

## Newsletter Nr. 2 – 2020

### Für Kunden mit Beratungsvereinbarung im Bereich Abwasser

#### 1. Privates Entgelt und Umsatzsteuerpflicht (§ 2b UStG)

Das Bundesfinanzministerium (BMF) hat mit Schreiben vom 29.11.2019 an die kommunalen Spitzenverbände auf der Bundesebene den Rechtsstandpunkt eingenommen, dass die Umsatzsteuerpflicht auch dann ausgelöst wird, wenn **privatrechtliche Entgelte** bei Leistungen der öffentlichen Hand unter Anschluss- und Benutzungszwang erhoben werden. Auch in den Fällen des Anschluss- und Benutzungszwangs (hierzu gehört auch die Abwasserbeseitigung, § 9 GO NRW, § 48 LWG NRW) führt die privatrechtliche Ausgestaltung des Leistungsverhältnisses nach dem Standpunkt des BMF dazu, dass kein Handeln der Gemeinde als Träger öffentlicher Gewalt im Sinne des § 2b Abs. 1 Satz 1 Umsatzsteuergesetz (UStG) vorliegt.

Vor diesem Hintergrund kann nur empfohlen werden, das Leistungsverhältnis im Rahmen der öffentlichen Abwasserentsorgungseinrichtung der Gemeinde öffentlich-rechtlich auf der Grundlage der Abwasserbeseitigungssatzung (Entwässerungssatzung) auszugestalten und auf der Grundlage einer Abwassergebührensatzung öffentlich-rechtliche Benutzungsgebühren (§§ 4 Abs. 2, 6 KAG NRW) und keine privaten Entgelte zu erheben.

Auch in § 6 Abs. 1 Satz 1 KAG NRW ist ausdrücklich geregelt, dass Benutzungsgebühren zu erheben sind, sofern nicht ein privatrechtliches Entgelt gefordert wird, d.h. es besteht ein Wahlrecht der Gemeinde in beide Richtungen. Damit ist es grundsätzlich auch möglich, dass von der Erhebung eines privaten Entgeltes wieder auf die Erhebung einer Benutzungsgebühr umgestellt wird (vgl. Brüning in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, Loseblatt-Kommentar, § 6 KAG NRW Rz. 8 ff; Queitsch in: Hamacher/Lenz/Menzel/Queitsch, Kommunalabgabengesetz NRW, Loseblatt-Kommentar, § 6 KAG NRW Rz. 2 ff.).

#### 2. Zusammenarbeit von jPÖR und Umsatzsteuer (§ 2b Abs. 3 Nr. 2 UStG)

Die hoheitliche Abwasserbeseitigung (§ 56 WHG, § 46 LWG NRW) unterliegt grundsätzlich **nicht der Steuerpflicht (Körperschafts-, Umsatz- und Gewerbesteuer), wenn diese in öffentlich-rechtlichen Organisationsformen (Regiebetrieb, eigenbetriebsähnliche Einrichtung, AöR) durchgeführt wird, d.h. der Gebührenzahler wird dadurch entlastet, dass z. B. keine Umsatzsteuer auf die Personalkosten erhoben werden muss** (vgl. Hidien/Jürgens, Die Besteuerung der öffentlichen Hand, 1. Aufl. 2017, S. 86; Cronauge, Kommunale Unternehmen, 6. Aufl. 2016, S. 51; in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunaler Unternehmen, 3. Aufl. 2015, S. 445; Hellermann: in Hoppe/Uechtritz/ Reck, Handbuch kommunale Unternehmen, 3. Aufl. 2012, S. 169)

Etwas anderes gilt nur dann, wenn ein öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger die Abfallentsorgungspflicht in der **Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)** erbringt, weil die GmbH kraft ihrer Rechtsform der Steuerpflicht unterliegt (z. B. Körperschaftssteuer, Umsatzsteuer).

Dieses ist bei den Rechtsformen des **Regiebetriebes, der eigenbetriebsähnlichen Einrichtung oder der Anstalt des öffentlichen Rechts** nicht der Fall.

##### 2.1. § 2b UStG (Juristische Personen des öffentlichen Rechts)

Mit Blick auf die **Zusammenarbeit** zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts ist am 1.1.2016 der **§ 2b Umsatzsteuergesetz (UStG)** in Kraft getreten (BGBl. I 2015 S. 1834 ff., 1843).

Der **§ 2b UStG gilt nach derzeitigen Rechtsstand ab dem 1.1.2021**, weil in der Zwischenzeit gemäß § 27 Abs. 22 Satz 3 UStG die Alt-Regelung des § 2 Abs. 3 UStG a. F. (Stichwort: Betrieb gewerblicher Art) übergangsweise in Anspruch genommen werden kann, wenn dieses gegenüber dem Finanzamt erklärt worden ist.

Gemäß § 2b UStG gelten **juristische Personen des öffentlichen Rechts (JPöR) nicht als (umsatzsteuerpflichtige) Unternehmer i. S. d. § 2 UStG**, wenn sie **Tätigkeiten ausüben, die ihnen im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegen** (§ 2b Abs. 1 Satz 1 UStG).

**Hierzu gehört auch die öffentlichen Einrichtungen zur Entsorgung von Abwasser** (vgl. Korn in: Bunjes, UStG, Kommentar, 18. Aufl. 2019, § 2b UStG Rz. 27). Dieses gilt allerdings wiederum nicht, sofern die Behandlung als Nichtunternehmer zu **größeren Wettbewerbsverzerrungen** (mit Blick auf private Unternehmen) führen würde (§ 2b Abs. 1 Satz 2 UStG).

Gemäß **§ 2b Abs. 3 Nr. 2 UStG** liegen **keine größeren Wettbewerbsverzerrungen** vor und es wird deshalb keine Umsatzsteuerpflicht ausgelöst, **wenn die Zusammenarbeit durch gemeinsame spezifische öffentliche Interessen bestimmt wird**. Dieses ist regelmäßig der Fall, wenn

- die Leistungen auf **langfristig öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen** beruhen (§ 2b Abs. 3 Nr. 2 Buchst. a UStG),
- die Leistungen dem **Erhalt der öffentlichen Infrastruktur** und der **Wahrnehmung einer allen Beteiligten obliegenden Aufgabe dienen** (§ 2b Abs. 3 Nr. 2 Buchst. b UStG),
- die Leistungen ausschließlich gegen **Kostenerstattung** erbracht werden (§ 2b Abs. 3 Nr. 2 Buchst. c UStG),
- der Leistende **gleichartige Leistungen im Wesentlichen an andere JPöR erbringt** (§ 2b Abs. 3 Nr. 2 Buchst. d UStG).

## 2.2 Rechtsstandpunkt des Bundesfinanzministeriums

Das **Bundesfinanzministerium (BMF)** hat mit **Schreiben vom 14.11.2019** an die obersten Finanzbehörden der Bundesländer den Rechtsstandpunkt eingenommen, dass bei der interkommunalen Zusammenarbeit in § 2b Abs. 3 Nr. 2 UStG **nur ein Regelbeispiel geregelt** wird.

Sind die dort geregelten Voraussetzungen gegeben, besteht eine **Vermutung, dass keine größeren Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten privater Dritter vorliegen**.

Um eine mit dem EU-Recht rechtskonforme Anwendung des § 2b UStG sicherzustellen, ist es nach dem BMF aber erforderlich, auch dann, wenn die Voraussetzungen des Regelbeispiels gegeben sind, **in eine gesonderte Prüfung auf möglich schädliche Wettbewerbsverzerrungen gemäß § 2b Abs. 1 Satz 2 UStG einzutreten**.

Maßstab hierfür sind die Ausführungen im BMF-Schreiben vom 16.12.2016 (Rz. 22ff.). Insbesondere ist - so das BMF - zu prüfen, **ob private Unternehmer potentiell in der Lage sind, vergleichbare Leistungen wie die öffentliche Hand zu erbringen**. Ergibt sich unter Anwendung dieser Maßstäbe, dass die Nichtbesteuerung von Leistungen im Rahmen der Zusammenarbeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen würde, so ist die Regelvermutung des § 2b Abs. 3 Nr. 2 UStG - so das BMF - als widerlegt anzusehen und die Umsatzsteuerpflicht (19 %) greift ein.

Ergänzend führt das BMF aus, dass bei Leistungsvereinbarungen über **verwaltungsunterstützende Hilfstätigkeiten** regelmäßig bereits die Voraussetzungen des § 2b Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 Buchstabe b UStG nicht gegeben sind.

Verwaltungsunterstützende Hilfstätigkeiten erfüllen – so das BMF – keine spezifischen öffentlichen Interessen, da sie ohne weiteres auch von privaten Unternehmen erbracht werden können. Im Rahmen der gesonderten Wettbewerbsprüfung nach § 2b Abs. 1 Satz 2 UStG scheiden diese Leistungen nach dem BMF auf jeden Fall aus der Nichtsteuerbarkeit aus. Hierzu zählen laut BMF Verträge, die auf die Gebäudereinigung, Grünpflegearbeiten, Neubau- und Sanierungsmaßnahmen an Straßen und Gebäuden sowie auf unterstützende IT-Dienstleistungen beschränkt sind.

### 2.3 Hoheitliche Hilfsgeschäfte in der kommunalen Entsorgungswirtschaft (§ 2b UStG)

Das **BMF hat mit Schreiben vom 15.11.2019** an die kommunalen Spitzenverbände auf der Bundesebene weiterhin den Rechtsstandpunkt eingenommen, dass die Veräußerung von Strom und Altpapier eine unternehmerische Tätigkeit darstellt und deshalb der Umsatzsteuerpflicht unterliegt, weil es sich dabei nicht um sog. hoheitliche Hilfsgeschäfte handelt.

**Diese steuerrechtliche Einordnung soll ab der erstmaligen Anwendung des § 2b UStG gelten.**

Der Standpunkt des BMF ist bezogen auf die hoheitliche Aufgabenerfüllung nicht nachvollziehbar, weil zur Abfallentsorgungspflicht (§§ 17 Abs. 1 KrWG i. V. m. § 5 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 6 LAbfG NRW) nicht nur die schlichte Einsammlung der Abfälle, sondern auch deren Entsorgung durch Verwertung oder Beseitigung gehört. Gleiches gilt auch für die Abwasserbeseitigungspflicht (§ 56 Abs. 1 WHG i. V. m. § 46 Abs. 1 LWG NRW), die nicht nur die Abwasserreinigung, sondern auch die Aufbereitung des durch die Abwasserbehandlung anfallenden Klärschlammes für dessen ordnungsgemäße Verwertung oder Beseitigung einschließt (§ 46 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 LWG NRW).

Der Rechtsstandpunkt der BMF gilt aber nach dem derzeitigen Stand bislang nur in den Fällen, in denen ein Erlös durch den Verkauf von Strom und Papierabfällen erzielt wird.

### 3. Dingliche Absicherung von Abwasserleitungen

Der **Bundesgerichtshof (BGH) hat mit Urteil vom 24.01.2020 (Az.: V ZR 155/18)** klargestellt, dass es **kein Wegerecht aus Wohnheitsrecht gibt**. Die Benutzung fremder Grundstücke ist nur dann gegenüber einem Grundstückseigentümer und dessen Rechtsnachfolger rechtlich dauerhaft abgesichert, **wenn dieses im Grundbuch eingetragen ist**. Diese Absicherung im Grundbuch kann nur durch die Eintragung einer Grunddienstbarkeit (§ 1018 BGB) oder einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090 BGB) erfolgen.

Mit dem Urteil des BGH vom 24.01.2020 (Az.: V ZR 155/18) wird damit nochmals die Rechtsprechung ständige Rechtsprechung des BGH bestätigt, dass nur durch die Eintragung eines dinglichen Rechtes im Grundbuch (Grunddienstbarkeit - § 1018 BGB bzw. beschränkt persönliche Dienstbarkeit - § 1090 BGB) eine dauerhaft rechtliche Absicherung auch von Abwasserleitungen möglich ist, die über fremde Grundstücke verlaufen.

Die **beschränkt persönliche Dienstbarkeit (§ 1090 BGB)** beinhaltet das Recht, die Leitung über das fremde Grundstück verlegen zu dürfen. Sie wird im Grundbuch eingetragen und gilt damit bei einem Eigentümerwechsel auch gegenüber einem neuen Grundstückseigentümer.

Eine **Grunddienstbarkeit (§ 1018 BGB)** wird dann eingetragen, wenn ein Grundstück zugunsten eines anderen Grundstücks belastet wird (§ 1019 BGB). Dieses ist etwa bei der Leitungsführung über ein Vorderlieger-Grundstück zugunsten eines Hinterlieger-Grundstücks der Fall, wenn dieses nicht unmittelbar an einer öffentlichen Erschließungsstraße liegt.

Öffentliche Wasser- und Abwasserleitungen sind daher über eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit (§ 1090 BGB) als sog. dingliches Recht im Grundbuch abzusichern (vgl. Queitsch in: Wellmann/Queitsch/Fröhlich, WHG, Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 93 WHG Rz. 4 f.).

**Rein schuldrechtliche Vereinbarungen** reichen somit nicht aus, um die Verlegung einer öffentlichen Leitung in einem fremden Grundstück dauerhaft abzusichern. Insbesondere binden schuldrechtliche Vereinbarungen einen Grundstückseigentümer nicht und dieses gilt auch dann, wenn das Eigentum an dem Grundstück wechselt bezogen auf den neuen Grundstückseigentümer. Eine **vertragliche (schuldrechtliche) Vereinbarung (Gestattung)** reicht auf der Grundlage der bislang ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH) nicht aus, weil diese im Grundbuch nicht eingetragen wird. Außerdem verliert der betroffene Grundstückseigentümer, über dessen Grundstück die Leitung verläuft, nicht das Recht, die Beseitigung der öffentlichen Leitung zu fordern (so: BGH, Urteil vom 16.05.2014 – Az.: 5 ZR 181/13). Eine Vereinbarung über die unentgeltliche Gestattung ist zudem jederzeit kündbar (so: BGH, Urteil vom 26.01.2007 – Az.: V ZR 175/06).

Eine **Baulast (§ 85 LBauO NRW 2019)** reicht nicht aus, weil sich der Grundstückseigentümer des „belasteten Grundstücks“ nur gegenüber der Bauaufsichtsbehörde und nicht gegenüber einem Dritten verpflichtet.

Ist die Eintragung einer Grunddienstbarkeit (§ 1018 BGB) oder einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090 BGB) nicht möglich, weil eine Einigung mit dem Grundstückseigentümer nicht erzielt werden kann, so verbleibt noch die Möglichkeit, dass durch die **zuständige Wasserbehörde (untere Wasserbehörde)** ein **Zwangsdurchleitungsrecht gemäß § 93 Wasserhaushaltsgesetz (WHG)** angeordnet wird.

Ein Zwangsdurchleitungsrecht (§ 93 WHG) wird jedoch im Regelfall durch die untere Wasserbehörde grundsätzlich nur dann angeordnet, wenn sich die Stadt und der betroffene Grundstückseigentümer nicht einigen können (vgl. Czychowski/Reinhardt, WHG, Kommentar, 12. Aufl. 2019, § 93 WHG Rz. 4, 6; Queitsch in: Wellmann/Queitsch/Fröhlich, WHG, Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 93 WHG Rz. 6).

Das Durchleiten muss zu den in § 93 Satz 1 WHG genannten Zweckbestimmungen erforderlich sein, was nach der bislang ergangenen Rechtsprechung grundsätzlich dann der Fall ist, wenn die Durchleitung über das fremde Grundstück vernünftig und sinnvoll ist (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 09.12.2013 – Az.: 20 B 1104/13 - ; OVG NRW, Urteil vom 09.11.2006 – Az.: 20 A 2136/05).

Allerdings gilt über § 93 Satz 2 WHG der § 92 Satz 2 WHG entsprechend, der eine zweistufige Prüfung vorgibt. Zu prüfen ist, ob **das Vorhaben (die Verlegung der Leitung) anders nicht ebenso zweckmäßig** oder **nur mit erheblichen Mehraufwand durchgeführt werden kann**.

Falls es keine oder nur weniger zweckmäßige Alternativen gibt bzw. diese nur mit erheblichen Mehraufwand zu realisieren sind, ist weiter zu prüfen, ob der von dem Vorhaben (der Durchleitung) **zu erwartende Nutzen erheblich größer ist als der Nachteil für den betroffenen Grundstückseigentümer, der die Durchleitung dulden muss.**

Eine Entschädigung des zur Duldung der Durchleitung verpflichteten Grundstückseigentümers erfolgt auf der Grundlage der §§ 95, 96 WHG.

**Eine Duldungsverpflichtung kommt auch dann in Betracht, wenn Leitungen bereits in der Vergangenheit verlegt worden sind und erst durch die Duldungsanordnung ein formell rechtswidriger Zustand nachträglich legalisiert wird** (vgl. BVerwG, Beschluss vom 16.02.2007, NVwZ 2007, S. 207 f.; VGH Mannheim, Beschluss vom 09.03.2010 –Az.: 3 S 1537/08 - ; Queitsch in: Wellmann/Queitsch/Fröhlich, WHG, Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 93 WHG Rz. 9).

Die Duldungsverpflichtung ist eine sachbezogene, d.h. auf das Grundstück bezogene Regelung. Damit entfaltet eine Duldungsverpflichtung auch Rechtswirkungen gegenüber dem Rechtsnachfolger im Grundstückseigentum, d.h. der Bestand der Duldungspflicht wird wegen ihres dinglichen Charakters durch einen Eigentumswechsel nicht berührt (so jedenfalls: OVG NRW, Beschluss vom 09.12.2013 – Az.: 20 B 1104/13 – Rz. 9 ff. der Urteilsgründe zu § 93 WHG und § 128 LWG NRW – abrufbar unter: [www.nrwe.de](http://www.nrwe.de); OVG NRW, Beschluss vom 21.01.2005 – Az.: 20 A 157/04 – Rz. 15 der Urteilsgründe – abrufbar unter: [www.nrwe.de](http://www.nrwe.de); zu § 128 LWG NRW; OVG Weimar, DÖV 2007, S. 260 f. zu § 95 ThüWG; Petersen in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band I, § 93 WHG, Rz. 26; Czychowski/Reinhardt, WHG, Kommentar, 12. Aufl. 2019, § 93 WHG Rz. 13).

Auf der Grundlage der bislang ergangenen Rechtsprechung ist damit bei einer Anordnung einer Duldungsverpflichtung gemäß § 93 WHG gegenüber einem Grundstückseigentümer die zusätzliche Eintragung einer Grunddienstbarkeit (§ 1018 BGB) oder beschränkt persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090 BGB) im Grundbuch nicht erforderlich, weil die Anordnung und die in ihr enthaltene Duldungspflicht gewissermaßen als „öffentliche Last“ auf dem Grundstück ruht (so jedenfalls: OVG NRW, Beschluss vom 21.01.2005 – Az.: 20 A 157/04 – Rz. 15 der Urteilsgründe – abrufbar unter: [www.nrwe.de](http://www.nrwe.de); OVG NRW, Urteil vom 25.02.1993 – Az.: 20 A 1886/91 - , ZfW 1994, S. 294).