH
28. 6. 2000,
95/13/0182
355

Der Aufforderung nach § 162 BAO ist dann nicht entsprochen, wenn maßgebliche Gründe die Vermutung rechtfertigen, dass die benannten Personen nicht die tatsächlichen Empfänger sind. Die Unauffindbarkeit und die völlige Unbekanntheit einer Person auch an der angegebenen Adresse sind ausreichend maßgebliche Gründe für diese Vermutung.

Aus den Gründen:

Die Bf bestreiten nicht, dass die Abgabenbehörde nach § 162 BAO verlangt hat, den Empfänger der als Rückstellung gebuchten Anzahlung genau zu bezeichnen. Sie meinen jedoch, dass der Empfänger des Betrages von DM 304.000,- sehr wohl genau bezeichnet worden sei. Die S. AG müsse wohl in Vaduz bestehen, weil ansonsten undenkbar sei, dass eine Geldüberweisung an diese AG auf deren Konto bei der Liechtenstein'schen Landesbank habe durchgeführt werden können. Es sei als notorisch zu unterstellen, dass auch die Abgabenbehörden in Österreich davon in Kenntnis seien, dass bei einer Bank in Liechtenstein, welche noch dazu dem regierenden Fürsten gehöre, nicht das Konto für eine AG eingerichtet werden könne, ohne dass der Bank der rechtliche Bestand dieser juristischen Person nachgewiesen werde. Weder mit dem einen noch mit dem anderen Vorbringen gelingt es aber den Bf, eine Unschlüssigkeit der Beweiswürdigung, dass die S. AG im Zeitpunkt der Überweisung tatsächlich und an der angegebenen Adresse in Vaduz nicht existierte, aufzuzeigen. Ob die betreffende Bank anlässlich der Einrichtung eines Kontos entsprechend dargestellte Ermittlungen pflegt, kann nämlich schon deswegen dahingestellt bleiben, weil die Bf nicht behaupten, dass auch noch später, etwa anlässlich einer Geldüberweisung auf das Konto, der aufrechte Bestand der AG geprüft wird. Dies wäre aber erforderlich, um allein aus dem Bestehen eines Kontos bei einer Bank schlüssige Folgerungen auf den aufrechten Bestand einer entsprechenden Gesellschaft ziehen zu können. Besteht die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Überweisung aber nicht (mehr), so ist entgegen der Ansicht der Bf auch eine Geldüberweisung an eine andere Person als die AG, etwa an den über das Konto Verfügungsberechtigten, denkbar.

Eine Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften rügen die Bf dahin gehend, dass es „denkgesetzlich ein Unding“ sei, eine Feststellung (nämlich, dass die S. AG nicht existiere) auf die Auskunft zu gründen, welche die Großbetriebsprüfungsabteilung dem Prüfer erteilt habe, weil die Großbetriebsprüfungsabteilung ja „schon begrifflich“ nicht in der Lage sei, sich aus festzustellen, ob die S. AG existiere. Die Behörde erster Instanz und auch die bel Beh hätten die Möglichkeit gehabt, wirksame Ermittlungen beim Bundesamt für Finanzen, Informationszentrale für Auslandsbeziehungen (IZA, Bonn, BRD)

einzuholen. Eine solche wirksame Ermittlungsmaßnahme sei jedoch unterblieben, und man habe sich damit begnügt, dass bei der Großbetriebsprüfung angefragt worden sei. Bezeichnend hierfür sei, dass vermie-den worden sei, anzugeben, woraus die Großbetriebsprüfungsabteilung ihre diesbezüglichen Kenntnisse geschöpft habe. Diese Rüge ist unberechtigt: Abgesehen davon, dass nach der aktenkundigen Aussage einer Zeugin vom Prüfer die entsprechenden Ermittlungen „via“ Großbetriebsprüfungsabteilung angestellt wurden, wurde nach dem Akteninhalt die Auskunft der Finanzlandesdirektion, wonach die S. AG an der angegebenen Adresse nicht existiere, der ErstBf vom Prüfer mit Vorhalt vom 6. 7. 1992 zur Kenntnis gebracht, ohne dass diese über die hinter dieser Auskunft stehenden Quellen Aufklärung gefordert hätte. Es ist hiezu lediglich eine Äußerung der ErstBf des Inhalts aktenkundig, dass zu dieser Feststellung „nur der Hinweis bleibt“, dass seitens der ErstBf eine Akkreditivabrechnung und eine entsprechende Kostenverrechnung erfolgt sei. Ohne die Bankusancen in Liechtenstein zu kennen, werde dennoch die Vermutung gewagt, dass die Vorstellung, bei einer Bank könne eine beliebige Person mit erfundenem Namen ein Konto eröffnen, auszuschließen sei. Unter diesen Umständen bestand aber keine Veranlassung, zur Vermeidung einer Verletzung von Verfahrensvorschriften nähere Angaben zu den Quellen der Auskunft zu machen. Im Übrigen ist nicht ohne weiteres nachzuvollziehen, weshalb in Deutschland diesbezüglich bessere oder sogar andere Informationen bestehen könnten als in Österreich und weshalb allenfalls in Deutschland bekannte Informationen nicht auch ohne direkte Anfrage des Prüfers österreichischen Behörden, etwa der Finanzlandesdirektion oder der Großbetriebsprüfungsabteilung, zur Verfügung stehen sollten.

Nach der Rsp des VwGH ist der Aufforderung nach § 162 BAO dann nicht entsprochen, wenn maßgebliche Gründe die Vermutung rechtfertigen, dass die benannten Personen nicht die tatsächlichen Empfänger sind. Die Unauffindbarkeit und die völlige Unbekanntheit einer Person auch an der angegebenen Adresse – wie sie gegenständlich von der bel Beh in aus den angeführten Gründen nicht als rechtswidrig zu erkennender Beweiswürdigung festgestellt worden war – sind ausreichend maßgebliche Gründe für diese Vermutung (vgl etwa das hg Erk vom 28. 5. 1997, SlgNF 7186/F. Die bel Beh durfte daher davon ausgehen, dass eine Nennung des Empfängers iSd § 162 BAO durch die ErstBf unterblieben ist. Die mit dem Unterbleiben der Empfängerbenennung verbundene Verweigerung der Anerkennung der entsprechend geltend gemachten Aufwendungen entspricht dem Gesetz. Soweit die Bf unter Hinweis auf den (jedenfalls von ihnen so angegebenen) Zweck der Vorschrift des § 162 BAO, nämlich Gläubiger und Empfänger der Schulden und Ausgaben steuerlich erfassen zu kön-

nen, den Standpunkt vertreten, dass diese Norm dann nicht anzuwenden sei, wenn der österreichischen Abgabenbehörde „gar nichts verloren gehe“, weil die Zahlung eines Betrages an einen ausländischen Empfänger in Österreich nicht der Besteuerung unterliege, wird damit ein Sachverhalt – nämlich eine Zahlung an einen ausländischen Empfänger, gegenständlich die S. AG – vorausgesetzt, den die bel Beh nicht als erwiesen angenommen hat. Vor dem Hintergrund der wie ausgeführt nicht zu beanstandenden Sachverhaltsannahme der bel Beh ist der tatsächliche Empfänger vielmehr völlig unbekannt geblieben, weshalb keineswegs ausgeschlossen werden kann, dass der tatsächliche Empfänger der Zahlung in Österreich zur Besteuerung heranzuziehen ist.

Anmerkung:

Die in obigem Leitsatz wiedergegebenen Ausführungen sind bereits stRsp des VwGH (vgl zB zuletzt auch VwGH 15. 9. 1999, 99/13/0150 mwN zur Vorjudikatur). Die Bf hatten in der Sache selbst offenbar wenig vorzubringen, und auch der Hinweis, dass § 162 BAO ja nur eine ordnungsgemäße Empfängerbesteuerung sicherstellen wolle, konnte aus den oben vom VwGH angeführten Gründen nicht zum Erfolg führen. Kann hingegen zweifelsfrei nachgewiesen werden, dass der Empfänger tatsächlich nicht der österreichischen Besteuerung unterliegt, so wäre eine Anwendung des § 162 BAO nicht dem Normzweck entsprechend.

Robert Bachl

Apothekenkonzession nicht Teil des Firmenwertes

Die Apothekenkonzession stellt ein firmenwertähnliches Wirtschaftsgut dar, das keiner laufenden Abnutzung unterliegt.

Aus den Gründen:

Die Bf bringt vor, wenn bei Erwerb eines Apothekenunternehmens ein Betrag bezahlt werde, der die tatsächlichen Werte der einzelnen Vermögensgegenstände, wie Warenlager, Grund und Gebäude, Einrichtung, etc, abzüglich der Schulden übersteige, komme dieser als Bilanzposition „Firmenwert“ zum Ansatz. Werde eine Apotheke mit allem tatsächlichen und rechtlichen Zubehör erworben, gehöre dazu auch ein Kundenstock. Der Firmenwert ist stets abschreibbar. Auch Konzessionen teilten aufgrund ihres firmenwertähnlichen Charakters das Schicksal der Abschreibbarkeit. Im Übrigen bestimme § 46 Abs 2 ApG ausdrücklich, dass die Erteilung einer Konzession den Übergang des gesamten Apothekenunternehmens an den Konzessionswerber voraussetze. Zu berücksichtigen sei auch, dass durch Aufhebung eines Teiles des § 10 ApG mit 1. April 1998 der Schutz einer Apotheke vor Konkurrenzierung weitgehend eingeschränkt sei. Zudem könne, da in Deutschland Apotheken ohne Rücksicht auf den Lokalbedarf eröffnet werden könnten, auch in Österreich die Wettbewerbsbeschränkung nicht mehr aufrecht bleiben. Im Allgemeinen versuchten Apotheken die sinkenden Gewinnspannen bei Kassenumsätzen durch Umsätze mit nicht rezeptpflichtigen Waren zu kompensieren, seien dabei aber der Konkurrenz der Drogerien, Parfümerien, etc ausgesetzt. Die Ertragslage von Apotheken sinke, weshalb der um 19 Mio S gekaufte Firmenwert sukzessive an Wert verliere. Der Firmenwert sei daher abschreibbar.

Der Bf ist zuzustimmen, dass beim Erwerb eines Betriebes ein Firmenwert zum Ansatz kommt, soweit der Kaufpreis (einschließlich der vom Käufer übernommenen Lasten) den Teilwert der (anderen) erworbenen Aktiva des Betriebes übersteigt. Allerdings zählt die Apothekenkonzession zu diesen (anderen) erworbenen Aktiva. Der VwGH hat in dem Einkom-

mensteuer 1989 und 1990 betreffenden Erk vom 25. 1. 2000, 94/14/0141, ausgesprochen, der Apothekenkonzession komme die Eigenschaft eines immateriellen Wirtschaftsgutes zu, das nicht untrennbarer Bestandteil des Firmenwertes sei. Diese Beurteilung erfolge im Hinblick darauf, dass der Erwerb einer Konzession für eine neu zu errichtende Apotheke von einer (umfangreichen) Bedarfsprüfung abhängig sei, wodurch bestehenden Apotheken Schutz vor Konkurrenzierung geboten werde, während für die Übernahme einer bereits bestehenden Apotheke nur bestimmte Formerfordernisse zu erfüllen seien. Die Apothekenkonzession stelle ein firmenwertähnliches Wirtschaftsgut dar, das keiner Abnutzung unterliege. Denn anders als bei sonstigen Unternehmen kommt bei Apotheken der Konzession aufgrund der darauf beruhenden weit gehenden Sicherung des laufenden Umsatzes eine überragende Bedeutung als tragende Komponente zu. Dass Konzessionen für Apotheken wirtschaftlich verwertbar seien und auch verwertet würden, bedürfe keiner weiteren Ausführungen. Der VwGH sieht sich durch den Beschwerdefall nicht zu einem Abgehen von seiner Rsp veranlasst. Wie sich die Rechtslage in Deutschland zur Frage der Eröffnung einer Apotheke auf die Konkurrenzsituation in Österreich auswirkt, zeigt die Beschwerde nicht auf. Der VwGH vermag auch nicht zu erkennen, dass die Regelung des § 46 Abs 2 ApG der Beurteilung der Apothekenkonzession als nicht abnutzbares Wirtschaftsgut entgegenstünde.

Mit Erk vom 2. 3. 1998, Slg 15.103, hat der VfGH in § 10 ApG die Ziffer 1 des Abs 2, den Abs 3 und in Abs 5 die Wortfolge „3 oder“ als verfassungswidrig aufgehoben. Damit wurde lediglich die Regelung beseitigt, wonach ein Bedarf (als Voraussetzung für die Erteilung einer Konzession für eine neu zu errichtende Apotheke) auch dann nicht bestehe, wenn die Zahl der von der künftigen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke aus zu versorgenden Personen weniger als 5.500 beträgt (es folgt eine Wiedergabe des § 10 ApG in der aktuellen Fassung sowie der wesentlichen Entscheidungsgründe des VfGH). Nach Ansicht des VwGH ist auch nach der darge-

§ 8 Abs 3 EStG

VwGH
26. 7. 2000,
2000/14/0111
356

stellten Aufhebung von Teilen des § 10 ApG ein besonderer Schutz bestehender Apotheken vorhanden. Solcherart ist die Apothekenkonzession auch nach der bereinigten Rechtslage aus steuerlicher Sicht kein abnutzbares Wirtschaftsgut. Entscheidend ist allerdings, dass es, wie dies die bel Beh richtig aufgezeigt hat, Sache der Bf gewesen wäre, im Falle eines Absinkens des Teilwertes des Wirtschaftsgutes den Nachweis hierfür zu erbringen, um sodann eine Teilwertabschreibung vornehmen zu können (vgl die bei *Quantschnigg/Schuch*, § 6 Tz 90 zitierte hg Rsp).

Anmerkung:

Mit dem in einem Dreiersenat gefällten Erk bekräftigt der VwGH seine mit dem Erk vom 25. 1. 2000,

94/14/0141, begonnene (geänderte) Judikatur. Diese erste Entscheidung wurde in der Literatur kritisiert (vgl Lechner/Schuch, SWK 2000, S 379). Vor dem Hintergrund der bestehenden apothekenrechtlichen Situation und der nunmehr wohl als Judikaturlinie zu bezeichnenden Rsp des VwGH könnten die von der Bf vorgebrachten Gründe (zB sinkendes Vertrauen des Marktes auf die Beständigkeit der Rechtslage und damit auf die Werthaltigkeit von Apothekenkonzessionen aufgrund der Entwicklung in Deutschland) allenfalls eine Teilwertabschreibung rechtfertigen. Eine laufende Abnutzbarkeit liegt nach der nunmehr verfestigten Rsp jedenfalls nicht vor.

Robert Bachl

Wirtschaftliche Eingliederung und Organschaft

§ 9 Abs 2 KStG

*VwGH
19. 7. 2000, 98/
13/0117
357*

Arbeitsteilige Aufteilung der Marktbearbeitung in einem Konzern in Form einer Nebenordnung stellt keine wirtschaftliche Eingliederung dar. Das Vorliegen einer gegenseitigen Verflechtung von Gesellschaften mit wesentlichen Synergieeffekten ist ein Merkmal der organisatorischen, nicht aber der wirtschaftlichen Eingliederung.

Aus den Gründen:

Im Beschwerdefall steht hinsichtlich des gesamten maßgeblichen Zeitraumes in Streit, ob das Merkmal der wirtschaftlichen Eingliederung der Bf gegeben ist. Fehlen dabei die für eine wirtschaftliche Eingliederung wesentlichen Kriterien, nämlich ein vernünftiger betriebswirtschaftlicher Zusammenhang und damit eine aufeinander abgestellte, sich gegenseitig ergänzende Tätigkeit, dann liegen die Voraussetzungen für eine Organschaft nicht vor, selbst wenn die finanzielle und organisatorische Eingliederung gegeben sind (vgl insb das hg Erk vom 10. 9. 1975, 640/73). In der Rsp wurde diesbezüglich auf markante Beispiele, wie etwa Rohstofflieferungen an und Warenverkauf für den Organträger, Verarbeitung von Rohstoffen des Organträgers oder Vertrieb der Erzeugnisse des Organträgers durch das Organ, verwiesen (vgl das hg Erk vom 9. 9. 1980, 2595, 2833 bis 2837/80). Zuletzt wurde vom VwGH im Erk vom 20. 1. 1999, 96/13/0090, das Vorliegen einer wirtschaftlichen Eingliederung verneint, in welchem Fall die Tätigkeit des Organträgers vornehmlich im Betrieb einer Druckerei bestand, während die Organgesellschaft auf dem Gebiet des Buchhandels tätig wurde, wobei die Organgesellschaft ca 8% ihres Umsatzes bei einer einen Verlag betreibenden Organtochter des Organträgers tätigte.

Unter Bedachtnahme auf diese in der Vorjudikatur erarbeiteten Grundsätze folgt aber für den Beschwerdefall, dass die bel Beh zu Recht eine wirtschaftliche Eingliederung verneint hat: Wie in der Beschwerdeschrift selbst hervorgehoben wird, wurde die Bf zur „Abdeckung des nicht durch die übrigen Gesellschaften des N-Konzerns abgedeckten Marktsegments“ –

die Beschaffung von nicht der Führungsebene angehörigen Mitarbeitern – errichtet. Während die Personalsuche in der N-Holding selbst und den einzelnen Sparentöchtern im gehobenen Management- bzw Führungspersonalbereich zu erfolgen habe, vermöge die Bf, welche die unteren Personalebene mit überwiegend gleichartigen Anforderungsprofilen abdecke, ihre Dienstleistungen aufgrund der Beistellung von „auf Vorrat angelegten Personalpools“ (Sekretärinnen, Buchhalterinnen . . .) zu erfüllen. Mit diesen Ausführungen hat aber die Bf selbst dargetan, dass ihre Tätigkeit und die Tätigkeit des Organträgers eben nicht im Sinne einer Unterordnung aufeinander abgestellt sind und sich gegenseitig ergänzen. Vielmehr hat die bel Beh zu Recht darauf hingewiesen, dass zwischen der Bf und der N-Holding AG (ebenso wie zwischen den weiteren Gesellschaften des Konzerns) die Aufgaben der Personalberatung nach einzelnen Gebieten untereinander aufgeteilt wurden. Im Gegensatz zur Auffassung der Bf ist bei einer solchen Aufteilung der Märkte bzw bei einer Tätigkeit in verschiedenen Geschäftszweigen das Merkmal einer wirtschaftlichen Eingliederung aber nicht gegeben. Das Vorliegen einer gegenseitigen Verflechtung der Gesellschaften mit wesentlichen Synergieeffekten ist, anders als die Bf es sieht, ein Merkmal der organisatorischen Eingliederung, nicht aber ein solches einer wirtschaftlichen Eingliederung.

Anmerkung:

Der tatsächliche Betriebsgegenstand der Bf lag in der Betriebsberatung, Personalsuche und -auswahl. Der satzungsmäßige Betriebsgegenstand der Muttergesellschaft (N-Holding AG) war der Erwerb, der Besitz, die Verwaltung und die Veräußerung von Unternehmensbeteiligungen. Wie aus dem Text des Erk hervorgeht, dürfte jedoch auch die Muttergesellschaft die Tätigkeit der Personalsuche (aber auf anderen Märkten als die Bf) ausgeübt haben. Die N-Holding AG erzielte jedenfalls auch Fremddumsätze und dürfte somit keine reine Holdinggesellschaft gewesen sein. Von der Bf wurden zur Untermauerung der behaupteten wirt-

schaftlichen (oder auch organisatorischen; dies geht leider aus dem Erk nicht genau hervor) Eingliederung folgende Umstände vorgebracht:

- Gesamtsteuerung des Konzerns durch die Muttergesellschaft, insb zentrales EDV-Wesen, Controlling, Rechnungswesen, Öffentlichkeitsarbeit sowie strategische Planung,
- Aufgaben der Töchter, vorzunehmende Arbeitsschritte, Verrechnungspreise, Abwicklungsmodalitäten würden von der Mutter den Töchtern verbindlich vorgegeben,
- Preisverhandlungen mit Lieferanten für den Gesamtkonzern, Bestimmung der Bankverbindlichkeiten, Aushandlung der Konditionen und Preise erfolgten durch die Muttergesellschaft,
- Gestaltung von Anzeigen nur in Abstimmung mit der Muttergesellschaft.

Schließlich wurde auf die im Erk ohnehin näher erläuterte Marktaufteilung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft hingewiesen (wobei dies – wie sich herausstellen sollte – nach Ansicht des VwGH eher ein trennendes als ein verbindendes Element zwischen den Gesellschaften darstellt).

Mit diesem Erk setzt der VwGH seine strenge Judikatur zur wirtschaftlichen Eingliederung fort und knüpft unmittelbar an seine Judikatur der 60er und 70er Jahre an (vgl dazu zB die ausführliche Übersicht bei Bachl/Kotschnigg, Finanzrechtsprechung 1999, 272f). Der VwGH unterlässt es konsequent, durch eine (vom Gesetzeswortlaut her sicher mögliche) Fortentwicklung der Rsp die Organschaftsvoraussetzungen an heutige wirtschaftliche Verhältnisse anzupassen. Es genügt demnach nicht, dass sich die Tätigkeit von Mutter- und Tochtergesellschaften am Markt ergänzen. Vielmehr betont der VwGH das Merkmal der Unterordnung, welches auch bei der wirtschaftlichen Eingliederung zum Ausdruck kommen muss. Hierzu ein Beispiel zu Anschauungszwecken: Würde zB eine WP- und StB- Gesellschaft ihren StB-Bereich in eine Tochtergesellschaft auslagern, so wäre wohl idR keine Organschaft möglich, weil grundsätzlich unterschiedliche Geschäftsbereiche bearbeitet werden und jede Gesellschaft wohl vorwiegend mit Drittkunden kon-

trahiert. Eine Eingliederung wäre aber dann möglich, wenn die StB-Gesellschaft überwiegend für die WP-Gesellschaft tätig wird indem sie zB bei der Prüfung der Steuerrückstellungen und sonstiger steuerlicher Sachverhalte im Rahmen von Jahresabschlussprüfungen mitwirkt. Diese Eingliederung findet aber spätestens dann ein Ende, wenn man sich zB entschließt auch den WP-Bereich in eine Tochtergesellschaft (Schwester der StB-Gesellschaft) auszulagern. Die gemeinsame Mutter könnte trotz anderer operativer Tätigkeiten (zB Unternehmensberatung, Corporate Finance, etc) nicht als gemeinsame Organmuttergesellschaft fungieren (außer die Töchter würden wieder überwiegend Tätigkeiten für die Muttergesellschaft entfalten). Dieses triviale Beispiel gibt die Situation wieder in der sich viele Konzerne heutzutage befinden. Die zahlreich durchgeführten Ausgliederungen von Teilbereichen und selbständigen Verantwortungsbereichen führten zu einer Vielzahl von Tochtergesellschaften deren wirtschaftliche Eingliederung durch die vormalige Teilbetriebseigenschaft bei der gemeinsamen Muttergesellschaft auf zu Hand zu liegen schien. Dies muss aber keineswegs der Fall sein. Hinzu kommt, dass viele Merkmale der Konzerneingliederung wie zentrales Controlling, Rechnungswesen, aber wohl auch Finanzmanagement vom VwGH der organisatorischen und nicht der wirtschaftlichen Eingliederung zugezählt werden.

Die Problematik liegt auch darin, dass die Finanzverwaltung in diesem Bereich in den letzten Jahren wirtschaftsfreundlicher agierte als es der Rsp des VwGH entsprechen würde (nicht zuletzt deshalb sah sich das BMF mit Erlass vom 14. 7. 1999, SWK 1999, S 671 genötigt die Aussagen des VwGH vom 20. 1. 1999, 96/13/0090 zu relativieren). Die gegenwärtige Judikatur gibt daher durchaus Anlass dazu, so manche Konzernstruktur (trotz in der Vergangenheit erteilter finanzbehördlicher Anerkennung der Organschaftsvoraussetzungen) zu überdenken und vielleicht so manches in der Vergangenheit Ausgliederte wieder in einer gemeinsamen Gesellschaft zusammenzuführen.

Robert Bachl

Abkommensberechtigung und Treaty-Shopping

Das Fehlen von Bestimmungen in einem DBA über die wirtschaftliche Betrachtungsweise von abgabenrechtlichen Fragen und die Zurechnung von Wirtschaftsgütern lässt nicht den Schluss zu, dass das Abkommen Treuhandkonstruktionen zur Erreichung von Abkommensvorteilen oder den Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des Bürgerlichen Rechtes für zulässig erklärt. Ein Staat hat das Recht, sich vor einer unberechtigten Ausnützung der im Abkommen vorgesehenen Steuervorteile zu schützen.

Aus den Gründen:

Im Beschwerdeverfahren ist nicht strittig, dass es sich bei der Bf um eine Domizilgesellschaft (Briefkas-

tenfirma) handelt und dass sie ausschließlich Erträge aus der Beteiligung an der W-GmbH erhält. Im Mittelpunkt des Beschwerdeverfahrens steht die Frage, ob die bel Beh bei dieser Konstellation berechtigt war zu prüfen, ob die Bf nur deshalb zwischengeschaltet wurde, um die Vorteile aus dem DBA zu lukrieren, weil die wahren wirtschaftlichen Berechtigten an dem Geschäftsanteil die Entlastung nicht hätten beanspruchen können.

Diese Frage ist aus folgenden Erwägungen zu bejahen. Enthält ein Abkommen Bestimmungen über die wirtschaftliche Betrachtungsweise von abgabenrechtlichen Fragen und die Zurechnung von Wirtschaftsgütern, sind diese Bestimmungen anzuwenden. Das

Art 10 und 28
DBA-Schweiz

VwGH
26. 7. 2000,
97/14/0070
358

Fehlen von solchen Bestimmungen in einem DBA – wie im vorliegenden Fall im DBA-Schweiz – lässt allerdings nicht den Schluss zu, dass das Abkommen Treuhandkonstruktionen zur Erreichung von Abkommensvorteilen oder den Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des Bürgerlichen Rechtes für zulässig erklärt. Derartiges wäre mit dem – für die Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrages bedeutsamen (vgl. Art 31 des Wr Übereinkommens über das Recht der Verträge BGBl Nr 40/1980) – Ziel und Zweck des Abkommens, die Besteuerungsrechte auf die Staaten nach sachlichen Kriterien aufzuteilen, unvereinbar. Auch bei Fehlen ausdrücklicher Abkommensbestimmungen über die wirtschaftliche Betrachtungsweise und die Zurechnung von Wirtschaftsgütern hat daher ein Staat das Recht, sich vor einer unberechtigten Ausnützung der im Abkommen vorgesehenen Steuervorteile zu schützen (vgl. dazu *Loukota*, Internationale Steuerplanung und „treaty-shopping“, ÖStZ 1990, 2 ff, und die dort referierte Rsp des BFH). Diese Auffassung entspricht auch der überwiegenden Staatenpraxis (vgl. dazu den bei *Loukota*, aaO, zitierten OECD-Bericht).

Entgegen der Auffassung der Bf hat die von ihr vorgelegte Bestätigung der Eidgenössischen Steuerverwaltung die Beantwortung der gestellten Fragen (schon deshalb) nicht entbehrlich gemacht, weil eine Bindung an eine solche Bestätigung nicht besteht und ihr zudem nicht zu entnehmen ist, auf welche

konkreten Ermittlungsergebnisse sich die Beurteilung der Eidgenössischen Steuerverwaltung stützt. Der von der Bf vorgelegten Erklärung ihrer Verwaltungsräte ist nicht zu entnehmen, welche Person der wirtschaftlich Nutzungsberechtigte hinsichtlich der Beteiligung an der W-GmbH ist. Es geht aus dieser Bestätigung vielmehr hervor, dass die von der Bf zunächst angegebenen Gesellschafter Dr. T. und Dr. L. lediglich Treuhänder für eine Person sind, deren Identität nicht bekannt gegeben wurde und hinsichtlich der demnach nicht beurteilt werden kann, ob sie „abkommensberechtigt“ ist.

Anmerkung:

Das Erk wurde in Fachkreisen durchaus widersprüchlich aufgenommen. Vgl. dazu Loukota, SWI 2000, 420 einerseits und Lang, SWI 2000, 423 andererseits. Im Anschluss an das Erk vom 10. 12. 1997, eolex 1998, 433 wird dieses Erk auch das zweite Treaty-Shopping Erkenntnis genannt. Zum ersten Treaty-Shopping Erk vgl. Loukota, SWI 1998, 105; Lang, SWI 1998, 216; Hügel/Gibitz, SWI 1998, 407. Die beiden Erk lassen sich allerdings nur schwer vergleichen. War das erste Treaty-Shopping Erk durchaus klarstellend und für die Praxis aufschlussreich, ergeben sich aus der kurzen Begründung des zweiten Treaty-Shopping Erk ungelöste Zweifelsfragen (vgl. dazu nochmals Lang, SWI 2000, 423 ff).

Robert Bachl

Rechtsanwälte benötigen ein Kontrollsystem

§ 46 VwGG

VwGH
11. 7. 2000,
2000/16/0311,
0312
359

In einer Rechtsanwaltskanzlei ist für die richtige Berechnung der jeweiligen verfahrensrechtlich bedeutsamen Frist in einem bestimmten Fall stets der Anwalt und nicht etwa der Kanzleiangestellte verantwortlich. Das Versehen eines Kanzleiangestellten ist für einen Rechtsanwalt und damit für die von ihm vertretene Partei nur dann ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis, das ohne sein Verschulden die Einhaltung der Frist verhinderte, wenn der Rechtsanwalt der ihm zumutbaren und nach der Sachlage gebotenen Überwachungspflicht gegenüber dem Kanzleiangestellten nachgekommen ist.

Aus den Gründen:

In einer Rechtsanwaltskanzlei ist für die richtige Berechnung der jeweiligen verfahrensrechtlich bedeutsamen Frist in einem bestimmten Fall stets der Anwalt und nicht etwa der Kanzleiangestellte allein verantwortlich, der den Termin weisungsgemäß in den Kalender einträgt. Der Anwalt selbst hat die entsprechende Frist festzusetzen, ihre Vormerkung anzuordnen sowie die richtige Eintragung im Kalender im Rahmen der gebotenen Aufsichtspflicht zu überwachen. Tut er dies nicht oder unterläuft ihm dabei ein Versehen, ohne dass er dartun kann, dass die Fristversäumnis auf einem ausgesprochen weisungswidrigen Verhalten des Kanzleiangestellten beruht und in sei-

ner Person keinerlei Verschulden vorliegt, so trifft ihn ein Verschulden, welches sich gegen die von ihm vertretene Partei auswirkt. Das Versehen eines Kanzleiangestellten ist für einen Rechtsanwalt und damit für die von ihm vertretene Partei nur dann ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis, das ohne sein Verschulden die Einhaltung der Frist verhinderte, wenn der Rechtsanwalt der ihm zumutbaren und nach der Sachlage gebotenen Überwachungspflicht gegenüber dem Kanzleiangestellten nachgekommen ist.

Der Rechtsanwalt muss gegenüber seiner Kanzlei als Hilfsapparat, dessen er sich bei der Wahrnehmung der ihm durch Bevollmächtigungsvertrag übertragenen Aufgaben bedient, alle Vorsorgen treffen, die ihm nach dem Bevollmächtigungsvertrag obliegen. Insoweit der Rechtsanwalt diese Vorsorgen nicht in der Art und in dem Maß getroffen hat, wie es von ihm je nach der gegebenen Situation zu erwarten war, kommt ein Verschulden an einer späteren Fristversäumnis iSd § 46 VwGG in Betracht. Insbesondere muss der betroffene Rechtsanwalt die Organisation seines Kanzleibetriebes so einrichten, dass auch die richtige Vormerkung von Terminen und damit die fristgerechte Setzung von mit Präklusion sanktionierten Prozesshandlungen sichergestellt wird. Dabei ist durch entsprechende Kontrollen unter anderem dafür vorzusorgen, dass Unzulänglichkeiten durch menschliches Versagen aller Voraussicht nach auszu-

schließen sind. Ein Rechtsanwalt verstößt danach auch dann gegen seine anwaltliche Sorgfaltspflicht, wenn er weder im Allgemeinen noch im Besonderen wirksame Kontrollsysteme vorgesehen hat, die im Falle des Versagens eines Mitarbeiters geeignet sind, Fristversäumungen auszuschließen. Der Antragsteller hat seinen Antrag in Hinsicht auf die Erfüllung der nach Sachlage gebotenen Überwachungspflicht seiner Büroangestellten zu substantiieren. Allgemeine Behauptungen genügen nicht (vgl die in *Hauer/Leukauf*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens, angeführte Rsp zu § 71 AVG).

Nach der Darstellung im Wiedereinsetzungsantrag überließ der Beschwerdevertreter die Sichtung der einlangenden Poststücke und die Entscheidung über deren weitere Behandlung der Sekretärin. Der Beschwerdevertreter behauptet nämlich gar nicht, die ihm vom VwGH zugestellten Schriftstücke selbst gesehen oder gelesen und Entscheidungen getroffen zu haben. Hatte im Kanzleibetrieb des Beschwerdevertreters die Sekretärin die geschilderten Aufgaben wahrzunehmen, dann wäre jedenfalls ihre Tätigkeit auch zu überwachen gewesen. Der Beschwerdevertreter legt aber nicht einmal dar, ein Kontrollsystem überhaupt eingerichtet zu haben und der gebotenen

Überwachungspflicht gegenüber seiner Sekretärin nachgekommen zu sein.

Anmerkung:

Mit dem vorliegenden Beschluss wurde vom VwGH ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand iSv § 46 VwGG zurückgewiesen. Die ansonsten stets zuverlässige und bereits seit 20 Jahren in der Kanzlei tätige Sekretärin verursachte durch falsche Austragung einer Terminvormerkung betreffend eines Mängelbehebungsauftrages eine Fristversäumnis, wodurch die Beschwerde als zurückgezogen galt. Die Ausführungen des VwGH finden auch für Wirtschaftsprüfer entsprechende Anwendung. Auch für Wiedereinsetzungsanträge gem § 308 BAO werden die vom VwGH gestellten Anforderungen an den Kanzleibetrieb eines berufsmäßigen Parteienvertreters zu beachten sein. Der Beschluss liegt gänzlich auf Linie der bisherigen Rsp (vgl dazu ausführlich etwa Urtz in Holoubek/Lang (Hrsg), Das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen, 313ff). Keine Verletzung der Überwachungspflicht liegt bei weisungswidrigem Verhalten eines Kanzleiangestellten vor (vgl zB VwGH 27. 4. 2000, 2000/15/0028, ecolex 2000, 679).

Robert Bachl

Anklageüberschreitung im Finanzstrafrecht

Beurteilt ein Gericht nicht nur die im Anklagetenor genannte Tat in rechtlicher Hinsicht abweichend von der Anklage, spricht es den Angeklagten vielmehr einer anderen Tat schuldig, muss mit Blick auf die Fairness des Verfahrens zu Gunsten des Angeklagten dem Schutzzweck des § 262 StPO zuvor entsprochen worden sein.

Aus den Gründen:

Der Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 8 StPO liegt vor, wenn das ergangene Endurteil die Anklage „gegen die Vorschrift der §§ 262, 263 und 267 StPO überschritten hat“. *Das Gesetz spricht* nicht von einer Mehrzahl von Vorschriften, vielmehr *von einer einzigen, aus den* konjunktiv (durch „und“) verknüpften – gleichsam in Klammer stehenden – *Bestimmungen der §§ 262, 263 und 267 StPO bestehenden Vorschrift*. Demnach läge – nach den Gesetzen der Logik – Anklageüberschreitung iS dieses Nichtigkeitsgrundes stets dann vor, wenn auch nur einer der drei genannten Bestimmungen zuwider gehandelt würde, soweit vorliegend von Interesse also der des § 262 StPO oder der des § 267 StPO. . . . Obgleich der (über § 267 StPO hinausgehende) Inhalt des § 262 StPO nur in der dort vorgeschriebenen Anhörung der Parteien besteht, steht der OGH in ständiger Rechtsprechung auf dem Standpunkt, dass deren Unterlassung „an sich“ nicht mit Nichtigkeit bedroht ist (vgl . . . Allerdings lässt er es sich häufig angelegen sein, darauf hinzuweisen, dem Schutzzweck der Bestimmung sei fallbezogen entsprochen worden . . . Vorliegend lautete er vom Staatsanwalt als gewerbsmäßiger Schmuggel (§ 35 Abs 1 lit a, § 38 Abs 1 lit a FinStrG) und vorsätzlicher Eingriff in

die Rechte des Tabakmonopols (§ 44 Abs 1 lit b FinStrG) rechtlich beurteilte Anklagevorwurf (§ 207 Abs 2 Z 2 und 3 StPO), K habe die Monopolwaren „dem Zollverfahren (gewerbsmäßig) entzogen und zu seinem Vorteil einem monopolrechtlichen Einfuhrverbot zuwider eingeführt“. Statt der im Anklagetenor angeführten Tat wurde der Angeklagte jedoch einer *anderen Tat* (eines anderen historischen Geschehens) schuldig erkannt, nämlich, die geschmuggelten Zigaretten verhandelt zu haben . . . Durch den wegen gewerbsmäßiger Abgabenhellerei und Monopolhellerei ergangenen Schuldspruch allein wurde die Abklage *iSd § 267 StPO* nicht überschritten, . . . Beurteilt ein Gericht aber nicht nur die im Anklagetenor genannte Tat (§ 21 Abs 1 FinStrG) in rechtlicher Hinsicht abweichend von der Anklage, spricht es den Angeklagten vielmehr – wenngleich ohne Abgehen von dem der Anklage (als Gesamtheit) zugrunde liegenden Sachverhalt – statt der im Anklagetenor genannten Tat (§ 21 Abs 1 FinStrG) einer anderen Tat (§ 21 Abs 1 FinStrG) schuldig, muss mit Blick auf die Fairness des Verfahrens zu Gunsten des Angeklagten dem Schutzzweck des § 262 StPO zuvor entsprochen worden sein. Dabei steht zwar die *strikte Einhaltung der von § 262 StPO beschriebenen Form als solche nicht unter der Nichtigkeitsanktion* des § 281 Abs 1 Z 8 StPO. So wird etwa eine abweichende Beurteilung durch den Ankläger in der Hauptverhandlung dem grundrechtlich geschützten Ziel, über ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung der Verteidigung zu verfügen (Art 6 Abs 3 lit b MRK), durchaus gerecht, weil es dem Angeklagten solcherart offen steht, sich dazu zu äußern sowie Fragen und Anträge zu seiner Verteidi-

§§ 262, 263 und 267 StPO § 21 FinStrG

OGH 6. 6. 2000, 14 Os 34/00 360

gung zu stellen, deren Missachtung einen Verfahrensmangel (§ 281 Abs 1 Z 4 StPO) begründen kann. Die in einer – danach mehrfach wegen Zeitablaufes und Richterwechsels (§ 276a StPO) wiederholten – Hauptverhandlung gestellte Frage des Vorsitzenden (§ 245 Abs 1 erster Satz StPO): „Haben Sie in Österreich Zigarretten erworben, bei denen die Eingangsabgaben nicht bezahlt waren?“ für sich allein genügt aber nicht. So gesehen, bedeutet es kein Abgehen von der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, vorliegend zu Gunsten des Angeklagten einer Missachtung des von § 262 StPO intendierten Schutzzwecks – nicht bloß der dort verlangten Vorgangsweise – nichtigkeitsbegründende Relevanz iSd § 281 Abs 1 Z 8 StPO zuzuerkennen.

Anmerkung

Ganz grundsätzlich kommt im Strafrecht ein Schuld-spruch nur soweit in Frage, als durch die ursprüng-

liche oder während der Hauptverhandlung ausge-dehnte Anklage gedeckt ist. Die Überschreitung der Anklage ist wie die Nichterledigung der Anklage mit Nichtigkeit bedroht. Dies betrifft die wesentliche Übereinstimmung von Anklage- und Urteilsfakten, in der rechtlichen Beurteilung ist das Gericht jedoch völlig frei. Ergibt sich ein geänderter rechtlicher Gesichtspunkt bzw auch im Verlaufe der Hauptverhandlung, dass über eine andere strafbare Handlung zu be-finden ist, so ist die Partei über den geänderten Ge-sichtspunkt zu hören, die Verteidigung wird gege-be-nenfalls Beweisanträge bzw einen Vertagungsantrag zu stellen haben. Insofern kann auch in einem solchen Fall, nämlich bei Missachtung eines solchen Antrages, ein Nichtigkeitsgrund (§ 281 Abs 1 Z 4 StPO) vor-liegen.

Oliver Koch

RECHTSANSICHTEN DES BMF

Änderung des nach § 39 UmgrStG abgeschlossenen Umgründungsplans nach Durchführung der ersten Umgründung

BMF 17. 8. 2000

Ⓢ Die Wirkung eines Mehrfachzuges iSd § 39 UmgrStG ist davon abhängig, dass alle Umgründungsschritte von allen an den Umgründungen Beteiligten (Verantwortlichen) vor dem ersten Umgründungsschritt in einem Umgründungsplan festgelegt werden. Eine Änderung des Planes nach Vornahme des ersten Umgründungsschrittes ist demnach höchstens dahin gehend unproblematisch, dass etwa der letzte geplante Umgründungsschritt nicht durchgeführt wird. Kommt es zu einer Änderung der Beteiligungsverhältnisse nach Abschluss des Umgründungsplans, wird in der Durchführung des Umgründungsplans kein Hindernis erblickt werden können, wenn die den Plan tragenden Verantwortlichen weiterhin für die Durchführung sorgen, mit anderen Worten, durch die Änderung der Beteiligungsverhältnisse kein bisher nicht in die Planung eingebundener Verantwortlicher nachträglich einzubinden wäre.

Einbringung eines inländischen Mitunternehmeranteils und nachfolgende Einbringung der Beteiligung an der übernehmenden Körperschaft auf einen Stichtag

BMF 11. 8. 2000

Ⓢ Die Einbringung eines inländischen Mitunternehmeranteiles durch einen in einem DBA-Partner-

staat mit Befreiungsmethode ansässigen EU-Angehörigen in eine inländische Kapitalgesellschaft führt bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 12 UmgrStG zwingend zu einer Buchwerteinbringung iSd § 16 Abs 2 Z 1 UmgrStG und nicht zu einer Aufwertungseinbringung iSd § 16 Abs 2 Z 2 UmgrStG. Nach § 19 Abs 2 Z 5 UmgrStG kann die Gewährung von Anteilen als Gegenleistung für die Sacheinlage ua unterbleiben, wenn der Einbringende Alleingesellschafter der übernehmenden Körperschaft ist. In diesem Fall kommt es bei der übernehmenden Körperschaft bei Vorliegen eines buchmäßig positiven Sacheinlagewertes zur Bildung einer handelsrechtlich ungebundenen Kapitalrücklage bzw wird ein buchmäßig negatives Einbringungskapital handelsrechtlich aufwandswirksam. Beim Anteilsinhaber ist der steuerlich maßgebende positive Sacheinlagewert laut Einbringungsbilanz auf die Anschaffungskosten des Anteils zu aktivieren bzw ein buchmäßig negativer von ihnen abzuziehen (§ 20 Abs 4 Z 1 UmgrStG).

Soll auf den Einbringungsstichtag eine weitere Einbringung in Form der Sacheinlage der gesamten oder eines Teiles der Beteiligung an der inländischen übernehmenden Körperschaft in eine weitere inländische übernehmende Körperschaft stattfinden, ist erneut Art III UmgrStG anzuwenden. Da die einzubringenden Anteile im Ausmaß einer im Vorabsatz erwähnten Zuaktivierung des steuerlichen Sacheinlagewertes aufgrund der Ersteinbringung mit Beginn des dem Einbringungsstichtag folgenden Jahres als angeschafft gelten (§ 20 Abs 1 UmgrStG), wird zur Sicherung ein und desselben Einbringungsstichtages analog zur Mehrfacheinbringung ein und desselben Vermögens ein Umgründungsplan iSd § 39 UmgrStG erforderlich sein. Für den Einbringenden kommt diesfalls die Bewertungsvorschrift des § 17 Abs 2 UmgrStG zur Anwendung, in dem ein Wahlrecht zur „Buchwert“- bzw Aufwertungseinbringung verankert ist. „Buch-



wert“ sind diesfalls die nach § 31 EStG 1988 maßgebenden Anschaffungskosten. Für die übernehmende inländische Körperschaft gilt § 18 Abs 1 UmgrStG, nach dem der nach § 17 maßgebende Wert höchstens der (niedere) gemeine Wert anzusetzen ist.

Steuerneutrale Einbringung von privat gehaltenen Kapitalanteilen in eine ausländische Körperschaft nach Art III UmgrStG

BMF 8. 8. 2000

☉ Im § 12 UmgrStG ist keine Einschränkung dahin gehend enthalten, wer einbringen darf, wo das einzubringende Vermögen iSd § 12 Abs 2 gelegen ist und wohin eingebracht wird (abgesehen von der Voraussetzung, dass eine übernehmende ausländische Körperschaft in einem Staat ansässig sein muss, mit dem Österreich ein Doppelbesteuerungsabkommen geschlossen hat).

Die Einbringung von privat gehaltenen Anteilen iSd § 12 Abs 2 Z 3 UmgrStG in eine in einem DBA-Staat ansässige ausländische übernehmende Körperschaft gegen Gewährung von Anteilen an der übernehmenden Körperschaft ist daher ein Anwendungsfall des Art III UmgrStG. Für die unbeschränkt einkommensteuerpflichtigen Einbringenden ist aufgrund der Steuerhängigkeit der einzubringenden Anteile iSd § 31 EStG 1988 die Regelung des § 17 Abs 1 UmgrStG anzuwenden, dh sie haben die Anteile mit den nach § 31 EStG 1988 maßgebenden Anschaffungskosten anzusetzen. Die Tatsache, dass die einzubringenden Anteile aus der Besteuerungshoheit der Republik Österreich ausscheiden, ist für die vorgenannte Bewertung unmaßgeblich. Für die übernehmende Körperschaft ist dem Grunde nach § 18 Abs 1 UmgrStG maßgebend, nach der die übernommenen Anteile steuerlich mit dem steuerlichen Sacheinlagewert höchstens jedoch mit dem (niedrigeren) gemeinen Wert anzusetzen sind. Wie die übernehmende Körperschaft die Anteile handelsrechtlich, dh nach § 202 HGB, bewertet, hat weder für die übernehmende Körperschaft Wirkung noch löst sie für den Einbringenden eine Steuerpflicht aus. Gleiches muss daher für eine allfällige Neubewertung des übernommenen Vermögens durch eine ausländische übernehmende Körperschaft gelten. Die den Einbringenden zukommende Gegenleistung in Form von Anteilen an der ausländischen Körperschaft gelten als mit Beginn des dem Einbringungsstichtag folgenden Tages als angeschafft und sind nach § 20 UmgrStG mit dem steuerlich maßgebenden Sacheinlagewert, gegenständlich mit den erwähnten Anschaffungskosten iSd § 31 EStG 1988, zu bewerten. Fallen die erworbenen Anteile unter § 31 EStG 1988, ergibt sich nach Ablauf der Spekulationsfrist keine Änderung in der Besteuerungssituation gegenüber jener vor der Einbringung, fallen die Anteile nicht unter § 31 EStG 1988, gelten sie nach Ablauf der Spekulationsfrist gem § 20 Abs 5 UmgrStG bis zum Ablauf des zehnten Jahres nach Ablauf des Einbringungsstichtages als Anteile iSd § 31 EStG 1988.

Verschmelzung der Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft, an deren Handelsgewerbe eine atypische stille Beteiligung besteht

BMF 10. 8. 2000

☉ An der Maßgeblichkeit einer im Firmenbuch eingetragenen Verschmelzung als Anwendungsfall des Art I UmgrStG ändert sich auch dann nichts, wenn jemand am Handelsgewerbe der übertragenden oder übernehmenden Körperschaft (IdH) als atypisch stiller Gesellschafter beteiligt ist und in steuerlicher Sicht eine Mitunternehmerschaft zwischen dem IdH und dem stillen Gesellschafter besteht. Ob die stille Gesellschaft aufgrund der Verschmelzung beendet wird oder nicht, ist eine Vertragsfrage. Da der Verwaltungsgerichtshof die Auffassung vertritt, dass die stille Gesellschaft bei Fehlen einer Fortsetzungsklausel durch den verschmelzungsbedingten Untergang der IdH-Gesellschaft beendet wird, ist es Sache der Vertragspartner, durch eine Fortsetzungsklausel den beabsichtigten Weiterbestand zu sichern. Die Annahme, dass diese Judikaturmeinung auch auf stille Beteiligungen an der übernehmenden Gesellschaft zu beziehen sei, erscheint nicht begründet, da der stille Gesellschafter vor der Verschmelzung im Wege der Beteiligung und nach der Verschmelzung unmittelbar am Vermögen der übertragenden Gesellschaft beteiligt ist und sich daher wirtschaftlich keine Gestionsänderung ergibt. Unabhängig von dieser Überlegung erscheint es zweckmäßig, den Vertrag über die stille Gesellschaft durch das Einbeziehen einer Fortsetzungsklausel zu ergänzen.

Einbringung des Sparkassenbetriebes (Art III UmgrStG) und Umwandlung der Anteilsverwaltung in eine Sparkassenstiftung (§ 13 Abs 3 KStG 1988) auf einen Stichtag

BMF 8. 8. 2000

☉ § 13 Abs 3 KStG 1988 hat die mit der sparkassenrechtlich formwechselnden und daher körperschaft- bzw schenkungssteuerneutralen Umwandlung im Zusammenhang stehenden Steuerfragen dahin gehend gelöst, dass sich die aus dem umwandlungsbedingten Wegfall der Eigenschaft einer unter § 7 Abs 3 KStG 1988 fallenden Körperschaft ergebende steuerliche Erfassung der stillen Reserven dadurch befristet vermeiden lässt, dass sie auf den Zeitpunkt der späteren tatsächlichen Realisierung hinausgeschoben wird. Da die zum Zeitpunkt der Umwandlung vorhandenen stillen Reserven erfasst werden sollen, sind diese Reserven „einzufrieren“ und in Evidenz zu halten, sodass die Nachversteuerung bei späterer Realisierung unabhängig von der Höhe des von der Sparkassenstiftung tatsächlich erzielten Überschusses Platz greift.



Die stillen Reserven ergeben sich hinsichtlich der einbringungsbedingt entstehenden Aktien im Hinblick auf Art III UmgrStG aus dem Unterschiedsbetrag zwischen dem steuerlich maßgebenden Buchwert des eingebrachten Bankbetriebes laut Einbringungsbilanz und dem Verkehrswert bzw im Entnahmefall dem Teilwert und hinsichtlich der nicht eingebrachten Aktiva aus dem nach allgemeinem Bilanzsteuerrecht bestehenden Unterschiedsbetrag zwischen den steuerlich maßgebenden Buchwerten und höheren Teilwerten. Es ist daher praktisch undenkbar, dass im Zeitpunkt der Umwandlung keine steuerlichen stillen Reserven vorhanden sind. Dies gilt ua auch für Wertpapiere, da § 56 Abs 5 BWG mangels Deckung in § 6 EStG 1988 keine ertragsteuerliche Wirkung besitzt. Da – wie erwähnt – die Verschiebung der Steuerpflicht eine Evidenznahme der stillen Reserven voraussetzt, wird für sämtliche auf die Privatstiftung übergehenden Aktiva eine Teilwertermittlung und damit auch allenfalls ein Gutachten über die Ermittlung derselben erforderlich sein.

Was den Zeitpunkt der formwechselnden Umwandlung anlangt, fingiert § 13 Abs 3 Z 1 KStG 1988 denselben mit Ablauf des Tages, zu dem die Schlussbilanz der umzuwandelnden Sparkasse aufgestellt wird. Soll die Einbringung des Sparkassenbetriebes in eine Aktiengesellschaft und die Umwandlung der entstehenden Anteilsverwaltung auf einen Stichtag erfolgen, ist zunächst davon auszugehen, dass die Einbringung nach Art III UmgrStG mit dem Ablauf des festgelegten Einbringungsstichtages als bewirkt gilt. Die Gegenleistung für die Einbringung gilt nach § 18 Abs 1 als mit Beginn des dem Einbringungsstichtag folgenden Tages als erworben. Ertragsteuerlich gesehen entsteht die umzuwandelnde Anteilsverwaltung somit erst mit diesem Folgetag. Das BMF hält es zur Vermeidung von zeitlichen und inhaltlichen Zurechnungsproblemen für gerechtfertigt, in diesem Fall mit Hilfe des in § 39 UmgrStG beschriebenen Umgründungsplanes eine Rückbeziehung der formwechselnden Umwandlung auf den Einbringungsstichtag zu erreichen, sodass auch die Umwandlung mit Ablauf des Einbringungsstichtages erfolgt.

Stiftung von Kapitalanteilen innerhalb der Spekulationsfrist des § 30 EStG 1988

BMF 8. 8. 2000

Ⓢ Die stiftungsmäßige Übertragung von entgeltlich erworbenen Kapitalanteilen auf eine Privatstiftung stellt keine Einbringung, dh keine tauschartige Sacheinlage, sondern eine unentgeltliche Zuwendung dar, bei der die Privatstiftung in die Rechtsstellung des Stifters eintritt. Damit läuft die mit der Anteilsanschaffung durch den Stifter ausgelöste Spekulationsfrist bei der Privatstiftung weiter. Im Falle einer Veräußerung innerhalb der Frist wäre der Überschuss der Einnahme gegenüber den Anschaffungskosten des Stifters und allfälligen Werbungskosten nach dem auch für die Privatstiftung geltenden § 30 EStG 1988 körperschaftsteuerpflichtig. Die Körperschaftsteuerbefreiung des § 13 Abs 2 Z 4 KStG 1988 wirkt

damit bei einer Veräußerung durch die Privatstiftung nach Ablauf der Zwölfmonatsfrist.

Anders wäre die Situation, wenn der Stifter die Anteile an die Privatstiftung innerhalb der Zwölfmonatsfrist veräußert oder bei einer gemischten Schenkung das Entgelt 50% des Wertes der Anteile übersteigt, da in diesen Fällen der Spekulationstatbestand beim Stifter anfällt.

Hat der Stifter nach dem Anteilserwerb Vermögen in die betreffende Gesellschaft innerhalb oder außerhalb des Art III UmgrStG eingebracht, gilt die dem Stifter zukommende Gegenleistung (Anteile oder Wertvermehrung der bestehenden Anteile bei Verzicht auf Anteilsgewährung) iSd Art III UmgrStG oder bei der Übertragung von Vermögen iSd § 12 Abs 2 UmgrStG außerhalb des Art III UmgrStG mit Beginn des dem Einbringungsstichtag folgenden Tages als angeschafft, sonst mit der Einlagevereinbarung. Damit wird neben der Erstanschaffung der Anteile eine mit der einbringungsbedingten Anschaffung verbundene zweite Spekulationsfrist in Gang gesetzt. Auch diese Frist läuft bei einer unentgeltlichen Zuwendung an die Privatstiftung bei dieser weiter. Bei einer Veräußerung nach Ablauf der ersten und vor Ablauf der zweiten Frist ist eine anteilige Körperschaftsteuerpflicht der Privatstiftung gegeben.

Zeitpunkt der Gewinnverwirklichung bei Einräumung einer im Folgejahr wirksam werdenden Kaufoption durch den Erwerber (§ 6 EStG 1988)

BMF 8. 8. 2000

Ⓢ Die Gewinnverwirklichung tritt mit der Verschaffung der Verfügungsmacht bzw mit dem Eintritt einer aufschiebenden Bedingung ein. Erwirbt der Veräußerer eine Option, nach der er das Betriebsvermögen innerhalb eines im Folgejahr festgelegten Zeitraumes an den die Option Einräumenden zu einem festgelegten Preis veräußern kann, kommt die Veräußerung mit der Ausübung der Option zustande.

Einbringung nach Art III UmgrStG durch den Treugeber der Anteile an der übernehmenden Körperschaft

BMF 17. 8. 2000

Ⓢ Zur Auslegung des § 19 Abs 2 Z 5 UmgrStG teilt das BMF mit, dass die Geltung des Art III UmgrStG ua davon abhängig ist, dass die Person des Einbringenden bekannt ist. Es liegt daher kein Einbringungshindernis bzw kein Problem des Verzichtes auf Gewährung von Anteilen vor, wenn der den Betrieb Einbringende über eine aufgedeckte Treuhandenschaft Alleingesellschafter der übernehmenden Kapitalgesellschaft ist.



Einbringung gem Art III UmgrStG

BMF 26. 7. 2000

§ Die Einbringung von Kapitalanteilen iSd § 12 Abs 2 Z 3 UmgrStG fällt unabhängig davon unter Art III UmgrStG, ob sie im Betriebs- oder Privatvermögen gehalten werden.

Sollte die die Kapitalanteile besitzende inländische Kommanditgesellschaft eine vermögensverwaltende Gesellschaft sein, liegt steuerlich eine Miteigentums-gemeinschaft der Gesellschafter der Personengesellschaft vor. Die Einbringung durch die Personengesellschaft fällt diesbezüglich für die einzelnen Gesellschafter unter § 17 UmgrStG (sofern der Anteil an der Personengesellschaft nicht zu einem Betriebsvermögen gehört). Soweit unbeschränkt Steuerpflichtige an der Personengesellschaft beteiligt sind, kommt § 17 Abs 1 zur Anwendung, soweit beschränkt Steuerpflichtige beteiligt sind, § 17 Abs 2 leg cit. Die zuletzt genannte Norm eröffnet ein Wahlrecht zwischen der Einbringung zu den steuerlichen Anschaffungskosten oder zum höheren Verkehrswert. Die Maßgeblichkeit dieser Norm für an der Personengesellschaft beteiligte ausländische Kapitalgesellschaften ist deshalb gegeben, da die Eigenschaft des ausländischen Einbringenden oder die Zugehörigkeit der Anteile zu einem ausländischen Betriebsvermögen nach der Isolationstheorie unbeachtlich ist, dh in jedem Fall die Einbringung von außerbetrieblichen Anteilen vorliegt. Im Falle der Wahl für eine „Buchwerteinbringung“ kann dem ausländischen Buchwert (in einem in inländische Währung umgerechneten Betrag) nach dem Gesetzesverständnis des § 17 Abs 1 UmgrStG keine für das Umgründungssteuerrecht maßgebende Bedeutung zukommen. Es kann vielmehr nur der Ansatz der nach § 31 EStG 1988 maßgebenden Anschaffungskosten zum Einbringungsstichtag in Betracht kommen. Das sind die historischen Anschaffungskosten des Anteiles einschließlich nachträglicher oder späterer Anschaffungskosten aufgrund von Kapitalerhöhungen, tatsächlichen Einlagen oder Anteilserwerben oder von Anschaffungskostenminderungen aufgrund von Einlagenrückzahlungen iSd § 4 Abs 12 EStG 1988. Eine im Ausland vorgenommene Teilwertabschreibung oder eine die Anschaffungskosten berührenden Investitionsbegünstigung kann daher keine steuerliche Wirkung haben. Sollte die Ermittlung der Anschaffungskosten nach den vorstehend dargestellten gesetzlichen Grundsätzen nicht möglich sein, bestehen keine Bedenken, den in der ausländischen Bilanz ausgewiesenen in inländische Währung umgerechneten Buchwert als Anschaffungskosten anzuerkennen, wenn glaubhaft gemacht wird, dass er weder durch eine ausländische steuerliche Investitionsbegünstigung noch durch eine Teilwertabschreibung beeinflusst wurde. Selbst wenn nach dem Vorstehenden keine vollständige Übereinstimmung des steuerlich maßgebenden Sacheinlagewertes mit dem ausländischen Buchwert bestehen sollte, ändert dies nichts am Grundsatz einer Einbringung ohne Aufwertung.

Sollte die die Kapitalanteile besitzende inländische Kommanditgesellschaft eine Mitunternehmerschaft sein, liegt eine Einbringung vor, die dem Grunde nach unter die zwingende Buchwertfortführung des § 16 Abs 1 UmgrStG fällt, soweit nicht nach § 16 Abs 4 leg cit eine steuerwirksame Aufwertung Platz greift. Geht man vom geltenden Grundsatz aus, dass die geringste gewerbliche Tätigkeit einer Personengesellschaft zur Annahme einer Mitunternehmerschaft und damit zum Vorliegen einer inländischen Betriebsstätte führt, die den vermögensverwaltenden Bereich in die einheitliche Gewinnermittlung einbezieht, ist diese Rechtsfolge auch im Falle der Beteiligung der (zunächst vermögensverwaltenden) Personengesellschaft an einer gewerblichen Mitunternehmerschaft gegeben.

Rückwirkende Rechtsgeschäfte sind ungeachtet ihrer zivilrechtlichen Zulässigkeit für den Bereich des Steuerrechts nicht anzuerkennen, es sei denn, im Gesetz ist eine besondere Vorschrift vorgesehen.

BMF 23. 8. 2000

§ Anders als zB im Grunderwerbsteuergesetz (§ 17) ist im § 30 EStG eine Rückgängigmachung des Spekulationsgeschäftes mit steuerlicher Wirkung nicht vorgesehen.

Wird daher ein Grundstücksverkauf nach einigen Jahren zu den ursprünglichen Verkaufsbedingungen und mit zivilrechtlicher Wirkung rückabgewickelt, beginnt mit Abschluss des Rückabwicklungsvertrages für den seinerzeitigen Verkäufer und nunmehrigen Rückkäufer eine neue Spekulationsfrist zu laufen.

Dachbodenausbau und Spekulationsgeschäft iSd § 30 EStG 1988

BMF 23. 8. 2000

§ Soweit Rechtsfragen des Einkommensteuergesetzes angesprochen sind, ist darauf zu verweisen, dass die Anschaffung eines Dachbodens zum Zwecke des Ausbaues im Wohnungseigentum und anschließender Vermietung den Spekulationstatbestand des § 30 EStG 1988 verwirklicht, wenn die nachfolgende Veräußerung innerhalb von zehn Jahren ab der Anschaffung erfolgt. Das BMF hält an der Auffassung fest, dass sich der Befreiungstatbestand des § 30 Abs 2 Z 1 EStG 1988 betr selbst hergestellte Gebäude nicht auf Teile eines bestehenden Gebäudes bezieht (vgl Pkt 3.2 Abs 5 der Durchführungsrichtlinien zu den Spekulationseinkünften, AÖF 1991/162, und Anfragebeantwortung v 7. 12. 1992, SWK 1993 A 184).

Rechtsprechungsübersicht Verfassungsgerichtshof

MICHAEL HOLOUBEK / MICHAEL LANG

1. UNABHÄNGIGKEIT HEISST AUCH DIENSTHOHEIT

Aufgehoben hat der VfGH § 18 VwGG wegen Widerspruchs zum verfassungsmäßig festgelegten Kontrollsystem des B-VG bezüglich der gesamten öffentlichen Verwaltung (**VfGH 10. 3. 2000, G 19/99**). Diese Vorschrift begründete in „Angelegenheiten des nichtrichterlichen Personals“ die Weisungsgebundenheit des Präsidenten des VwGH gegenüber dem Bundeskanzler. Nun obliegt dem VwGH (gemeinsam mit dem VfGH) als Träger der „Garantien der Verfassung und Verwaltung“ „die Sicherung der Gesetzmäßigkeit der gesamten öffentlichen Verwaltung“ (Art 129 B-VG). Damit ist der VwGH auch zur Kontrolle individueller hoheitlicher Rechtsakte sämtlicher Mitglieder der Bundesregierung, mithin auch solcher des Bundeskanzlers sowie der Bundesregierung überhaupt berufen. Ein derartiges verfassungsmäßig (bereits zum Zeitpunkt der inhaltlichen Erlassung des § 18 VwGG) vorgegebenes Kontrollsystem erlaubt keinen wie immer gearteten effektiven Eingriff des kontrollierten Organs in die Funktion des Kontrollierenden. Eine solche Annahme bedeutete nämlich geradezu eine Umkehrung der Kontrollrichtung und erwies sich als schlechthin systemwidrig. Sie kann auch nicht durch historische Ableitungen gerechtfertigt werden.

Dem Verfassungsgesetzgeber kann nicht zugesonnen werden, Art 87 Abs 2 B-VG in Bezug auf den Präsidenten des VwGH anders gemeint zu haben als dahin, ihn bloß als weisungsberechtigtes Organ gegenüber anderen Mitgliedern des VwGH im Bereich der monokratischen Justizverwaltung einzurichten, etwa hinsichtlich seiner Weisungsbefugnis in Bezug auf den Präsidialvorstand oder den Leiter des Evidenzbüros. Dies trifft sinngemäß aber auch dann zu, wenn er als Dienstbehörde (letzter Instanz) gegenüber dem Personal des VwGH tätig wird.

2. PRIVATRUNDFUNKBEHÖRDE VERFASSUNGSWIDRIG

Der VfGH hat festgestellt, dass § 13 des RegionalradioG idF vor der Nov BGBl I 1999/160 verfassungswidrig war (**VfGH 29. 6. 2000, G 175 – 266/99**). Diese Bestimmung richtet die Privatrundfunkbehörde als Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag gem Art 20 Abs 2 und Art 133 Z 4 B-VG ein. Der VfGH ist in seiner Rsp zu der Auffassung gelangt, dass die Einrichtung derartiger kollegialer Verwaltungsbehörden mit richterlichem Einschlag von Verfassung wegen nur ausnahmsweise zulässig ist, weil diese im Hinblick auf die damit verbundene Durchbrechung der Leitungs- und Weisungsbefugnis der

obersten Organe der Vollziehung und im Hinblick auf die dadurch bedingte Ausnahme von der parlamentarischen Kontrolle einer besonderen Rechtfertigung bedarf.¹⁾ Diese Rechtfertigung kann entweder darin liegen, dass solche Behörden dem Bild des Verfassungsgesetzgebers iSd Art 133 Z 4 B-VG entsprechen, dh wie der historische Befund zeige, dass solchen Behörden als Berufungs- und Beschwerdeinstanzen bloße Kontrollfunktionen anstelle der nachprüfenden Kontrolle durch den VwGH übertragen sind; oder darin, dass sie als Schieds- und Schlichtungsinstanzen eingerichtet sind; oder dass ihnen – wie zB den Grundverkehrsbehörden – auch Entscheidungen über civil rights übertragen sind; oder schließlich darin, dass – wie bei der Telekom-Control-Kommission – sich ihre Rechtfertigung aus dem Zusammenspiel von unterschiedlichem, aus der Materie resultierendem, insb technischem Sachverstand ergibt.

Für die Rechtfertigung der Einrichtung der Privatrundfunkbehörde als Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag liegt nach Auffassung des VfGH kein solches besonderes Kriterium vor. Der Privatrundfunkbehörde seien in erster und letzter Instanz Aufgaben der Verwaltungsführung, nämlich die Vergabe von Privatrundfunklizenzen übertragen, dh eine Verwaltungsaufgabe im klassischen Sinn, wie sie die Erteilung einer Genehmigung zur Ausübung einer unter Bewilligungsvorbehalt stehenden Tätigkeit darstellt. Es handle sich dabei um einen Verwaltungsbereich, der nicht – so wie im Telekom-Bereich – aus ganz besonderen Gründen eine solche Einrichtung gerechtfertigt hat. Bei den der Privatrundfunkbehörde übertragenen Aufgaben handelt es sich nämlich nach der Auffassung des VfGH um keinen so weitgehend neuen Verwaltungsbereich, der es zu rechtfertigen vermag, dessen Besorgung ausschließlich einer Kollegialbehörde gem Art 133 Z 4 B-VG zu übertragen. Auch der Hinweis der Bundesregierung im Verfahren, dass in diesem Bereich in hohem Maße auch „medienwissenschaftlicher Sachverstand“ ua im Hinblick auf Auswahlentscheidungen bei Lizenzerteilungen gem § 20 RRG erforderlich sei, war nach Auffassung des Gerichtshofs nicht geeignet, die Einrichtung der Privatrundfunkbehörde als unabhängige Kollegialbehörde iSd Art 133 Z 4 B-VG zu rechtfertigen. Bei der Beurteilung der Auswahlgrundsätze des § 20 RRG handle es sich wohl eher um wirtschaftliche Kenntnisse und solche der regionalen Gegebenheiten, wobei Letztere durch das Stellungnahmerecht der Länder (§ 16 RRG) ausreichend berücksichtigt seien. Der VfGH konnte auch nicht finden, dass mit der Übertragung der Erteilung von Privatrundfunk(sende)li-

1) Siehe VfSlg 11.500/1987 und insb VfGH 24. 2. 1999, B 1625/98.

zenzen an die Privatrundfunkbehörde die Entscheidung über civil rights verbunden ist.

§ 13 RRG widersprach daher der Verfassung, weil der Gesetzgeber seine – wegen des aus den Art 1 iVm Art 18 Abs 1, Art 20 Abs 1 sowie Art 129 ff B-VG ableitbaren Charakters der Republik Österreich als rechtsstaatlicher Demokratie mit parlamentarischem Regierungssystem – bedingte und begrenzte Ermächtigung gem Art 20 Abs 2 und Art 133 Z 4 B-VG, kollegiale Verwaltungsbehörden mit richterlichem Einschlag einzurichten, überschritten hat.

§ 13 RRG in der genannten Fassung war aber auch deswegen verfassungswidrig, weil der Gesetzgeber die Anrufung des VwGH gegen Bescheide der Privatrundfunkbehörde in dieser Fassung des Gesetzes nicht zugelassen hatte und die Regelung damit mit dem Rechtsstaatsprinzip, dem – wie aus Art 129 B-VG deutlich hervorgehe – die Sicherung der Gesetzmäßigkeit der gesamten öffentlichen Verwaltung immanent sei, nicht vereinbar war. Der Gesetzgeber dürfe bei der Schaffung von Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag, denen im Wesentlichen Aufgaben der Verwaltungsführung und nicht der Verwaltungskontrolle obliegen, nicht sowohl eine Kontrolle durch einen verwaltungsinternen Instanzenzug wie auch durch den VwGH ausschließen. Eine solche Beseitigung von verwaltungsinternem und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz bei Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag führt bei ihrer Einrichtung allein in oberster Instanz zu einem rechtsstaatlichen Mangel, der eine solche Konstruktion verfassungswidrig werden lässt.

3. MITTELS TELEFAX NACH ENDE DER AMTSSTUNDEN EINGEBRACHTE BERUFUNG RECHTZEITIG

Aufgehoben hat der VfGH einen Berufungsbescheid des UVS Wien, mit dem eine am letzten Tag der Berufungsfrist nach Ende der Amtsstunden mittels Telefax eingebrachte Berufung gem § 66 Abs 4 AVG als verspätet zurückgewiesen wurde (**26. 6. 2000, B 460/00**). Gem § 63 Abs 5 AVG ist die Berufung von der Partei binnen zwei Wochen bei der Behörde „einzubringen“, die den Bescheid in erster Instanz erlassen hat. Gem § 32 Abs 2 erster Satz AVG enden nach Wochen, Monaten oder Jahren bestimmte Fristen mit dem Ablauf desjenigen Tages, der durch seine Benennung oder Zahl dem Tag entspricht, an dem die Frist begonnen hat, womit sich bereits aus dem Gesetzestext ergibt, dass die jeweilige Frist am letzten Tag der Frist um 24.00 Uhr endet.²⁾ Gem § 13 Abs 2 AVG sind Rechtsmittel und fristgebundene Anbringen schriftlich einzubringen, gem § 13 Abs 1 letzter Satz AVG können schriftliche Anbringen nach Maßgabe der vorhandenen technischen Möglichkeiten ua auch mit Telefax eingebracht werden. Da die „Einbringung“ der Berufung bis zum Ablauf des letzten Tages der Berufungsfrist (24.00 Uhr) die Rechtsmittelfrist wahrt, ist eine bis zu diesem Zeitpunkt mit Telefax – durch „erfolgreiches Übersenden“ des Telefax – der Behörde übermittelte schriftliche Berufung rechtzeitig. In gleicher Weise genügt zur Wahrung der Rechts-

mittelfrist – nach stRsp des VwGH – die Übergabe eines schriftlichen Rechtsmittels an die Post zur Beförderung vor Ablauf des letzten Tages der Frist.

Gesondert von dem – für die Frage der Wahrung der prozessualen Frist des § 63 Abs 5 AVG entscheidenden – Zeitpunkt des „Einbringens“ der Berufung ist jedoch der Zeitpunkt des „Einlangens“ der Berufung zu beurteilen. Dieser Zeitpunkt hat ausschließlich Bedeutung für das Ende bzw für den Beginn von Fristen, die auf das „Einlangen“ eines Anbringens abstellen, jedoch keine Bedeutung für die Wahrung solcher Fristen wie jener des § 63 Abs 5 AVG haben, bei denen es auf das „Einbringen“ ankommt.

Für den Fall der Einbringung einer schriftlichen Berufung (ua) mittels Telefax wird nunmehr mit dem im Rahmen der Nov zum AVG durch das BG BGBl I 1998/158 dem § 13 Abs 5 AVG angefügten letzten Satz ausschließlich für „mit Telefax, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise eingebrachte Anbringen“ der Zeitpunkt festgelegt, der für den Beginn bzw für das Ende von Fristen maßgeblich ist, die auf das „Einlangen“ und nicht auf das „Einbringen“ abstellen.³⁾ So beginnt im Fall der Einbringung einer Berufung im Wege des Telefax am letzten Tag der Berufungsfrist nach Ende der Amtsstunden beispielsweise die sechsmonatige Frist zur Stellung eines Devolutionsantrages gem § 13 Abs 5 letzter Satz AVG erst mit dem Wiederbeginn der Amtsstunden. Dies bedeutet aber nicht, dass mit dem letzten Satz des § 13 Abs 5 AVG eine Aussage für die Frage getroffen wird, wann das Rechtsmittel rechtzeitig „eingebracht“ ist. Der VfGH kann daher der Argumentation des VwGH nicht folgen, derzufolge „eine mit Telefax außerhalb der Amtsstunden eingebrachte Berufung – entgegen § 13 Abs 5 letzter Satz AVG – erst mit dem Wiederbeginn der Amtsstunden als bei der Behörde ‚eingebracht‘ gelten solle“,⁴⁾ weil § 13 Abs 5 letzter Satz AVG normiert, dass (ua) eine mit Telefax außerhalb der Amtsstunden eingebrachte Berufung erst mit Wiederbeginn der Amtsstunden als bei der Behörde „eingelangt“ gilt.

Die belangte Behörde hatte daher dadurch, dass sie die Berufung als verspätet zurückwies, zu Unrecht eine Sachentscheidung verweigert; der angefochtene Bescheid verletzte den Bf in seinem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter gem Art 83 Abs 2 B-VG.

4. KÜRZUNG DER KOSTENERSTATTUNG BEI INANSPRUCHNAHME VON WAHLÄRZTEN NICHT VERFASSUNGSWIDRIG

Der VfGH hat 27 Gerichtsanträge auf Aufhebung von Bestimmungen des ASVG und zahlreichen Satzungsbestimmungen der Gebietskrankenkassen teils

2) Vgl auch VwGH 17. 1. 1990, 89/03/0003.

3) ZB § 73 Abs 3 und § 64a Abs 1 und 3 AVG, § 7e Abs 4 und 6 AVG, § 24 Abs 4 und 5 GTG, § 101 Abs 5 und § 104 Abs 9 KFG.

4) VwGH 5. 8. 1999, 99/03/0311.

zurück-, teils abgewiesen (**VfGH 18. 3. 2000, G 24/98 ua**). Im Mittelpunkt der Verfahren stand die Frage, ob die für den Fall der Inanspruchnahme eines Wahlarztes zur Krankenbehandlung in § 131 Abs 1 ASVG idF der 53. Nov zum ASVG, BGBl 1996/411, im Verhältnis zur bis dahin in Geltung gestandenen Fassung des Stammgesetzes vorgesehenen Einschränkung der Erstattung von Kosten der Krankenbehandlung von jenem Betrag, den der Versicherungsträger bei Inanspruchnahme eines Vertragspartners hätte aufwenden müssen, auf 80% dieses Betrages dem Gleichheitssatz widerspricht. Der VfGH hob zwar die Bedeutung der Wahlärzte für eine flächendeckende Gesundheitsvorsorge der Bevölkerung hervor und teilte auch die Auffassung der antragstellenden Gerichte, dass Einschränkungen der Kostenersatzung der sachlichen Rechtfertigung bedürfen. Der Gerichtshof hielt es aber für zulässig, die Mehr-

kosten der Verwaltung aus Verrechnung und Kontrolle den Verursachern durch Tarfkürzungen zu verrechnen und dabei auch kostensteigernde Effekte wegen der erschwerten Sicherstellung der „Beachtung ökonomischer Grundsätze bei der Leistungserbringung“ zu berücksichtigen. Aus dieser Sicht schien dem VfGH die Kürzung der Erstattungsbeträge um 20% als unbedenklich. Der Gesetzgeber dürfe die Kürzung aufgrund einer vergrößernd-pauschalierenden Regelung vornehmen. Daher lehnte es der VfGH auch ab, die Verwaltungskosten mittels einer „betriebswirtschaftlichen Feinanalyse“ nachzuprüfen. Wenn die damit im Interesse der Systemerhaltung erzielte Kostenersparnis allenfalls auch eine gewisse Schranke des Zuganges zu Wahlärzten mit sich bringe, so vermöge dies an der verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit der Regelung nichts zu ändern. ■

Können Verletzungen von WTO-Recht durch einzelne Betroffene geltend gemacht werden?

Das WTO-Streitbeilegungssystem nach der Uruguay-Runde (vgl ecolex 2000, 836) bietet ein weitgehend effizientes Instrumentarium zur Durchsetzung zwischenstaatlicher Handelsverpflichtungen. Allerdings sind nur WTO-Mitgliedstaaten als Verfahrensparteien vor WTO-Panels bzw dem WTO-Berufungsgremium zugelassen. Durch die Verletzung von WTO-Recht betroffene Einzelne – seien es Produzenten, Exporteure, Konsumenten, Umweltaktivisten oder andere – können nur sehr eingeschränkt WTO-Verletzungen rechtlich geltend machen.

AUGUST REINISCH

1. EINLEITUNG

Die WTO-Rechtsordnung konzipiert die Liberalisierungsziele der multilateralen Handelsübereinkommen (GATT, GATS, TRIPs) und ihrer Nebenübereinkommen als zwischenstaatliche Verpflichtungen. Es ist daher konsequent, dass im Hinblick auf die Streitbeilegung bei Meinungsverschiedenheiten über die Erfüllung dieser Verpflichtungen immer von „Zugeständnissen oder sonstigen Vorteilen“ der „Vertragsparteien“¹⁾ bzw „Pflichten“ der „Mitglieder“²⁾ dh der WTO-Mitgliedstaaten,³⁾ die Rede ist.

Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass hinter dieser volkswirtschaftlichen Betrachtung in der Regel ganz wesentliche Interessen einzelner Handelsteilnehmer oder sonstiger Betroffener stehen. Wenn in GATT-widriger Weise mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen⁴⁾ verhängt werden, dann gibt es nicht nur benachteiligte Ausfuhrländer, sondern va direkt geschädigte Exporteure. Wenn WTO-Mitglieder ihre eigene Industrie in einer Art und Weise fördern, die

gegen das Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen⁵⁾ verstößt, dann sind davon nicht nur andere Volkswirtschaften, sondern va Konkurrenten auf dem Weltmarkt betroffen. Wenn nationale Praktiken gegen das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen⁶⁾ verstoßen,

1) Vgl Art XXIII(1) GATT.

2) Vgl Art XXIII(1) GATS.

3) Gem Art XI und XII WTO-Übereinkommen können nicht nur Staaten, sondern auch die Europäischen Gemeinschaften (als ursprüngliches WTO-Mitglied ausdrücklich genannt) sowie andere gesonderte Zollgebiete, die in der Wahrnehmung ihrer Außenhandelsbeziehungen und hinsichtlich der übrigen WTO-relevanten Angelegenheiten volle Handelsfreiheit besitzen, Mitglied werden. Dennoch wird in der Folge – verkürzt – nur der Begriff „Mitglieder“ oder „Mitgliedstaaten“ verwendet.

4) Art XI GATT.

5) In Anhang 1 A: Multilaterale Übereinkommen zum Warenhandel; ABl 1994 L 336/156.

6) In Anhang 4: Plurilaterale Handelsübereinkommen; ABl Nr C 256/2 vom 3. 9. 1996.

dann gibt es wohl nicht bloß geschädigte Staaten, sondern va übergangene Bieter. Wenn WTO-Mitglieder im Hinblick auf das Übereinkommen zur Durchführung des Artikels VI des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens 1994⁷⁾ überhöhte Antidumping-Zölle verhängen, dann sind es nicht so sehr die Herkunftsländer der „gedumpten“ Produkte als vielmehr deren Hersteller, die wirtschaftlichen Schaden erleiden. Die Beispiele ließen sich endlos fortsetzen. Sie zeigen jedoch, dass es bei Fragen des WTO-Rechts nicht bloß um zwischenstaatliche, durch völkerrechtliche Verträge abgesicherte Rechtsbeziehungen geht, sondern vielmehr um massive wirtschaftlichen Interessen Einzelner. Und dabei wurden die gesamtgesellschaftlichen Auswirkungen internationaler Handelsvereinbarungen, etwa auf den Umweltschutz, die Frage der Sozialstandards u dergl, gar nicht erwähnt. Um so unbefriedigender erscheint es, die Beseitigung der illustrativ genannten WTO-Rechtsverletzungen ausschließlich den Mitgliedstaaten zu überlassen.

Genau dies ist jedoch geltendes (WTO-)Recht.

2. DIREKTE GELTENDMACHUNG VOR WTO-STREITBEILEGUNGSORGANEN

In seiner derzeitigen Form ist das WTO-Streitbeilegungsverfahren ein rein zwischenstaatliches: Nur WTO-Vertragsparteien, dh Staaten und unabhängige Zollgebiete, wie etwa die EG, Hongkong oder Macao, sind befugt, ein Verfahren nach dem WTO-Streitbeilegungsabkommen (Dispute Settlement Understanding = DSU)⁸⁾ einzuleiten. Das DSU definiert zwar nicht ausdrücklich, wer als legitimiert anzusehen ist, ein Streitbeilegungsverfahren zu beantragen. Allerdings ergibt sich aus dem Geltungsbereich des DSU, dass es auf „Streitigkeiten zwischen Mitgliedern hinsichtlich ihrer Rechte und Pflichten“ Anwendung finden soll.⁹⁾ Auch in zahlreichen Panelentscheidungen und mittlerweile auch in Berichten des Berufungsgremiums wurde die ausschließliche Parteifähigkeit von WTO-Mitgliedstaaten bekräftigt.¹⁰⁾

Damit handelt es sich beim WTO-Streitbeilegungsverfahren um den klassischen Fall dessen, was im Völkerrecht als „Mediatisierung des Einzelnen“¹¹⁾ bezeichnet wird, wonach Eingriffe in die Rechtsposition Einzelner nicht unmittelbar von diesen selbst, sondern nur mittelbar durch ihre Heimatstaaten im Wege des diplomatischen Schutzrechts geltend gemacht werden können. Nicht zu Unrecht könnte man daher das WTO-Streitbeilegungsverfahren auch als institutionalisierte Form der Ausübung diplomatischen Schutzes bezeichnen.

Eine solche Limitierung der Klagslegitimation auf WTO-Mitgliedstaaten ist natürlich problematisch, wenn es um die Wahrung der Interessen Einzelner geht. Es muss sich jeweils ein WTO-Mitglied finden, die Verletzung von WTO-Vorschriften durch ein anderes zu rügen. Es sind allerdings durchaus Situationen vorstellbar, in denen eine solche Bereitschaft nicht gegeben ist. Die Wahrung guter Handels- bzw allgemeiner politischer Beziehungen mit dem verletzenden Staat oder mangelndes Interesse an der Klä-

rung der rechtlichen Zulässigkeit einer Handelspraxis, die man vielleicht selbst übt, können für ein WTO-Mitglied wichtige Überlegungen sein, auf die Einleitung eines Streitbeilegungsverfahrens zu verzichten. Wer im Glashaus sitzt, . . .

a) FRAGE DER ANTRAGSLEGITIMATION EINZELNER

Es ist daher nicht erstaunlich, dass in der Literatur bereits mehrfach und von Seiten der anwaltlichen Praxis immer stärker die Klagslegitimation Einzelner vor WTO-Panels gefordert wurde.¹²⁾

Für eine solche Möglichkeit spricht nicht nur das Interesse der Betroffenen, es lässt sich auch ein wichtiges systemimmanentes Argument finden. So spricht einiges dafür, dass eine solche Form der „delegierten“ Rechtsdurchsetzung ein effizienteres Vehikel zur Verwirklichung der Liberalisierungsgedanken der WTO-Übereinkommen sein könnte als die staatlich gefilterte. Denn das unmittelbare wirtschaftliche Interesse der einzelnen Betroffenen würde in Summe zu einem höheren Durchsetzungsdruck von WTO-Verpflichtungen führen.

Hinter diesem Gedanken steht nicht nur die amerikanische Vorstellung vom „private attorney general“, der mit seinem ureigensten Interesse auch gleichzeitig die Rechte der Allgemeinheit wahrt. Es spiegelt sich darin auch ein Teil der im Rahmen der Schaffung eines Gemeinsamen Marktes in der EG gewonnenen Erfahrungen. Auch hier hat sich gezeigt, dass die Beseitigung zwischenstaatlicher Handelshemmnisse durch die Klagsmöglichkeit Einzelner effektiver erzielt wurde, als durch die Aufsichtsbefugnisse der EG-Kommission.¹³⁾

7) In Anhang 1 A: Multilaterale Übereinkommen zum Warenhandel; ABl 1994 L 336/103.

8) Vereinbarung über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten vom 15. 4. 1994, Dispute Settlement Understanding (zitiert als DSU). Deutscher Text in ABl 1994 L 336/234.

9) Art 1(1) DSU.

10) Vgl die Feststellung des Berufungsgremiums im Krevetten/Schildkrötenfall: „... access to the dispute settlement process of the WTO is limited to Members of the WTO. This access is not available, under the covered agreements as they currently exist, to individuals or international organizations, whether governmental or non-governmental.“ „United States-Import prohibitions of Certain Shrimp and Shrimp Products“, Appellate Body Report, WT/DS 58/AB/R, para 101.

11) Vgl *Neuhold/Hummer/Schreuer* (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts³, Wien (1997) 463f.

12) *Jackson/Louis/Matsushita*, Implementing the Tokyo Round: National Constitutions and International Economic Rules (1984) 207 ff; *Jackson*, *The World Trading System* (1997) 153f. Vgl auch allgemein die Diskussion in *Mavroidis* (Moderator), Is the WTO dispute settlement mechanism responsive to the needs of the traders? Would a system of direct action by private parties yield better results? 32 *Journal of World Trade* 2/1998, 147–165.

13) Dass dies nicht notwendigerweise zu einer unmittelbaren Klagsbefugnis Einzelner gegen EG-widrige Maßnahmen von EG-Mitgliedstaaten führen muss, sondern auch anders realisiert werden kann, zeigt die vom EuGH entwickelte Judikatur, wonach sich Einzelne vor innerstaatlichen Gerichten unmittelbar auf EG-Recht berufen können. Vgl im diesem Zusammenhang die Leitentscheidung des EuGH Rs 26/62, *Van Gend en Loos*, Slg 1963, 1, der in diesem Zusammenhang der „Wachsamkeit der an der Wahrung ihrer Rechte interessierten Einzelnen“ eine wichtige Kontrollfunktion in Ergänzung zu jener der Kommission beimisst.

Die Verwirklichungschancen einer solchen Öffnung des WTO-Streitbeilegungsverfahrens werden allerdings allgemein als gering eingeschätzt. Auch von den Panels und vom Berufungsgremium wurde die Teilnahme nicht-staatlicher Organisationen oder Privater als Verfahrensparteien bisher stets eindeutig abgelehnt.¹⁴⁾

b) ANDERE TEILNAHMEMÖGLICHKEITEN

Dennoch zeigt sich gerade in der jüngeren Verfahrenspraxis vor den WTO-Streitbeilegungsorganen, insb in den Berichte des Berufungsgremiums, dass interessierten Dritten gewisse Partizipationsmöglichkeiten eingeräumt werden, ohne dass dazu eine formelle Revision der Verfahrensvorschriften des DSU erforderlich gewesen wäre.

aa) Amicus curiae Schriftsätze

Wichtigstes Beispiel ist die Frage der Zulässigkeit von so genannten *amicus curiae* Schriftsätzen, über die sich in den letzten Jahren ein größere Debatte entwickelt hat. Das amerikanische Prozessrecht stellt es den Gerichten generell frei, Schriftsätze von Nichtverfahrensparteien entgegenzunehmen, ohne dass diese ein besonderes faktisches oder rechtliches Interesse am Streitgegenstand nachweisen müssen. Sie können als „Freunde des Gerichts“ ihre Rechtsauffassung kundtun und werden insb auch vor dem amerikanischen Höchstgericht regelmäßig gehört. Es ist daher nicht verwunderlich, dass gerade die USA und amerikanische Anwälte die Beachtlichkeit von *amicus curiae* Schriftsätzen vor WTO-Panels einfordern.

Diese reagierten anfangs zögernd, enthält doch das DSU keinerlei Vorschriften über *amicus curiae* Schriftsätze. Doch allmählich fanden solche Schriftsätze Beachtung, sofern sie als Teil der von den WTO-Mitgliedern selbst vorgelegten Schriftsätze eingebracht wurden. Das Berufungsgremium entschied schließlich im Krevetten/Seeschildkröten-Fall,¹⁵⁾ dass es darüber hinaus im Ermessen der Panels stehe, auch nicht verlangte *amicus curiae* Schriftsätze von Nichtverfahrensparteien zu berücksichtigen.¹⁶⁾ Im Britischen Stahl-Fall¹⁷⁾ bekräftigte das Berufungsgremium jüngst diese Auffassung, betonte jedoch, dass aus diesem Ermessen keinerlei Verpflichtung folge, *amicus curiae* Schriftsätze zu beachten.¹⁸⁾

bb) Anwälte als Parteienvertreter

Im WTO-Streitbeilegungsverfahren werden die Mitgliedstaaten in der Regel von hohen Beamten vertreten. Sowohl die EG-Kommission als auch das Büro des US Trade Representative, die administrativen Einheiten der beiden am häufigsten in WTO-Verfahren involvierten Mitglieder, beschäftigen zu diesem Zweck eine ganze Reihe von WTO-Spezialisten. Diesen Luxus können und wollen sich jedoch nicht alle WTO-Mitglieder leisten. Es ist daher nicht verwunderlich, dass insb kleinere Entwicklungsländer auf die Dienste spezialisierter Anwaltskanzleien zurückgreifen.

Als sich der karibische Mitgliedstaat St. Lucia im Laufe des Bananen-Streits von privaten Anwälten

vertreten lassen wollte, kam es vorerst zum Eklat. Auf Betreiben zweier anderer am Verfahren beteiligter WTO-Mitglieder (USA und Mexico) wurde ihnen die Teilnahme verwehrt.¹⁹⁾ (Dies entbehrte nicht einer gewissen Pikanterie, sind es doch in erster Linie amerikanische Anwälte – gut vertreten durch die starke Lobby der US Anwaltskammer²⁰⁾ –, die eine Vertretungsbefugnis vor der WTO fordern.) Das Berufungsgremium zeigte sich jedoch auch hier offener und urteilte, dass es den Mitgliedern in allen Verfahrensabschnitten frei stünde, über die Zusammensetzung ihrer Delegationen zu entscheiden – ein Prinzip, das jüngst auch das Panel im Indonesischen Automobil-Fall²¹⁾ beachtete.

Darüber hinaus zeigt sich in der Praxis vor den WTO-Streitbeilegungsorganen, dass dort, wo Mitgliedstaaten die Sache Einzelner unterstützen, Letztere häufig als die eigentlichen Verfahrensteilnehmer anzusehen sind, indem sie weitgehend die logistischen Vorarbeiten leisten, die rechtlichen Argumente erarbeiten und – nicht zuletzt – die Kosten tragen. Im Kodak/Fuji-Fall²²⁾ waren es in erster Linie die Anwälte der betroffenen Firmen, die auf verschiedenen Ebenen den Rechtsstreit ihrer Klienten austrugen, und nur sekundär die USA und Japan, die ein WTO-Verfahren durchzogen.

3. INDIREKTE GELTENDMACHUNG VOR STAATLICHEN ORGANEN

Die Tatsache, dass es Privaten nach derzeitigem Stand des WTO-Streitbeilegungssystems nicht möglich ist, ein Verfahren in Gang zu setzen, heißt noch nicht, dass sie im klassischen Sinne zur Durchsetzung ihrer Interessen ausschließlich auf den guten Willen ihrer Regierungen angewiesen sind.

Vielmehr bieten sich zwei grundsätzliche Alternativen. Einerseits sehen eine Reihe nationaler Rechtsordnungen – wohl im Bewusstsein der Defizite des DSU – die rechtlich durchsetzbare Möglichkeit vor, dass Einzelne ein Tätigwerden der Regierung vor den WTO-Streitbeilegungsorganen erzwingen können; andererseits ist es denkbar, dass das mitgliedstaatliche Recht, die Vorschriften der WTO-Übereinkommen

14) Krevetten/Seeschildkrötenfall. Vgl das Zitat oben (FN 10).

15) „United States-Import prohibitions of Certain Shrimp and Shrimp Products“, Panel Report, WT/DS 58/R; Appellate Body Report, WT/DS 58/AB/R angenommen am 15. 5. 1998.

16) WT/DS 58/AB/R, Abs 102.

17) „United States – Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom“, Panel Report, WT/DS 138/R, Appellate Body Report, WT/DS 138/AB/R, angenommen am 7. 6. 2000.

18) WT/DS 138/AB/R, Abs 39.

19) Siehe *Martha*, Representation of Parties in World Trade Disputes, Journal of World Trade Law 2/1997, 83–96.

20) Vgl *Ehrenhaft*, ‚Right to counsel‘ in WTO dispute settlement proceedings. A 1998 resolution of the American Bar Association, Journal of International Economic Law 1999, 159.

21) „Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry“, Panel Report, angenommen am 23. 7. 1998, WT/DS 54/R, WT/DS 55/R, WT/DS 59/R, WT/DS 64/R, para. 14.1.

22) Japan – Measures affecting consumer photographic film and paper“, Panel Report, angenommen am 22. 4. 1998, WT/DS 44/R.

als unmittelbar wirksam ansieht und somit dem Einzelnen die Berufung darauf vor staatlichen Organen ermöglicht.

a) NATIONALE HANDELSSCHUTZ-INSTRUMENTE

Da es sich – wie oben gezeigt – bei der Verfolgung und Durchsetzung von Interessen Einzelner durch die WTO-Mitgliedstaaten im Wege der Streitbelegungsverfahren nach dem DSU um eine Art institutionalisierter Ausübung diplomatischen Schutzes handelt, stellt sich aus der Perspektive der Betroffenen die Frage, ob es irgendeinen rechtlich erzwingbaren Anspruch auf Ausübung des diplomatischen Schutzrechtes gibt. Nach unbestrittener, herrschender völkerrechtlicher Auffassung ist dies zu verneinen.²³⁾ Allerdings steht auch fest, dass es das Völkerrecht den Staaten freistellt, in ihren nationalen Rechtsordnungen Ansprüche und Verfahren vorzusehen, die der vollziehenden Gewalt eine solche Verpflichtung auferlegen. Art 112 Abs 2 der Weimarer Verfassung 1919 ist ein klassisches – und seltenes – Beispiele dafür.

Spezifische Außenhandelsgesetze der USA und der EG beinhalten jedoch genau solche, miteinander vergleichbare Instrumentarien.

aa) Section 301

Die berühmte Section 301 des Trade Act of 1974²⁴⁾ ist der Kern der amerikanischen, gegen unfaire Handelspraktiken gerichteten Gesetzgebung. Sie erlaubt es Privaten, einen Antrag an den amerikanischen Handelsbeauftragten (United States Trade Representative = USTR) zu stellen, um gegen ausländische Handelspraktiken vorzugehen, die gegen bestehende Handelsabkommen verstoßen oder in sonstiger Weise als „unreasonable“ erscheinen.

Section 301 erlaubt dem USTR jedoch nicht nur die Verfolgung amerikanischer Interessen im Rahmen der WTO, sondern auch einseitig handelspolitische Vergeltungsmassnahmen (insb Strafzölle) zu verhängen. Dieser in den 1970er und 1980er Jahren auch durchaus praktizierte „aggressive Unilateralismus“²⁵⁾ schürte Befürchtungen, dass die USA die Autorität des neuen WTO-Streitbelegungssystems dadurch untergraben könnten. Die bisherige Erfahrung seit Inkrafttreten der WTO-Übereinkommen hat jedoch gezeigt, dass Section 301 weitgehend bloß als Vorstufe zur Einleitung von WTO-Konsultationen bzw -Streitbeilegung eingesetzt wurde.²⁶⁾

bb) HandelsbarrierenVO

Die HandelsbarrierenVO vom 22 Dezember 1994²⁷⁾ ersetzt das neue Handelspolitische Instrument aus dem Jahr 1984,²⁸⁾ die beide im Wesentlichen als europäisches Pendant zur US Section 301 angelegt sind. Mit der HandelsbarrierenVO „sollen Verfahren geschaffen werden, um zu beantragen, dass die Gemeinschaftsorgane gegen die von Drittländern eingeführten oder beibehaltenen Handelshemmnisse, die eine Schädigung hervorrufen oder andere handelschädigende Auswirkungen haben, vorgehen, sofern

das Recht zu einem Vorgehen gegen derartige Hemmnisse nach den einschlägigen internationalen Handelsregeln besteht.“²⁹⁾

Antragslegitimiert sind nicht nur Mitgliedstaaten³⁰⁾ und natürliche und juristische Personen, die im Namen eines ganzen Wirtschaftszweigs der Gemeinschaft handeln,³¹⁾ sondern auch einzelne Unternehmen der Gemeinschaft.³²⁾ Wird von den Antragstellern glaubhaft gemacht, dass eine Handelsschädigung vorliegt, so eröffnet die Kommission – nach einem internen Konsultationsverfahren mit den Mitgliedstaaten³³⁾ – ein gemeinschaftliches Untersuchungsverfahren, das im Amtsblatt hinsichtlich betroffener Waren und/oder Dienstleistungen und betroffener Länder bekannt gemacht wird.³⁴⁾ Stellt sich dabei heraus, dass „die Interessen der Gemeinschaft ein Eingreifen erfordern“,³⁵⁾ so können geeignete Maßnahmen ergriffen werden, um Schädigungen zu beseitigen. Als mögliche Gemeinschaftsmaßnahmen werden demonstrativ genannt: die Aussetzung oder Rücknahme von in handelspolitischen Verhandlungen vereinbarten Zugeständnissen, die Anhebung bestehender Zollsätze oder die Einführung anderer Einfuhrabgaben und die Einführung mengenmäßiger Beschränkungen oder jeder anderen Maßnahme, welche die Einfuhr- oder Ausfuhrbedingungen verändert oder den Waren- und Dienstleistungsverkehr mit dem betreffenden Drittland in anderer Weise beeinflusst.³⁶⁾ Die HandelsbarrierenVO schreibt ausdrücklich vor, dass diese Maßnahmen erst nach Abschluss internationaler Konsultations- oder Streitbelegungsverfahren und nur im Rahmen der Genehmigung internationaler Streitbelegungsorgane, soweit diese – wie im Fall der WTO – für die Gemeinschaft verbindlich sind, verhängt werden dürfen.³⁷⁾

Der Rechtsschutz für den Einzelnen wird insb dadurch gestärkt, dass die mit Gründen zu versehenen und im Amtsblatt zu verlautbarenden³⁸⁾ Beschlüsse der Kommission vor den Gemeinschaftsgerichten kämpfbar sind.

23) *Neuhold/Hummer/Schreuer* (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts³. Wien (1997) 140.

24) 19 USC § 2411 et seq.

25) *Bhagwati/Patrick* (Hrsg), *Aggressive Unilateralism: America's 301 Trade Policy and the World Trading System* (1990).

26) Vgl *Schaefer*, Section 301 and the WTO. A Largely Peaceful Coexistence to Date, *Journal of International Economic Law* 1998, 156.

27) Verordnung (EG) Nr. 3286/94 des Rates vom 22. Dezember 1994 zur Festlegung der Verfahren der Gemeinschaft im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik zur Ausübung der Rechte der Gemeinschaft nach internationalen Handelsregeln, insbesondere den im Rahmen der Welthandelsorganisation vereinbarten Regeln. *ABl L 349 31. 12. 1994 S 71*.

28) Ratsverordnung Nr 2641/84. *ABl L 252, 1*

29) Ratsverordnung Nr 3286/94, Präambel.

30) Art 6 HandelsbarrierenVO.

31) Art 3 HandelsbarrierenVO.

32) Art 4 HandelsbarrierenVO.

33) Art 7 HandelsbarrierenVO.

34) Art 8 HandelsbarrierenVO.

35) Art 12(1) HandelsbarrierenVO.

36) Art 12(3) HandelsbarrierenVO.

37) Art 12(2) HandelsbarrierenVO.

38) Art 12(4) HandelsbarrierenVO.

Die bisherige Praxis zeigt, dass die HandelsbarrierenVO, die gegenüber ihrer Vorläufergesetzgebung, dem Neuen Handelspolitischen Instrument, eine erheblich erweiterte Antragslegitimation für Einzelne vorsieht,³⁹⁾ durchaus effektiv ihre Ziele verfolgt. Als Beispiel kann das erste, unter der HandelsbarrierenVO eingeleitete Verfahren dienen.⁴⁰⁾ Auf Antrag der italienischen Textilvereinigung wurde eine Änderung amerikanischer Ursprungsregeln geprüft, wonach bestimmte aus Drittstaaten stammende und in der Gemeinschaft bedruckte und gefärbte Textilien nicht mehr als „Made in Europe“ galten und daher einem nachteiligen Einfuhrregime unterfielen. Nachdem die Gemeinschaft die Beschwerde geprüft hatte und formelle WTO-Konsultationen beantragt hatte, wurde – noch vor deren Einleitung – eine informelle Lösung gefunden und die USA kehrten zu ihren bisherigen Ursprungsregeln zurück.

b) BERUFUNG AUF WTO-RECHT VOR DEN GERICHTEN DER MITGLIEDER

Doch auch diese quasi-justiziellen Verfahren garantieren den Einzelnen keineswegs immer die Einhaltung für sie relevanter GATT/WTO-Bestimmungen. Das Ermessen hinsichtlich der Ausübung handelspolitischer Maßnahmen wird zwar prozedural und materiellrechtlich eingeschränkt, es bleibt aber im Kern dennoch erhalten und so verwundert es auch kaum, dass Section 301 Verfahren und solche nach der HandelsbarrierenVO in Vielem mehr einem institutionalisierten Lobbying als einem Gerichtsverfahren ähneln.

Doch auch der mögliche Beschwerdegegenstand zeigt eine sehr wesentliche Einschränkung. Denn nach beiden Rechtsinstrumenten kann bloß hinsichtlich fremder Handelsbeschränkungen Beschwerde geführt werden, eine GATT/WTO-widrige amerikanische Maßnahme kann nicht durch Section 301 bzw eine europäische Maßnahme kann nicht durch die HandelsbarrierenVO bekämpft werden. Wie insb die Bananenfälle hinlänglich gezeigt haben, ist aber gerade dies oft das Problem einzelner Betroffener. Wenn etwa Gemeinschaftsimporteure von der Einführung GATT-widriger mengenmäßiger Beschränkungen durch den Ausschluss oder die geringe Zuteilung von Einfuhrquoten durch die EG benachteiligt werden, so nützt ihnen die HandelsbarrierenVO überhaupt nicht. Sie müssen versuchen, eine solche Verletzung „intern“ geltend zu machen, und werden sich dabei auf die unmittelbare Anwendbarkeit von GATT/WTO-Recht berufen.

Die Frage, ob GATT/WTO-Recht unmittelbar anwendbar ist, gehört zu den „heißen Themen“ des internationalen Wirtschaftsrechts. Für Österreich ist jedenfalls festzuhalten, dass die bisherige GATT-freundliche Rezeption der Höchstgerichte⁴¹⁾ durch den Beitritt zur Zollunion EG obsolet geworden ist. Fragen der unmittelbaren Anwendbarkeit von GATT/WTO-Recht stellen sich daher in der Praxis fast nur noch im Verhältnis WTO-Übereinkommen / Gemeinschaftsrecht.

aa) USA

Die USA haben die generell restriktive Haltung ihrer Gerichte zur Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge im Hinblick auf die WTO-Übereinkommen durch einen klaren legislativen Ausschluss derselben bekräftigt. Nach Section 102 des Uruguay Round Agreement Act soll niemand „einen Rechtsanspruch oder eine Rechtfertigung aus irgendeinem der Übereinkommen der Uruguay Runde ableiten“ und es soll niemandem möglich sein, irgendwelche Handlungen oder Unterlassungen mit dem Argument anzugreifen, dass diese mit den WTO-Übereinkommen unvereinbar wären.⁴²⁾

bb) Der EuGH zur unmittelbaren Anwendbarkeit von GATT/WTO-Recht

Seit der Leitentscheidung *International Fruit*⁴³⁾ aus 1972 lehnte der EuGH in ständiger Rechtsprechung eine unmittelbare Anwendbarkeit von GATT-Bestimmungen und damit die Möglichkeit Einzelner, GATT-Verletzungen zu rügen, ab. Er begründete dies *va* mit der „großen Geschmeidigkeit“ der GATT-Bestimmungen, insb der Vorschriften über Abweichungen von den allgemeinen Regeln, über Maßnahmen bei aussergewöhnlichen Schwierigkeiten und über die Streitbeilegung.⁴⁴⁾

Mit dem Inkrafttreten der WTO-Übereinkommen wurde jedoch vielerorts die Vermutung geäußert, dass sich die bisherige ablehnende Rechtsprechung zur unmittelbaren Anwendbarkeit des GATT ändern könnte,⁴⁵⁾ wobei vor allem die Verrechtlichung des GATT/WTO-Rechts, die Stärkung des Streitbeilegungsmechanismus, die Präzisierung der Abkommensvorschriften und Ausnahmevoraussetzungen u dergl angeführt wurden. Vorschub erhielten diese Spekulationen durch diverse Schlussanträge mancher Generalanwälte, die eine solche Entwicklung ausdrücklich als möglich bezeichneten⁴⁶⁾ oder sogar andeuteten.⁴⁷⁾ Schließlich ließ sich der Ratsbe-

39) *Mavroidis/Zdouc*, Legal Means to Protect Private Parties' Interests in the WTO, *Journal of International Economic Law* 1999, 416.

40) US – Ursprungsregeln für Textilien, ABl 1996 C 351, 6.

41) Vgl *Benedek*, Importausgleich und Ausgleichszoll, Fehlinterpretation des GATT-Subventionskodex durch den VfGH, *ecolx* 1996, 328.

42) Section 102 of the Uruguay Round Agreements Act, Pub L No 103–465, 108 Stat 4809 (1994).

43) Vgl verb Rs 21–24/72, *International Fruit Company*, Slg 1972, 1219.

44) Ebd Rn 19/20 und 21 ff. Vgl auch Rs 70/87, *Fediol III*, Slg 1989, 1781, Rn 20.

45) Vgl *Eeckhout*, The Domestic Legal Status of the WTO Agreement: Interconnecting Legal Systems, *Common Market Law Review* 1997, 11; *Lee/Kennedy*, The Potential Direct Effect of GATT 1994 in European Community Law, *Journal of World Trade Law* 1/1996, 67; *Meng*, Gedanken zur Frage unmittelbarer Anwendung von WTO-Recht in der EG, *Festschrift Bernhardt* (1995), 1063ff; *Hilpold*, Die EU im GATT/WTO System (1999) 252.

46) GA *Lenz* Schlussanträge in Rs C-469/93, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Chiquita Italia SpA*, Slg 1995, I-4533, 4544.

47) GA *Tesaro* Schlussanträge in Rs C-61/94, *Kommission/Deutschland*, Slg 1996, I-3989 und in Rs C-53/96, *Hermès*, Slg 1998, I-3603.

schluss beim Abschluss des GATT '94, wonach „das Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation einschließlich seiner Anhänge (. . .) nicht so angelegt (sei), dass es unmittelbar vor den Rechtsprechungsorganen der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten angeführt werden kann“⁴⁸⁾ als bloße Kundgabe der Rechtsauffassung eines Gemeinschaftsorgans betrachten.⁴⁹⁾

Zuletzt hat der EuGH wohl einige dieser Hoffnungen im Portugal-Fall⁵⁰⁾ gedämpft. Er machte darin Spekulationen – zumindest vorerst – zunichte, die von einer möglichen Trendwende in der Haltung des Gerichtshofes zur Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit sprachen. Nach der Auffassung des EuGH „gehören die WTO-Übereinkünfte wegen ihrer Natur und ihrer Struktur grundsätzlich nicht zu den Vorschriften, an denen der Gerichtshof die Rechtmäßigkeit von Handlungen der Gemeinschaftsorgane misst“.⁵¹⁾

Damit bleibt es vorerst dabei, dass nur „wenn die Gemeinschaft eine bestimmte, im Rahmen der WTO übernommene Verpflichtung umsetzt oder wenn die Gemeinschaftshandlung ausdrücklich auf spezielle Bestimmungen der WTO-Übereinkünfte verweist, ist es Sache des Gerichtshofes, die Rechtmäßigkeit der fraglichen Gemeinschaftshandlung anhand der Vorschriften der WTO zu prüfen (vgl. für das GATT 1947 Urteile Fediol/Kommission, Randnrn 19 bis 22, und Nakajima/Rat, Randnr 31).“⁵²⁾

Die Berufung auf diese sog Fediol- bzw Nakajima-Doktrin könnte es dem Einzelnen ermöglichen, eine Überprüfung der WTO-Rechtmäßigkeit von Gemeinschaftsakten durch den EuGH herbeizufüh-

ren und in der Folge sogar uU einen Haftungsanspruch auf der Basis von Art 288 (2) EGV begründen.⁵³⁾

48) ABl Nr L 336, 23. 12. 1994, S 2.

49) *Eeckhout* (FN 45) 38. AA *Tomuschat*, Abkommen der Gemeinschaft, Zu Art 228, in *Groeben/Thiesing/Ehlermann* (Hrsg), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag (© 1997) 5/474–5/520 Rz 69.

50) Rs C-149/96, *Portugal/Rat*, Slg 1999, I-8395.

51) Ebd Rn 47.

52) Ebd Rn 49.

53) *Reinisch*, Entschädigung für die unbeteiligten „Opfer“ des Hormon- und Bananenstreites nach Art. 288 II EGV? *EuZW* 2000, 42.

ZUM THEMA

Obwohl die Rolle des Einzelnen (sei es Konsument, Exporteur, Importeur, Produzent oder dergl) durch das Welthandelsystem nach der Uruguay-Runde wesentlich gestärkt wurde, bleibt die Möglichkeit der Rechtsverfolgung und -durchsetzung im Rahmen des GATT/WTO-Streitbelegungsübereinkommens eine Prerogative der Mitgliedstaaten. Zögernde Ansätze zu gewissen Partizipationsrechten vor WTO-Panels und dem WTO-Berufungsgremium, die Schaffung innerstaatlicher Instrumente, die einen Anspruch auf Tätigwerden der WTO-Mitglieder zu Gunsten Einzelner vorsehen und die prolongierte Debatte über die unmittelbare Anwendbarkeit von GATT/WTO-Vorschriften in den Rechtsordnungen der WTO-Mitglieder zeigen die Notwendigkeit eines Umdenkens in diesem Bereich.

Rechtsprechungsübersicht Europäischer Gerichtshof

April 2000 bis September 2000

THOMAS EILMANSBERGER / BIRGIT SCHOIßWOHL / ERNST TREMMEL

1. WETTBEWERB

a) BEIHILFEN – STEUERBEGÜNSTIGUNGEN

In der **Rs C-156/98, Bundesrepublik / Kommission v 19. 7. 2000** ging es um die Beihilfequalität steuerrechtlicher Bestimmungen. Die Bundesrepublik Deutschland ging mit Nichtigkeitsklage gegen eine Entscheidung der Kommission vor, in der eine Steuererleichterung für Investitionen in KMU in den neuen Bundesländern als unzulässige Beihilfe nach Art 87 qualifiziert wurde.¹⁾ Die Bundesrepublik Deutschland brachte vor, dass diese Maßnahme nicht alle Tatbestandsvoraussetzungen des Beihilfe-

verbots erfülle und zudem auch noch „de minimis“ sei.

Der Gerichtshof wies diese Argumente zurück. Aus seiner Sicht könne kein Zweifel bestehen, dass die fragliche Steuervergünstigung insoweit als staatliche Beihilfe (und nicht als allgemeine steuer- oder wirtschaftspolitische Maßnahme) anzusehen sei, als sie bestimmte, in den neuen Bundesländern ansässige, Unternehmen begünstigt. Dass der durch diese Steuerbegünstigung gewährte Vorteil nur vorübergehender Natur sein mag, sei schon deshalb unerheb-

1) KO-E 98/476/EG, ABl 1998 L 212/50.

lich, da auch eine bloße Steuerstundung eine Beihilfe darstellen kann.²⁾ Der Gerichtshof weist in diesem Zusammenhang weiters darauf hin, dass der beihilfe-rechtlich relevante Vorteil die den Investoren eingeräumte Begünstigung und nicht die bei den Unternehmen in den neuen Bundesländern eintretenden Vorteile seien. Bei der den Investoren gewährten Steuervergünstigung handle es sich aber eindeutig um eine Beihilfe iS des Art 87.

IZm den Tatbestandselementen Wettbewerbsverzerrung und Beeinflussung des innergemeinschaftlichen Handels hatte die Kommission in ihrer Entscheidung maßgeblich aber auch auf die bei den Unternehmen in den neuen Bundesländern eintretenden Vorteile abgestellt (Erleichterung der Kapitalaufbringung). Nach Ansicht des Gerichtshofs konnte die Kommission dies zu Recht tun. Die betreffende Vorschrift bewirke eine Entlastung der betreffenden Unternehmen von bestimmten Finanzierungskosten und dies gehe auf eine Änderung der Marktbedingungen zurück, die auf den Verzicht des Staates auf Steuereinnahmen zurückzuführen seien. Was die Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel angeht, so schließe weder der verhältnismäßig geringe Umfang einer Beihilfe noch die verhältnismäßig geringe Größe des begünstigten Unternehmens von vornherein diese Möglichkeit der Handelsbeeinträchtigung aus. Wenn nämlich eine vom Staat oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern im innergemeinschaftlichen Handel verstärke, müsse dieser als von der Beihilfe beeinflusst angesehen werden. Das sei hier der Fall, da alle anderen Unternehmen als die für die die streitige Maßnahme gilt, unabhängig davon, ob sie in Deutschland oder in einem anderen Mitgliedstaat ansässig seien, ihre Eigenmittel nur unter weniger günstigen Bedingungen erhöhen könnten.

Von Interesse sind schließlich noch die Aussagen des EuGH zum „de-minimis“-Grundsatz und zur „de-minimis“-Mitteilung der Kommission. An der Zulässigkeit der in dieser Mitteilung vorgenommenen Aufhebung der Anmeldepflicht nach Art 88 Abs 3 für Beihilfen, die die Schwelle von 100.000 ECU nicht überschreiten, wurden ja mitunter Zweifel formuliert.³⁾ Der Gerichtshof scheint diese zunächst zu teilen, indem er wieder einmal,⁴⁾ diesmal aber spezifisch iZm dieser Mitteilung, darauf hinweist, dass weder der verhältnismäßig geringe Umfang einer Beihilfe noch die verhältnismäßig geringe Größe des begünstigten Unternehmens es ausschließen, dass eine Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist. Im Anschluss daran nimmt der Gerichtshof aber auf die Mitteilung direkt Bezug und bestätigt damit implizit deren Maßgeblichkeit. Er führt aus, dass die fraglichen Beihilfen den dort festgelegten Anforderungen nicht genügen, weil durch nichts gewährleistet sei, dass die dort festgelegte Schwelle von 100.000 ECU nicht überschritten werde, und weil diese Maßnahme eine Kumulierung mit anderen staatlichen Beihilfen nicht ausschließe. Die Kommission durfte daher annehmen, dass im vorliegenden Fall der in der „de-minimis“-Mitteilung aufgestellte Grundsatz (dessen Zulässigkeit und

Maßgeblichkeit der EuGH in keiner Weise in Frage stellte) nicht anwendbar sei.

b) BEIHILFEN – STAATLICHE KREDITBÜRGSCHAFTEN

Um einen weiteren gegenwärtig recht kontrovers diskutierten Beihilfetyp ging es in der **Rs C-404/97, Kommission / Portugiesische Republik v 27. 6. 2000**, nämlich um staatliche Kreditbürgschaften. Die Kommission hatte Portugal mit Entscheidung dazu verpflichtet, die dem Unternehmen EPAC gewährten Beihilfen – die ua in der Übernahme einer Staatsbürgerschaft bestanden – aufzuheben und zurückzufordern.⁵⁾ Portugal kam dieser Verpflichtung jedoch nicht nach und rechtfertigte dies ua mit den beiden Argumenten, dass die betreffende Staatsbürgerschaft unter den konkreten Umständen keine Beihilfe iS des Art 87 darstelle und es auch absolut unmöglich sei, die streitige Entscheidung durchzuführen.

Mit dem ersten Rechtfertigungsgrund macht Portugal letztlich geltend, dass die von ihr nicht durchgeführte Kommissions-Entscheidung rechtswidrig ist. Die Überprüfung der Gültigkeit einer Kommissions-Entscheidung ist jedoch grundsätzlich nur im Wege einer Nichtigkeitsklage nach Art 230 EG möglich und der Gerichtshof stellt daher wenig überraschend fest, dass sich ein Mitgliedstaat zur Verteidigung gegenüber einer auf die Nichtdurchführung einer an ihn gerichteten Entscheidung gestützten Vertragsverletzungsklage nicht auf die Rechtswidrigkeit dieser Entscheidung berufen kann.⁶⁾ Etwas anderes könnte nur gelten, wenn der fragliche Rechtsakt mit besonders schweren und offensichtlichen Fehlern behaftet wäre, so dass er als inexisterter Rechtsakt qualifiziert werden könnte. Auf einen solchen Fehler habe sich Portugal jedoch nicht berufen.

Was die Unmöglichkeit der in der Entscheidung angeordneten Aufhebung der rechtswidrigen Beihilfe durch Rückforderung betrifft, verweist der Gerichtshof auf seine ständige Rechtsprechung, wonach ein Mitgliedstaat, der in diesem Punkt auf unvorhergesehene und unvorhersehbare Schwierigkeiten stößt oder sich über von der Kommission nicht beabsichtigte Folgen klar wird, diese Probleme der Kommission vorlegen und dabei geeignete Änderungen der fraglichen Entscheidung vorschlagen müsse. Der Gerichtshof setzt sich dann noch mit den von Portugal im Einzelnen vorgetragenen Unmöglichkeitsergründen auseinander. Dass die Aufhebung der Bürgschaft deshalb nicht möglich sei, weil die Gläubigerbanken einer diesbezüglichen Änderung des Bürgschaftsvertrages nicht zustimmen würden, weist der Gerichtshof unter Hinweis darauf zurück, dass die Befürchtung interner Schwierigkeiten es nicht rechtfertigen könnten, dass ein Mitgliedstaat die nach dem Ge-

2) So bereits Rs C-256/97, *DM Transport*, Slg 1999, I-3913.

3) Vgl. *Mederer* in Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art 94 Rz 10.

4) Vgl. bereits Rs C-142/87, *Belgien/Kommission (Tubemeuse)*, Slg 1990, I-959, Rz 43.

5) KO-E 97/762/EG, ABI 1997 L 311/25.

6) So bereits Rs 226/87, *Kommission/Griechenland*, Slg 1988, 3611, Rz 14.

meinschaftsrecht obliegenden Verpflichtungen nicht einhält. Im Hinblick auf das Argument, eine Rücknahme der Bürgschaft würde dazu führen, dass die Gläubigerbanken die Kredite fällig stellten und dies zum Konkurs des Kreditnehmers (und Begünstigten der Staatsbürgschaft) führen würde, führt der Gerichtshof aus, dass die finanziellen Schwierigkeiten, denen sich Empfänger einer rechtswidrigen Beihilfe möglicherweise infolge deren Abschaffung gegenüber sehen, nicht die absolute Unmöglichkeit der Rückforderung begründen könnten. Auch das Argument eines Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sei zurückzuweisen, da es die durch die streitige Entscheidung angeordnete Aufhebung der Bürgschaft grundsätzlich in Frage stelle.

Bemerkenswert an der Entscheidung ist schließlich noch, dass (wohl auch mangels eines diesbezüglichen Vorbringens der portugiesischen Regierung) die Frage der Erforderlichkeit der Zurückziehung der staatlichen Kreditbürgschaft für die Beseitigung des Beihilfeelements in keiner Weise problematisiert wurde. Man könnte ja auch die Auffassung vertreten, dass durch die von der Kommission ebenfalls verlangte Nachforderung des auf die Bürgschaftsgewährung zurückführbaren finanziellen Vorteils in Höhe der Differenz zwischen dem marktüblichen und dem tatsächlich in Rechnung gestellten Zinssatz die Beihilfe bereits beseitigt und die Aufhebung der Bürgschaft selbst daher überschießend wäre.⁷⁾

c) ART 86 IVM ART 82

Die **Rs C-209/98, Sydhavnens Sten & Grus ApS / Københavns Kommune v 23. 5. 2000** enthält zahlreiche interessante Aussagen zur Anwendung der Wettbewerbsvorschriften, insbesondere des Missbrauchsverbots, auf mit besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgestattete Unternehmen.⁸⁾

Dem Verfahren lag eine Regelung zu Grunde, die die Möglichkeit vorsieht, dass Bauabfälle aus einem bestimmten Gebiet, die für die Umwelt nicht gefährlich sind und verwertet werden sollen, von einer begrenzten Anzahl besonders ausgewählter Unternehmen behandelt wird, um auf diese Weise sicher zu stellen, dass diesen Unternehmen hinreichend große Mengen solcher Abfälle geliefert werden (und die damit den Ausschluss von ebenfalls für diese Abfallbehandlung zugelassenen Unternehmen bewirkt). Auf der Grundlage dieser Regelung wurde drei Unternehmen die Genehmigung erteilt, Bauabfälle aus dem Gebiet der Stadt Kopenhagen zur Verwertung anzunehmen.⁹⁾

Zum Vorliegen eines Missbrauchs durch die Einräumung der ausschließlichen Rechte an sich führt der Gerichtshof zunächst unter Hinweis auf seine Vorjudikatur¹⁰⁾ aus, dass die Schaffung einer beherrschenden Stellung durch die Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte als solche allein noch nicht mit Art 82 unvereinbar sei. Ein Verstoß gegen diese beiden Bestimmungen liege nur vor, wenn das betreffende Unternehmen durch die bloße Ausübung der ihm übertragenen ausschließlichen Rechte seine beherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt oder wenn durch diese Rechte eine Lage geschaffen werden könnte, in der dieses Unternehmen einen sol-

chen Missbrauch begehe. Die Gewährung eines ausschließlichen Rechts für einen Teil des Staatsgebiets zur Verfolgung von Umweltzielen, wie der Schaffung der erforderlichen Kapazität für die Verwertung von Bauabfällen, beinhalte mithin an sich keinen Missbrauch einer beherrschenden Stellung.

Der Gerichtshof geht anschließend aber auch noch auf die Rechtfertigungsfähigkeit dieser Maßnahme nach Art 86 Abs 2 ein. Er führt aus, dass die Bewirtschaftung bestimmter Abfälle Gegenstand einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sein könne, insbesondere wenn diese Dienstleistung Umweltprobleme beseitigen soll. Der Gerichtshof bestätigte auch die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Maßnahme. Wegen des Mangels an Unternehmen, die in der Lage waren, die fraglichen Abfälle zu behandeln, habe die Stadt Kopenhagen von der Notwendigkeit der Errichtung eines Zentrums mit einer erheblichen Aufnahmekapazität ausgehen können, ebenso davon, dass ein Ausschließlichkeitsrecht, das zeitlich auf den voraussichtlichen Abschreibungszeitraum für die Investitionen und räumlich auf das Gebiet der Gemeinde begrenzt ist, erforderlich gewesen sei, um Unternehmen für eine Beteiligung am Betrieb eines Zentrums mit einer großen Aufnahmekapazität zu gewinnen. Auch wenn die Gewährung des Ausschließlichkeitsrechts zu einer Wettbewerbsbeschränkung für einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes führen würde, könnte sie unter diesen Umständen daher als notwendig angesehen werden, um eine Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu erfüllen.

2. RECHTSANGLEICHUNG

a) D'ARBO NATUREIN

Art 2 Abs 1 Buchstabe a Ziffer i der RL 79/112/EWG¹¹⁾ untersagt nach dem Urteil des EuGH in **Rs C-465/98, Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV / Adolf Darbo v 4. 4.**

7) In ihrer Mitteilung über die Anwendung der Art 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl 2000 C 71/14, wird die Zurückziehung der Bürgschaft als Abhilfemaßnahme dementsprechend nicht mehr erwähnt. Dies erscheint um so aussagekräftiger, als die Kommission in dem Entwurf für diese Mitteilung noch den Standpunkt vertreten hat, dass die Einlösung einer illegalen Bürgschaft verhindert werden müsse und die Bürgschaft selbst als rechtswidrig anzusehen sei, und zwar auch von nationalen Gerichten bei der Anwendung des Durchführungsverbots des Art 88 Abs 3 Satz 3 (näher dazu *Eilmansberger*, Zur Anwendung des EG-Beihilfeverbots auf staatliche Kreditbürgschaften, ÖZW 2000, 1ff).

8) Nachfolgend kann jedoch nur auf die Ausführungen zur Zulässigkeit der Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts, mit dem die Rentabilität der betroffenen wirtschaftlichen Tätigkeit gesichert werden soll, näher eingegangen werden.

9) Bemerkenswerterweise hält es der Gerichtshof für zumindest möglich, dass dieses Gebiet einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellt (die endgültige Feststellung wird jedoch dem nationalen Richter überlassen).

10) *Rs C-115/97 – C 117/97, Brentjens*, Slg 1999, I-6025, Rz 93.

11) Richtlinie des Rates vom 18. 12. 1978 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung und Aufmachung von für den Endverbraucher bestimmten Lebensmitteln sowie die Werbung hierfür, ABl L 33 v 8. 2. 1979, 1.

2000, nicht die Verwendung der Angabe „naturrein“ für eine Erdbeerkonfitüre, die das Geliermittel Pektin sowie geringe Rückstände von Blei, Cadmium und Pestiziden enthält. Mit dieser Beurteilung hat der EuGH die grundsätzlich anerkannte Befugnis nationaler Gerichte zur eigenständigen Qualifikation des Irreführungstatbestandes vorweggenommen. Für dieses Urteil war ausschlaggebend, dass die Verwendung von Pektin gemeinschaftsrechtlich nicht verboten war und die nachgewiesenen Blei-, Cadmium- und Pestizidrückstände deutlich unter den nach allen mitgliedstaatlichen sowie auch gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften zulässigen Höchstwerten lagen.

b) STEUER – SPONTANER AUSKUNFTSAUSTAUSCH

Im Urteil in **Rs C-420/98, W. N. / Staatssecretaris van Financiën v 13. 4. 2000** klärte der EuGH die Voraussetzungen für die Weiterleitung steuerrechtlich relevanter Informationen an die Finanzbehörden eines anderen Mitgliedstaates. Demnach genügt es gem Art 4 Abs 1 RL 77/799/EWG,¹²⁾ wenn die auskunfts-erteilenden Behörden eine Steuerhinterziehung im EG-Ausland *vermuten*. Die Steuerhinterziehung muss dabei weder durch eine ausdrückliche Maßnahme (Steuerbescheid) festgestellt worden sein, noch muss die Steuerersparnis einen hohen Betrag erreichen.

c) LEBENSMITTEL, NATIONALE MASSNAHMEN

Im Urteil in der **Rs 107/97, Strafverfahren gegen Max Rombi und Arkopharma SA v 20. 5. 2000** erklärte der EuGH die Aufrechterhaltung nationaler Maßnahmen, welche die Zusammensetzung oder die zulässigen Zusatzstoffe für Lebensmittel regeln, die für eine besondere Ernährung bestimmt sind, beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts als mit der RL 77/94/EWG¹³⁾ vereinbar. Dies gelte auch, wenn die nationale Regelung bei der Klassifizierung der besagten Lebensmittel eine andere Einteilung vornehme als das Gemeinschaftsrecht.

d) STEUERHARMONISIERUNG, QUELLENSTEUERBEFREIUNG

Die Ausnahmeregelung des Art 5 Abs 4 der RL 90/435/EWG,¹⁴⁾ der die Quellensteuer auf Gewinnausschüttungen von in einem Mitgliedstaat ansässigen Tochtergesellschaften an ihre in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Muttergesellschaften auf 15% und 10% begrenzt, bezieht sich laut EuGH-Urteil in **Rs C-375/98, Ministério Público und Fazenda Pública / Epson Europe BV v 8. 6. 2000** nicht nur auf die Körperschaftsteuer, sondern betrifft unabhängig von ihrer Natur und Bezeichnung jede Besteuerung in Form einer Quellensteuer auf die von den genannten Tochtergesellschaften ausgeschütteten Dividenden.

e) MARKEN, VERWECHSLUNGSGEFAHR

Im Urteil in der **Rs C-425/98, Marca Moda CV / Adidas AG, Adidas Benelux BV v 22. 6. 2000** entschied der EuGH, dass ein Markeninhaber gem

Art 5 Abs 1 Buchstabe b der RL 89/104/EWG¹⁵⁾ einem Dritten die Verwendung eines Zeichens ohne seine Zustimmung für gleiche oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen wie die, für die seine Marke eingetragen ist, nicht untersagen kann, wenn das Zeichen zwar soweit mit der Marke übereinstimmt, dass dadurch die Möglichkeit einer gedanklichen Verbindung mit der Marke besteht, wenn aber aufgrund der Unterscheidungskraft der Marke nicht ausgeschlossen ist, dass die gedankliche Verbindung zu einer Verwechslung führen kann.

f) PFLANZENGESUNDHEITSZEUGNISSE DURCH DRITTLÄNDER

Nach dem Urteil in **Rs C-219/98, Regina / Minister of Agriculture Fisheries and Food, ex parte: S. P. Anastasiou Ltd ua v 4. 7. 2000** gestattet RL 77/93/EWG¹⁶⁾ einem Mitgliedstaat unter bestimmten Voraussetzungen, Pflanzen mit Ursprung in einem Drittland, für die ein Pflanzengesundheitszeugnis erteilt werden muss, auf sein Staatsgebiet zu verbringen, auch wenn das Ursprungsland selbst kein Zeugnis für die Pflanzen erteilt hat, ein solches vielmehr von einem anderen Drittland als dem Ursprungsland ausgestellt wurde. Dies gilt, wenn die Pflanzen in das letztgenannte Drittland vor ihrem Export auf den Gemeinsamen Markt eingeführt wurden, wenn die Pflanzen dort lange genug und unter passenden Bedingungen angehalten wurden, um geeignete Untersuchungen durchführen zu können, und für die Pflanzen zugleich keine Anforderungen gelten, deren Einhaltung nur am Ursprungsort gewährleistet werden kann.

g) KFZ-HAFTPFLICHTVERSICHERUNG, MINDESTDECKUNGSSUMME, INSASSEN-VERSICHERUNG

Art 3 der zweiten RL 84/5/EWG¹⁷⁾ verlangt laut EuGH-Urteil in **Rs C-348/98, Victor Manuel Mendes Ferreira und Maria Clara Delado Correia Ferreira / Companhia de Seguros Mundial**

12) Richtlinie 77/799/EWG des Rates vom 19. 12. 1977 über die gegenseitige Amtshilfe zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten im Bereich der Indirekten Steuern, ABl L 336, v 27. 12. 1977, 15.

13) Richtlinie vom 21. 12. 1976 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Lebensmittel, die für die besondere Ernährung bestimmt sind, ABl L 26 v 31. 1. 1977, 55.

14) Richtlinie des Rates vom 23. 7. 1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, ABl L 225 v 20. 8. 1990, 6.

15) Richtlinie des Rates vom 21. 12. 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, ABl L 40 v 11. 2. 1989, 1.

16) Richtlinie des Rates vom 21. 12. 1976 über Maßnahmen zum Schutz der Gemeinschaft gegen die Einschleppung und Ausbreitung von Schadorganismen der Pflanzen und Pflanzenerzeugnisse, ABl L 26 v 31. 1. 1977, 20 geändert durch die Richtlinie 91/683/EWG des Rates vom 19. 12. 1991, ABl L 376 v 31. 12. 1991, 29 geändert durch die Richtlinie 92/103/EWG der Kommission vom 1. 12. 1992, ABl L 363 v 11. 12. 1992, 1.

17) Richtlinie des Rates vom 30. 12. 1983 betreffend die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bezüglich der Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung, ABl L 8 v 11. 1. 1984, 17.

Confianza SA v 14. 9. 2000, dass nationales Recht, sofern es Personenschäden von unentgeltlich beförderten Fahrzeuginsassen unabhängig von einem Verschulden des den Unfall verursachenden Fahrzeugs abdeckt, nicht zwischen Familienangehörigen und anderen Fahrzeuginsassen differenziert. Art 1 Abs 2 und Art 5 Abs 3 der zweiten RL in der Fassung der Beitrittsakte des Königreichs Spaniens und der Portugiesischen Republik stehen einer nationalen Regelung entgegen, die für die Gefährdungshaftung bei Insassenschäden Haftungshöchstbeträge vorsehen, die unter den in diesen Bestimmungen genannten Mindestsummen liegen.

h) TECHNISCHE NORMUNG, AUSSETZUNGSPFLICHT

Nationale Rechtsvorschriften, die während der Aussetzungsfrist des Art 9 der RL 83/189/EWG¹⁸⁾ erlassen wurden, dürfen laut EuGH-Urteil in **Rs C-443/98, Unilever Italia SpA / Central Food SpA v 26. 9. 2000** in einem Zivilrechtsstreit zwischen Einzelnen von einem nationalen Gericht nicht zur Anwendung gebracht werden.¹⁹⁾

3. ALLGEMEINE GRUNDSÄTZE

a) GEMEINSCHAFTSHAFTUNG, BEWEISWÜRDIGUNG HAFTUNG FÜR RECHTMÄSSIGE AKTE, HINREICHEND QUALIFIZIERTE RECHTSVERLETZUNG, STAATSHAFTUNG

In **Rs C-237/98 P, Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH v 15. 6. 2000**, **Rs C-13/99 P, Team Srl v 15. 6. 2000** sowie in **Rs C-352/98 P, Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA und Jean-Jacques Goupil v 4. 7. 2000** hatte der EuGH als Rechtsmittelinstanz über Schadenersatzklagen gegen die Gemeinschaft zu entscheiden. Die erstinstanzlichen Urteile des EuG wurden in allen Verfahren bestätigt. Da die Rechtsmittelführer vorwiegend die Beweiswürdigung des EuG in Frage zu ziehen versuchten, stellte der EuGH klar, dass sich seine Befugnis auf die Überprüfung von Rechtsfragen beschränke. Tatsachen könnten nur insoweit überprüft werden, als sich die Unrichtigkeit der Feststellungen des EuG aus den Akten ergebe oder das EuG vorgelegte Beweismittel verfälscht habe. In der **Rs Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft** wurde darüber hinaus bestätigt, dass eine Haftung für rechtmäßige Akte, sofern eine solche Haftpflicht vom Gemeinschaftsrecht anerkannt werde, vom Nachweis eines außergewöhnlichen und besonderen Schadens abhängig sei.

In der **Rs Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm** bekräftigte der EuGH die Parallelität der Gemeinschaftshaftung und den Regeln der Staatshaftung wegen Gemeinschaftsrechtsverletzung. Durch offenkundige und erhebliche Überschreitung der Ermessensgrenzen werde die haftungsbegründende, hinreichend qualifizierte Rechtsverletzung demnach in beiden Systemen begründet. Sofern der Gestaltungsspielraum erheblich verringert oder gar auf Null reduziert sei, könne diese Haftungsvoraussetzung

aber auch schon durch bloße Gemeinschaftsrechtsverletzung konstituiert werden. Ob Gegenstand des Rechtswidrigkeitsurteils eine Einzelfallentscheidung oder ein normativer Akt sind, sei bei dieser Beurteilung nicht entscheidend.

b) VERTRAGSVERLETZUNGSVERFAHREN, BUSSGELD

Im Urteil in der **Rs C-387/97, Kommission / Hellenische Republik v 4. 7. 2000** hat der EuGH erstmals²⁰⁾ auf Antrag der Kommission ein Bußgeld wegen Nichtdurchführung eines Vertragsverletzungsurteils verhängt. Der Tagessatz beträgt 20.000 Euro pro Tag Verzug bei der Durchführung des Vertragsverletzungsurteils von 1992²¹⁾ ab dem 4. 7. 2000. Der Betrag ist den Eigenmitteln der EG zuzuweisen.

4. AUSSENBEZIEHUNGEN, HANDELSPOLITIK

a) NIEDERLASSUNG, FREIZÜGIGKEIT UND AUFENTHALTSRECHT TÜRKISCHER STAATSANGEHÖRIGER

Im Urteil in der **Rs C-37/98, The Queen / Secretary of State for the Home Department, ex parte: Abdulnasir Savas v 11. 5. 2000** prüfte der EuGH, welche Rechte sich hinsichtlich Niederlassung und Aufenthalt auf dem Gemeinsamen Markt für türkische Staatsangehörige aus dem Assoziierungsabkommen EWG-Türkei ergeben. Art 13 dieses Abkommens sieht zwar die Herstellung von Niederlassungsfreiheit zwischen den Vertragspartnern vor, notwendige Durchführungsmaßnahmen fehlen aber. Einzelne könnten daher aus dieser Bestimmung unmittelbar keine Rechte ableiten. Art 41 des Zusatzprotokolls hingegen, der die Einführung neuer Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des Aufenthaltsrechtes türkischer Staatsangehöriger nach Inkrafttreten des Assoziierungsabkommens verbietet, entfalte unmittelbare Wirkung, die Prüfung im Einzelfall obliege den nationalen Gerichten. Die erstmalige Einreise eines türkischen Staatsangehörigen unterstehe damit ausschließlich nationaler Zuständigkeit, erst nach dessen ordnungsgemäßer Integration in der Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaates könnten sich unmittelbar aus dem Assoziationsabkommen Rechte ergeben. Bei der Bestimmung der sich für die Niederlassung ergebenden Rechte seien die bei der Auslegung des Assoziationsabkommens hinsichtlich der Herbeiführung von Freizügigkeit für türkische

18) Richtlinie des Rates vom 28. 3. 1983 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABl L 109 v 26. 4. 1983 in der Fassung der Richtlinie 94/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 3. 1994, ABl L 100 v 19. 4. 1994, 30.

19) Das Urteil stellt eine Bestätigung und Fortentwicklung der **Rs 194/94, CIA Security International**, Slg 1996, I-2201 dar, wo der EuGH die Nichteinhaltung der in Art 8 derselben Richtlinie vorgesehenen Mitteilungspflicht als wesentlichen Verfahrensfehler qualifizierte, welcher die Nichtanwendbarkeit der fraglichen Vorschrift gegenüber Einzelnen rechtfertige.

20) Weitere Verfahren sind anhängig: C-224/99 und C-197/98.

21) **Rs C-45/91, Kommission/Griechenland**, Slg 1992, I-2509.

Arbeitnehmer entwickelten Grundsätze analog anzuwenden.

Im Urteil **Rs C-65/98, Safet Eyuep / Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Vorarlberg v 22. 6. 2000** stellte der EuGH fest, dass ein in Österreich aufenthaltsberechtigter türkischer Staatsangehöriger auch nach Scheidung von seinem Ehegatten, der dem regulären Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaates angehört, die Rechte aus dem Assoziationsratsbeschluss Nr 1/80²²⁾ geltend machen kann, sofern er innerhalb der Anwartschaftszeit von drei Jahren bis zu seiner erneuten Eheschließung mit seinem geschiedenen Ehegatten ununterbrochen mit diesem zusammenlebte. Zu jenen unmittelbar wirksamen Rechten zählt nach drei Jahren das Recht, sich auf freie Stellen zu bewerben, und nach fünf Jahren das Recht auf Zugang zu jeder von ihm gewählten Beschäftigung in Lohn- und Gehaltsverhältnis.

5. GESELLSCHAFTSRECHT

AUFTRAGSVERGABE

In dem Vertragsverletzungsverfahren **Rs C-225/98, Kommission/Frankreich, v 26. 9. 2000**, warf die Kommission Frankreich in Bezug auf Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge betreffend Schulgebäude durch die Region Nord-Pas-de-Calais und das Departement du Nord die Verletzung des Art 59 EGV²³⁾ sowie der Bestimmungen der RL 71/305/EWG²⁴⁾ in der durch die RL 89/440/EWG²⁵⁾ geänderten Fassung und der RL 93/37/EWG²⁶⁾ über die Bekanntmachung, Teilnahme und Zuschlagserteilung vor.

Eine Verletzung der Bekanntmachungsvorschriften – konkret des Art 12 RL 71/305 und des Art 11 RL 93/37 – hatte die Kommission darin erblickt, dass Bekanntmachungen öffentlicher Aufträge ohne die – nach Ansicht der Kommission zwingend vorzunehmende – entsprechende Vorinformation über die wesentlichen Merkmale der Auftragsarbeiten veröffentlicht wurden. Der Gerichtshof vermochte eine Pflicht zur Vorinformation vorliegend nicht festzustellen. Ob eine solche Pflicht bestehe, hänge mangels ausdrücklicher Regelung der RL 93/37 über den zwingenden oder bloß fakultativen Charakter der Vorinformation davon ab, ob der Auftraggeber die in den Art 12 Abs 1 und Art 13 Abs 3 vorgesehenen Fristen für den Eingang der Gebote verkürzt.²⁷⁾ Da vorliegend eine solche Verkürzung nicht erfolgt sei, konnte eine Vorinformation auch unterbleiben.

Im Hinblick auf die Teilnahmemöglichkeit von Unternehmen an den gegenständlichen Aufträgen erblickte der EuGH zunächst darin eine Rechtswidrigkeit, dass die Zahl der zugelassenen Bieter entgegen Art 22 RL 93/37 mit höchstens 5 Bewerbern begrenzt worden war. Bei einer solchen Höchstbegrenzung könnten nämlich auch weniger Bieter zugelassen werden, obwohl die Höchstzahl der zum Bieten zugelassenen Bewerber zwecks Gewährleistung echten Wettbewerbs keinesfalls unter 5 liegen dürfe.²⁸⁾

Für unzulässig hielt der Gerichtshof ferner den Nachweis der Eintragung in das Architektenverzeichnis als Mindestbedingung für die Teilnahme. Da ein

solcher Nachweis zwangsläufig die Dienstleistungen französischer Architekten begünstige, diskriminiere er ausländische Architekten und beschränke deren Dienstleistungsfreiheit iSv Art 59 EGV; er verstoße überdies gegen Art 26 RL 71/305.²⁹⁾

Eine versteckte Diskriminierung ausländischer Bieter und somit eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs iSv Art 59 EGV stellte der EuGH fest, weil eine Bezeichnung der Lose unter Verweis auf die Klassifizierung französischer Berufsverbände ausländische Bieter abschrecken könnte. Die verwendeten technischen Spezifikationen seien so eigentümlich abstrakt, dass grundsätzlich nur französische Bieter ihre Bedeutung ohne weiteres verstehen könnten; für ausländische Bieter, die sich erst über den Gegenstand und den Inhalt dieser Referenzen informieren müssten, sei es daher schwerer, innerhalb der gesetzten kurzen Frist Gebote abzugeben.³⁰⁾

Im Zusammenhang mit den Bedingungen der Zuschlagserteilung hatte es die Kommission als richtlinienwidrig erachtet, dass ein Aspekt der Beschäftigungsförderung³¹⁾ als Zuschlagskriterium bestimmt wurde, obwohl als solches nach der RL 93/37 entweder der niedrigste Preis oder das wirtschaftlich günstigste Angebot in Betracht kämen. Der EuGH teilte dieses Verständnis der möglichen Zuschlagskriterien unter Anknüpfung an sein Urteil in der *Rs Beentjes*³²⁾ nicht: Der öffentliche Auftraggeber sei nicht in jedem Fall daran gehindert, eine mit dem Kampf gegen die Arbeitslosigkeit zusammenhängende Bedingung als Kriterium zu verwenden, wenn diese

22) Beschluss vom 19. 9. 1980 über die Entwicklung der Assoziation.

23) Art 49 EG.

24) ABl L 185, 5.

25) ABl L 210, 1.

26) ABl L 199, 54.

27) Rn 31–45. In Anbetracht des Zwecks der Bekanntmachung, potenzielle Bieter über den wesentlichen Inhalt des Auftrags für deren fristgerechte Angebotseinreichung zu unterrichten, bestimme sich der Charakter der Vorinformation aus der Systematik der RL-Bestimmungen über die Fristen für den Eingang der von den Bietern eingereichten Angebote. Da eine Vorinformation gemäß Art 12 Abs 2 und Art 13 Abs 4 RL 93/37 ausdrücklich nur bei Verkürzungen der grundsätzlichen Eingangsfrist von 52 (Art 12 Abs 1; offene Verfahren) bzw 42 Tagen (Art 13 Abs 3; nicht offene Verfahren) zwingend vorgesehen sei, bestehe e contrario bei Einhaltung der grundsätzlichen Frist keine Pflicht zur Vorinformation. Dieses Ergebnis werde auch durch eine historische Auslegung der Änderungsbestimmungen, mit denen das Verfahren der Vorinformation in die RL 71/305 eingeführt wurde, bestätigt: Entgegen dem ursprünglichen RL-Vorschlag wurde die Vorinformation nicht verpflichtend vorgesehen.

28) Rn 57–63. Indem der Gemeinschaftsgesetzgeber gem Art 22 Abs 2 RL 93/37 die Bestimmung einer allfälligen Marge, innerhalb derer die Zahl der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmen liegen wird, nur zulässt, wenn die Untergrenze dieser Marge die Zahl 5 nicht unterschreitet, habe er zum Ausdruck gebracht, dass eine Bewerberzahl unter 5 nicht ausreiche, um den gem Art 22 Abs 2 geforderten echten Wettbewerb zu gewährleisten. Diesem Regelungszweck entsprechend dürfe auch bei einer Begrenzung der zugelassenen Bewerber über eine Höchstzahl die Bewerberzahl nicht unter 5 liegen.

29) Rn 87–90.

30) Rn 80–84.

31) Lokale Maßnahmen zum Kampf gegen die Arbeitslosigkeit.

32) Rs 31/87, Slg 1988, 4635.

Bedingung die wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, vor allem das aus der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit fließende Diskriminierungsverbot, beachte. Der Gerichtshof stellte damit – in Widerspruch zu der von der Kommission und vom GA³³⁾ vertretenen Auffassung – ausdrücklich fest, dass eine mit der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit zusammenhängende Bedingung ein Zuschlagskriterium sein kann.³⁴⁾

Eine die Zuschlagskriterien betreffende Verletzung des Art 29 Abs 2 RL 71/305 und des Art 30 Abs 2 RL 93/37 stellte der Gerichtshof jedoch insofern fest, als die öffentlichen Auftraggeber für die Bekanntgabe der Zuschlagskriterien abstrakt auf Vorschriften des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen bezug genommen hatten. In Anknüpfung an seine bisherige Rsp³⁵⁾ erinnerte der EuGH, dass eine allgemeine Verweisung auf eine staatliche Rechtsvorschrift nicht dem Erfordernis entspricht, dass öffentliche Auftraggeber, die bei Erteilung des Zuschlags nicht allein das Kriterium des niedrigsten Preises anwenden, sondern sich auf verschiedene Kriterien stützen, um dem wirtschaftlich günstigsten Angebot den Zuschlag zu erteilen, diese Kriterien entweder in der Bekanntmachung des öffentlichen Auftrags oder in den Verdingungsunterlagen anzugeben haben.³⁶⁾

6. UMWELTRECHT

UMWELTVERTRÄGLICHKEITSPRÜFUNG

Um die Auslegung des Anwendungsbereichs der Ausnahmebestimmung des Art 1 Abs 5 der RL 85/337/EWG (UVP-RL),³⁷⁾ wonach diese RL nicht für Projekte gilt, die im Einzelnen durch einen besonderen einzelstaatlichen Gesetzgebungsakt genehmigt werden, weil die mit der RL verfolgten Ziele einschließlich des Ziels der Bereitstellung von Informationen im Wege des Gesetzgebungsverfahrens erreicht werden, ging es in dem Vorabentscheidungsverfahren **Rs C-287/98, Luxemburg/Linster ua, v 19. 9. 2000**. Der vorliegende Tribunal d'arrondissement Luxemburg, der über die Rechtmäßigkeit der Enteignung von Grundstücken für den Bau der Saaraubahn durch Gesetz bzw darauf gestützter Verordnung zu entscheiden hatte, hatte insofern Zweifel an der Vereinbarkeit des Enteignungsverfahrens mit der UVP-RL, als ein UVP-Verfahren iSd Art 5 u 6 UVP-RL für dieses Autobahnprojekt nicht durchgeführt worden war.

In diesem Zusammenhang stellte sich zunächst – weil die UVP-RL nicht fristgerecht umgesetzt wurde – die Vorfrage, ob ein nationales Gericht eine solche Rechtmäßigkeitskontrolle am Maßstab der RL nur insoweit vornehmen dürfe, als die RL unmittelbar wirksam ist. Der EuGH verneinte dies implizit: Das nationale Gericht könne überprüfen, ob der nationale Gesetzgeber innerhalb der von der RL gezogenen Grenzen seines Entscheidungsspielraums geblieben ist.³⁸⁾ Im vorliegenden Fall ergeben sich die Grenzen des Entscheidungsspielraums, wenn eine UVP des Projekts unterblieben ist, die nach Art 5 UVP-RL erhobenen Angaben der Öffentlichkeit

nicht zugänglich gemacht wurden und die betroffene Öffentlichkeit entgegen Art 6 Abs 2 UVP-RL keine Gelegenheit hatte, sich vor Durchführung des Projekts zu äußern, aus Art 2 UVP-RL. Danach sind Projekte, bei denen mit erheblichen Auswirkungen auf die Umwelt zu rechnen ist, vor deren Genehmigung einer UVP zu unterziehen.

Was den Anwendungsbereich des Art 1 Abs 5 UVP-RL betraf, präzisierte der EuGH, ausgehend von einer autonomen und einheitlichen Auslegung der Begriffe „besonderer einzelstaatlicher Gesetzgebungsakt“ und „Projekt“,³⁹⁾ dass ein Gesetzgebungsakt iS dieser Bestimmung vorliegt, wenn das Gesetzgebungsverfahren es erlaubt, die Ziele der RL einschließlich des Zieles der Bereitstellung von Informationen zu erreichen, und wenn die Angaben, über die das Parlament bei der Entscheidung über das Projekt im Einzelnen verfügt, denen gleichwertig sind, die der zuständigen Behörde im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens vor der Verwaltung hätten vorgelegt werden müssen.⁴⁰⁾ In Hinblick auf seine Genauigkeit habe der Gesetzgebungsakt das Projekt im Einzelnen zu genehmigen, so dass bei dem betreffenden Projekt die Zwecke der UVP-RL erkennbar erreicht wurden.⁴¹⁾

7. VERBRAUCHERSCHUTZ

In den **Rs C-240/98 bis C-244/98, Océano Grupo Editorial SA/Rocío Murciano Quintero ua, v 27. 6. 2000**, war der EuGH mit der Frage be-

33) GA Alber, Schlussanträge v 14. 3. 2000, insb Rn 43.

34) Damit scheint klargestellt, dass Zuschlagskriterien, die weder mit der Prüfung der fachlichen Eignung noch mit den in Art 30 RL 93/37 genannten Kriterien des niedrigsten Preises oder des wirtschaftlich günstigsten Angebots etwas zu tun haben (vgl Rs 31/87, *Beentjes* [FN 32], Rn 28), angewendet werden dürfen. Unklar bleibt, ob und in welchem Ausmaß die in der RL genannten betriebswirtschaftlichen Kriterien hinter volkswirtschaftliche und sonstige Aspekte (zB Beschäftigungsförderung, Umweltschutz) zurücktreten. Die Berücksichtigung der Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Nichtdiskriminierung, wird der Anwendung dieser Aspekte nicht jedenfalls entgegenstehen (zB wird das Abstellen auf umweltfreundlichere Methoden ohne weiteres in nicht diskriminierender Weise möglich sein).

35) Rs 31/87, *Beentjes* (FN).

36) Rn 73–75.

37) ABI L 175, 40.

38) vgl Rs C72/95, *Kraaijeveld*, Slg 1996, I-5403.

39) Rn 43, 44.

40) Rn 49–55. ISt Art 5 Abs 2 sowie Anhang III UVP-RL muss demnach ein Gesetzgebungsakt mindestens folgende Angabe enthalten: i) Beschreibung des Projekts nach Standort, Art und Umfang; ii) Beschreibung der Maßnahmen, mit denen bedeutende nachteilige Auswirkungen vermieden, eingeschränkt und soweit wie möglich ausgeglichen werden sollen; sowie iii) die notwendigen Angaben zur Feststellung und Beurteilung der Hauptwirkungen, die das Projekt voraussichtlich für die Umwelt haben wird.

41) Rn 56–58. Gleichwohl räumte der EuGH ein, dass in Sonderfällen die Zwecke der UVP-RL auch beachtet sein können, wenn etwa die Trasse einer zu bauenden Autobahn im Gesetzgebungsakt nicht festgelegt wird; zB wenn mehrere Varianten dieser Trasse im Einzelnen auf der Grundlage der vom Projektträger vorgelegten, gegebenenfalls von den Behörden und der Öffentlichkeit, die von dem Projekt möglicherweise betroffen sind, ergänzten Angaben geprüft wurden und diese Varianten nach Auffassung des Gesetzgebers gleichwertige Auswirkungen auf die Umwelt haben.

fasst, ob der Verbraucherschutz, den die RL 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen⁴²⁾ gewährleistet, einem nationalen Gericht erlaubt, von Amts wegen zu prüfen, ob eine Klausel eines ihm vorgelegten Vertrags missbräuchlich ist, wenn es über die Zulässigkeit einer Klage vor den ordentlichen Gerichten zu entscheiden hat. Dem Vorlagegericht stellt sich diese Frage, weil seine Zuständigkeit durch die – nach innerstaatlicher Rsp missbräuchliche – Vereinbarung des Sitzes des Gewerbetreibenden als Gerichtsstand bestimmt wurde.

Der EuGH stellte zunächst klar, dass eine Klausel, die in einen Vertrag zwischen einem Verbraucher und einem Gewerbetreibende aufgenommen worden ist, ohne im Einzelnen ausgehandelt worden zu sein, und die die ausschließliche Zuständigkeit für Rechtsstreitigkeiten aus dem Vertrag dem Gericht zuweist, in dessen Bezirk der Gewerbetreibende seine Niederlassung hat, dem Verbraucher die Möglichkeit nimmt oder es erschwert, Rechtsbehelfe bei Gericht einzulegen; eine solche Klausel sei missbräuchlich iSd Art 3 RL 93/13.⁴³⁾

Die eigentliche Vorlagefrage beantwortete der Gerichtshof in zwei Schritten: Einerseits betonte er, dass die RL 93/13 iS eines wirksamen Schutzes der Verbraucher es erfordert, dass das nationale Gericht eine Klausel von Amts wegen auf ihre Missbräuchlichkeit prüfen könne.⁴⁴⁾ Andererseits wies er darauf hin, dass sich die Befugnis des nationalen Gerichts, seine Zuständigkeit wegen einer missbräuchlichen Gerichtsstandsvereinbarung zu verneinen, nach dem nationalem Recht bestimmt; bei dessen Anwendung sei aber iS einer richtlinienkonformen Auslegung jener Auslegung der Vorzug zu geben, die ein Verneinen der Zuständigkeit wegen missbräuchlicher Vereinbarung ermögliche.⁴⁵⁾

8. VERKEHR

Im Vertragsverletzungsverfahren **Rs C-205/98, Kommission/Österreich, v 26. 9. 2000**, hatte der EuGH über die Gemeinschaftsrechtskonformität der Mauterhöhung zum 1. 7. 1995 und 1. 2. 1996 für die gesamte Brennerautobahn zu entscheiden.⁴⁶⁾

Nach Ansicht der Kommission war diese Erhöhung mit Art 7 lit b⁴⁷⁾ und lit h⁴⁸⁾ der RL 93/89/EG des Rates über die Besteuerung bestimmter Kraftfahrzeuge zur Güterbeförderung sowie die Erhebung von Maut- und Benützungsgebühren für bestimmte Verkehrswege durch die MS⁴⁹⁾ unvereinbar, weil sie überwiegend nicht in Österreich zugelassene Kraftfahrzeuge betrafte und weil sie sich nicht an den Kosten für den Bau und den Betrieb für die Brennerautobahn orientierte.

Der Gerichtshof folgte dem Klagsbegehren und stellte einen Verstoß der Mautregelung gegen die RL 93/89 fest. Gegen Art 7 lit b verstießen die Mauterhöhungen, weil sie die Gesamtstrecke der Brennerautobahn, eine Transitstrecke durch Österreich, auf der überwiegend Lastkraftwagen mit einem zulässigen Gesamtgewicht von mindestens 12t verkehren, die für den Güterverkehr bestimmt und in anderen MS zugelassen sind, betraf, während sie die Teilstrecken der Brennerautobahn, die ganz überwiegend von Kraftfahrzeugen mit einem zulässigen Gesamtgewicht von mindestens 12t benutzt werden, die ebenfalls für den Güterverkehr bestimmt und in Österreich zugelassen sind, unberührt ließen.⁵⁰⁾ Ferner sei die Maut entgegen Art 7 lit h nicht nur zur Kostendeckung für den Bau und den Betrieb und den weiteren Ausbau der Brennerautobahnerhoben worden.⁵¹⁾ ■

42) ABl L 95, 29.

43) Rn 21 – 24.

44) Rn 25 – 29.

45) Rn 30 – 32.

46) Vgl dazu *Obwexer*, EuGH-Urteil zur Brenner-Maut, *ecolx* 2000, 841.

47) Danach dürfen die Maut- und Benützungsgebühren weder mittelbar noch unmittelbar zu einer unterschiedlichen Behandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit des Verkehrsunternehmers bzw des Ausgangs- oder Zielpunktes des Verkehrs führen.

48) Danach haben sich die Mautgebühren an den Kosten für Bau, Betrieb und weiteren Ausbau des betreffenden Straßennetzes zu orientieren.

49) ABl L 279, 32.

50) Rn 48 – 115.

51) Rn 130 – 140.