

BBH München
Pfeuferstraße 7
D-81373 München
Telefon (089) 231 164-0
Telefax (089) 231 164-570
muenchen@bbh-online.de

Becker Büttner Held · Pfeuferstraße 7 · 81373 München

Stadt Bornheim
Herr Bürgermeister
Wolfgang Henseler
Rathausstraße 2
53332 Bornheim

BBH Berlin
Magazinstraße 15-16
D-10179 Berlin
Telefon (030) 611 284 0-0
Telefax (030) 611 284 099
berlin@bbh-online.de

Via E-Mail: wolfgang.henseler@stadt-bornheim.de
Ralf.cugaly@stadt-bornheim.de

BBH Brüssel
Avenue Marnix 28
B-1000 Brüssel
Telefon +32 2 204 44 00
Telefax +32 2 204 44 99
bruessel@bbh-online.be

Unser Az.: 00272-12/NM
(Bitte stets angeben)

☎ (089) 23 11 64-222

Niklas Richter/bw
München, 31.10.2012

BBH Köln
KAP am Südkai
Agrippinawerft 30
D-50678 Köln
Telefon (0221) 650 25-0
Telefax (0221) 650 25-299
koeln@bbh-online.de

Aktuelle Diskussion zur Frage der Steuerbarkeit der Konzessionsabgabe (im Rahmen der Umsatzsteuer)

BBH Stuttgart
Industriestraße 3
D-70565 Stuttgart
Telefon (0711) 722 47-0
Telefax (0711) 722 47-499
stuttgart@bbh-online.de

Sehr geehrter Herr Bürgermeister,

www.bbh-online.de
www.DerEnergieblog.de

Hintergrund der aktuellen Diskussionen ist ein Urteil des Finanzgerichts (FG) Sachsen vom 16.03.2011, Az.: 3 K 2115/05 sowie die Entscheidung des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 14.03.2012, Az.: XI R 8/10, veröffentlicht am 08.08.2012, im Revisionsverfahren.

Mitglied der aeec (Associated European Energy Consultants e.V.);
www.aeec-online.com

Amsterdam, Athen, Barcelona, Belgard, Berlin, Birmingham, Bratislava, Brüssel, Budapest, Bukarest, Dublin, Goes, Hamburg, Helsinki, Istanbul, Kiew, Kopenhagen, Köln, Lemberg, Lissabon, London, Luanda, Malmö, Malmö, München, Neapel, Odessa, Oslo, Paris, Posen, Prag, Rom, Stuttgart, Warschau, Wien, Zürich

In Kooperation mit der INVRA TREUHAND AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft; Mitglied der AGN International

BBH München | Rudolf Böck*, Dipl.-Wirt.-Ing., WP, StB · Christoph Eder von Weidenbach*, RA · Manfred Ettinger*, vBP, StB · Sabine Böck*, StB · Matthias Albrecht*, RA · Wolfram von Blumenthal*, RA
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht · Thomas Straßer*, Dipl.-Bw. (FH), WP, StB · Florian Tietze, RA · Martin Hoffschmidt, RA, StB · Dr. Philipp Bacher, RA, Fachanwalt für Steuerrecht · Markus Ladenburger, RA · Meike Weichel, LL.M., RA, StB, Fachanwältin für Steuerrecht · Carmen Freimüller-Engel, RA · Meike Lünighöner-Glockner, RA · Thomas Sarosy, RA · Katrin Hoffmann, RA, Fachanwältin für Steuerrecht · Dr. Jens Thomas Füller, RA, Privatdozent · Nils Langeloh, LL.M., RA, Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht · Steffen Lux, RA · Jörn Rathjen, Dipl.-Bw. (FH), StB · Jochen Heise, RA · Niklas Richter, RA, StB · Guido Morber, LL.M., RA, Fachanwalt für Verwaltungsrecht · Anja Beschoner, LL.M., RA · Alexander Matzner, RA · Christian Penzel, StB · Andreas Bremer, RA · Claudius Franke, LL.M., RA · Matthias Pohl, RA · Bernd Günter, RA, Fachanwalt für Arbeitsrecht · Stephanie Julia Probst, RA · Andreas Fimpel, Dipl.-Bw. (FH), StB · Dr. Max Reicherzer, RA, Fachanwalt für Verwaltungsrecht · Jörg Käßner, RA, StB · Dr. Mark Friedrich, RA · Viktoria Diiken, RA · Eric Glatfeld, RA · Christian Neumair, StB

BBH Berlin | Dr. Peter Becker, RA, Fachanwalt für Verwaltungsrecht · Wolf Büttner, RA · Christian Held*, RA · Dr. Martin Riedel*, RA · Prof. Dr. Christian Theobald*, Mag. rer. publ., RA · Dr. Christian de Wyl*, RA · Dr. Ines Zenke*, RA, Fachanwältin für Verwaltungsrecht · Dr. Martin Allrock*, Mag. rer. publ., RA · Dr. Jost Eder*, RA · Dr. Olaf Dauper*, RA · Daniel Schiebold*, RA, Fachanwalt für Verwaltungsrecht · Stefan Wollschläger*, RA · Stefan Missling*, RA · Dr. Thies Christian Hartmann*, RA · Sebastian Blumenthal-Barby, LL.M., RA · Ulf Jacobshagen, RA · Svenja Büttner, RA · Dr. Sascha Michaels, RA · Jens Vollprecht, RA, Dipl.-Forstw. (Univ.) · Dr. Christian Dessau, RA · Dr. Erik Ahnis, RA, Bankfachwirt (BA) · Dr. Miriam Vollmer, RA · Heiko Lange, RA · Andreas Große, RA, Fachanwalt für Verwaltungsrecht · Astrid Meyer-Hetting, RA · Dr. Peter Gussone, RA · Carsten Telschow, RA · Torsten Schröder, RA · Silvia Reichelt, RA · Diane Feller, RA · Janka Schwaibold, LL.M., RA · Christian Thole, RA · Niko Liebheit, RA · Anette Dauper, RA · Oliver Baustian, RA, Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz · Anja Beermann, RA · Dr. Wieland Lehnert, LL.M., RA · Nora Bühlhoff, RA · Jörg B. Soetebeer, RA · Dr. Roman Ringwald, RA · Dominique Couval, RA · Dr. Holger Hoch, RA · Bernhard Groth, Dipl.-Kfm., StB · Simone Mühe, RA · Kristin Uhl, RA · Sabine Gauggel, LL.M., RA · Regina Zorn, RA · Benedikt Doms, RA · Torsten Simon, RA · Dr. Markus Kachel, LL.M., RA · Dr. Frank König, RA · Tigran Heymann, RA · Dennis Tischmacher, Mag. rer. publ., RA · Anja Schulze, RA · Dr. Michael Weise, RA · Anna Sachse, RA · Dr. Cordula Rosch, RA · Florian Wagner, RA · Alexander Bartsch, RA · Dr. Claudia Fischer, RA · Henning Thomas, LL.M., RA · Beate Zimmermann, RA · Dr. Fabian Sösemann, RA · Dr. Wolf Templin, RA · Tanja Gey-Kern, M.P.S., RA · Anne Böhnk, RA · Dr. Edwin Schulz, RA · Martin Brunz, RA · David Prang, RA · Dr. Jan Ole Voß, LL.M., RA · Asareel Kriener, LL.M., RA · Sebastian Lange, RA · Johannes Nohl, RA · Jana Siebeck, RA · Dr. Ingo Fahrman, RA · Christoph Engel, RA · Juliane Kaspers, LL.M., Attorney at Law (New York), RA · Michael Schnelle, RA · Matthias Ernst Probst, LL.M., RA · Christoph Schray, RA

BBH Brüssel | Dr. Dörte Fouquet*, RA · Jana V. Nysten, LL.M., Attorney at Law (New York) · Angela Seidenspinner, RA

BBH Köln | Jürgen Gold*, Dipl.-Kfm., WP, StB · Dr. Christian Jung*, LL.M., Attorney at Law (New York), RA · Axel Kafka*, RA · Dr. Wolfgang Danner, RA, Präsident a.D. · Klaus-Peter Schönrock, RA · Nicolaus Münch, RA · Dr. Ralf Schäfer, RA · Jan-Hendrik vom Wege, MBA, RA · Dr. Pascal Heßler, RA · Dr. Jan Deuster, RA · Silke Walzer, RA · Sandra Bußmann, RA · Tillmann Specht, RA · Jens Panknin, RA · Dr. Desirée Kohler, RA · Felicitas Bachem, LL.M., RA

BBH Stuttgart | Oliver K. Eifertinger*, RA, StB · Jürgen Tschiesche*, Dipl.-Kfm., WP, StB · Christina Kirsten, Dipl.-Wirtschaftsjuristin. (FH), StB · Dr. Marc Hörmann, RA, StB · Andreas Bosch, Dipl.-Fw., StB

* haftende Partner

Becker Büttner Held · Rechtsanwältinnen Wirtschaftsprüfer Steuerberater · Partnerschaft · Sitz: München · AG München PR 627

Zur Entscheidung stand insbesondere die Frage, ob eine Gemeinde den Vorsteuerabzug aus der Errichtung eines Stromkabels hat.

- Das Finanzamt hatte den Vorsteuerabzug aus der Investition nicht zugelassen. Das FG Sachsen urteilte im Rahmen einer Schätzung, dass der klagenden Gemeinde ein Vorsteuerabzug in Höhe von 50 % zustand.

Nach Auffassung der Vorinstanz ist die Konzessionsabgabe zum einen in eine (steuerfreie) Nutzungsüberlassung von Grundstücken für die Verlegung und den Betrieb der Netze und zum anderen für die (steuerpflichtige) Einräumung des Rechts zur Versorgung der Bevölkerung des Gemeindegebietes mit Strom aufzuteilen.

- Dagegen entschied der BFH, dass mangels Zusammenhang mit der Konzessionsabgabe kein Vorsteuerabzug möglich ist bzw. - ohne auf die Frage der Unternehmereigenschaft der Gemeinde näher einzugehen - die Vergabe von Konzessionen bzw. die Konzessionsabgabe vollständig in den Anwendungsbereich des § 4 Nr. 12 Buchst. a UStG fällt und damit eine steuerfreie Leistung darstellt. Ein Vorsteuerabzug wäre dann (mangels Verzichtes auf die Steuerbefreiung) ebenfalls nicht möglich.

Maßgeblich für die Einordnung der Konzessionsvergabe als steuerfreier Umsatz ist die Frage, welche Leistung mit der Konzessionsabgabe tatsächlich vergütet wird. Diese Rechtsprechungsänderung begründet der BFH nun im Wesentlichen mit der Einführung des § 6 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG).

Danach muss der Netzbetreiber das Versorgungsnetz auch anderen Unternehmen für die Durchleitung zur Verfügung stellen. Dagegen ist die Versorgung des Gemeindegebietes mit elektrischer Energie nicht mehr ausschließlich dem Netzbetreiber vorbehalten, so dass die Gemeinde ein entsprechendes Recht auch nicht mehr mit der Konzession verschaffen kann.

Die Konzessionsabgaben werden demnach nur für die Nutzungsüberlassung der Grundstücke gezahlt, so dass diese Leistungen insgesamt umsatzsteuerfrei sind, § 4 Nr. 12 Buchst. a UStG.

Folgerungen aus der Rechtsprechungsentwicklung

Das Urteil des BFH vom 14.03.2012 reiht sich in die jüngere Rechtsprechung des BFHs zur Umsatzsteuerpflicht des Handelns juristischer Personen des öffentlichen Rechts (s. BFH-

Urteil vom 01.12.2011, VR 1/11 und BFH-Urteil vom 10.11.2011, VR 41/10) ein, ohne allerdings explizit auf die Frage einzugehen, ob eine Gemeinde im Rahmen der Konzessionierung als Unternehmerin im Sinne des § 2 UStG tätig ist oder nicht.

Legt man allerdings wie die Rechtsprechung in ihren letzten Urteilen die nationalen Begriffe unter Beachtung von Artikel 13 MwStSystRL (europarechtlich) aus, sollte man davon ausgehen, dass die Gemeinde die Konzessionsabgabe aufgrund eines zivilrechtlichen Vertrages (hierzu zählt auch der Konzessionsvertrag) als Unternehmerin im Sinne des § 2 UStG vereinnahmt.

Anders die Finanzverwaltung, die eine Gemeinde nur im Rahmen eines Betriebes gewerblicher Art (§ 2 Abs. 3 UStG, § 1 Abs. 1 Nr. 6, § 4 KStG) als Unternehmerin ansieht und die Konzessionierung als hoheitlich/vermögensverwaltend (vgl. Arbeitshilfe „Besteuerung der juristischen Personen des öffentlichen Recht“ der OFD Münster von 2012) einstuft.

Die aufgeführten Entscheidungen des BFH wurden bislang noch nicht im Bundessteuerblatt veröffentlicht, so dass sie über den entscheidenden Einzelfall hinaus für die Finanzverwaltung nicht bindend sind, doch räumt bereits heute die Finanzverwaltung der juristischen Person des öffentlichen Rechts ein Wahlrecht ein, sich (mittelbar) auf die jüngste Rechtsprechung zu berufen (vgl. OFD Niedersachsen vom 26.01.2011, S 7106-283-St 171).

Dies wird sicherlich dann erfolgen, wenn der juristischen Person des öffentlichen Rechts dies zum Vorteil gereicht (z. B. Erschließung größerer Vorsteuerabzugsvolumina im Zusammenhang mit Bauvorhaben). Im Ergebnis sollte, soweit sich die Gemeinde auf das Wahlrecht der Finanzverwaltung bzw. auf die jüngste Rechtsprechung des BFH beruft, die Konzessionsabgabe einen steuerbaren Umsatz darstellen.

Das Berufungsrecht kann die juristische Person des öffentlichen Rechts nach Auffassung der Finanzverwaltung jedoch nur für ihr gesamtes Unternehmen einheitlich ausüben und nicht auf bestimmte Unternehmensteile oder Umsätze beschränken. Dieses einheitliche Wahlrecht sollte bei der Entscheidungsfindung durch die Gemeinde sorgfältig bedacht werden.

Ergänzend möchten wir noch ausführen, dass die vom FG Sachsen vorgenommene Aufteilung in steuerpflichtige und steuerbefreite Umsätze wohl noch für Konzessionsabgaben im Rahmen von Wasserkonzessionsverträgen Gültigkeit haben sollte. Anders als für Konzessionen im Bereich Strom und Gas, findet für Wasser das EnWG keine Anwendung; hier gilt nach wie vor die „alte“ Konzessionsabgabenanordnung (KAE) bzw. die Ausführungsanordnung zur Konzessionsabgabenanordnung (A/KAE).

Die Konzessionsabgabe wird im Wasser wohl im Gegensatz zum Strom und Gas nicht nur für die Gestattung der Wegenutzung, sondern auch für das (ausschließliche) Recht zur Versorgung entrichtet. Entscheidend sollte aber auch die konkrete Formulierung im Konzessionsvertrag sein.

Abschließend möchten wir auch darauf hinweisen, dass derzeit eine Abstimmung auf Bund/Länderebene stattfindet und in nächster Zeit mit einem neuen Schreiben der Finanzverwaltung zur Steuerbarkeit der Gemeinde zu rechnen ist.

Bei weiteren Rückfragen, auch zur Umsetzung der Rechtssprechungsentwicklung bzw. der Ausübung des Wahlrechts durch die Finanzverwaltung, stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Niklas Richter
Rechtsanwalt
Steuerberater