

Beschlussvorlage

zur Vorberatung im **Verwaltungsausschuss**
zur Behandlung im **Gemeinderat**

Betreff: Umsatzsteuer Mensa Uhlandstraße; hier Weiterführung
des Rechtsstreits gegen das Finanzamt Tübingen
Bezug: 138/2013; 273/2013

Anlagen: 0

Beschlussantrag:

Die Verwaltung wird beauftragt, den Rechtsstreit vor dem Finanzgericht Stuttgart weiter zu führen.
Für den Fall, dass die Stadt vor dem Finanzgericht unterliegt, wird die Verwaltung beauftragt Revision
beim Bundesfinanzhof einzulegen und hierzu einen Fachanwalt/eine Fachanwältin für Steuerrecht zu
beauftragen.

Finanzielle Auswirkungen		Jahr. 2015	Folgej.:
Prozesskosten je nach Verfah- rensverlauf bis zu	€	€ 12.200	€
Bei HHStelle veranschlagt:		1.0230.6550.000	
Aufwand/Ertrag jährlich	€	ab:	

Ziel: Abschließende Klärung der Zulässigkeit des Vorsteuerabzugs für die Errichtung und den Betrieb
der Mensa Uhlandstraße

Begründung:

1. Anlass / Problemstellung

Der Gemeinderat hat in seiner Sitzung am 04.07.2013 den Beschluss gefasst, dass die Stadt gegen die Forderung des Finanzamtes Tübingen auf Rückzahlung des Vorsteuerabzugs für die Baukosten der Mensa Uhlandstraße, Klage erhebt.

2. Sachstand

Die Verwaltung hat, vertreten durch die städtische Rechtsabteilung, am 08.07.2013 Klage eingereicht über die bislang noch nicht entschieden wurde.

Das Finanzgericht hat seine Rechtsansicht jedoch in einem Schreiben an die Stadt wie folgt mitgeteilt und empfohlen, die Klage mangels Erfolgsaussicht zurück zu nehmen:

„Das Gericht weist darauf hin, dass nach § 2 Abs. 3 S. 1 UStG eine juristische Person des öffentlichen Rechts bei richtlinienkonformer Auslegung von § 2 Abs. 3 Satz 1 UStG i.V.m. § 4 KStG entsprechend Art. 4 Abs. 5 der Richtlinie 77/388/EWG Unternehmer ist, wenn sie eine wirtschaftliche und damit eine nachhaltige Tätigkeit zur Erbringung entgeltlicher Leistungen (wirtschaftliche Tätigkeit) ausübt. Das bedeutet, dass Tätigkeit gegen ein Entgelt erfolgen muss. Insofern folgt dem Gericht ihrem Vortrag nicht.

Im Übrigen wird die Auffassung geteilt, dass wenn die juristische Person dabei auf privatrechtlicher Grundlage durch Vertrag handelt über die Entgeltlichkeit hinaus keine weitere Voraussetzung vorliegen muss.

Anders wäre es, wenn die Tätigkeit auf öffentlich-rechtlicher Grundlage z.B. durch Verwaltungsakt erfolgt. Dann müsste sie nicht nur entgeltlich sein. Vielmehr ist die juristische Person des öffentlichen Rechts dann nur Unternehmer, wenn eine Behandlung als Nichtunternehmer zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen würde.

Hinsichtlich der Auslegung der verbindlichen Auskunft hat die Berichterstatterin ihre Auffassung bereits mitgeteilt. Aus dieser Auskunft kann ein objektiver Empfänger nicht lesen, dass der Beklagte (das Finanzamt Tübingen) von einer unternehmerischen Tätigkeit ausgeht, wenn die Gemeinde unternehmerisch tätig wird, wenn keinerlei Entgelt gezahlt wird. Vielmehr geht die verbindliche Auskunft davon aus, dass jedenfalls irgendein Pachtentgelt gezahlt werden soll. Dies umso mehr, als die verbindliche Auskunft auch zur Frage des Regelsteuersatzes der Pachtentgelte enthält.“

3. Vorschlag der Verwaltung

Die Verwaltung schlägt trotz dieses eindeutigen Votums des Finanzgerichts Stuttgart vor, das Verfahren weiter zu führen und den Bundesfinanzhof über diese Grundsatzfrage entscheiden zu lassen und dies aus folgenden Gründen:

3.1. Vorliegen einer Verbindlichen Auskunft des Finanzamtes Tübingen, welche nur aus dem Grunde eingeholt wurde, um zu klären, ob vom zukünftigen Betreiber der Mensa ein Pachtzins und wenn ja in welcher Höhe verlangt werden muss um einen Vorsteuerabzug bezogen

auf die Baukosten vornehmen zu können. Die Auslegung der verbindlichen Auskunft durch das Finanzgericht Stuttgart überzeugt die Verwaltung nicht.

Die Verwaltung hat hierzu vor Gericht wie folgt vorgetragen:

Vor Ausschreibung des Betriebs der Mensa fanden mehrere Gespräche mit Vertretern des Finanzamtes Tübingen sowie der Stadtverwaltung Tübingen statt, um abzuklären, unter welchen Umständen seitens der Stadt ein Vorsteuerabzug bezogen auf die Baukosten vorgenommen werden könne. Diese Gespräche erfolgten unter Beteiligung der Fa. WIKOM, welche im Anschluss die Formulierung Fragen für die Verbindliche Auskunft für die Stadt formuliert hat.

Dem Finanzamt wurde seitens der Stadt und der Fa. WIKOM ausführlich dargelegt, dass

- a) der Betrieb der Mensa einem Caterer übertragen werden wird und diesem hierzu die Räumlichkeiten der Mensa überlassen werden
- b) die Stadt entweder den Schülerinnen und Schülern bzw. deren Elter einen direkten Essenszuschuss gewähren wird, oder aber
- c) die Bezuschussung des Schulessens über einen Zuschuss an den Betreiber der Mensa erfolgen würde.

Offen blieb nach einer letzten Besprechung mit dem Finanzamt noch die Frage ob vom Pächter eine Mindestpacht in Höhe von 30.000 € verlangt werden muss oder ob dies nicht erforderlich sei. Stadt und Finanzamt sind dann so verblieben, dass die Stadt zu dieser Frage eine Verbindliche Auskunft des Finanzamtes einholen würde.

Vereinbarungsgemäß hat die Stadt, vertreten durch die Fa. WIKOM mit Schreiben vom 24.10.2006 die Erteilung einer Auskunft mit Bindungswirkung mit folgenden Fragen beantragt:

1. Die Verpachtung der Mensen, also Gebäude (Teile) nebst Inventar, stellt steuerlich einen Betrieb gewerblicher Art dar. **Auf die Höhe des Pachtentgelts kommt es hierbei nicht an.**
2. Die Pachtentgelte, Option vorausgesetzt, unterliegen dem Regelsteuersatz. Andererseits steht dem BgA vollumfänglich der Vorsteuerabzug zu.
3. Verwendet die Stadt bzw. die Schulen die Mensa innerhalb der Bestimmungen des Pachtvertrags zu eigenen Zwecken (Veranstaltungen) führt diese Verwendung zu einem steuerpflichtigen Umsatz gem. § 3 Nr. 9a UStG. Ein Vorsteuerabzug wird hierdurch nicht berührt.

In den Erläuterungen zur Anfrage wurde ausdrücklich betont, dass davon ausgegangen werde, dass es genüge, wenn dem Pächter mit den verpachteten Gegenständen die Führung eines bescheidenen Betriebs möglich ist, und der Pächter mit dem gepachteten Betrieb einen Umsatz von mindestens 30.678,-- € erziele, **und dass es unter dieser Voraussetzung auf die Pachthöhe nicht ankomme.**

Das Finanzamt hat alle diese Fragen mit Verbindlicher Auskunft vom 08.11.2006 mit dem Hinweis bestätigt, dass das Finanzamt die Rechtsauffassungen aus der Anfrage teile.

Ein Hinweis, dass es zwar auf die Höhe des Pachtentgeltes nicht ankomme, dass aber ein solches gleichwohl verlangt werden müsse, gegebenenfalls auch in symbolischer Höhe, war

in der verbindlichen Auskunft nicht enthalten. Die Stadt ging deshalb entsprechend dem Wortlaut der Auskunft davon aus, dass es hierauf nicht ankomme.

Wäre der Auskunft zu entnehmen gewesen, dass die Stadt formal einen Pachtzins hätte verlangen müssen, hätte sie dies selbstverständlich auch so ausgeschrieben. In der entsprechenden Höhe hätte dann eben der Zuschuss an den Betreiber erhöht werden müssen.

Sinn und Zweck der Verbindlichen Auskunft ist, dass sich der Adressat auf diese verlassen und seine wirtschaftliche Entscheidung auf dieser Grundlage treffen kann. Unterstellt, die Auskunft des Finanzamtes war falsch, dann darf sich die Stadt gleichwohl auf diese verlassen. Dies verkennt aus Sicht der Verwaltung das Finanzgericht.

3.2 Zwischenzeitlich liegt auch ein Urteil des Bundesfinanzhofs vom 19.03.2014 – AZ: XI B 126/13 vor, nach dem es für die Annahme eines steuerbaren Leistungsaustauschs genüge, wenn der Unternehmer Leistungen aufgrund eines gegenseitigen Vertrags übernimmt. Zwar liegt diesem Urteil ein Sachverhalt zugrunde, der von dem hier zu entscheidenden Fall insofern abweicht, als dort ein Pachtzins zwar vereinbart, dieser jedoch betragsmäßig von ganz untergeordneter Bedeutung war. So wurde für die Überlassung eines Freibades an einen privaten Betreiber lediglich eine Jahrespacht! in Höhe von 1.100 €, also weniger als 100 € / Monat, verlangt, während der jährliche Zuschuss der Gemeinde zum Ausgleich der durch den Betrieb des Bades nicht gedeckten Kosten 71.000 € betrug.

Der Bundesfinanzhof hat nun in dieser Entscheidung die Rechtsauffassung des Finanzamtes, in einem solchen Fall liege kein sog. Betrieb gewerblicher Art vor, zurück gewiesen und ausgeführt, dass die Unternehmereigenschaft einer juristischen Person des öffentlichen Rechts vorliege, wenn diese auf privatrechtlicher Grundlage durch Vertrag handle. Auf weitere Voraussetzungen komme es nicht an. Auch sei von einem steuerbaren Leistungsaustausch auszugehen, wenn ein Unternehmer aufgrund eines gegenseitigen Vertrags Leistungen zur Erfüllung der von ihm übernommenen Aufgaben einer juristischen Person des öffentlichen Rechts übernehme. Insbesondere sei der gewährte Zuschuss für die nicht gedeckten Betriebskosten kein Hinderungsgrund um die Unternehmereigenschaft der Gemeinde anzunehmen.

Die Gegenleistung des Unternehmers für die Überlassung der Mensa zum Betrieb auf eigene Kosten besteht in der Verpflichtung zum Betrieb der Mensa zu den von der Stadt vorgegebenen Konditionen. Der Umstand, dass die Stadt auf einen symbolischen Pachtzins (wie in dem vom Bundesfinanzhof entschiedenen) verzichtet hat, kann nicht zu Lasten der Stadt gehen. Denn dies erfolgte nur vor den Hintergrund des Ergebnisses der Verbindlichen Auskunft des Finanzamtes. Ohne diese hätte die Stadtverwaltung ebenfalls einen symbolischen Pachtzins verlangt und den Betriebszuschuss an den Vertragspartner um diesen Betrag entsprechend erhöht. Der Entscheidung des Bundesfinanzhofs ist leider nicht zu entnehmen, ob dieses den Freibad-Fall anders entscheiden hätte, wenn auch kein symbolischer Pachtzins vereinbart worden wäre. Den übrigen Ausführungen entnimmt die Verwaltung jedoch, dass es dem Hof hierauf nicht ankam.

Für den Fall, dass die Stadt mit ihrem Hauptantrag auf Aufhebung der Rückzahlungsentscheidung keinen Erfolg haben sollte, wird die Verwaltung hilfsweise den Antrag stellen, dass das Gericht feststellen möge, dass die vom Finanzamt Tübingen erteilte Verbindliche Auskunft rechtswidrig war um anschließend zu prüfen, ob gegen das Finanzamt Tübingen Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden können. Voraussetzung für einen solchen An-

trag ist eine entsprechende gerichtliche Feststellung.

4. Lösungsvarianten

4.1. Die Stadt nimmt die Klage vor dem Finanzgericht Stuttgart zurück.

4.2. Die Stadt wartet die Entscheidung des Finanzgerichts Stuttgart ab und entscheidet dann über die Einlegung von Rechtsmitteln.

Stellungnahme der Verwaltung zur Lösungsvariante 4.2.:

Da die Verwaltung alle rechtlichen Argumente im Prozess vor dem Finanzgericht Stuttgart bereits vorgetragen hat und das Finanzgericht offensichtlich bislang nicht überzeugen konnte, ist davon auszugehen, dass das Finanzgericht von seiner Rechtsauffassung auch nach einer mündlichen Verhandlung nicht abweichen wird. Die Weiterführung des Prozesses vor dem Finanzgericht Stuttgart macht nur Sinn, wenn gegen ein klagabweisendes Urteil die Entscheidung des Bundesfinanzhofs eingeholt wird. Wenn dies nicht gemacht werden soll, dann wäre es wirtschaftlich sinnvoll, die Klage bereits jetzt zurück zu nehmen, da dies zu einer Reduzierung der Gerichtskosten von 3.624 € auf 1.812 € führen würde.

Eine Revision gegen das Urteil des Finanzgerichts ist allerdings nur dann statthaft, wenn das Finanzgericht diese zulässt oder

- die Rechtssache von grundsätzlicher Bedeutung ist oder,
- zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist, oder
- wegen eines entscheidungserheblichen Verfahrensmangels zugelassen werden kann.

Die Verwaltung geht davon aus, dass die Frage, ob für die Annahme eines BgA die Vereinbarung eines (wenn auch nur symbolischen) Pachtzinses erforderlich ist, von grundsätzlicher Bedeutung für alle Kommunen ist, weshalb sie gute Chancen sieht, dass die Revision entweder bereits vom Finanzgericht oder aber vom Bundesfinanzhof zugelassen werden wird.

5. Finanzielle Auswirkung

Um die Prozesskosten gering zu halten haben sich Verwaltung und Finanzamt darauf verständigt, lediglich die Rückforderung für das Jahr 2007 streitig auszutragen, weshalb im anhängigen Rechtsstreit lediglich von einem Streitwert in Höhe von 82.402,78 € auszugehen ist. Hieraus errechnen sich deshalb die zu erwartenden Gerichts- und Rechtsanwaltskosten.

Bislang sind an Gerichtskosten 1.812 € entstanden, die sich nach Erlass eines Urteils auf 3.624 € erhöhen werden. Kosten für die Vertretung der Stadt vor dem Finanzgericht sind bislang nicht entstanden, da die Stadt dort von der städtischen Rechtsabteilung vertreten wird. Wenn die Stadt den Prozess weiterführt, fallen vor dem Finanzgericht Gerichtskosten in Höhe von 3.624 € an, die von der Stadt im Falle des Unterliegens zu tragen sind.

Die Verwaltung schlägt vor, dass die Stadt für die Führung des Verfahrens vor dem Bundesfinanzhof einen Fachanwalt für Steuerrecht beauftragt. Die Verfahrensvorschriften des Finanzgerichtsgesetzes sowie die Voraussetzungen für die Zulassung eines Rechtsmittels beim Bundesfinanzhof sind so speziell, dass eine verantwortliche Prozessführung durch die städtische Rechtsabteilung nicht gewährleistet werden kann. Auch ist das Steuerrecht kein Rechtsgebiet das die städtische Rechtsabteilung vertieft bearbeiten kann.

Für das Verfahren vor dem BFH ist mit folgenden Kosten zu rechnen falls die Stadt unterliegen sollte:

Gerichtskosten:

Wenn das Verfahren bis zu einer Entscheidung durchgeführt wird	4.530,-- €
bei Rücknahme der Revision vor Schluss der mündl. Verhandlung	2.718,-- €
bei Rücknahme der Revision bevor die Begründung bei Gericht eingegangen ist	906,-- €

Anwaltskosten (ohne Reisekosten): voraussichtlich ca. 4.800,--€

Die Aufwendungen der Finanzbehörde sind dieser nach § 139 FGO auch dann nicht zu erstatten, wenn diese ebenfalls einen Rechtsanwalt beauftragen würde, weshalb insoweit keine weiteren Kosten auf die Stadt zukommen.

Der Vollständigkeit halber wird mitgeteilt, dass sich der Gesamtbetrag der Umsatzsteuer-rückforderung des Finanzamtes für die Jahre 2007 bis 2010 auf 343.623,10 € beläuft, für die Jahre 2011 und 2012 auf 6.145,11 bzw. 5.617,06 €. Hinzu kommen Nachzahlungszinsen gem. §§ 233 a ff. AO in Höhe von 60.697,12 €, die die Stadt ebenfalls zurückerstattet bekommen würde, sollte sie vor dem BFH obsiegen. Sollte die Stadt die Vorsteuerbeträge zurückbekommen, sind diese von der Finanzverwaltung mit einem Zinssatz von 6 % seit 18.03.2013 für die Jahre 2007 bis 2010 bzw. seit 01.04.2013 für 2011 und seit 01.04.2014 für 2012 zu verzinsen.

6. Anlagen keine