

Newsletter Nr. 3 – 2020

Für Kunden mit Beratungsvereinbarung im Bereich Abwasser

## Anordnung der Zustands- und Funktionsprüfung und zur Umsatzsteuerpflicht

### 1. OVG NRW zur Anordnungsbefugnis für die Zustands- und Funktionsprüfung

Das OVG NRW hat mit Urteil vom 04.02.2020 (Az.: 15 A 3136/18 – abrufbar unter: [www.justiz.nrw.de](http://www.justiz.nrw.de)) entschieden, dass eine Gemeinde berechtigt ist, Anordnungen zur Zustands- und Funktionsprüfung gegenüber einem Grundstückseigentümer anzuordnen.

Aus der Abwasserbeseitigungspflicht der Gemeinde (§ 46 Abs. 1 Satz 1 LWG NRW) ergibt sich - so das OVG NRW - das Recht der Gemeinde, Satzungen über die Abwasserbeseitigung zu erlassen. Gemäß § 46 Abs. 2 Satz 1 LWG NRW besteht auch die Befugnis der Gemeinde „zur Erfüllung ihrer Abwasserbeseitigungspflicht“ durch Satzung entsprechende Regelungen zu treffen. Dieses folgt auch aus § 1 Abs. 4 der NRW-Zuständigkeitsverordnung Umweltschutz, wonach die Zuständigkeit der Gemeinden als abwasserbeseitigungspflichtige Körperschaften durch die Kompetenzzuweisungen an die Umweltschutzbehörden unberührt bleibt.

Damit ist für die Anordnung einer Zustands- und Funktionsprüfung bei privaten Abwasserleitungen die abwasserbeseitigungspflichtige Gemeinde und nicht die untere Umweltbehörde (Wasserbehörde) zuständig.

Ebenso ist die Betriebsleitung einer eigenbetriebsähnlichen Einrichtung zum Erlass einer entsprechenden Anordnung befugt, wenn in der Betriebssatzung der eigenbetriebsähnlichen Einrichtung geregelt ist, dass zur laufenden Betriebsführung alle Maßnahmen gehören, die zur Aufrechterhaltung eines einwandfreien Betriebs der öffentlichen Abwasserentsorgungseinrichtung laufend notwendig sind, insbesondere auch die Überwachung der Einhaltung der Einleitungs- und Umweltschutzbestimmungen. Damit gehört – so das OVG NRW – zu den Aufgaben der Betriebsleitung einer eigenbetriebsähnlichen Einrichtung der beklagten Gemeinde auch die Umsetzung der SÜwVO Abw NRW und der Fristensatzung der Gemeinde zur Durchführung von Zustands- Funktionsprüfung.

Die Anordnung zur Durchführung einer Zustands- und Funktionsprüfung war auch nicht deshalb rechtswidrig, weil sie nicht an die Ehefrau des Klägers ergangen ist, die ebenfalls Miteigentümerin des Grundstücks ist. Die Rechtmäßigkeit der Anordnung wird dadurch – so das OVG NRW - nicht berührt. Allerdings ergibt sich dadurch ein Vollzugshindernis, welches nachträglich erst durch eine gegen den Dritten (Miteigentümerin) gerichtete Verfügung ausgeräumt werden kann.

Das OVG NRW hat mit Urteil vom 04.02.2020 (Az.: 15 A 3136/18 – abrufbar unter: [www.justiz.nrw.de](http://www.justiz.nrw.de)) außerdem erneut bestätigt, dass die Selbstüberwachungsverordnung für öffentliche und private Abwasseranlagen in Nordrhein-Westfalen (SÜwVO Abw NRW 2013) in vollem Umfang mit dem Bundes-Wasserrecht im Einklang steht. Da der Bundesgesetzgeber die Überwachungspflichten für Abwasseranlagen – wozu auch private Abwasserleitungen gehören - im Wasserhaushaltsgesetz des Bundes (WHG) und durch eine Bundes-Rechtsverordnung nicht konkretisierend geregelt hat, ist das Land NRW befugt, eine entsprechende konkretisierende Rechtsverordnung zu erlassen (vgl. § 23 Abs. 3 WHG). Diese konkretisierende Rechtsverordnung ist die im Jahr 2013 erlassene SÜwVO Abw NRW 2013 (so bereits: OVG NRW, Beschluss vom 22.10.2019 – Az.: 15 A 3302/18 -).

Laut OVG NRW ist es auch unschädlich, dass in der Fristensatzung der Gemeinde auf DIN-Vorschriften (DIN EN 1610 und DIN 1986 -30) hingewiesen wird. Zwar sind DIN- Vorschriften nur ein privates Regelwerk, weil diese nicht durch den Landtag als demokratisch gewähltes Gremium erlassen worden sind. Gleichwohl werden DIN-Vorschriften durch einen Hinweis in einer kommunalen Satzung nicht zum konstitutiven Satzungsrecht der Gemeinde, sondern es wird lediglich der zu beachtenden Stand der Technik konkretisiert. Im Übrigen hat der Landesgesetzgeber – so das OVG NRW – in § 8 Abs. 1 Satz 4 SÜwVO Abw NRW 2013 ausdrücklich geregelt, dass die DIN-Vorschriften DIN EN 1610 und DIN 1986-30 als allgemein anerkannte Regeln der Technik bei der Durchführung einer Zustands- und Funktionsprüfung anzusehen sind. Letzten Endes obliegt es damit – so das OVG NRW - den von den Grundstückseigentümern/-innen zu beauftragenden Sachkundigen, dass dieser die DIN-Vorschriften kennt und anwendet (so bereits: OVG NRW, Beschluss vom 22.10.2019 – Az.: 15 A 3302/18 -).

## 2. Abwasserbeseitigung und Umsatzsteuerpflicht

Die hoheitliche Abwasserbeseitigung (§ 56 WHG, § 46 LWG NRW) unterliegt nach bisherigem Verständnis grundsätzlich nicht der Steuerpflicht (Körperschafts-, Umsatz- und Gewerbesteuer), wenn diese in öffentlich-rechtlichen Organisationsformen (Regiebetrieb, eigenbetriebsähnliche Einrichtung, AöR) durchgeführt werden. Dieses hat für den Gebührenzahler unter anderem den Vorteil, dass er z. B. keine Umsatzsteuer auf die Personal- und Verwaltungskosten zahlen muss (vgl. Hidi/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 Abwasserentsorgungspflicht 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 grundsätzlich nicht der Fall, weil es sich um öffentlich-rechtliche Organisationsformen handelt.

Unter anderem mit Blick auf die Zusammenarbeit zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts (jPöR) ist am 1.1.2016 der § 2 b Umsatzsteuergesetz (UStG) in Kraft getreten (BGBl. I 2015 S. 1834 ff., 1843). Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind nicht nur die Städte, Gemeinden und Kreise als Gebietskörperschaften, sondern auch grundsätzlich andere Körperschaften des öffentlichen Rechts wie etwa sondergesetzliche Wasserverbände oder freiwillig gegründete Wasser- und Bodenverbände nach dem Wasser- und Bodenverbandsgesetz des Bundes (WVG). Außerdem gehören auch Anstalten des öffentlichen Rechts zu den jPöR.

Der § 2 b UStG gilt nach derzeitigen Rechtsstand definitiv 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 § 2 b 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 (§ 2 b Abs. 1 Satz 1 UStG). Hierzu gehören auch die öffentlichen Einrichtungen zur Entsorgung von Abwasser und Abfall (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 (§ 2 b Abs. 1 Satz 2 UStG).

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

- die Leistungen auf langfristig öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen beruhen (§ 2 b 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).

Das Bundesfinanzministerium (BMF) hat mit Schreiben vom 14.11.2019 an die obersten Finanzbehörden der Bundesländer nunmehr den Rechtsstandpunkt eingenommen, dass es sich bei der Zusammenarbeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts in § 2 b Abs. 3 Nr. 2 UStG nur um ein sog. Regelbeispiel handelt. Sind die dort geregelten Voraussetzungen gegeben, besteht lediglich eine Vermutung dahin, dass keine größeren Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten privater Dritter vorliegen. Um eine mit dem EU-Recht rechtskonforme Anwendung des § 2 b 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 § 2 b Abs. 1 Satz 2 UStG einzutreten.

Maßstab hierfür sind die Ausführungen im BMF-Schreiben vom 16.12.2016 (Rz. 22 ff., S. 25; BStBl., S2016, S. 1451). 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 § 2 b Abs. 3 Nr. 2 UStG - so das BMF - als widerlegt anzusehen und die Umsatzsteuerpflicht (19 %) greift ein.

Diesen Rechtsstandpunkt hat das BMF in einem Schreiben vom 20.02.2020 an die kommunalen Spitzenverbände auf der Bundesebene noch einmal bestätigt und darauf hingewiesen, dass bei der Zusammenarbeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts (jPöR) die Voraussetzungen des § 2 b Abs. 3 Nr. 2 UStG dann erfüllt sein können, wenn eine jPöR eine andere jPöR mit der Durchführung von hoheitlichen Aufgaben (z. B. Abwasserbeseitigung oder Hausmüllentsorgung) „in Gänze“ beauftragt. Das BMF weist in dem Schreiben vom 20.02.2020 ausdrücklich darauf hin, dass dabei wiederum die Ausführungen des BMF-Schreibens vom 14.11.2019 (BGBl. I 2019, S. 1140) zu beachten sind.

Gleichzeitig weist das BMF in Ziffer 8 seines Schreibens vom 20.02.2020 darauf hin, dass die Wahrnehmung von (Teil-)Aufgaben einer jPöR für eine andere jPöR zur Steuerbarkeit führt, wenn größere Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten privaten Dritter vorliegen. Eine entgeltliche befreiende Aufgabenübertragung auf der Grundlage einer öffentlich-rechtlichen Sonderregelung in öffentlich-rechtlicher Handlungsform und im Rahmen öffentlicher Gewalt an eine andere jPöR führt zum Ausschluss der Unternehmereigenschaft, wenn die Übertragung auf Private gesetzlich ausgeschlossen ist (z. B. die Entsorgung von Abfällen aus privaten Haushalten nach § 20 KrWG). Davon zu unterscheiden ist aber nach dem BMF hier wiederum die auch privaten Unternehmen gestattete Erbringung von Vorleistungen an die zur Entsorgung verpflichtete jPöR zum Zweck der Durchführung der Abfallentsorgung (§ 22 KrWG). Insoweit nimmt das BMF auf die Ausführungen im BMF-Schreiben vom 16.12.2016 (BStBl. S. 1451, Rz. 25) Bezug.

Vor diesem Hintergrund kann mit Blick auf die Organisationsformen in der hoheitlichen Abwasserbeseitigung und der Abfallentsorgung und die Zusammenarbeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts nur empfohlen werden, sorgfältig zu prüfen, ob eine Neu- oder Umorganisation mit Blick auf die Auslösung der Umsatzsteuerpflicht keinen Bedenken ausgesetzt ist. Letzten Endes geht es auch immer darum, eine Auslösung der Umsatzsteuerpflicht zu Lasten der gebührendzahlenden Bürgerinnen und Bürger zu vermeiden.