

Treuberater

Mitteilungen zu Steuer- und Wirtschaftsfragen

ES

Eversheim Stuible Treuberater GmbH
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft
Steuerberatungsgesellschaft

40547 Düsseldorf
Fritz-Vomfelde-Straße 6
Telefon (0211) 52 35-01
Telefax (0211) 52 35-100
E-Mail: Duesseldorf@ES-Treuberater.de

70176 Stuttgart
Rosenbergstraße 50/1
Telefon (0711) 9 93 40-0
Telefax (0711) 9 93 40-40
E-Mail: Stuttgart@ES-Treuberater.de

August/September 2017

Gesetzgebung

1. Bundestag beschließt Änderungen im Schonsteinfeger-Handwerk

In der Sitzung vom 22.6.2017 beschloss der Bundestag die Änderung des Schonsteinfeger-Handwerksgesetzes (BT-Drucksache 18/12493) gemäß der Empfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie (BT-Drucksache 18/12832).

Die zuständigen Behörden haben die Möglichkeit, eine Sammelausschreibung als Verfahren zur Besetzung von Kehrbezirken zu nutzen. Dadurch soll eine lückenlose Besetzung von Kehrbezirken gewährleistet und eine Verschlingung des Verfahrens erreicht werden.

Die Anforderungen an die Neutralität der bevollmächtigten Bezirksschornsteinfeger werden verschärft und der Wettbewerb des Schornsteinfegerhandwerks mit anderen Gewerken soll verstärkt werden.

2. Antrag auf Modernisierung des Gemeinnützigkeitsrechts in den Finanzausschuss überwiesen

In der Sitzung am 22.6.2017 hat der Bundestag den Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN über die Modernisierung des Gemeinnützigkeitsrechts (BT-Drucksache 18/12559) in den Finanzausschuss überwiesen.

Mit dem Antrag soll mehr Rechtssicherheit für bürgerschaftliches Engagement geschaffen werden. Der bisherige rechtliche Rahmen und die wenig konkreten Vorgaben für die Auslegung würden dazu führen, dass die Finanzämter die Entscheidung, ob eine begünstigte gemeinnützige Tätigkeit vorliege, uneinheitlich beurteilen. Ebenso wird bemängelt, dass politische Tätigkeiten von gemeinnützigen

Organisationen im Sinne der Beeinflussung der politischen Willensbildung nur mit dem Gemeinnützigkeitsrecht vereinbar sei, wenn die unmittelbare Einwirkung auf die politischen Parteien und die staatliche Willensbildung gegenüber der Förderung des gemeinnützigen Zwecks weit in den Hintergrund tritt.

Konkret soll die Bundesregierung durch den Bundestag unter anderem wie folgt aufgefordert werden:

- Sicherstellung, dass politische Äußerungen von Vertretern gemeinnütziger Organisationen im Rahmen des verfolgten gemeinnützigen Zwecks grundsätzlich erlaubt sind,
- Den Zweckkatalog nach § 52 Abs. 2 AO grundsätzlich entsprechend der sich im Zeitablauf gewandelten Gegebenheiten zu überarbeiten, zumindest aber um die Zwecke der Förderung der Gleichberechtigung von Lebenspartnerschaften, von Frieden, Menschenrechten, Demokratie zu ergänzen,
- Die Bildung einer Bundesbehörde, die mit der „Charity Commission“ in Großbritannien vergleichbar ist,
- Einführung eines öffentlich einsehbaren Gemeinnützigkeitsregisters

3. Überweisung des Antrags auf Ausbau des Freiwilligendienstes in den Familienausschuss

Die Fraktion BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN haben mit der BT-Drucksache 18/12804 einen Antrag gestellt, den Freiwilligendienst auszubauen. Der Bundestag hat den Antrag in seiner Sitzung am 22.6.2017 an den Familienausschuss überwiesen.

Den Treuberater können Sie auch im Internet unter www.es-treuberater.de/Publikationen als regelmäßigen Newsletter bestellen.

Das freiwillige Engagement sei der Kern einer lebendigen Zivilgesellschaft. Der Freiwilligendienst diene nicht nur dem Gemeinwohl sondern sei auch als Bildungs- und Orientierungszeit für die Freiwilligen anzusehen. Gleichwohl gäbe es mehr Bewerber als Plätze für den freiwilligen Dienst.

Es wird gefordert, dass jeder junge Mensch die Chance auf einen Freiwilligendienst in dem Bereich seiner Wahl hat. Zudem sollen Teilzeitmöglichkeiten wie passgenaue Begleitprogramme, insbesondere für Menschen mit besonderem Unterstützungsbedarf geschaffen werden.

Der Bundestag soll dem Antrag nach die Bundesregierung zu Folgendem auffordern:

- Förderung von 100.000 zusätzlichen Freiwilligendienstplätzen sowie Zahlung eines Bonus von 1.500 Euro für den Start ins Leben,
- Bildung eines runden Tisches zur inklusiven Öffnung des Freiwilligendienstes,
- Bürokratieabbau für die Anbieter von Freiwilligendienstplätzen,
- Qualitative Weiterentwicklung des begleitenden Bildungsprogramms
- Leitlinien zur Arbeitsmarktneutralität,
- Angleichung des Taschengeldes innerhalb einer Einsatzstelle,
- Stärkung des internationalen Freiwilligendienstes.

Rechtsprechung

1. Kein steuerlicher Querverbund bei geschlossenem Hallenbad, welches noch als Reserve vorgehalten wird

Die Klägerin liefert Gas, Wasser, Wärme und betreibt Häfen. Sie hält 99% der Anteile an der Bädergesellschaft B. Mit 1% ist die Stadt X an der Bädergesellschaft beteiligt und hält alle Anteile an der Klägerin. Zwischen der Klägerin und B besteht eine ertragsteuerliche Organschaft. Die Bädergesellschaft betrieb im Hallenbad C ein Blockheizkraftwerk, mit dem der Wärmebedarf des Hallenbads C gedeckt und Strom erzeugt worden ist, der Leistungsspitzen im Netz der Klägerin abdeckte. Im Jahr 2004 wurde das BHKW durch zwei Gasheizkessel ersetzt, die den Wärmebedarf des Hallenbads C sowie dreier Stadtviellen abdeckte, die aus Kostengründen nicht an das Fernwärmenetz der Klägerin angeschlossen werden konnten. Durch eine verbindliche Auskunft war der Klägerin bestätigt worden, dass weiterhin ein steuerlicher Querverbund bestehe. Im Jahr 2011 errichtete die Bädergesellschaft ein neues Bad H und schloss das Hallenbad C am 23.7.2011 für den Publikumsverkehr. Im H-Bad wurde ein Biogas-Blockheizkraftwerk installiert, welches am 1.6.2012 an das Hallenbad H angebunden worden ist.

Das Hallenbad C wurde jedoch als Reserve in Bereitschaft gehalten bis ein störungsfreier Betrieb des neuen Hallenbads H gesichert war. Im Sommer 2012 öffnete das Hallenbad C noch einmal für den Publikumsverkehr in den Sommerferien als das Hallenbad H zu Wartungszwecken geschlossen war.

Die Finanzverwaltung sah in dem Zeitraum zwischen dem 23.7.2011 (Schließung des Hallenbads C) und dem 1.6.2012 den steuerlichen Querverbund als nicht gegeben an.

Das Finanzgericht Münster lehnte mit Urteil vom 11.5.2017, Az.: 10 K 2308/14 K,G,F) die Klage als unbegründet ab.

Nach der Schließung des Hallenbads C mangle es an einer steuerlichen Zusammenfassung des Versorgungsbetriebes der Klägerin und des Bäderbetriebs der B. Das Finanzamt war mithin nicht mehr an die verbindliche Auskunft gebunden. Mit der Schließung des Hallenbads C ist eine wesentliche Änderung des Sachverhalts eingetreten, so der Senat. Der Senat erkennt zwar an, dass die Gaskessel technisch unverändert in Betrieb geblieben sind, dies sei aber für die Aufrechterhaltung des Querverbundes nicht ausreichend. Es käme nicht auf die rein technische Verknüpfung an, sondern es müsse auch das wirtschaftliche Gewicht der wechselseitigen Verflechtung für die beiden Betriebe einbezogen werden. Das Hallenbad C sei nach der Schließung für den Publikumsverkehr für die Bädergesellschaft nur noch von untergeordneter Bedeutung gewesen und habe eine reine Reservefunktion gehabt. Geschäftszweck der Bädergesellschaft sei der Betrieb von Hallen- und Freibädern. Bis zur Schließung stellte B den Betrieb über das Hallenbad C sicher, danach nur noch über das Hallenbad H. Für den Schwimmbetrieb habe das Hallenbad C nach der Schließung keine wesentliche Bedeutung mehr gehabt. Der reine Standby-Betrieb des Hallenbads C sei für eine Verflechtung von einigem Gewicht nicht ausreichend, da es sich bei einer tatsächlichen Wiederinbetriebnahme nur um einen Ausnahmefall handelte.

Die Revision wurde zugelassen.

2. Verluste aus Schulschwimmen kein Bestandteil des steuerlichen Querverbunds

Die Klägerin ist eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Stadt. Gegenstand des Unternehmens ist die Versorgung der Bevölkerung mit Gas, Wasser, Strom, Wärme, die Stadtentwässerung und der Betrieb von Bädern. Über ein Blockheizkraftwerk wurde der steuerliche Querverbund zwischen den Gewinnen der Energiesparte und den Verlusten aus

dem Bäderbetrieb hergestellt. In den Bädern fand auch Schulschwimmen statt. Die Klägerin erhielt von der Stadt Nutzungsentgelte für die einzelnen Schüler in Höhe des Eintrittsgeldes für die allgemeine Nutzung des Schwimmbads. Der Verlust aus dem Schulschwimmen betrug 67.000 Euro und war zwischen den Parteien nicht streitig. Die Klägerin wollte diesen Verlust als Bestandteil des Bäderverlustes mit den Gewinnen aus den anderen Sparten verrechnen.

Mit Urteil vom 26.4.2017 (Az.: 9 K 3847/15 K,F) lehnte das Finanzgericht Münster die Klage ab.

Die Verluste aus dem Schulschwimmen können nicht mit den Einkünften der Klägerin aus dem Versorgungsbetrieb verrechnet werden, weil die Verluste aus dem Schulschwimmen gemäß § 8 Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 KStG 2009 einer gesonderten Sparte zuzuordnen sind, die mit den in der Sparte Versorgungsbetrieb erfassten Einkünfte nicht zusammengefasst werden dürfen. Die Verluste aus dem Schulschwimmen seien einer Sparte nach § 8 Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 KStG 2009 zuzuordnen, während die übrigen Tätigkeiten in einer Sparte nach § 8 Abs. 9 Satz 1 Nr. 2 KStG 2009 zusammengefasst werden könnten. Eine Verrechnung zwischen diesen Sparten sei nicht zulässig.

Das Gericht führt aus, dass der Bäderbetrieb ein Dauerverlustgeschäft sei und nach den allgemeinen Regelungen eine verdeckte Gewinnausschüttung darstelle, da die Bäder im Interesse der Stadt aus gesundheitspolitischen Gründen betrieben werden.

Das Schulschwimmen sei der Sparte nach § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KStG 2009 zuzuordnen, da das Schulschwimmen als Dauerverlustgeschäft den Ausfluss einer Tätigkeit darstelle, die bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu einem Hoheitsbetrieb gehören.

Das Gericht vermag nicht der in der Literatur auch vertretenen Auffassung folgen, es läge kein Hoheitsbetrieb vor, wenn die Kapitalgesellschaft für das Schulschwimmen das gleiche Entgelt verlangt, wie bei jedem anderen Dritten auch. § 8 Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 KStG 2009 stelle eine fiktive Betrachtung an, ob eine ausgeführte Tätigkeit eine hoheitliche Tätigkeit wäre, wenn sie von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts direkt ausgeübt würde. Auf die Höhe des Entgelts und deren Fremdüblichkeit käme es hier nicht an.

3. Entgelt von Dritter Seite bei der Erschließung eines Baugebiets

Eine Projektgesellschaft (Klägerin), mit dem Ziel ein Baugebiet zu erschließen, verpflichtete sich gegenüber der Kommune zur Errichtung der Erschließungsanlagen. Der Gesellschafter, der auch Eigentümer der Flächen war, und die Klägerin vereinbarten, dass A die Grundstücke ohne Berechnung von Erschließungskosten veräußern solle und den Käufer dazu verpflichten solle, die Erschließungsbeiträge an die Klägerin zu leisten. Die Klägerin war weitere Vertragspartei in den notariellen Grund-

stückskaufverträgen zwischen A und den jeweiligen Erwerbern. A und die Erwerber waren sich jeweils einig, dass die Erschließungskosten keine Gegenleistung für die Grundstücksübertragung seien. Die Erschließungskosten sollte der Erwerber direkt an die Klägerin zahlen. Das Finanzamt sah in dieser Gestaltung eine steuerpflichtige Werklieferung der Erschließungsanlagen an die Kommune. Als Gegenleistung seien die Zahlungen der Grundstückserwerber an die Klägerin zu sehen. Das Finanzamt setzte daraufhin entsprechende Umsatzsteuer fest.

Der Bundesfinanzhof schloss sich mit Urteil vom 22.2.2017 (Az.: XI R 17/15) der Finanzverwaltung an. Entscheidend sei, ob zwischen Leistung und Gegenleistung ein unmittelbarer Zusammenhang bestehe. Dies gelte sowohl zwischen den am Leistungsaustausch beteiligten Parteien als auch zu einem Dritten, der selbst zwar nicht Leistungsempfänger sei, aber Zahlungen in Zusammenhang mit einem Leistungsaustausch tätige. Das Gericht stellt fest, dass es sich bei der Errichtung der Erschließungsanlagen auf öffentlichen Flächen um eine Werklieferung i.S.v. § 3 Abs. 4 UStG handelt. Auch wenn eine unentgeltliche Übertragung der Erschließungsanlagen auf die Gemeinde vorgesehen sei, könne umsatzsteuerlich dennoch eine entgeltliche Übertragung vorliegen. Die Grundstückserwerber müssen die Erschließung entsprechend der Vereinbarung zwischen Grundstückseigentümer und Klägerin finanzieren. Dadurch sei ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Werklieferung der Klägerin und den Zahlungen der Grundstückserwerber vorhanden. Der unmittelbare Zusammenhang könne auch durch die Tatsache hergestellt werden, dass die Grundstückserwerber nur dann zur Zahlung verpflichtet waren, wenn die Klägerin die Erschließungsanlagen an die Gemeinde erbracht hat. § 10 Abs. 1 S. 3 UStG setze nicht voraus, dass der Zahlende eine Schuld des Leistungsempfängers übernehme. Daher komme es auch nicht darauf an, dass die Gemeinde keine Zahlungspflicht treffe.

4. Ertragszuschuss ist organschaftliche Mehrabführung

Die Klägerin ist Organgesellschaft im ertragsteuerlichen Sinne. Die Organträgerin gewährte der Klägerin einen nicht rückzahlbaren Ertragszuschuss, den die Klägerin handelsrechtlich als Ertrag buchte. Ebenso wurde aus einer Verschmelzung mit einer Organgesellschaft der Klägerin ein Übernahmeverlust erfolgswirksam in der Handelsbilanz erfasst. Das Finanzamt qualifizierte den Ertragszuschuss als verdeckte Einlage und erhöhte das steuerliche Einlagekonto entsprechend. Gleichzeitig sah das Finanzamt in der unterschiedlichen Erfassung des Ertragszuschusses in Handels- und Steuerbilanz eine Mehrabführung, die das steuerliche Einlagekonto der Klägerin minderte. Der steuerlich nicht zu berücksichtigende Übernahmeverlust sei hingegen keine Minderabführung, da diese bei der Einkommensberechnung außerbilanziell korrigiert werde. Die Klägerin vertrat die Auffassung, dass die

Auskehrung des Ertragszuschusses keine Mehrabführung darstelle und daher das steuerliche Einlagekonto nicht zu mindern sei.

Der BFH schloss sich mit Urteil vom 15.3.2017 (Az: I R 67/15) der Auffassung des Finanzamts an.

Der Ertragszuschuss stellt eine verdeckte Einlage dar und führt neben nachträglichen Anschaffungskosten auf die Beteiligung an der Klägerin zu einer Erhöhung des steuerlichen Einlagekontos bei der Klägerin. Das zugeführte Kapital sollte dauerhaft in das Vermögen der Klägerin übergehen. Eine Rückzahlung war nicht beabsichtigt. Dieser Punkt war zwischen den Parteien auch nicht streitig. Das Gericht stellt klar, dass die sofortige Rückführung des Ertragszuschusses über die Gewinnabführung keine Rückgängigmachung der verdeckten Einlage darstellt.

Es läge aber eine organschaftliche Mehrabführung vor. Mehr- oder Minderabführungen liegen insbesondere vor, wenn der an den Organträger abgeführte Gewinn von dem Steuerbilanzgewinn der Organgesellschaft abweicht. Die Entscheidung, ob eine Mehr- oder Minderabführung vorliege, sei daran auszurichten, dass die Einmalbesteuerung der organschaftlichen Erträge beim Organträger sichergestellt ist. Demnach sei die Rückzahlung des Ertragszuschusses als verdeckte Einlage eine Mehrabführung, auch dann, wenn man davon ausgeht, dass die verdeckte Einlage erst in der zweiten Stufe der Gewinnermittlung das Einkommen mindert. Eine verdeckte Einlage führt zu einer Aktivierung auf die Beteiligung, die die verdeckte Einlage erhalten hat. Der Wert dieser Beteiligung steigt aber tatsächlich gar nicht, da über die Gewinnabführung der Ertragszuschuss wieder an den Gesellschafter abgeführt wird. Nach der Systematik der Einmalbesteuerung liege hier eine Mehrabführung vor. Das steuerliche Einlagekonto der Klägerin ist durch eine entsprechende Minderung des gemäß § 27 Abs. 6 KStG wieder auszugleichen.

Da bei dem Verbot der Berücksichtigung des Übernahmeverlustes im Übrigen die Bilanzierung der übergegangenen Wirtschaftsgüter unberührt bleibt, bestehe bei der späteren Veräußerung der Beteiligung keine Gefahr, das Gebot der Einmalbesteuerung zu verletzen. Daher bestünde auch keine Notwendigkeit das Einkommen der Organträgerin in einem solchen Fall über einen Ausgleichsposten zu mindern, der durch eine Minderabführung gebildet werden würde.

5. Zuschüsse der öffentlichen Hand können umsatzsteuerpflichtig sein

Die Klägerin betreibt ein Kompetenzzentrum für alle Fragen der Unternehmensgründung und -führung. Gesellschafter der Klägerin ist ein Landkreis. Neben der Beratung für Existenzgründer vermietet sie an Existenzgründer und junge Unternehmen Büro-, Produktions- und Lagerflächen und erbringt Dienstleistungen, wie Sekretariat oder Empfangsservice.

Die Klägerin erhielt Zuschüsse für die Mitarbeit an einem Projekt für arbeitssuchende Menschen. Der Zuschuss wurde aus Mitteln des Europäischen Sozialfonds (ESF) aufgrund eines Zuwendungsbescheids geleistet. Zuwendungsgegenstand war ein konkretes Projekt.

Die Klägerin behandelte den Zuschuss umsatzsteuerlich als echten Zuschuss und unterwarf diesen nicht der Umsatzsteuer. Das Finanzamt vertrat im Rahmen einer steuerlichen Außenprüfung die Auffassung, dass der Zuschuss umsatzsteuerpflichtig sei.

Das Finanzgericht Schleswig-Holstein schloss sich mit Urteil vom 15.5.2017 (Az.: 4 K 46/16) der Auffassung des Finanzamtes an.

Die Tätigkeiten in dem bezuschussten Projekt seien unternehmerische Tätigkeiten i.S.d. § 2 UStG, so dass der Klägerin der volle Vorsteuerabzug zusteht, was auch unstrittig war. Der Zuschuss stelle aber ein Entgelt für eine umsatzsteuerpflichtige Leistung der Klägerin im Rahmen des Projekts dar.

Zwischen der Leistung und dem erhaltenen Gegenwert muss ein unmittelbarer Zusammenhang bestehen. Unerheblich ist, ob der Unternehmer mit der Leistung auch einen eigenen Zweck verwirklicht. Keine Leistung gegen Entgelt liegt dagegen vor, wenn der Zuschuss lediglich der Förderung des Zahlungsempfängers im allgemeinen Interesse dient und nicht Gegenwert für eine steuerbare Leistung des Zahlungsempfängers an den Geldgeber sein soll. Die Rechtsprechung hat im Hinblick auf Zahlungen der öffentlichen Hand entschieden, dass diese auch dann ein Entgelt für steuerbare Leistungen sein können, wenn der Zahlungsempfänger im Auftrag des Geldgebers eine Aufgabe aus dessen Kompetenzbereich übernimmt und die Zahlung damit zusammenhängt oder wenn der Zuwendungsempfänger keine Primärpflicht zur Erbringung der geförderten Tätigkeit obliegt und er ein signifikantes Eigeninteresse an deren Durchführung hat.

Es bestand ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem Projekt und der Zuwendung. In dem Zuwendungsbescheid war hinreichend konkret der Leistungs- und Fördergegenstand beschrieben. Ferner war die Klägerin verpflichtet worden, für eine Erfolgskontrolle der Förderangebote Daten zu erheben und an den Zuwendungsgeber zu übermitteln.

6. Organisatorische Eingliederung bei Beherrschungsvertrag

Die Klägerin (A-GmbH) hält alle Anteile an der B-GmbH. Geschäftsführer der A ist B und Geschäftsführer der B-GmbH sind C und D. Die Klägerin schloss mit der B-GmbH einen Beherrschungsvertrag, der am 4. Dezember 2007 im Handelsregister eingetragen wurde. In einer steuerlichen Außenprüfung kam der Prüfer zu dem Schluss, dass aufgrund des Beherrschungsvertrags eine umsatzsteuerliche Organschaft zwischen der

Klägerin und der B-GmbH vorliege. Streitig ist die organisatorische Eingliederung der Organgesellschaft. Die Klägerin meint, dass mangels Personenidentität der Geschäftsführer keine organisatorische Eingliederung vorliege.

Mit Urteil vom 10.5.2017 (Az.: V R 7/16) hatte die Klage nur teilweise Erfolg.

Die gewerbliche oder berufliche Tätigkeit wird nicht selbständig ausgeübt, wenn eine juristische Person nach dem Gesamtbild der Verhältnisse finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das Unternehmen des Organträgers eingegliedert ist (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 UStG). Streitig ist allein die organisatorische Eingliederung. Im Regelfall wird für die organisatorische Eingliederung eine persönliche Verflechtung über die Geschäftsführung der Organgesellschaft gefordert.

Wird die Leitung einer juristischen Person gemäß § 291 AktG oder für GmbH in analoger Anwendung die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt, begründet der Beherrschungsvertrag die organisatorische Eingliederung. Über die finanzielle Eingliederung bestehen als Mehrheitsgesellschafter auch Prüfungs- und Weisungsrechte über Beschlüsse der Gesellschafterversammlung. Diese Weisungsrechte erfüllen aber nach ständiger Rechtsprechung nicht das selbständige Tatbestandsmerkmal der organisatorischen Eingliederung. Das weitergehende Weisungsrecht aus dem Beherrschungsvertrag hingegen erfüllt die Kriterien für eine organisatorische Eingliederung, da sich das Weisungsrecht nicht nur auf die Überwachung beschränkt, sondern darüber hinaus auf die Leitung der Gesellschaft bezieht. Weisungen können direkt erteilt werden und müssen nicht über die Gesellschafterversammlung erfolgen.

Der Beherrschungsvertrag wird jedoch erst mit Eintragung in das Handelsregister wirksam. Die umsatzsteuerliche Organschaft besteht demnach erst ab der Eintragung des Beherrschungsvertrags im Handelsregister. Die Klage hatte insoweit Erfolg, dass vor der Eintragung verwirklichte Besteuerungsgrundlagen nicht in die umsatzsteuerliche Organschaft einzubeziehen sind.

7. Kündigungsrecht für Verbraucher auch bei Änderung von staatlichen Kosten im Strompreis

Der Beklagte bietet Verbrauchern die Belieferung mit Strom auf der Grundlage von Sonderkundenverträgen an. Streitig sind Preisänderungen, die auf der Weiterbelastung von Steuern, Abgaben und hoheitlichen Belastungen beruhen. In den AGBs der Beklagten war bei der Änderung von Grund- und Arbeitspreisen eine Informationspflicht der Beklagten sowie ein Sonderkündigungsrecht für den Kunden vorgesehen. Für die Neueinführung, den Wegfall und/oder die Änderung von Steuern, Abgaben oder hoheitlichen Belastungen wurde in § 7 der AGB ausdrücklich kein Sonderkündigungsrecht vorgesehen. Gegen das Fehlen der Sonder-

kündigungsregelung klagte die Klägerin. Die Änderung der in § 7 AGB zitierten Belastungen seien ein Anwendungsfall des § 41 Abs. 3 EnWG, so dass die Beklagte den darin enthaltenen Vorgaben hätte Rechnung tragen müssen.

Mit Urteil vom 5. Juli 2017 (Az.: VIII ZR 163/16) bestätigte der Bundesgerichtshof die Auffassung der Klägerin.

Soweit die Beklagte in den AGB für den Fall einer Neueinführung/Erhöhung „hoheitlicher Belastungen“ weder eine Verpflichtung zur vorherigen Information des Kunden noch eine Kündigungsmöglichkeit vorgesehen habe, verstoße dies gegen § 41 Abs. 3 EnWG. In dieser Vorschrift geregelte „Änderung von Vertragsbedingungen“ umfassen auch Preisänderungen. Eine Differenzierung zwischen Preisänderungen durch „hoheitliche Belastungen“ und Preisänderungen aus sonstigen Gründen seien nicht ersichtlich, weder aus den Vorschriften des Gemeinschaftsrechts noch des nationalen Rechts. Auch bei „hoheitlichen Belastungen“ handle es sich um bloße Kostenelemente beziehungsweise Kalkulationsbestandteile. Es ist den Begründungsmaterialien der einschlägigen Verordnungen zur Strom- und Gasgrundversorgung nichts zu entnehmen, dass der Gesetzgeber das Kündigungsrecht des Kunden bei Preisänderungen durch solche Belastungen als problematisch gesehen hätte.

8. Klärschlammabfuhr unterliegt dem Wasser- und Abwasserrecht und nicht dem Abfallrecht

Der Kläger bestritt seine Beitragspflicht, da es in seiner Gemeinde keine Entwässerungseinrichtung gäbe und sein Grundstück dementsprechend auch nicht daran angeschlossen sein könne. Der Abtransport angefallenen Schlamms aus Kleinkläranlagen durch Fuhrunternehmer sei eine Abfall-, keine Abwasserbeseitigung. Daher bestehe keine Andienungspflicht, wenn der Eigentümer die Abfälle auf seinem Grundstück verwerte. Die Zwangsabholung von Fäkalschlamm verletze in diesem Fall Art. 13 und 14 GG. Auf die Frage der Wirksamkeit der Beitrags- und Gebührensatzung komme es nicht an.

Das Bundesverwaltungsgericht wies die Revision des Klägers mit Beschluss vom 7.2.2017 (Az.: BVerwG 9 B 30.16) zurück.

Das Gericht stellte fest, dass sich die Frage, ob das Einsammeln und Transportieren von Klärschlamm bundesrechtlich dem abfall- oder dem abwasserrechtlichen Regime unterfällt, bereits aus dem Gesetz beantworten ließe. Die Regelung des § 54 Abs. 2 Satz 2 Wasserhaushaltsgesetz (WHG) stellt klar, dass die Beseitigung des in Kleinkläranlagen anfallenden Fäkalschlammes zur Abwasserbeseitigung gehört und dass solche Schlämme der Beseitigungspflicht in kommunalen Abwasserbehandlungsanlagen unterworfen werden können. Auch das Sammeln des Schlamms durch Transportfahrzeuge zählt zur Abwasserbeseitigung.

9. Spartenbildung bei Dauerverlustgeschäften

Bis 2006 war die Klägerin (eine öffentlich-rechtliche Eigengesellschaft) Pächterin und Betreiberin eines Museumsparks. Hierbei handelte es sich um ein Dauerverlustgeschäft. Die Verluste wurden durch den Landkreis ausgeglichen. Ab dem 1.1.2007 wird der Museumspark durch eine Schwestergesellschaft betrieben. Die Schwestergesellschaft zahlt Pacht an die Klägerin in Höhe der Kosten der Klägerin zuzüglich eines Gewinnaufschlags. Ab dem Jahr 2009 bildete das Finanzamt zwei Sparten, „Museum“ und „Übrige Tätigkeiten“. Den Verlustvortrag vom 31.12.2008 ordnete sie vollständig der Sparte „Museum“ zu und verrechnete damit die positiven Einkünfte aus der Museumsverpachtung. Die Einkünfte aus der Sparte „sonstige Tätigkeiten“ unterwarf das Finanzamt der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer.

Das Finanzgericht Berlin-Brandenburg wies die Klage mit Urteil vom 14.3.2017 (Az.: 6 K 6144/15) zurück.

Die Spartenrechnung nach § 8 Abs. 9 KStG ist mit dem Jahressteuergesetz 2009 eingeführt worden. Das Gericht vertritt die Auffassung, dass bei einem Dauerverlust, der zum 31.12.2008 festgestellt worden ist, die Spartenrennung dennoch gelten müsse, wenn in 2009 gar kein dauerdefizitäres Geschäft mehr vorliege. Andernfalls gäbe es eine unzulässige Verlustverrechnung. Aus der Übergangsregelung für Altverluste ergäbe sich, dass der Altverlust sachgerecht auf die Sparten aufzuteilen sei. Das Gericht sah die Bildung der Sparten als sachgerecht an, da es sich um unterschiedliche Tätigkeiten handle. Auch sachgerecht sei es, dass die Verluste vollständig der Sparte „Museum“ zugeordnet würden, da aus dem Betrieb des Museums die Verluste auch entstanden seien.

Die von der Beklagten vorgenommene Verrechnung der Gewinne aus der Verpachtung des Museumsparks mit den Verlusten aus dem früheren Betrieb des Museumsparks sah das Gericht als nicht korrekt an. Aufgrund des Verböserungsverbots hatte diese Feststellung jedoch keine unmittelbare Auswirkung. Bei der Verpachtung des Museumsparks handelt es sich nicht um eine Fortführung des Betriebs des Museumsparks. Die Verpachtung eines verlustbringenden Geschäfts ist anders als der dauerdefizitäre Betrieb nicht begünstigt, so dass auch eine Verrechnung der Gewinne aus der Verpachtung mit den Verlusten aus dem Betrieb fraglich erscheint.

10. Leitfäden der BNetzA sind nicht rechtsverbindlich

Die Beschwerdeführerin verbraucht in erheblicher Menge Strom und ist über ein singulär genutztes Mittelspannungskabel an eine Umspannstation der Beteiligten (Netzbetreiber) angeschlossen. Die Beschwerdeführerin entnahm in den Jahren 2004 bis 2009 elektrische Energie für den Eigenverbrauch aus dem Netz der Beteiligten. Die

Beschwerdeführerin ließ in 2012 energiewirtschaftliche Berechnungen durchführen, nach denen die individuellen Netzentgelte für den Zeitraum vom 1.8.2005 bis 31.12.2009 deutlich unter den veröffentlichten allgemeinen Netzentgelten lagen.

Die Beschwerdeführerin hatte bereits im September 2005 erstmals versucht, mit der Beteiligten ein individuelles Netzentgelt zu vereinbaren. Die Beteiligte verweigerte ein Angebot über ein individuelles Netzentgelt. Nachdem zunächst der Versuch der Beschwerdeführerin gescheitert war, sich direkt von der BNetzA ein individuelles Netzentgelt genehmigen zu lassen, reichte sie bei der BNetzA einen Antrag auf Überprüfung des Verhaltens der Beteiligten ein. Die BNetzA lehnte den Antrag mit dem Hinweis ab, dass ein individuelles Netzentgelt für 2005 bis 2009 nicht genehmigungsfähig sei, da Berechnungen der Beteiligten gezeigt hätten, dass das individuelle Netzentgelt höher als das allgemeine Netzentgelt sei.

Mit der Beschwerde verfolgte die Beschwerdeführerin das Ziel, dass die BNetzA der Beteiligten die Verpflichtung auferlegt, ihr ein Angebot für ein individuelles Netzentgelt für den Zeitraum August 2005 bis Ende 2009 zu unterbreiten.

Die Beschwerde hatte Erfolg (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 18.1.2017, Az.: VI-3 Kart 148/15 (V)).

Grundsätzlich könne das Gericht nur eine Neubesecheidung durch die BNetzA bewirken, da die beantragte Entscheidung im Ermessensspielraum der Behörde läge und das Gericht in den Ermessensspielraum der Behörde nicht eingreifen könne. Die Beschwerdeführerin hatte jedoch dargetan, dass sich bei rechtsfehlerfreier Ermittlung individuelle Netzentgelte in der von ihr bezeichneten genannten Höhe ergäben, so dass nur eine Verpflichtung der Beteiligten, den Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung anzubieten, das missbräuchliche Verhalten wirksam abstellen könne und ein Ermessensspielraum der BNetzA im Streitfall nicht bestehe. Dem sei die BNetzA nicht entgegengetreten. Es fehle auch nicht an einer gegenwärtigen Interessenberührung der Beschwerdeführerin, da sich der Antrag zwar auf einen bereits abgeschlossenen Zeitraum beziehe, sie aber bereits seit 2005 versuche, ein Angebot für ein individuelles Netzentgelt zu bekommen.

Die Beschwerdeführerin habe auch einen Anspruch auf Abschluss einer Vereinbarung über ein individuelles Netzentgelt nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV. Sie erfülle die dort genannten Kriterien bezüglich der Benutzungszahl und der abgenommenen Mindeststrommenge.

Die Beteiligte hatte nach dem von der BNetzA veröffentlichten Leitfaden 2009 das individuelle Netzentgelt berechnet und kam zu dem Ergebnis, dass dieses höher als das allgemeine Netzentgelt war. Gemäß dem Leitfaden hatte die Beteiligte die Kosten des physikalischen Pfades nicht anteilig nach dem Ausmaß der Nutzung durch die Beschwerdeführerin, sondern anhand der tatsächlichen Netzgegebenheiten vorgenommen. Ebenso wurden die

Kosten für die Beschaffung der Verlustenergie sowie Kosten für Netzreservekapazitäten im vollen Umfang angesetzt.

Bei Berechnung nach dem Leitfadens 2010 und wie von der Beschwerdeführerin gefordert, die Kosten der dem physikalischen Pfad zuzurechnenden technischen Anlage sowie für die Beschaffung der Verlustenergie nur anteilig berücksichtigt und keine Kosten für Netzreservekapazitäten angesetzt, hätte sie der Beschwerdeführerin ein individuelles Netz-entgelt anbieten müssen.

Maßgeblich sei nicht die korrekte Umsetzung des Leitfadens, sondern wie die Anspruchsvoraussetzungen des § 19 Abs. 2 StromNEV auf der Basis der geltenden Rechtslage zu verstehen sind und ob die Berechnung der Beteiligten den verordnungsrechtlichen Vorgaben entspricht. Leitfäden unterscheiden sich in ihrer Bindungswirkung und Funktion maßgeblich von Festlegungen i.S.d. § 29 Abs. 1 EnWG. Eine rechtlich verbindliche Konkretisierungswirkung käme den Leitfäden nicht zu. Reservekapazitäten seien deshalb nicht zu berücksichtigen, da das in die Berechnung einbezogene Grundlastkraftwerk über mehrere Blöcke verfüge.

11. Durchführung eines Konzessionsverfahrens

Die Klägerin ist Altkonzessionär eines Stromverteilnetzes und unterlag bei der Ausschreibung dieses Netzes einem anderen Bieter. Im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens rügte sie die Unrechtmäßigkeit der Auswahlkriterien und die vorgenommene Auswertung.

Das Landgericht Hannover bestätigte die Rechtmäßigkeit der Auswahlkriterien, sah aber bei der Auswertung eine Überschreitung des Beurteilungsspielraums durch die Gemeinde (LG Hannover, Urteil vom 23.2.2017, Az.: 25 O 47/16).

Die Beklagte habe ihren zustehenden Beurteilungsspielraum überschritten. Durch ein Gericht sei aufgrund des großen Beurteilungsspielraums nur überprüfbar, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten, von keinem unzutreffenden oder unvollständigen Sachverhalt ausgegangen werde oder sachwidrige Erwägungen in die Entscheidungen eingeflossen seien. Verschiedene Unterkriterien seien falsch oder gar nicht berücksichtigt worden. Zum Beispiel werde beim Unterkriterium „Zügige Durchführung von Störungsbeseitigungen“ das Vorhandensein einer 300 Mann starken Rufbereitschaft nicht sachgerecht bewertet.

Das Gericht könne jedoch die Bewertung nicht durch eine eigene Bewertung ersetzen, so dass das Landgericht eine Neubewertung der verbindlichen Angebote empfehle.

12. Rechtmäßigkeit eines Konzessionsvertrags

Die Klägerin ist zu 100% ein kommunales Unternehmen und begehrt, nachdem sie das

Konzessionsverfahren gewonnen hat, die Herausgabe des Gasnetzes vom Altkonzessionär. Der Altkonzessionär hatte im Verfahren keine Rügen erhoben, jedoch einen Antrag auf einstweilige Verfügung gestellt, nachdem er das Bieterverfahren verloren hatte. Der Antrag auf Rechtsschutz war als unbegründet zurückgewiesen worden. Hiergegen legte der Altkonzessionär keine Rechtsmittel ein. Jedoch verweigerte der Altkonzessionär die Herausgabe des Gasnetzes. Die Klägerin klagte vor dem LG Magdeburg auf Herausgabe des Netzes wohingegen der Altkonzessionär mit einer Zwischenfeststellungswiderklage auf Feststellung der Nichtigkeit des Konzessionsvertrags reagierte.

Mit Teilurteil vom 11.5.2017 wies das LG Magdeburg die Zwischenfeststellungswiderklage als unbegründet ab (Az.: 36 O 15/16).

Das Konzessionsverfahren sei transparent und diskriminierungsfrei gewesen. Die vorgegebenen Kriterien und die relative Bewertungsmethode hielt das LG Magdeburg für zulässig und transparent. Es lag auch kein Verstoß gegen das Neutralitätsgebot vor. Die Frage, ob Ratsmitglieder, die zugleich als Vertreter der Kommune im Aufsichtsrat der kommunalen Gesellschaft saßen, bei der Konzessionsvergabe mitwirken dürften, sei noch nicht gerichtlich entschieden. Der bisherigen Rechtsprechung sei zu entnehmen, dass zwischen der Kommune als verfahrensleitende Stelle und als Bieter eine personelle und organisatorische Trennung erforderlich sei. Ein Ausschluss der Ratsmitglieder, von der Abstimmung über die Konzessionsvergabe, die auch im Aufsichtsrat des Bieters saßen, sei nicht geboten. Die Doppelfunktion sei aufgrund der Regelung in § 46 Abs. 6 EnWG hinzunehmen und vom Gesetzgeber gesehen worden.

13. Bewertung mit Schulnoten im Vergabeverfahren zulässig

Der Bundesgerichtshof hatte in Zusammenhang mit einem Nachprüfungsverfahren über die Vergabe von Postdienstleistungen zu entscheiden.

Als Zuschlagskriterien waren der Preis und die Qualität der Leistungserbringung mit je 50% gewichtet. Für die Qualität der Leistungserbringung waren drei Unterkriterien gebildet worden. Die Bewertung erfolgte anhand von Schulnoten.

Der Antragsteller griff einerseits die Bewertung mit Schulnoten an und andererseits, dass der Preis im Verhältnis zur Qualitätsbewertung untergewichtet sei.

Mit Urteil vom 4.4.2017 (Az.: ZR 3/17) hält der BGH eine Gewichtung des Preises mit 50% für zulässig. Der Antragsteller bemängelte, dass der tatsächliche Wettbewerb nur Preisnachlässe bis 10% biete, so dass nur ein geringer Anteil der Bandbreite der zu vergebenden Punkte bei der Bewertung ausgenutzt werde. Der BGH stellt fest, dass dies nicht entscheidend sei, sondern das im Falle einer Punktgleichheit der Angebote untereinander bezogen auf

die Qualitäts-Kriterien letztlich der günstigste Preis entscheide.

Die Bewertung nach Schulnoten sei auch nicht zu beanstanden. Die Beschreibung zu den einzelnen Kriterien lasse hinreichend erkennen, worauf es der Vergabestelle im Einzelnen ankomme. Die Abfrage von Konzepten führe dazu, dass der Wettbewerb partiell das Gepräge eines Verfahrens mit funktionaler Leistungsbeschreibung habe. Müsste die Vergabestelle zu jeder Schulnote konkretisierende Informationen liefern, käme dies einer direkten oder indirekten Vorgabe von Konzepten gleich, was vermieden werden soll.

Ob es bei ungewöhnlichen oder komplexen Fällen notwendig sein kann, zur Wahrung der Transparenz, Vorstellungen für den Zielerreichungsgrad zu äußern, ließ der BGH offen, da dies bei diesem Fall nicht von Bedeutung war.

14. Verpachtung eines Badesees mit Freibad an Eigengesellschaft ist BgA

Die Gemeinde (Klägerin) hat einen Badesee mit Freibad an eine Eigengesellschaft (B-GmbH) verpachtet. Die B-GmbH hat den Badesee und das Freibad betrieben. Die Klägerin zahlte auf Grundlage einer Abrechnung der Sparte Bäder einen Zuschuss an die B-GmbH zur Deckung der Verluste. Die Höhe des Zuschusses wurde jährlich durch den Stadtrat beschlossen. Die Zuschüsse überstiegen die Pacht erheblich. Das Finanzamt vertrat die Auffassung, dass Zuschuss und Pacht derart miteinander verknüpft seien, dass von einer unentgeltlichen Überlassung auszugehen sei und damit kein BgA vorläge.

Das Finanzgericht Sachsen erkannte mit Urteil vom 10.1.2017 (Az.: 3 K 1652/15), dass ein BgA vorliege.

Als Betrieb gewerblicher Art gilt auch die Verpachtung eines solchen Betriebs. Der Betrieb des Badesees und des Freibads wäre unstreitig ein Betrieb gewerblicher Art, wenn die Klägerin dies selbst täte. Demnach ist auch die Verpachtung dieses Betriebs ein Betrieb gewerblicher Art. Der jährliche Zuschuss steht dem nicht entgegen. Die Gewährung des jeweiligen Zuschusses erfolgt auf Grundlage eines Stadtratsbeschlusses und nicht aufgrund des Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsvertrags. Ein direkter Zusammenhang zwischen Pacht und Zuschuss bestehe daher nicht. Daher komme auch eine Saldierung von Pacht und Zuschuss nicht in Frage, mit der Folge, dass keine entgeltliche Verpachtung und damit kein Verpachtungs-BgA vorläge.

15. Eigengesellschaft als Organgesellschaft eines städtischen Bäder-Eigenbetriebs

Die Klägerin ist eine GmbH und betreibt ein Energieversorgungsunternehmen. Die Stadt brachte die Anteile an der Klägerin in ihren als Eigenbetrieb

geführten Bäderbetrieb ein. Es wurde ein Gewinnabführungsvertrag zwischen dem Bäderbetrieb und der Klägerin geschlossen. Der Bäderbetrieb betrieb zusätzlich zum Betrieb der Bäder und Freibäder ein Blockheizkraftwerk.

Streitig war, ob eine körperschaftsteuerliche und gewerbsteuerliche Organschaft zwischen dem Bäderbetrieb und der Klägerin bestand. Die Finanzverwaltung lehnte eine Organschaft ab, da der Bäderbetrieb als dauerdefizitärer Betrieb kein gewerbliches Unternehmen sei und damit auch kein Organträger sein könne. Die Klägerin vertrat die Auffassung, dass durch die Gewinnabführung der Bäderbetrieb insgesamt Gewinne erwirtschaften würde und damit gewerblich tätig sei.

Das Finanzgericht Hessen sah mit Urteil vom 16.5.2017, Az.: 4 K 1060/13 die Klage als begründet an.

Grundsätzlich kann auch ein Betrieb gewerblicher Art (BgA) einer Körperschaft des öffentlichen Rechts Organträger sein. Ein BgA kann aber nur Organträger sein, wenn er ein gewerbliches Unternehmen i.S.d. § 15 EStG ausübt. Dies setzt Gewinnerzielungsabsicht voraus. Für die Absicht, Gewinne zu erzielen ist ausreichend, dass der BgA nach seiner konkreten Struktur unter Berücksichtigung seines gesamten - auch gewillkürten - Betriebsvermögens darauf angelegt ist, insgesamt in der Zukunft einen Totalgewinn zu erzielen. Die Gewinnabführungen der Tochtergesellschaft sind dabei zu berücksichtigen. Der Bäderbetrieb war unstreitig nachhaltig und nach außen im Allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr tätig und hat Einnahmen erzielt. Die Einlage der Anteile an der Klägerin war geeignet, den Wert des Betriebsvermögens dauerhaft zu erhöhen.

Auch sind keine unterschiedlichen Tätigkeitsbereiche erkennbar. Das Halten einer Beteiligung ist in der Regel kein BgA sondern stellt Vermögensverwaltung dar. Auch liegt eine zulässige Zusammenfassung der Betriebe vor, da durch das BHKW der Bäderbetrieb auch ein Energieversorger ist und der Bäderbetrieb sowie die Klägerin wechselseitig technisch-wirtschaftlich verflochten sind.

16. BgA im Rahmen einer Verpachtung eines Freibads und einer Schulmensa

Die Klägerin (Gemeinde) verpachtete eine Schulmensa an B. Im Catering-Vertrag mit B waren alle Tätigkeiten geregelt, die für die Ausgabe der Mittagessen erforderlich waren. Die Klägerin verpachtete darüber hinaus ein Freibad und zahlte dem Pächter Zuschüsse für den Betrieb des Freibads. Die Klägerin begehrte den Vorsteuerabzug aus der Errichtung der Mensa und aus der Verpachtung des Freibads. Die Finanzverwaltung verwehrte den Vorsteuerabzug mit Hinweis auf die fehlende Unternehmereigenschaft der Klägerin.

Das Finanzgericht Baden-Württemberg gab der Klage mit Urteil vom 21.12.2016, Az.: 14 K 2029/13 statt.

Das Gericht stellte fest, dass der Betrieb einer Mensa und des Freibads zweifelsohne Betriebe gewerblicher Art wären. Als Betrieb gewerblicher Art gilt auch die Verpachtung eines Betriebs gewerblicher Art. Dem stehen die Zahlungen für die Absatzstatistiken bei der Mensa und der Betriebskostenzuschüsse für das Freibad nicht entgegen. Die Zuschüsse stellen Entgelte für eine umsatzsteuerbare Leistung dar. In dem Pachtvertrag sind bestimmte Öffnungszeiten, der Genehmigungsvorbehalt der Klägerin bei Preiserhöhungen und die unentgeltliche Nutzung des Freibads für Schulen und DLRG vorgesehen, die mit dem Betriebskostenzuschuss auch ausgeglichen werden sollen.

Die Verpachtung der Mensa und des Freibads erfolgten auf privatrechtlicher Grundlage. In einem solchen Fall kommt es für die Frage der Unternehmereigenschaft der juristischen Person des öffentlichen Rechts auf weitere Voraussetzungen nicht mehr an.

17. Kommunalen Eigenbetrieb im Zivilprozess nicht parteifähig

Die Beklagte, eine Stadt, hat das Konzessionsverfahren für das Gasnetz neu ausgeschrieben. Die Beklagte errichtete einen Eigenbetrieb, der zunächst dem Geschäftsbereich des Senators für Finanzen zugeordnet war. Später wurde der Eigenbetrieb der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt zugeordnet. Der Eigenbetrieb bewarb sich im Konzessionsverfahren und erhielt den Zuschlag. Hiergegen wendete sich der Altkonzessionär. Der Eigenbetrieb erklärte den Streitbeitritt auf Seiten des Beklagten (Stadt) und begehrte Akteneinsicht. Das Berufungsgericht wies jedoch den Streitbeitritt des Eigenbetriebs als unzulässig zurück.

Der Bundesgerichtshof bestätigte mit Beschluss vom 18.10.2016 (Az.: KZB 46/15) die Zurückweisung des Eigenbetriebs.

Das Berufungsgericht hatte dem Eigenbetrieb sowohl die allgemeine als auch eine partielle Parteifähigkeit abgesprochen. Nach § 50 Abs. 1 ZPO ist parteifähig, wer rechtsfähig ist. Der Eigenbetrieb ist als rechtlich unselbständiger Betrieb der Beklagten im Sinne von § 26 LHO Berlin nicht allgemein parteifähig.

Auch eine partielle Parteifähigkeit läge nicht vor. Soweit ein nicht allgemein rechtsfähiges Gebilde selbst Träger von Rechten und Pflichten ist, muss ihm auch ermöglicht werden, über diese Rechte und Pflichten vor Gericht zu streiten. Das Gericht kommt zu der Auffassung, dass ein Eigenbetrieb durch § 46 Abs. 4 EnWG nicht in einer Weise zu einem Bezugsobjekt von Rechten und Pflichten wird, die es rechtfertigen könnten, den Eigenbetrieb im vorliegenden Rechtsstreit als partiell parteifähig anzusehen. Die Rechte und Pflichten träfen nur die Gemeinde.

Wenn die Gemeinde die Konzession an einen Dritten vergeben will, kann der Eigenbetrieb hierge-

gen nicht vorgehen, da sonst die Gemeinde gegen sich selbst vorgehen würde. Will die Gemeinde die Konzession an den Eigenbetrieb geben, so sind die Interessen der Gemeinde mit den Interessen des Eigenbetriebs gleichlautend.

18. Auslegung des Beihilferechts, wenn ein EU-Staat Hauptaktionär einer Gesellschaft ist

Rumänien ist zu 77,17% an CE Oltenia beteiligt, Fondul zu 21,53%. CE Oltenia ist Gläubigerin von Electrocentrale, deren Alleingesellschafter Rumänien ist. In der Hauptversammlung wurde beschlossen, dass an Zahlung statt Electrocentrale an Oltenia ein Wärmekraftwerk überträgt und CE Oltenia die Differenz des Mehrwerts des Wärmekraftwerks und der Forderung durch eine Rückzahlung ausgleicht.

Der Minderheitsgesellschafter Fondul klagte auf Nichtigkeitserklärung des Hauptversammlungsbeschlusses. Fondul führt aus, dass das Wärmekraftwerk keinen Gewinn abwerfe und Electrocentrale ohne das Kraftwerk besser am Markt bestehen könne. Das Gericht legt dem EuGH die Frage vor, ob durch diesen Beschluss eine Beihilfe gegeben sein könnte.

Der EuGH führt in seinem Urteil vom 18.5.2017 (Az.: C-150/16) folgendes aus:

Zunächst setzt eine Beihilfe die Finanzierung der Maßnahme durch den Staat oder aus staatlichen Mitteln voraus. Der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass der Staat in der Lage ist, durch die Ausübung seines beherrschenden Einflusses auf öffentliche Unternehmen (hier CE Oltenia) die Verwendung ihrer Mittel zu steuern. Ob eine Beihilfemaßnahme eines öffentlichen Unternehmens dem Staat zugerechnet werden kann, muss aus einem Komplex von Indizien abgeleitet werden, die sich aus den Umständen des Einzelfalls ergeben. Diese Indizien können sein, wie das Unternehmen in die Strukturen der öffentlichen Verwaltung eingegliedert ist, die Art seiner Tätigkeit und deren Ausübung auf dem Markt und der Rechtsstatus des Unternehmens, ob es also dem öffentlichen Recht oder dem allgemeinen Gesellschaftsrecht unterliegt. Das vorliegende Gericht hat die Indizien zu prüfen.

Weitere Voraussetzung für eine Beihilfe ist das Vorliegen eines selektiven Vorteils.

Das vorliegende Gericht hat zu prüfen, ob die von Fondul behauptete Vorteilsgewährung an Electrocentrale dem Fremdvergleich standhält. Maßstab ist hier der private Gläubiger, wenn ein öffentlicher Gläubiger Zahlungserleichterungen für eine ihm von einem Unternehmen geschuldete Forderung gewährt.

Des Weiteren muss der Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigt worden und es zu einer Wettbewerbsverzerrung gekommen sein.

Da die Electrocentrale grenzüberschreitend tätig ist, wäre der angefochtene Beschluss geeignet, den Handel zu beeinflussen. Eine solche Beihilfe könnte auch den Wettbewerb auf dem Elektrizitätsmarkt verfälschen. Auch dies muss das vorliegende Gericht prüfen.

19. Kurzhinweise

19.1. Netzentgeltregulierung

(Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 27.4.2017, Az.: VI 5 Kart 171/15)

1. Aufwendungen für den Differenzbilanzkreis zum Ausgleich von Abweichungen bei Standardlastprofilen für die Jahre 2009 und 2010 sind unabhängig von ihrem Auszahlungszeitpunkt an den Lieferanten nicht dem Basisjahr 2011 zuzuordnen. Im Rahmen des analytischen Lastprofilverfahrens sind derartige Aufwendungen nicht als effiziente Kosten anzusehen.
2. Hat der Netzbetreiber es im Rahmen der letzten § 23a EnWG-Entgeltgenehmigung hingenommen, dass für ein übernommenes Teilnetz die Restbuchwerte des Sachanlagevermögens der Voreigentümerin in Ansatz gebracht und die Nutzungsdauern entsprechend fortgeschrieben wurden, muss er sich daran schon mit Blick auf eine Kontinuität der im Rahmen der Abschreibungen notwendigen Ansätze festhalten lassen.
3. Die Neuregelung in §6a StromNEV über die anzuwendenden Indexreihen des Statistischen Bundesamts ist weder objektiv sachwidrig noch rechtsfehlerhaft.
4. Nach § 7 Abs. 1 Satz 3 StromNEV sind Grundstücke im Rahmen der Ermittlung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals zu historischen Anschaffungskosten anzusetzen.
5. Rückstellungen für die Mehrerlösabschöpfung sind bei der Berechnung der Eigenkapitalverzinsung gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 oder § 7 Abs. 2 StromNEV zu berücksichtigen.
6. Die Vorgaben in § 7 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 7 StromNEV zur Verzinsung des überschießenden Eigenkapitals anhand von der Deutschen Bundesbank veröffentlichter Umlaufrenditen sind nicht zu beanstanden.

19.2. Entsorgungspflichten nach dem Elektro- und Elektronikgerätegesetz

(Bundesfinanzhof, Urteil vom 25.1.2017, Az.: I R 70/15)

1. Rückstellungen für Verpflichtungen, ab dem 13.8.2005 in Verkehr gebrachte Energiesparlampen zu entsorgen, können erst gebildet werden, wenn sich diese Pflichten durch den Erlass einer Abholan-

ordnung nach § 16 Abs. 5 ElektroG hinreichend konkretisiert haben.

2. Für die Verpflichtung zur Entsorgung von vor dem 13.8.2005 in Verkehr gebrachten Energiesparlampen können mangels hinreichenden Vergangenheitsbezugs keine Rückstellungen gebildet werden.

19.3. Verlustabzug, Gesellschafterwechsel in Personengesellschaft

(Finanzgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 18.5.2017, Az.: 1 K 3691/15)

Bei einem unterjährigen Gesellschafterwechsel ist der Gewerbeertrag einer Mitunternehmerschaft für den gesamten Erhebungszeitraum einheitlich zu ermitteln. Dies hat zur Folge, dass nach dem Gesellschafterwechsel entstandene Verluste mit vor dem Gesellschafterwechsel entstandenen Gewinnen zu verrechnen sind.

19.4. Wirtschaftliche Eingliederung bei mehrstufigen Organschaften

(Finanzgericht Münster, Urteil vom 13.6.2017 – 15 K 2617/13 U)

Liegt eine wirtschaftliche Verflechtung zwischen Konzernspitze und einer Enkelgesellschaft vor, ist der Leistungsbezug durch die Enkelgesellschaft der dazwischenliegenden Tochtergesellschaft die wirtschaftliche Eingliederung zwischen Konzernspitze und Tochtergesellschaft begründend zuzurechnen, wenn die Enkelgesellschaft ihrerseits in die Tochtergesellschaft eine Organschaft begründend finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch eingegliedert ist.

19.5. Rückstellungsverbot nach § 5 Abs. 4b S. 1 EStG

(Bundesfinanzhof, Urteil vom 8.11.2016 – I R 35/15)

1. Das Passivierungsverbot des § 5 Abs. 4b S. 1 EStG erfasst auch in künftigen Wirtschaftsjahren als Anschaffungs- oder Herstellungskosten eines Wirtschaftsgutes zu aktivierende Aufwendungen, die zu keinem Ertrag mehr führen können.
2. Ob bezogen auf die Abzinsung von Rückstellungen für Nachsorgeverpflichtungen nach § 6 Abs. 1 Nr. 3a Buchst. E S. 2 EStG separate Abzinsungszeiträume für die sog. Stilllegungs- und die Nachsorgephase zu bilden sind, ist anhand der vom FG festzustellenden Rechtsgrundlagen der jeweiligen Nachsorgeverpflichtung zu beurteilen.

19.6. Eigenbetrieb darf keine Konzessionsabgabe erheben

(Verwaltungsgericht Kassel, Urteile vom 27.3.2017 – 6 K 1347/12.KS und 6 K 412/13.KS)

Das Gericht hat die Wassergebührenbescheide für rechtswidrig erkannt, weil in den in der Wasserversorgungssatzung der Stadt Kassel normierten Gebührensatz zu Unrecht eine sogenannte Konzessionsabgabe eingeflossen sei. Nach verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung komme die Einbeziehung einer Konzessionsabgabe nicht in Betracht, wenn der gemeindliche Eigenbetrieb eine solche an die den Betrieb führende Gemeinde direkt erbringt, da sonderrechtsbedingte Verschiebungen, die sich aufgrund der im Einzelfall gewählten Organisation der Einrichtung ergeben, auf den Umfang der gebührenfähigen Kosten und somit auf die Gebührenhöhe keinen Einfluss haben dürfen. In dem hier vorliegenden Sachverhalt wird das Wasser durch den Eigenbetrieb Kasselwasser geliefert. Dieser zahlt eine Pacht und Entgelte für weitere Dienstleistungen an die Städtische Werke Netz + Service GmbH, die Eigentümer des Wassernetzes ist. In den gezahlten Entgelten ist die

Konzessionsabgabe enthalten, die von der Städtische Werke Netz + Service GmbH an die Stadt Kassel abgeführt werde. Diese Entgelte sind bei der Gebührekalkulation für das Wasser als Kosten enthalten. Somit ist die Konzessionsabgabe

Bestandteil der Wassergebühr und wird an die Stadt Kassel weitergeleitet.

19.7. Nachvertragliche Weiternutzung des Netzes durch Altkonzessionär

(Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 16.11.2016 – VI-2 U (Kart) 1/15)

1. Betreibt der Altkonzessionär auch nach Ablauf der Ein-Jahres-Frist des § 48 IV EnWG a.F. (bis 3.2.2017) das Strom- bzw. Gas-Netz weiter, ohne dass eine Vereinbarung über die Fortzahlung der Konzessionsabgabe besteht, hat die Kommune einen Anspruch auf Wertausgleich für die tatsächliche Wegenutzung gem. §§ 812 Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz BGB, 818 Abs. 2 BGB. Der Anspruch auf Wertausgleich ist nicht allein wegen theoretischer, tatsächlich aber auszuschließender oder nicht anzunehmender Investitionen des Altkonzessionärs in das Netz geschmälert.
2. Zur Vorbereitung ihrer Leistungsklage auf Wertausgleich hat die Kommune einen Auskunftsanspruch nach § 260 BGB gegen den Altkonzessionär nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB).

Sonderfragen

1. Umsatzsteuerliche Behandlung der in Zusammenhang mit der Vermessung einer Liegenschaft durch die Vermessungs- und Katasterverwaltung, durch öffentlich bestellte Vermessungsingenieure und kommunale Körperschaften erbrachten Leistungen

(Oberfinanzdirektion Niedersachsen, Verfügung vom 7.6.2017 - S-7106 - 264 - St 172)

- I. Allgemeines
- II. Unternehmereigenschaft
 1. Vermessungs- und Katasterverwaltung (VKV)
 2. Andere behördliche Vermessungsstellen und kommunale Körperschaften
 3. ÖbVI
- III. Bereitstellung von Angaben des amtlichen Vermessungswesens und von Standardpräsentationen
 1. VKV
 2. ÖbVI, andere behördliche Vermessungsstelle, kommunale Körperschaft
- IV. Vermessung einer Liegenschaft
 1. VKV
 2. ÖbVI oder andere behördliche Vermessungsstelle

3. Eintragung der Vermessungsergebnisse in das Liegenschaftskataster

I. Allgemeines

Das Land hat als Träger des amtlichen Vermessungswesens ein Landesbezugssystem vorzuhalten und die Liegenschaften und die Topografie für das Landesgebiet nachzuweisen (§ 1 Abs. 1 des Niedersächsischen Gesetzes über das amtliche Vermessungswesen vom 12. Dezember 2002 - NVerMG -).

Die Aufgaben werden von der Vermessungs- und Katasterverwaltung (VKV) wahrgenommen (§ 6 Abs. 1 NVerMG). Die VKV ist verpflichtet, Angaben des amtlichen Vermessungswesens und Standardpräsentationen (Auszüge aus dem Liegenschaftskataster bestehend aus der Liegenschaftskarte, dem Flurstücknachweis, dem Eigentüternachweis, dem Flurstücknachweis mit Eigentümerangaben, dem Bestandsnachweis und der Bestandsübersicht aus dem Liegenschaftsbuch) auf Antrag bereitzustellen (§ 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 Satz 2 NVerMG).

Öffentlich bestellte Vermessungsingenieure - ÖbVI - (§ 6 Abs. 2 NVerMG), andere behördliche Vermessungsstellen (§ 6 Abs. 3 NVerMG) und kommunale Körperschaften (§ 6 Abs. 4 NVerMG) wirken bei der

Erfüllung der Aufgaben in unterschiedlichem Umfang mit.

VKV, ÖbVI, andere behördliche Vermessungsstellen und kommunale Körperschaften erheben Gebühren nach der Kostenordnung für das amtliche Vermessungswesen vom 25. März 2017 (VermKostO ND/KOVerm 2017).

II. Unternehmereigenschaft

1. Vermessungs- und Katasterverwaltung (VKV)

Die VKV gilt als Unternehmer, wenn sie Tätigkeiten ausübt, die ihrer Art nach auch von den ÖbVI ausgeführt werden, soweit es sich dabei weder um Amtshilfe für eine andere juristische Person des öffentlichen Rechts noch um eine unentgeltliche Wertabgabe handelt (Katalogtätigkeit, je nach Gültigkeit und Wahrnehmung der Optionsmöglichkeit: § 2 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 UStG oder § 2b Abs. 4 S. 1 Nr. 3 UStG 2016 i. V. m. Abschn. 2.11 Abs. 7 und 8 UStAE). Wirtschaftliche Tätigkeiten der VKV fallen nicht unter die o. g. Katalogtätigkeit. Die VKV ist insoweit Unternehmer nach den allgemeinen Grundsätzen des § 2 Abs. 3 UStG bzw. § 2b UStG i.V.m. Abschn. 2.11 Abs. 9 UStAE.

Die Regelungen in Abschn. 2.11 Abs. 7 bis 11 UStAE sind auch für Fälle des § 2b UStG anzuwenden (BMF-Schreiben v. 16. Dez. 2016, Rz. 56).

Amtshandlungen der VKV als Aufsichtsbehörde der ÖbVI i.S.d. 1 Abs. 1 Nr. 2 KOVerm 2017 i.V.m. Anlage 2 erfolgen hoheitlich und sind der VKV eigentümlich und vorbehalten. Sie sind nicht steuerbar.

2. Andere behördliche Vermessungsstellen und kommunale Körperschaften

Andere behördliche Vermessungsstellen und die kommunalen Körperschaften gelten als Unternehmer i. S. d. § 2 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 UStG oder § 2b Abs. 4 S. 1 Nr. 3 UStG 2016, weil sie Tätigkeiten ausüben, die ihrer Art nach auch von den ÖbVI ausgeführt werden.

3. ÖbVI

ÖbVI sind Unternehmer i. S. d. § 2 Abs. 1 UStG.

III. Bereitstellung von Angaben des amtlichen Vermessungswesens und von Standardpräsentationen

1. VKV

Soweit die VKV Angaben des amtlichen Vermessungswesens und Standardpräsentationen

a. einem nicht unter b) bis d) genannten Auftraggeber bereitstellt, ist die Bereitstellung steuerbar (§ 2 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 UStG oder § 2b Abs. 4 S. 1 Nr. 3 UStG 2016). Die hierfür nach § 1 Abs. 1 KOVerm 2017 i.V.m. Nr. 1 und Nr. 2.1 und 2.3 der Anlage 1 erhobenen Gebühren unterliegen der Umsatzsteuer. Die Tätigkeit kann mit einer ebenfalls beauftragten Vermessung eine einheitliche Leistung bilden;

b. einer anderen Landesbehörde, einer kommunalen Körperschaft oder einer anderen juristischen Person des öffentlichen Rechts, für deren eigene wirtschaftlichen Zwecke bereitstellt, ist die Bereitstellung nicht steuerbar. Entweder handelt die VKV nicht gegenüber einem anderen Rechtsträger (Abschn. 2.11 Abs. 7 S. 4 UStAE) oder die Bereitstellung ist nicht steuerbare Amtshilfe (Abschn. 2.11 Abs. 8 Satz 1 UStAE). Die Gebühren nach § 2 Abs. 1 KOVerm 2017 i. V. m. Nr. 1 Anlage 3 unterliegen nicht der Umsatzsteuer;

c. einer anderen juristischen Person, die öffentliche Aufgaben wahrnimmt, z.B. Eigengesellschaft einer Kommune im Bereich der Abwasserentsorgung, für deren eigene nichtwirtschaftlichen Zwecke bereitstellt, ist die Bereitstellung steuerbar (§ 2 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 UStG oder § 2b Abs. 4 S. 1 Nr. 3 UStG 2016). In diesem Fall unterliegen die Gebühren nach § 2 Abs. 1 KOVerm 2017 i.V.m. Nr. 1 Anlage 3 der Umsatzsteuer;

d. einem ÖbVI, einer anderen behördlichen Vermessungsstelle oder einer kommunalen Körperschaft für deren wirtschaftlichen Zwecke überlässt, handelt es sich um nicht steuerbare Amtshilfe (Abschn. 2.11 Abs. 8 UStAE). Die Gebühren nach § 2 Abs. 2 KOVerm 2017 i.V.m. Anlage 4 unterliegen nicht der Umsatzsteuer;

2. ÖbVI, andere behördliche Vermessungsstelle, kommunale Körperschaft

Mit der Bereitstellung der Angaben des amtlichen Vermessungswesens und Standardpräsentationen an seinen Auftraggeber

- erbringt der ÖbVI eine steuerbare Leistung (§ 2 Abs. 1 UStG), ggf. als einheitliche Leistung zusammen mit einer steuerbaren Vermessung;

- erbringt eine andere behördliche Vermessungsstelle oder kommunale Körperschaft eine steuerbare Leistung (§ 2 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 UStG oder § 2b Abs. 4 S. 1 Nr. 3 UStG 2016), ggf. als einheitliche Leistung zusammen mit einer steuerbaren Vermessung.

Der Umsatzsteuer unterliegen die weiterberechneten Gebühren (III. 1. d)) sowie die Gebühren für die Vermessung (IV).

IV. Vermessung einer Liegenschaft

Im Zusammenhang mit der Vermessung einer Liegenschaft fallen regelmäßig Leistungen an, für die die KOVerm 2017 gesonderte Gebührentatbestände vorsieht:

- a. die Bereitstellung und Verwendungserlaubnis für amtliche Unterlagen des amtlichen Vermessungswesens (§ 1 Abs. 1 KOVerm 2017 i.V.m. Nr. 9 der Anlage 1),
- b. der Vermessung und Auswertung (§ 1 Abs. 1 KOVerm 2017 i.V.m. Nr. 9 der Anlage 1) und
- c. die Eintragung der Vermessungsergebnisse in das Liegenschaftskataster (§ 1 Abs. 1 KOVerm 2017 i.V.m. Nr. 10 der Anlage 1).

Während die Arbeiten zu a) und c) der VKV vorbehalten sind, kann eine Vermessung i.S.v. b) auch ein ÖbVI oder eine andere behördliche Vermessungsstelle durchführen (§ 2 NÖbVIngG).

1. VKV

Stellt die VKV amtliche Unterlagen des amtlichen Vermessungswesens bereit, übt sie eine hoheitliche Tätigkeit aus. Die bloße Bereitstellung und Verwendungserlaubnis der Vermessungsunterlagen gegen Gebühren nach § 1 Abs. 1 KOVerm 2017 i.V.m. Nr. 9 der Anlage 1 an einen ÖbVI oder eine andere behördliche Vermessungsstelle fällt nicht unter den Tatbestand des § 2 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 UStG oder § 2b Abs. 4 S. 1 Nr. 3 UStG 2016. Es handelt sich um nicht steuerbare Amtshilfe (Abschn. 2.11 Abs. 8 UStAE).

Vermisst die VKV eine Liegenschaft im Auftrag eines Dritten, ist das Anfertigen der Vermessungsunterlagen keine eigenständige Leistung mehr, sondern geht als notwendige Vorbereitungshandlung in der nach § 2 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 UStG oder § 2b Abs. 4 S. 1 Nr. 3 UStG 2016 i. V. m. Abschnitt 2.11 Abs. 7 Satz 1 und 2 UStAE steuerbaren Vermessungsleistung auf. Die für die Vermessungsunterlagen erhobenen Gebühren nach § 1 Abs. 1 KOVerm 2017 i.V.m. Nr. 9 der Anlage 1 gehören zum Entgelt für die Vermessungsleistung und sind zusammen mit den übrigen Gebühren nach § 1 Abs. 1 KOVerm 2017 i.V.m. Nr. 9 der Anlage 1 der Umsatzsteuer zu unterwerfen.

2. ÖbVI oder andere behördliche Vermessungsstelle

Gleiches gilt, wenn ein ÖbVI oder eine andere behördliche Vermessungsstelle die Vermessung ausführt. Die Beschaffung der Vermessungsunterlagen gehört zum Leistungsumfang der beauftragten Tätigkeit. Die Abrechnung der ihnen von der VKV berechneten Gebühren für die Vermessungsunterlagen (IV. 1.) als durchlaufender Posten ist nicht zulässig. Der ÖbVI oder die andere behördliche Vermessungsstelle haben die Gebühren nicht im Namen und für Rechnung ihres Auftraggebers verauslagt (§ 10 Abs. 1 S. 6 UStG). Das NVerMG und die KOVerm 2017 sehen vielmehr vor, dass

- die Vermessungsunterlagen nur vom ÖbVI oder einer anderen behördlichen Vermessungsstelle beantragt werden können,
- der Aufwandsersatz vom ÖbVI oder einer anderen behördlichen Vermessungsstelle und nicht vom Auftraggeber geschuldet wird und dass
- die Abrechnung der VKV an den ÖbVI oder eine andere behördliche Vermessungsstelle zu richten ist.

Folglich haben ein ÖbVI oder eine andere behördliche Vermessungsstelle die weiterberechneten Gebühren zusammen mit den Gebühren nach § 1 Abs. 1 KOVerm 2017 i.V.m. Nr. 9 der Anlage 1 für die Vermessung der Umsatzsteuer zu unterwerfen.

3. Eintragung der Vermessungsergebnisse in das Liegenschaftskataster

Die Eintragung der Vermessungsergebnisse in das Liegenschaftskataster hat gegenüber der Vermessung keine eigene wirtschaftliche Bedeutung. Die Gebühren nach § 1 Abs. 1 KOVerm 2017 i.V.m. Nrn. 10 u. 12.3 der Anlage 1 setzt die VKV jeweils gesondert durch Leistungsbescheid gegenüber dem Auftraggeber fest, unabhängig davon, wer die Vermessung durchgeführt hat. Die Eintragung stellt eine eigenständige hoheitliche Leistung der VKV dar, für die kein Wettbewerb besteht und die deshalb nicht der Umsatzsteuer unterliegt.

2. Umsatzsteuerliche Behandlung des Gemeinderabatts nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Konzessionsabgabeverordnung (KAV)

(FinMin Schleswig-Holstein vom 7.7.2017 -VI 3510 – S 7200 - 669)

Bei dem der Kommune im Rahmen des Abschlusses eines Konzessionsvertrags durch den Netzbetreiber bzw. Netzeigentümer eingeräumten Gemeinderabatt nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 der Konzessionsabgabeverordnung (KAV) handelt es sich um ein (zusätzliches) Entgelt für die Überlassung einfacher oder ausschließlicher Wegerechte durch die Kommune an den Netzbetreiber bzw. Netzeigentümer.

Diese umsatzsteuerrechtliche Würdigung ergibt sich aus dem Wortlaut des § 3 KAV, wonach der Gemeinderabatt „neben oder anstelle von Konzessionsabgaben für einfache oder ausschließliche Wegerechte“ vereinbart werden darf.

Zivilrechtlich handelt es sich um eine einheitliche Leistung für den Erhalt der Konzession. Umsatzsteuerlich gilt dies gleichermaßen. Die Vorschrift des § 3 Abs. 1 Nr. 1 KAV beschreibt einen zusätzlichen Geldanspruch der Gemeinde, der nach den in dieser Vorschrift genannten Grundsätzen zu berechnen ist.

Dieser Beurteilung steht nicht entgegen, dass der Netzbetreiber die Zahlung der nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 KAV vereinbarten Gegenleistung an die Kommune nicht direkt vornimmt, sondern mit deren Zustimmung auf den Energielieferanten überträgt, wo sie mit dem von der Kommune geschuldeten Entgelt für die Energielieferung verrechnet wird. Es handelt sich vielmehr um eine besondere Form des von den Vertragspartnern gewählten Zahlungsweges, die weder einen Einfluss auf die Bemessungsgrundlage des Vertrags für den Netzzugang, noch für die Energielieferung hat.

Für eine Zurechnung der vereinbarten Zahlung zu einem Vertrag über die Netznutzung oder die Stromlieferung als Minderung der dortigen Bemessungsgrundlage bleibt angesichts der obigen Ausführungen kein Raum.

3. Abwasser und Abfall unterliegen auch zukünftig nicht der Umsatzsteuer

(Pressemitteilung Nr. 17-011 der Berliner Senatsverwaltung für Finanzwesen Berlin vom 22.6.2017)

Auch zukünftig werden auf die Entgelte für Abwasser und Abfall keine 19 Prozent Umsatzsteuer erhoben. Auf Antrag von Berlin haben die Finanzminister der Bundesländer gegen den Bund entschieden, dass die Endverbraucher nicht zusätzlich mit Umsatzsteuer auf Abwasser und Abfall belastet werden sollen.

Das Bundesfinanzministerium hatte vorgesehen, dass ab 2021 immer dann Umsatzsteuer auf die bislang steuerfreien Entgelte für Abwasser und Abfall hätte aufgeschlagen werden müssen, wenn die betreffenden Gemeinden zivilrechtliche „Preise“ in Rechnung stellen statt öffentlich-rechtlicher „Gebühren“ per Gebührenbescheid zu erheben. Während die Unternehmen durch den dann möglichen Vorsteuerabzug entlastet worden wären, wären Endverbraucher zusätzlich belastet worden.

Berlin habe aber durchsetzen können, dass weiterhin der Anschluss- und Benutzungszwang im Mittelpunkt der rechtlichen Einordnung stehen müsse. Denn dadurch gäbe es keinen Wettbewerb zwischen privaten und öffentlichen Anbietern. Deshalb könne es auch keine Marktverzerrung geben, wenn keine Umsatzsteuer anfielen.

4. IDW gibt Praxishinweise für Tax-Compliance-Management-Systeme

Der IDW-Praxishinweis 1/2016 in der Fassung vom 31.5.2017 wurde vom IDW verabschiedet. Der Praxishinweis betrifft einen Anwendungsfall des IDW PS 980 (Grundsätze ordnungsmäßiger Prüfung von Compliance Management Systemen). Der Praxishinweis 1/2016 dient als Hilfestellung für den Berufsstand, wenn ein Mandant eine Prüfung des innerbetrieblichen Kontrollsystems für Steuern (Tax-Compliance-Management-System, Tax-CMS) oder dessen Teilbereiche beauftragt. Im Anwendungserlass zur Abgabenordnung bezieht sich die Finanzverwaltung in den Erläuterungen zu § 153 AO auf ein solches System, welches auf die Erfüllung steuerlicher Pflichten gerichtet ist. Besteht ein solches System beim Mandanten, kann der Mandant dies als Indiz gegen Vorsatz oder Leichtfertigkeit bei einem Fehler in einer Steuererklärung verwenden.

In der letzten Fassung wurden folgende Dinge noch angepasst:

- Klarstellende Anpassung des Begriffs „Steuerfunktion“;
- Deutlichere Abgrenzung zwischen der „Steuerfunktion“ und der Organisationseinheit „Steuerabteilung“;
- Zusätzlicher Hinweis auf den Einfluss der Fluktuation von Personal des Unternehmens auf das Tax-CMS;
- Hinweis auf erforderliche Durchsetzung der tatsächlichen Durchführung des Tax-CMS im Unternehmen;
- Tax-CMS muss nicht zwingend eigenständig sein, sondern kann auch Teil eines umfassenderen Systems sein.

5. Steuerliche Behandlung von Cum/Cum-Geschäften

(Bundesministerium der Finanzen, Schreiben vom 17.7.2017 – IV C 1 – S 2252/15/10030:005)

Das BMF-Schreiben fassen wir wie folgt zusammen:

Bei Cum/Cum – Gestaltungen werden Aktien von ausländischen Anteilseignern kurz vor dem Dividendenstichtag auf eine inländische Person (z.B. Bank) übertragen und nach dem Dividendenstichtag einschließlich Dividende zurück erworben. Die inländische Person (z.B. Bank) lässt sich die auf die Dividende abzuführende Kapitalertragsteuer anrechnen und teilt sich mit dem ausländischen Anteilseigner die Steuerersparnis.

Durch § 36a EStG, der seit dem 1.1.2016 gilt, sollen diese Gestaltungen vermieden werden. Die Anrechnung von Kapitalertragsteuer wird nur noch gewährt, wenn ein Aktienkäufer die Aktie in einem Zeitraum von 91 Tagen um den Dividenden-

stichtag mindestens 45 Tage hält und das Kursrisiko getragen hat.

Ein Missbrauch steuerlicher Gestaltungsmöglichkeiten ist anzunehmen, wenn ein wirtschaftlich vernünftiger Grund für das Rechtsgeschäft fehlt und der Fall insgesamt eine steuerinduzierte Gestaltung aufweist. Ein wirtschaftlich vernünftiger Grund fehlt dann, wenn der Steuervorteil des Rechtsgeschäfts im Vordergrund steht. Indizien sind der Ausschluss des Stimmrechts oder des Kursrisikos für den Erwerber der Aktien. Als Folge einer solchen Gestaltung kann die inländische Bank die Kapitalertragsteuer aus der Dividende nicht anrechnen. In dem BMF-Schreiben werden beispielhaft verschiedene Cum/Cum - Gestaltungen mit unterschiedlichen Wertpapiergattungen dargestellt.

6. Umsatzbesteuerung der Leistungen der öffentlichen Hand; Veröffentlichung der Rechtsprechung des BFH zur Anwendung von § 2 Absatz 3 UStG

(Bundesministerium der Finanzen, Schreiben vom 27.7.2017 – III C 2 - S-7106 / 0 :002)

Bezug: BMF vom 16.12.2016 - III C 2 - S-7107 / 16 / 10001

Mit den Urteilen vom 20. August 2009 - V R 70/05 - (BStBl II 2017 Seite 825), vom 17. März 2010 - XI R 17/08 - (BStBl II 2017 Seite 828), vom 15. April 2010 - V R 10/09 - (BStBl II 2017 Seite 863), vom 2. März 2011 - XI R 65/07 - (BStBl II 2017 Seite 831), vom 10. November 2011 - V R 41/10 - (BStBl II 2017 Seite 869), vom 1. Dezember 2011 - V R 1/11 - (BStBl II 2017 Seite 834), vom 13. Februar 2014 - V R 5/13 - (BStBl II 2017 Seite 846), vom 5. November 2014 - XI R 42/12 - (BStBl II 2017 Seite 849) und vom 10. Februar 2016 - XI R 26/13 - (BStBl II 2017 Seite 857)¹ hat der Bundesfinanzhof (BFH) zur Unternehmereigenschaft von juristischen Personen des öffentlichen Rechts (jPoR) entschieden. In den Entscheidungen legt der BFH § 2 Absatz 3 Satz 1 UStG unter Hinweis auf Artikel 4 Absatz 5 der Richtlinie 77/388/EWG bzw. Artikel 13 MwStSystRL richtlinienkonform aus. In Umsetzung dieser Rechtsprechung hat der Gesetzgeber § 2b UStG geschaffen, der ab 1. Januar 2017 anwendbar ist.

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterungen mit den obersten Finanzbehörden der Länder gilt Folgendes:

Für vor dem 1. Januar 2017 ausgeführten Leistungen ist die bisher zu § 2 Absatz 3 UStG vertretene Verwaltungsauffassung (vgl. insbesondere Abschnitt 2.11 UStAE) weiterhin maßgeblich. Es ist jedoch nicht zu beanstanden, wenn die jPoR die hiervon abweichende Rechtsprechung des BFH der Besteuerung zu Grunde legt, sofern dies einheitlich für das gesamte Unternehmen erfolgt. Eine Beschränkung auf einzelne Tätigkeitsbereiche oder Leistungen ist nicht zulässig.

Dies gilt entsprechend, solange § 2 Absatz 3 UStG in der am 31. Dezember 2015 geltenden Fassung infolge einer wirksamen Optionserklärung nach § 27 Absatz 2 Satz 3 UStG auf nach dem 31. Dezember 2016 und vor dem 1. Januar 2021 ausgeführte Leistungen weiterhin anzuwenden ist (vgl. Rz. 60 des Bezugsschreibens).

Dieses Schreiben wird im Bundessteuerblatt Teil I veröffentlicht.

¹⁾ Die Urteile sowie das EuGH-Urteil vom 4. Juni 2009, C-102/08 (SALIX) werden zeitgleich im Bundessteuerblatt veröffentlicht.

7. Umsatzsteuer; Zeitliche Grenze für die Erklärung des Verzichts auf die Steuerbefreiung und die Rücknahme des Verzichts

(Bundesministerium der Finanzen, Schreiben vom 2.8.2017 – III C 3 - S-7198 / 16 / 10001)

Bezug: BFH-Urteile vom 19.12.2013 - V R 6/12 und V R 7/12 - und vom 21.10.2015 - XI R 40/13

Mit Urteilen vom 19. Dezember 2013, V R 6/12 und V R 7/12, hat der BFH entschieden, dass die Rücknahme des Verzichts auf Steuerbefreiungen nach § 9 UStG möglich ist, solange die Steuerfestsetzung für das Jahr der Leistungserbringung anfechtbar oder auf Grund eines Vorbehalts der Nachprüfung nach § 164 AO noch änderbar ist. Der Verzicht und sein Rückgängigmachen als *actus contrarius* sind mit Blick auf die zeitlichen Grenzen ihres Ausübens gleich zu behandeln.

Mit Urteil vom 21. Oktober 2015, XI R 40/13, hat der BFH ausgeführt, dass der Verzicht auf die Umsatzsteuerbefreiung der Lieferung eines Grundstücks (außerhalb eines Zwangsversteigerungsverfahrens) nach Maßgabe des § 9 Abs. 3 Satz 2 UStG nur in dem dieser Grundstückslieferung zu Grunde liegenden notariell zu beurkundenden Vertrag erklärt werden kann und dass ein späterer Verzicht auf die Umsatzsteuerbefreiung unwirksam ist, auch wenn er notariell beurkundet wird. Wegen dieser zeitlich bindenden Beschränkung der Optionsausübung auf den ursprünglich notariell beurkundeten Grundstückskaufvertrag bleibt auch die Rücknahme des Verzichts auf diesen Zeitpunkt begrenzt.

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterungen mit den obersten Finanzbehörden der Länder wird der Umsatzsteuer-Anwendungserlass (UStAE) vom 1. Oktober 2010, BStBl I Seite 846, der zuletzt durch das BMF-Schreiben vom 26. Juli 2017 - III C 3 - S 7279/11/10002-09 / IV A 3 - S 0354/07/10002-10 (2017/0658012), BStBl I S. xxx, geändert worden ist, wie folgt geändert:

1. Abschnitt 9.1 Abs. 3 wird wie folgt geändert:

a) Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„¹Die Erklärung zur Option nach § 9 UStG sowie die Rücknahme dieser Option sind

zulässig, solange die Steuerfestsetzung für das Jahr der Leistungserbringung anfechtbar oder auf Grund eines Vorbehalts der Nachprüfung nach § 164 AO noch änderbar ist (vgl. BFH-Urteile vom 19. 12. 2013, V R 6/12, BStBl 2017 II S. 837 und V R 7/12, BStBl 2017 II S. 841).“

b) Satz 4 wird wie folgt gefasst:

„4Weitere Einschränkungen ergeben sich für Umsätze im Sinne des § 4 Nr. 9 Buchstabe a UStG aus § 9 Abs. 3 UStG (vgl. hierzu Abschnitt 9.2 Abs. 8 und 9).“

2. Abschnitt 9.2 Abs. 9 wird wie folgt gefasst:
 „(9) 1Der Verzicht auf die Umsatzsteuerbefreiung der Lieferung eines Grundstücks außerhalb eines Zwangsversteigerungsverfahrens kann nur in dem dieser Grundstückslieferung zu Grunde liegenden notariell zu beurkundenden Vertrag erklärt werden. 2Ein späterer Verzicht auf die Umsatzsteuerbefreiung ist unwirksam, auch wenn er notariell beurkundet wird (vgl. BFH-Urteil vom 21. 10. 2015, XI R 40/13, BStBl 2017 II S. 852). 3Gleiches gilt für die Rücknahme des Verzichts auf die Umsatzsteuerbefreiung.“

Die Grundsätze dieses Schreibens sind in allen offenen Fällen anzuwenden. Dieses Schreiben ersetzt das BMF-Schreiben vom 1. Oktober 2010 (BStBl 2010 I S. 768). Den BFH-Urteilen vom 19. Dezember 2013, V R 6/12 und V R 7/12 und vom 21. Oktober 2015, XI R 40/13, entgegenstehende Verwaltungsanweisungen in dem BMF-Schreiben vom 31. März 2004 (BStBl 2004 I S. 453) sind nicht mehr anzuwenden. Beruft sich der Unternehmer auf für ihn günstigere Verwaltungsanweisungen im BMF-Schreiben vom 31. März 2004, wird die Wirksamkeit der Option in Fällen von notariellen Vertragsergänzungen oder -änderungen für Erklärungen nach dem 31. März 2004 bis zum 31. Oktober 2010 nicht beanstandet. Für Zeiträume ab dem 1. November 2010 kommt auf Grund des BMF-Schreibens vom 1. Oktober 2010 ein Vertrauensschutz in Fällen von notariellen Vertragsergänzungen oder -änderungen noch bis zur formellen Bestandskraft der betreffenden Jahressteuerfestsetzung in Betracht, wenn die Erklärungen vor dem 1. Januar 2018 abgegeben wurden.

Dieses Schreiben wird im Bundessteuerblatt Teil I veröffentlicht.

8. Forderung nach Umsatzsteuergleichheit für private und kommunale Unternehmen

Der Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft (BDE) fordert für kommunale und private Unternehmen die gleichen Umsatzsteuerbedingungen. Der BDE sieht trotz des § 2b UStG nach wie vor eine Privilegierung der kommunalen Unternehmen.

Es entstünden kommunale Monopole aufgrund der Befreiung der kommunalen Unternehmen von der Umsatzsteuer. Dies gelte nicht nur für die Abfallwirtschaft, sondern auch für andere private Dienstleistungsunternehmen für den öffentlichen Sektor.

Der Verband kommunaler Unternehmen (VKU) widerspricht dem BDE mit seiner Forderung, die hoheitlichen Entsorgungstätigkeiten der öffentlichen Hand der Umsatzsteuer zu unterwerfen. Tritt der Staat in den Wettbewerb mit der Privatwirtschaft müsse dies steuerpflichtig sein. Dies sei aber bei der Hausmüllentsorgung genauso wenig der Fall wie bei der Ausstellung eines Personalausweises.

Der BDE berief sich auf ein Rechtsgutachten, welches im Auftrag von einem weltweit agierenden Dienstleister, u.a. auf dem Gebiet der Entsorgung und des Recyclings, erstellt wurde.

Das Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass die vom BMF vorgenommene Unterscheidung der Unternehmereigenschaft danach, ob eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein privatrechtliches Unternehmen die Abfallentsorgungsleistung erbringt, dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität widerspreche. Es werde vom BMF verkannt, dass in den Kommunen teilweise Eigenbetriebe die Abfallentsorgung übernehmen und teilweise diese Aufgabe an Privatunternehmen vergeben werde.