

DienstleistungsRL

Grenzüberschreitende Dienste
BerufsqualifikationsRL, Abgrenzung
Einheimischartarife

Körpergeld durch
Zahlscheingebühren

Masseverwalter als
Prozessvertreter

Leitungsverantwortung des
Vorstands im Konzern

Widerspruchsverfahren und andere
Markenrechtliche Neuerungen

Spagat
Abzugsfähige/nicht abzugsfähige Ausgaben

Nach Lissabon
EU-Energiekompetenz

OGH 18. 12. 2009, 6 Ob 119/09 g	• Inhaltserfordernisse der Spezialvollmacht zur Gründung einer GmbH (<i>Martin Hübner</i>)	361
OGH 18. 9. 2009, 6 Ob 178/09 h	• Einsichtsrecht eines Gesellschafters kann bei Rechtsmissbrauch verweigert werden	362
OGH 22. 9. 2009, 17 Ob 9/09 m	• Unternehmen haftet nicht für die private Markenverletzung durch einen Mitarbeiter	362
OGH 30. 9. 2009, 7 Ob 166/09 a	• GmbH-Geschäftsführer haftet nicht in jedem Fall für die Folgen unzulässiger E-Mail-Werbung	363
EuGH 10. 9. 2009, C-97/08 P (EuG)	• Vermutung eines bestimmenden Einflusses der Muttergesellschaft auf wettbewerbswidrig handelnde 100%ige Tochtergesellschaft („ <i>Akzo Nobel</i> “)	363

WETTBEWERBS- UND IMMATERIALGÜTERRECHT

Die Reform der ORF-Finanzierung Peter Thyri		365
Das Widerspruchsverfahren und weitere Neuerungen im Markenrecht Christian Schumacher / Michael Woller		368
OGH 20. 10. 2009, 4 Ob 141/09 b	• Kein unlauterer Wissenstransfer bei Mitarbeiterwechsel (<i>Michael Horak</i>)	370
OGH 8. 9. 2009, 4 Ob 139/09 h	• Haftung des gewerberechtl. Geschäftsführers für UWG-Verstöße (<i>Michael Horak</i>)	371
OGH 8. 9. 2009, 4 Ob 146/09 p	• Verwendungsanspruch wegen einer nur im Einzelfall unautorisierten Veröffentlichung (<i>Bernhard Tonninger</i>)	372
OGH 22. 9. 2009, 17 Ob 15/09 v	• Markenparodie (<i>Sascha Salomonowitz</i>)	373
EuGH 14. 1. 2010, C-304/08	• Deutsches Zugabenverbot mit RL-UGP unvereinbar (<i>Michael Horak</i>)	374

ARBEITSRECHT

Die Unterrichtung inländischer Arbeitnehmer und Betriebsräte bei Gründung einer SE im Ausland Stefan Köck / Adam Sagan		376
OGH 15. 12. 2009, 9 ObA 28/09 x	• Keine Urlaubsunterbrechung bei Pflegefreistellung wegen Betreuungsfreistellung	381
OLG Wien 28. 12. 2009, 9 Ra 103/09 x	• Organisationsbedingte Kündigung zulässig (<i>Thomas Reich</i>)	382

STEUERRECHT

Spannender Spagat: abzugsfähige vs nichtabzugsfähige Ausgaben Bernhard Renner		383
VwGH 2. 2. 2010, 2008/15/0290	• Kein Vorsteuerabzug für Chevrolet Tahoe ungeachtet ähnlicher Fahrzeuge auf der BMF-Liste der Kleinbusse! (<i>Kasper Dziurdz</i>)	387
VwGH 16. 11. 2009, 2008/15/0059	• Landwirtschaft: Einkunftsquelle oder Liebhaberei? (<i>Bernhard Renner</i>)	389
EuGH 21. 1. 2010, C-311/08	• Grenzüberschreitende Nutzungseinlagen auf dem Prüfstand des EuGH (<i>Christoph Marchgraber</i>)	390
UFS 1. 12. 2009, RV/0317-W/07	• Beginn der Absetzung für Abnutzung bei neu angeschafften und zu sanierenden Gebäuden (<i>Elisabeth Hüter</i>)	392
UFS 3. 2. 2010, RV/0992-L/08	• Ursächlicher Zusammenhang von Werbungskosten und Einnahmen: Kosten für „Einzel Selbsterfahrung“ abzugsfähig (<i>Marlies Steindl</i>)	393
UFS 22. 1. 2010, RV/0094-L/09	• Haftung eines „de-facto“-Geschäftsführers (<i>Johann Fischerlehner</i>)	393
UFS 2. 9. 2009, RV/0165-F/08	• Beginn der Verjährung bei vorläufiger Abgabefestsetzung trotz fehlender Ungewissheit (<i>Kasper Dziurdz</i>)	395
UFS 1. 2. 2010, RV/0908-L/08	• Mittelpunkt der Lebensinteressen (<i>Martina Gruber</i>)	397
BFH-Rechtsprechungsübersicht Johannes Prillinger		398

ÖFFENTLICHES WIRTSCHAFTSRECHT

Das Telekom-Reformpaket Nora Nettel		401
Verweigerung der Ausstellung von Dokumenten Andreas Gerhartl		404
VwGH 27. 1. 2010, 2006/04/0020	• Absehen von der Entziehung der Gewerbeberechtigung (<i>Edmund Primosch</i>)	406
VwGH 28. 1. 2010, 2009/07/0210	• Lagerung von Abfällen (<i>Edmund Primosch</i>)	407
VwGH 10. 12. 2009, 2006/04/0057	• Anforderungen an Privatradio-Werbung (<i>Edmund Primosch</i>)	407

EUROPA

Aktuelle Rechtsetzung und Entscheidungen der EU Wolfgang Urbantschitsch / Edith Hofer		408
Die Energiekompetenz der Union nach Lissabon Klaus Wallnöfer		409
EuGH 9. 3. 2010, C-378/08, C-379/08 und C-380/08 (verb), <i>Raffinerie Mediterranée (ERG) SpA, Polimeri Europea SpA and Syndial SpA</i>	• Sanierungsmaßnahmen nach der UmwelthaftungsRL 2004/35/EG (<i>Herwig Hauenschild</i>)	412
Rechtsprechungsübersicht Europäische Gerichte Sebastian Bohr / Susanne Kämpfer		415

ung eines Kindes sind daher einer Beeinträchtigung wie bei eigener Krankheit keinesfalls gleichzuhalten. Diese Wertung ergibt sich im Übrigen auch aus der Bestimmung des Pkt 17.4.2.2 der Urlaubsdienstausweisung, wonach bei Ausschöpfung des Höchstmaßes für Pflegefreistellung ein weiterer Pflegeurlaub aus-

schließlich für die notwendige Pflege eines im gemeinsamen Haushalt lebenden erkrankten oder verunglückten Kindes, Wahl- oder Pflegekindes, das das 12. Lebensjahr noch nicht überschritten hat, in Anspruch genommen werden kann. Es war daher der Revision des Kl keine Folge zu geben.

Organisationsbedingte Kündigung zulässig

§ 1 a Abs 9, § 44
Z 6 NÖ Spitals-
ärztegesetz 1992
(NÖ SÄG 1992);
§ 37 Abs 2 lit g
NÖ GVBG; § 32
Abs 4 VBG 1948;
§ 105 ArbVG

OLG Wien
28. 12. 2009,
9 Ra 103/09x

2010/133

Die Organisationshoheit liege ausschließlich beim Dienstgeber, der allein entscheidet, ob die der Kündigung zugrunde liegende Umgliederung, Rationalisierung oder sonstige Neuorganisation notwendig oder auch nur zweckmäßig ist. Durch diese Kündigungsmöglichkeit soll verhindert werden, dass die durch die Umorganisation überflüssig gewordenen Dienstnehmer weiterhin im Dienst belassen werden müssen.

Der Kl war ursprünglich in einem Krankenhaus einer Stadtgemeinde beschäftigt. Grundlage hierfür war ein mit der Stadtgemeinde abgeschlossener Sonderdienstvertrag. Dieser sah eine wöchentliche Rahmendienstzeit von 20 Stunden vor. Im Dienstvertrag wurden darüber hinaus die Bestimmungen des NÖ Spitalsärztegesetzes (NÖ SÄG 1992) vereinbart.

In weiterer Folge kam es zur Übernahme dieses Krankenhauses durch einen anderen Rechtsträger. Ca acht Monate nach Übernahme des Krankenhauses kam es zu Organisationsänderungen des ärztlichen Dienstes. Der Kl war zuvor für einen eingeschränkten fachlichen Bereich als Konsiliararzt tätig. Aufgrund der Organisationsänderung wurde der Bereich des Kl nunmehr vom ärztlichen Personal einer anderen Krankenanstalt mitbetreut, wodurch nach Ansicht der bekl Partei die Tätigkeit des Kl nicht mehr erforderlich war. Die bekl Partei sprach daraufhin die Kündigung gem § 44 Z 6 NÖ SÄG 1992 aus. Der Kl bekämpfte diese Kündigung ua mit der Begründung, dass der herangezogene Kündigungsgrund nach dem NÖ SÄG nicht vorliege. Dies deshalb, da die bisher verrichteten Aufgaben lediglich von einem „Fachkollegen“ aus einer anderen – ebenfalls der bekl Partei zugehörigen – Krankenanstalt mitverrichtet würden. Die Tätigkeit als solche sei daher iS der Rsp erforderlich. Darüber hinaus stützte der Kl seine Anfechtung der Kündigung auch auf § 105 ArbVG wegen Sozialwidrigkeit sowie auf § 1 a Abs 9 NÖ SÄG 1992, wonach ein Betriebsübergang nicht als Kündigungsgrund gelte.

Aus der Begründung:

Das ErstG gab zunächst der Anfechtung des Kl statt. Es gelangte zu der Ansicht, dass der Kündigungsgrund des § 44 Z 6 NÖ SÄG 1992 nicht vorliege, weil die vom Kl bisher verrichteten Tätigkeiten als solche nach wie vor erforderlich seien und geleistet werden müssten. Dagegen erhob die bekl Partei Berufung. Im Wesentlichen verwies die bekl Partei auf die Organisationshoheit des Dienstgebers für die ausschließlich durch ihn vorzunehmenden Umgliederungen, Rationalisierungen oder sonstigen Neuorganisationen, bei denen wirtschaftliche Überlegungen im Vordergrund standen. Weiters verwies sie auf die § 37 Abs 2 lit g NÖ GVBG und § 32 Abs 4 VBG

1948 in der geltenden Fassung bzw § 32 Abs 2 lit g VBG 1948 in der bis zum 31. 12. 1998 bestandenen Fassung BGBl 1961/165 und dazu ergangene Rsp (vgl 9 ObA 280/2000 t, 8 ObA 26/07 t), auf welche zurückgegriffen werden könne.

Das BerufungsG gab der Berufung der bekl Partei Folge. Das Klagebegehren wurde abgewiesen. In seiner Begründung führte das Berufungsgericht aus, dass die Organisationshoheit ausschließlich beim Dienstgeber liege, der allein entscheidet, ob die der Kündigung zugrunde liegende Umgliederung, Rationalisierung oder sonstige Neuorganisation notwendig oder auch nur zweckmäßig ist. Durch diese Kündigungsmöglichkeit soll verhindert werden, dass die durch die Umorganisation überflüssig gewordenen Dienstnehmer weiterhin im Dienst belassen werden müssen (RIS-Justiz RS0082463). Es müsse berücksichtigt werden, dass sich aus der „Organisationshoheit“ des Dienstgebers die Befugnis ergibt, an konkrete Tätigkeiten andere (insb höhere) Anforderungen zu stellen. Weiters seien Kündigungen auch dann als zulässig beurteilt worden, wenn infolge Auffassung von Abteilungen, deren Zusammenlegung, Übergang von einer dezentralisierten zu einer zentralisierten Geschäftsbehandlung und dergleichen die vom betreffenden AN bisher ausgeübten Tätigkeiten nicht mehr erforderlich sind (insb 9 ObA 280/2000 t). Nach dem vorliegenden Sachverhalt wurde daher nicht bloß die Tätigkeit des Kl durch einen anderen Facharzt einer anderen Krankenanstalt ersetzt, sondern eine grundlegende Änderung der Betreuung des „Bereichs“ des Kl vorgenommen. Es bleibt daher unter Berücksichtigung der Rsp dem Dienstgeber überlassen, im Rahmen einer Zentralisierung der Aufgaben und der dadurch bewirkten Synergieeffekte Abteilungen oder wie hier eine konkrete Dienststelle aufzulassen.

Zum Einwand der Unwirksamkeit der Kündigung aufgrund § 1 a Abs 9 NÖ SÄG 1992 führt das Berufungsgericht aus, dass diese Bestimmung ausschließlich die aus Anlass des Betriebsübergangs ausgesprochenen Kündigungen für unwirksam erklärt. Dies bedeutet aber nicht, dass sich ein Übernehmer nie mehr auf betriebswirtschaftliche Notwendigkeiten berufen könnte. Bereits Art 4 Abs 1 Satz 2 der BetriebsübergangsRL stellt klar, dass das in der RL statuierte Kündigungsverbot Kündigungen aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen, die Änderungen im Bereich der Beschäftigungen mit sich bringen, nicht entgegensteht. Das von der Rsp des EuGH geforderte zeitliche Naheverhältnis zum Betriebsübergang sei deshalb nicht erfüllt, weil die Umorganisation erst neun Monate nach Übergang des Betriebs vollzogen wurde. Die ordentliche Revision wurde für nicht zulässig erachtet. Der

Kl erhob keine außerordentliche Revision, sodass das Urteil des OLG Wien in Rechtskraft erwuchs.

Anmerkung:

Das zu Grunde liegende Urteil ist rechtskräftig. Die vorliegende E zeigt, dass auch im Spitalsbereich Kündigungen von Ärzten vorgenommen werden können, die sich durch Organisationsänderungen ergeben. Insb bei Übernahmen von Krankenanstalten, die zuvor von einem anderen Rechtsträger der öffentlichen Hand betrieben wurden, ergeben sich immer wieder Einsparungspotenziale (Synergieeffekte), die dazu führen können, bisheriges,

auch ärztliches Personal zu kündigen. Diese E zeigt auch, dass zwar grundsätzlich bestehende Verträge aufgrund der BetriebsübergangsRL – im Bereich der öffentlichen Hand – zunächst übernommen werden müssen (Verschlechterungsverbot, Besitzstandswahrung), dies bedeutet aber für den Übernehmer nicht, keinesfalls mehr diese Verträge kündigen zu können, sofern die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen.

Thomas Reisch

Mag. Thomas Reisch ist Rechtsanwalt in Wien und Verfahrensanwalt der bekl Partei.

Spannender Spagat: abzugsfähige vs nichtabzugsfähige Ausgaben

Wirtschaftsgüter, die von ihrer Funktionalität her sowohl im Alltagsleben als auch im Beruf Verwendung finden können, stehen im Spannungsfeld zwischen steuerlicher Abzugsfähigkeit als Betriebsausgaben bzw Werbungskosten und Nichtabzugsfähigkeit als Kosten der Lebensführung. Die (noch) herrschende Rechtsansicht steht dem Abzug reserviert gegenüber, was sich allerdings nicht zwingend aus den gesetzlichen Bestimmungen ergibt und in letzter Zeit zunehmend in Frage gestellt wurde.

BERNHARD RENNER

A. Problemstellungen

Stpfl machen folgende Aufwendungen oder Ausgaben,¹⁾ die jedenfalls auch die betriebliche oder berufliche²⁾ Sphäre berühren, als Betriebsausgaben bzw Werbungskosten geltend:

- 1a) Ein Unternehmer unternimmt eine Reise zwecks Besuchs einer Computer-Messe in den USA. An den viertägigen Messebesuch „hängt“ er noch ein paar Tage Urlaub an.
- 1b) Ein Religionslehrer unternimmt ebenfalls eine Reise mit theologischem Hintergrund; Programmpunkte sind aber auch allgemein interessierende Besichtigungen.
- 2a) Ein Sportlehrer erwirbt eine Wintersportausrüstung, die er sowohl in seinem Beruf als auch in seiner Freizeit benützt
- 2b) Ein anderer Sportlehrer absolviert einen Snowboard-Kurs.
- 3. Ein Musiklehrer macht Aufwendungen für Musik-CDs und einen MP3-Player als Werbungskosten geltend.
- 4. In der Gaststube eines Wirtes steht ein Fernseher; Gäste und auch der Betriebsinhaber selbst verfolgen gelegentlich Fernsehsendungen.
- 5. Für einen Arbeitsplatz als Schiffstechniker ist Voraussetzung, dass der Jobaspirant das Küstenpatent erwirbt.
- 6. Ein Stpfl besucht NLP-Kurse bzw Weiterbildungsveranstaltungen zu den Themen Kommunikation, Führung und berufliche Haltung.

- 7. Ein Stpfl veranstaltet anlässlich eines Dienstjubiläums eine Feier, zu der keiner seiner Verwandten und Bekannten, sondern nur „Geschäftsfreunde“ geladen sind.

Bei allen diesen in der Welt des Steuerrechts tatsächlich „wahren Geschichten“ stellt sich die Frage: Sind die Ausgaben beruflich veranlasst und somit zur Gänze, teilweise oder gar nicht abzugsfähig?

B. Gesetzliche Bestimmungen

1. Betriebsausgaben bzw Werbungskosten

Die Abzugsfähigkeit von Ausgaben mit beruflichem Konnex ist an folgende Voraussetzungen geknüpft:

- Im betrieblichen Bereich haben gem § 4 Abs 4 erster Satz EStG 1988 Betriebsausgaben durch den Betrieb „veranlasst“ zu sein. In den nachfolgend angeführten Ziffern dieser Bestimmung finden sich Aufwendungen, die „jedenfalls“ Betriebsausgaben

Mag. Bernhard Renner ist Vorsitzender des UFS sowie Fachautor (ua ständiger Mitarbeiter bei ecolex).

- 1) Im Folgenden wird für das Begriffspaar „Aufwendungen und Ausgaben“ der einheitliche – wenn auch nicht ganz präzise – Begriff „Ausgaben“ verwendet.
- 2) Im Folgenden wird für die Bereiche „betrieblich“ und „beruflich“ der Ausdruck „beruflich“ verwendet. Zwar ist diese Bezeichnung nicht ganz präzise, allerdings ist de facto auch die Führung eines Betriebs ein „Beruf“ und werden überdies Betriebsausgaben und Werbungskosten gleich behandelt (s Pkt C.1.a).