

# Treuberater

Mitteilungen zu Steuer- und Wirtschaftsfragen

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 2018

## Gesetzgebung

### 1. Bundeskabinett beschließt Jahressteuergesetz 2018 und ändert den Namen des Gesetzentwurfs

Am 01.08.2018 hat das Bundeskabinett den Entwurf eines Gesetzes zur Vermeidung von Umsatzsteuerausfällen beim Handel mit Waren im Internet und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften beschlossen. Grundlage dieses Gesetzentwurfs ist der vorgelegte Referentenentwurf, der noch den Titel Jahressteuergesetz 2018 trug (vgl. Treuberater Juli 2018, Seite 4092). Wie bereits im vorhergehenden Treuberater erläutert, ist in § 14 KStG u.a. eine gesetzliche Regelung für die Ausgleichszahlungen an Minderheitsgesellschafter von Organgesellschaften vorgesehen. Damit sollen ertragsteuerliche Organschaften weiterhin anerkannt bleiben, bei denen eine Ausgleichszahlung erfolgt, die sowohl einen fixen als auch einen variablen Anteil beinhaltet. Die Rechtsprechung hatte in diesen Fällen die steuerliche Organschaft nicht mehr anerkannt. Allerdings besteht noch dringender Änderungsbedarf, weil die vorgeschlagene Regelung in Fällen, in denen die fixe Ausgleichszahlung höher ist als der quotale anteilige Gewinn des Minderheitsgesellschafters der Tatbestand nicht erfüllt wäre.

### 2. Länderinitiative zur Reform des Steuerrechts und zum Bürokratieabbau

Bayern und Nordrhein-Westfalen haben auf der Sitzung des Bundesrats am 06.07.2018 mehrere Entschließungsanträge bezüglich einer Steuerreform und des Bürokratieabbaus eingebracht. Konkret handelt es sich um den Antrag zur "steuerlichen Entlastung der deutschen Wirtschaft" (BR-Drucksache: 325/18), zur "Absenkung des gesetzlichen Zinssatzes" (BR-Drucksache: 324/18), zum "Bürokratieabbau im Steuerrecht" (BR-Drucksache: 278/18) und der Antrag auf "Sicherung des Wirt-

schaftsstandorts Deutschland – Schritte zu einer modernen wettbewerbsfähigen Unternehmensbesteuerung" (BR-Drucksache: 310/18).

In den Anträgen werden vor allem folgende Punkte gefordert:

- Teilweise Anrechnung der Gewerbesteuer auf die Körperschaftsteuer zur Senkung der Steuerbelastung der Unternehmen.
- EU-weite Einführung eines Mindeststeuersatzes im Rahmen der gemeinsamen Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage.
- Bei der ersten Stufe des Abbaus des Solidaritätszuschlags sollen auch kleine Kapitalgesellschaften mit einbezogen werden.
- Senkung der Steuerzinsen von 0,5% auf 0,25% pro Monat.
- Sofortabschreibung von Wirtschaftsgütern bis 1.000 Euro und damit einhergehend die Abschaffung der Pool-Abschreibung auf GWG.
- Verkürzung der Aufbewahrungsfristen von Buchhaltungsunterlagen auf 8 Jahre.
- Einschränkung des Datenzugriffs der Finanzbehörden insbesondere nach einem EDV-Systemwechsel auf die Datenträgerüberlassung.
- Bei Forschung und Entwicklung sollen kleine und mittlere Unternehmen gefördert werden.
- Modernisierung der Thesaurierungsbegünstigung bei Personengesellschaften.

Die Anträge sind vom Bundesrat in die entsprechenden Ausschüsse verwiesen worden.

### 3. Netzengpässe und Netzausbau

In einer Antwort (BT-Drucksache: 19/3580) auf eine kleine Anfrage der Fraktion der FDP nimmt die Bundesregierung Stellung zu der Frage von Stromnetzengpässen und dem Netzausbau. In der zwei-

Den Treuberater können Sie auch im Internet unter [www.es-treuberater.de/Publikationen](http://www.es-treuberater.de/Publikationen) als regelmäßigen Newsletter bestellen.

ten Jahreshälfte will die Bundesregierung einen Vorschlag vorlegen, wie Sonderausschreibungen unter Berücksichtigung der Aufnahmefähigkeit der Netze für Windparks und Photovoltaik-Anlagen ausgestaltet sein könnten. Die Bundesregierung nennt einen Anteil von 65% Erneuerbarer Energien bis 2030 als Voraussetzung, um die im Koalitionsvertrag vereinbarten Ausbauziele Erneuerbarer Energien als erreicht zu betrachten. Zentrale Maßnahmen seien die bessere Synchronisation von Erneuerbaren Energien und Netzkapazitäten sowie die Verstärkung und Optimierung des bestehenden Netzes und des Netzausbaus. Im Netzentwicklungsplan 2019 bis 2030 werde zurzeit ein zusätzlicher Netzausbaubedarf ermittelt, um die Ziele bis 2030 zu erreichen.

Um die Netzenspasskosten zu reduzieren will die Bundesregierung einen Maßnahmenplan zur Optimierung der Bestandsnetze und zum schnelleren Ausbau der Stromnetze erarbeiten und das Netzausbaubeschleunigungsgesetz novellieren. Eine Studie kommt zu dem Ergebnis, dass sich durch eine moderate Relativierung des Einspeisevorrangs für Erneuerbare Energien und KWK-Anlagen im Netzenspassmanagement nennenswerte Netzenspasskosten einsparen lassen würden. Die Vorschläge aus der Studie werden derzeit von der Bundesregierung geprüft.

#### **4. Anhörung zur Erhöhung der Ausbaumengen für Windenergie**

Am 25.06.2018 fand eine Anhörung im Wirtschaftsausschuss zu dem von der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen eingebrachten Gesetzentwurf zur Erhöhung der Ausbaumengen für Windenergie an Land und Solarenergie (BT-Drucksache 19/2108) statt. Befürchtet wird, dass aufgrund von Sonderregelungen für Bürgerenergiegenossenschaften ein erheblicher Teil der bezuschlagten Windparks, womöglich nie oder nicht vor dem Jahr 2020 realisiert werden. Bürgerenergiegenossenschaften konnten bereits den Zuschlag erhalten, auch wenn keine immissionsschutzrechtliche Genehmigung vorlag. Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf sollen Sonderausschreibungen ermöglicht werden. Für 2018 ist eine Sonderausschreibung von 1.500 Megawatt Windenergieleistung an Land und 800 Megawatt Solarstromleistung vorgesehen. Ab dem Jahr 2019 ist eine Erhöhung der Ausschreibungsmenge auf 5.000 Megawatt Windenergieleistung an Land und 3.000 Megawatt Solarstromleistung vorgesehen.

In der Anhörung zeigte sich, dass Windräder polarisieren. Die Akzeptanz von Windrädern bei der Bevölkerung ist eher gering und die Diskussionen mit den Bürgern erfolgte nicht auf Augenhöhe. Die Speicherung von Strom für eine längere Zeitspanne müsse angegangen werden.

Darüber hinaus müssen Maßnahmenbündel zum Netzausbau und zur Netzoptimierung sowie Möglichkeiten zur Flexibilisierung erarbeitet werden. Auch wurde von einem Sachverständigen gefordert, die Auswirkungen umfassend zu betrachten und

nicht einzelne Aspekte wie den Ausbaupfad für Wind an Land oder Fotovoltaik herauszugreifen.

#### **5. BNetzA startet Ausschreibungen für Windenergieanlagen an Land und für Solaranlagen zum Gebotstermin 01.10.2018**

Am 15.08.2018 hat die Bundesnetzagentur Ausschreibungen für die Windenergieanlagen an Land und für Solaranlagen zum Gebotstermin 01.10.2018 gestartet.

In beiden Ausschreibungen werden die Zuschläge grundsätzlich nach dem Gebotspreisverfahren vergeben. Davon abweichend erhalten Bürgerenergiegesellschaften bei der Ausschreibung für Windenergieanlagen an Land den Marktträumungspreis. Ausgeschrieben werden für Windenergieanlagen an Land 670.161 Kilowatt. Das von der BNetzA festgelegte Höchstgebot beträgt 6,30 ct/kWh.

Für Solaranlagen beträgt das Höchstgebot 8,75 ct/kWh und die Ausschreibungsmenge beträgt 182.479 Kilowatt.

#### **6. BNetzA teilt Ergebnisse der dritten Ausschreibung für Wind an Land 2018 mit**

Die Bundesnetzagentur hat am 17.08.2018 die Ergebnisse der dritten Ausschreibung für Wind an Land 2018 mitgeteilt.

Die Ausschreibung war leicht überzeichnet, jedoch habe jedes zugelassene Gebot für Windenergie an Land einen Zuschlag erhalten. Die Gebotswerte reichen von 4,00 ct/kWh bis zum Höchstwert 6,30 ct/kWh. Der durchschnittliche Zuschlagswert liege bei 6,16 ct/kWh. Im Mai lagen die Zuschläge im Durchschnitt bei 5,73 ct/kWh und im Februar bei 4,73 ct/kWh.

Ausgeschrieben waren 670 Megawatt. Geboten wurde für 709 Megawatt, wobei von den 91 Geboten wurden fünf Gebote mit einer Gesamtmenge von 42 Megawatt nicht zugelassen.

#### **7. BNetzA senkt Fördersätze für Photovoltaik-Anlagen**

Am 31.07.2018 hat die Bundesnetzagentur mitgeteilt, dass die Fördersätze für Photovoltaik-Anlagen, die im Zeitraum vom 01.08.2018 bis zum 31.10.2018 in Betrieb genommen werden, um jeweils 1 Prozent pro Monat gekürzt werden. Die Fördersätze für Strom aus Fotovoltaik-Anlagen außerhalb der Ausschreibungen werden nach den Regeln des EEG monatlich angepasst. Entscheidend hierfür sei der Brutto-Zubau der letzten sechs Monate, der auf ein Jahr hochgerechnet wird. In diesem Zeitraum läge der annualisierte Bruttozubau mit 2.727 Megawatt etwas über dem Ausbaupfad von 2.500 Megawatt.

## Rechtsprechung

### 1. Entstehen eines geldwerten Vorteils bei Betriebsveranstaltungen

(FG Düsseldorf, Urteil v. 22.02.2018 9 K 580/17 L)

**Es kommt für die Beurteilung von Reisekosten als geldwerten Vorteil nicht darauf an, ob der Arbeitgeber die Anreise zu einer Betriebsveranstaltung organisiert. Die Anreise ist nicht ohne weiteres – unabhängig vom Erlebniswert – Teil der Betriebsveranstaltung.**

Unklar ist die Lohnversteuerung von Zuwendungen im Zusammenhang mit Jubilaren. In dem zu entscheidenden Streitfall wurde eine Betriebsveranstaltung ausgerichtet, bei der es die Möglichkeit gab, die An- und Abreise durch einen Shuttle-Bus in Anspruch zu nehmen.

Die Klägerin meint, dass die Shuttle-Bus-Kosten als Teil des äußeren Rahmens der Veranstaltung **nicht** in die Berechnung des geldwerten Vorteils einzubeziehen sind, da es sich dabei um ein im Arbeitgeberbereich liegendes Interesse handelt. Der Arbeitgeber habe schließlich die Fürsorgepflicht für seine Arbeitnehmer. Im Fall einer Betriebsveranstaltung erhöht sich diese allein schon auf Grund des Alkoholausschanks. Außerdem habe die An- und Abreise keinerlei Erlebnischarakter, was einer Qualifizierung als geldwerten Vorteil entgegensteht. Die Steuerfreiheit ergebe sich aus § 3 Nr. 16 EStG. Der Beklagte führt aus, dass nur wenn dem Arbeitnehmer die Organisation der Anreise obliege und die Veranstaltung außerhalb der ersten Betriebsstätte stattfinde es ein steuerfreier Werbungskostenersatz sei.

Mithin stellt sich die Frage, ob es sich bei den An- und Abreisekosten um Arbeitslohn i.S.d. § 19 EStG handelt oder nicht. Die Negativabgrenzung besagt, dass Arbeitslohn dann nicht vorliegt, wenn der Arbeitnehmer durch Sachzuwendungen des Arbeitgebers zwar bereichert sei, der Arbeitgeber jedoch mit seinen Leistungen primär ganz überwiegend eigenbetriebliche Interessen verfolgt (vgl. auch BFH 21.1.2010 VI R 2/08). Eigenbetriebliche Interessen könnten bei Betriebsveranstaltungen dergestalt angenommen werden, dass die Durchführung von Feiern mit den Mitarbeitern den Kontakt untereinander fördert und das Betriebsklima eine Verbesserung erfährt. Die Rechtsprechung und die Verwaltung haben sich darauf geeinigt, dass beim Überschreiten einer Freigrenze von 110 € die Zuwendungen des Arbeitgebers in vollem Umfang als steuerpflichtiger Arbeitslohn zu qualifizieren ist.

Der BFH positioniert sich klar gegen die Auffassung des Finanzamts, es komme für die Beurteilung von Reisekosten als geldwerter Vorteil darauf an, wer die An- und Abreise organisiere. Im BMF-Schreiben vom 14.10.2015 (BStBl I 2015, S. 832) hat die Fi-

nanzverwaltung versucht, eine Art Leitfadens für die Handhabung solcher Fälle zur Verfügung zu stellen. Leider ist ihr das nicht in Gänze gelungen. Als Abgrenzungskriterium ist weiter unklar, welche Leistungen von den teilnehmenden Arbeitnehmern unmittelbar konsumierbar sind (dann Vorteilszuwendungen und kein überwiegendes eigenbetriebliches Interesse) und welche Aufwendungen dem äußeren Rahmen (dann überwiegend eigenbetriebliches Interesse des Arbeitgebers) zugerechnet werden.

### 2. Finanzielle Eingliederung bei umsatzsteuerlicher Organschaft

**Die für die umsatzsteuerliche Organschaft erforderliche finanzielle Eingliederung in das Unternehmen des Mehrheitsgesellschafters liegt auch dann vor, wenn der Mehrheitsgesellschafter nur über 50% der Stimmrechte verfügt und in beiden Gesellschaften dieselbe Person als alleiniger Geschäftsführer tätig ist.**

(FG Schleswig-Holstein, Urt. Vom 06.02.2018 – 4 K 35/17)

Im zu entscheidenden Fall hält Klägerin A zwar die Mehrheit der Anteile einer Gesellschaft, verfügt aber zeitgleich nicht über die Mehrheit der Stimmrechte. Das FA ging somit vom Nichtvorliegen einer umsatzsteuerlichen Organschaft aus und setzte die Umsatzsteuer für das Streitjahr entsprechend fest. A erhob hiergegen Einspruch, welcher abgewiesen wurde. So dann erhob A Klage. Das FA führt aus, dass das gesellschaftsrechtliche Stimmrecht auf § 2 Abs. 1 und § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG und auf den Regelungen der notariell zu beurkundeten Satzung beruhe.

Die Klägerin, so das FG Schleswig-Holstein, könne sich nicht auf das vom EuGH-Urteil vom 16.07.2015 – Rs. C-108/14 berufen, welches für die Anerkennung einer umsatzsteuerlichen Organschaft lediglich auf ein Über- und Unterordnungsverhältnis bestehe. Der V. Senat des BFH hat nach Ergehen des EuGH-Urteils ausdrücklich an der finanziellen Eingliederung der Organgesellschaft festgehalten (Urteil BFH 02.12.2015 – V R 25/13).

Das FG Schleswig-Holstein gab der Klägerin aber aus folgenden Gründen Recht. Die Beklagte habe der Klägerin zu Unrecht die umsatzsteuerliche Organschaft nicht anerkannt, weil das Vorliegen einer Organschaft nicht voraussetzt, dass alle drei Eingliederungsmerkmale (finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung) gleich stark ausgeprägt sein müssen. Der BFH entschied in

seinem Urteil vom 03.04.2008 (V R 76/05), dass eine Organschaft nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse auch dann vorliegen könne, wenn die Gewichtung der drei Eingliederungsmerkmale unterschiedlich stark ausfalle. Unstreitig sei dabei aber, dass alle drei Merkmale vorliegen müssten.

Im zu entscheidenden Streitfall kann eine umsatzsteuerliche Organschaft angenommen werden, da die Klägerin zumindest organisatorisch und wirtschaftlich entsprechend eingegliedert war. Eine auch finanzielle Eingliederung ergibt sich daraus, dass die A eine Mehrheitsbeteiligung an der Klägerin hält. Diese Mehrheitsbeteiligung gibt A die Möglichkeit rechtssicher als Organträgerin zu bestimmen. Außerdem ergibt sich die Durchgriffsmöglichkeit über den Alleingeschäftsführer.

### 3. Grundvergütung für KWK-Strom bei Zukauf des für den Betrieb erforderlichen Eigenverbrauchs

(BGH Urteil vom 11.04.2018 – VIII ZR 197/16)

Leitsätze des Urteils:

1. Biomasseanlagen mit einer Leistung über 5 MW haben nur Anspruch auf eine Grundvergütung für die Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien (gem. Anlage 3 Abschnitt I Nr. 1 zum EEG 2009) soweit es sich um Strom aus Kraft-Wärme-Kopplung iSv § 3 Abs. 4 KWKG a.F. handelt. Bei Anlagen die keine Abwärmeabfuhrvorrichtung haben, muss der für ihren Betrieb erforderliche Eigenverbrauch abgezogen werden (§ 3 Abs. 5 KWKG a.F.).
2. Wenn der in der Anlage erzeugte Strom vollständig in das Netz eingespeist wird und darüber hinaus der Strom für den Eigenverbrauch extern zugekauft werden muss, entfällt der Anspruch auf die Grundvergütung ebenfalls. So sollen Mitnahmeeffekte die zulasten des Letztverbrauchers gehen vermieden werden.

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin, welche ein Holzbearbeitungsunternehmen betreibt, das über ein Biomasseheizkraftwerk mit KWK-Anlage und einer Leistung von mehr als 8 MW verfügt, beklagt den im Streitjahr zu Unrecht als Eigenverbrauch abgezogenen Strom. Die Anlage der Klägerin verfügt über keine Abwärmeabfuhr. Die Klägerin macht geltend, den erzeugten Strom vollständig in das Arealnetz eingespeist zu haben. Den benötigten Strom zum Betrieb der Anlage kaufe sie extern ein. Sie beantragt die weitere Zahlung der Grundvergütung nach dem EEG.

Der Anspruch auf Grundvergütung für Strom auf Biomasseanlagen besteht nach § 27 Abs. 3 Nr. 1 EEG i.V.m. Anlage 3 zum EEG 2009. Dabei muss es sich um Strom i.S.v. § 3 Abs. 4 KWKG handeln. Das bedeutet, dass die Anlagen gleichzeitig Strom

und Wärme erzeugen müssen und der Nutzung durch Dritte zuführen. Für Biomasseanlagen gilt Entsprechendes: ein Anspruch auf Grundvergütung besteht hiernach nur für die Stromerzeugung, bei der gleichzeitig Wärme gewonnen und der Nutzung durch Dritte zugeführt wird.

Nach § 3 Abs. 4 KWKG a.F. handelt es sich bei zu vergütendem KWK-Strom um das rechnerische Produkt aus Nutzwärme und Stromkennzahl der KWK-Anlage. Verfügen Anlagen, wie vorliegend, über keine Abwärmeabfuhr, ist die gesamte Nettostromerzeugung KWK-Strom. § 3 Abs. 4 KWKG a.F. unterscheidet zwischen Anlagen mit und ohne Abwärmeabfuhr.

Anlagen ohne Abwärmeabfuhr verfügen hiernach nicht über die technischen Möglichkeiten, die bei der Energieumwandlung entstehende Wärme ungenutzt abzuführen. Eine Entkopplung der Strom- und Nutzwärmeerzeugung ist somit nicht möglich. Das Gesetz sieht hierin keinen förderfähigen KWK-Strom und qualifiziert die „gesamte Nettostromerzeugung“ von vornherein als Strom aus KWK.

Nettostromerzeugung ist die an den Generatorklemmen gemessene Stromerzeugung der Anlage abzüglich des für den Betrieb der Anlage erforderlichen Eigenverbrauchs. Somit stünde der Klägerin eine zusätzliche Grundvergütung nur für diejenige Strommenge zu, die sich nach Abzug des für den Betrieb ihres Heizkraftwerks erforderlichen Stroms ergibt.

Die Vergütung des aus Erneuerbaren Energien gewonnen Stroms zielt auf den Strom ab, der in das Netz eingespeist worden ist, physikalisch oder kaufmännisch-bilanziell über das Netz eines Dritten. Im Fall der Überschusseinspeisung, wie im vorliegenden Fall, wird der Anspruch auf die Grundvergütung nach § 16 Abs. 1, § 27 Abs. 1, 3 Nr. 1, Anlage 3 Abschnitt I Nr. 1 EEG 2009, § 3 Abs. 3 KWKG a.F. von vornherein auf das Nettostromerzeugnis begrenzt. In einem solchen Fall wird davon ausgegangen, dass der Anlagenbetreiber den für den Betrieb der Anlage erforderlichen Strom unmittelbar aus der eigenen Stromerzeugung entnimmt und lediglich den verbleibenden Überschuss einspeist. Im Ergebnis erhält der Anlagenbetreiber somit die Grundvergütung für den „Mehrstrom“ den er durch Einspeisung ins Netz der Volkswirtschaft zur Energieversorgung überlässt.

Somit steht der Klägerin die Grundvergütung nach §§ 16 Abs. 1, 27 Abs. 1, 3 Nr. 1, Anlage 3 Abschnitt I Nr. 1 EEG 2009, § 3 Abs. 4 KWKG a.F. nur für das nach Abzug des erforderlichen Eigenverbrauchs zu bestimmende Nettostromerzeugnis des von ihr betriebenen Biomasseheizkraftwerks zu.

Der Wortlaut des § 3 Abs. 5 KWKG a.F. verlangt ausdrücklich den Abzug des Eigenverbrauchs, ganz gleich welcher Herkunft dieser entstammt.

Der Gesetzgeber hatte neben klima- und umweltschutzrechtlichen Gründen auch im Sinn, die Kostenbelastung der Letztverbraucher nicht durch Mitnahmeeffekte unnötig zu erhöhen. Und ein eben solcher Mitnahmeeffekt würde entstehen, wenn ein

Anlagenbetreiber allein dadurch, dass er den Eigenverbrauch seiner Anlage nicht mit dem von ihm erzeugten Strom, sondern aus externen Quellen deckt, indem er Volleinspeisung statt Überschusseinspeisung wählt. Die erzeugte Menge bleibt bei beiden Varianten letztlich gleich. Dadurch, dass ein Anlagenbetreiber nicht nur den gewonnenen Überschuss aus seiner Anlage voll einspeist, sondern den erforderlichen Eigenverbrauch zukauf hat nicht zur Folge, dass am Ende mehr Strom erzeugt wird.

Fazit: Es ist ein legitimes Ziel des Gesetzgebers, Mitnahmeeffekte entsprechend zu korrigieren und nach Möglichkeit zu vermeiden. Der Gesetzgeber hat einen weiten Gestaltungsspielraum.

#### 4. Zur Wiederaufnahme eines durch Verpflichtungszusagen beendeten Kartellverwaltungsverfahrens

*(BGH Beschluss v. 12.06.2018 – KVR 38/17 – Holzvermarktung Baden-Württemberg)*

Das Land Baden-Württemberg vermarktet neben dem Verkauf von Holz aus dem landeseigenen Staatswald auch Rundholz aus Wäldern die im Eigentum baden-württembergischer Gemeinden oder Privater Dritter stehen. Vom Bundeskartellamt wurde darin ein Verstoß gegen Wettbewerbsbeschränkungen gesehen. Das Bundeskartellamt leitete 2001 ein Verfahren gegen das Land ein.

Im Ergebnis verpflichtete sich das Land BW nur noch an Holzvermarktungskoperationen Teil zu nehmen, deren Forstbetriebsfläche im Einzelnen 3.000 ha nicht übersteigt. Im Dezember 2008 wurde dies vom Bundeskartellamt gem. § 32b GWB für bindend erklärt. Im Jahr 2012 gelangte das Bundeskartellamt zu der Ansicht, dass der festgelegte Schwellenwert von 3.000 ha nicht ausreichte, das Ziel einer wettbewerblichen Angebotsstruktur zu erreichen. Im Juli 2015 hob das Bundeskartellamt seine Verpflichtungszusagenentscheidung aus 2009 auf und erließ eine Abstellungsverfügung mit einem Schwellenwert von 100 ha. Darüber hinaus wurde dem Land BW seitens dem Bundeskartellamt untersagt, unter bestimmten Voraussetzungen für betroffene Waldbesitzer die jährliche Betriebsplanung, die forsttechnische Betriebsleitung und den Revierdienst durchzuführen.

Hiergegen richtete das Land eine Rechtsbeschwerde, über die der Kartellsenat des BGH wie folgt entschied:

Eine Verpflichtungszusagenentscheidung kann nicht nur deshalb zurückgenommen werden, weil der Kartellbehörde nachträglich wesentliche Tatsachen bekannt werden, die bereits im Zeitpunkt der Entscheidung vorgelegen haben. Eine Wiederaufnahme des Verfahrens ist nur dann zulässig, wenn die wesentlichen Tatsachen zuvor allgemein unbekannt waren, oder die Behörde nicht mit Aufdeckung neuer Tatsachen durch weitere Ermittlungen rechnen musste. Das gleiche gilt auch für Prognosen zur Entwicklung des Wettbewerbs. Eine ausbleibende positive Entwicklung des Wettbewerbs

kann nur dann zur Wiederaufnahme des Verfahrens berechtigen, wenn sie unvorhersehbar war.

Im vorliegenden Fall lagen diese besonderen Voraussetzungen des § 32 b Abs. 2 Nr. 1 GWB nicht vor, so dass das Verfahren nicht wieder aufgenommen werden durfte. Eine Entscheidung des BGH darüber, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Holzvermarktungspraxis des Landes BW kartellrechtswidrig ist, war vorliegend somit nicht notwendig.

#### 5. Auskunftsanspruch des Altkonzessionärs gegenüber der Kommune bei Konzessionsvergabe

*(OLG Dresden Urt. v. 10.01.2018 – U 4/17 Kart)*

**Der Altkonzessionär kann von der Kommune Einsicht bzw. Auskunft bezüglich des Auswahlverfahrens zur Vergabe der neuen Konzessionen für das örtliche Gasversorgungsnetz verlangen.**

Der Auskunftsanspruch ergibt sich aus dem Diskriminierungsverbot des § 46 EnWG. Hieraus ergibt sich eine unmittelbare Pflicht zur Transparenz. Ein unterlegener Bieter hat Anspruch darauf zu erfahren, welche Gründe zur Auswahlentscheidung geführt haben. Damit eröffnet sich ihm die Möglichkeit die Rechtmäßigkeit der Entscheidung überprüfen zu können. Das OLG lässt allerdings offen, ob dieser Auskunftsanspruch auf den gewohnheitsrechtlich anerkannten, allgemeinen zivilrechtlichen Auskunftsanspruch gestützt werden kann.

Im Ergebnis bedeutet das, dass es zukünftig nicht mehr ausreicht die Auswertungsmatrix zu übergeben und die Punktevergabe bekannt zu machen. Die Auswahlentscheidung muss ausführlich begründet und den unterlegenen Bietern mit Hilfe der Auswahlkriterien erläutert werden, aus welchen Gründen sich gegen ihr Angebot entschieden wurde. § 46 EnWG verlangt die Darlegung sachlicher Gründe. Die Vergabe hat gem. § 1 Abs. 1 EnWG das Ziel, eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche Energieversorgung zu gewährleisten.

#### 6. Unzulässigkeit von Unterlassungsanträgen im einstweiligen Rechtsschutz nach erfolgter Unterzeichnung des Konzessionsvertrages

*(OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 26.02.2018 – 11 W 2/18 – Kart)*

Die Beschwerdeführerin betreibt im Stadtgebiet der Beschwerdegegnerin ein Gasnetz, dessen Wegetutzungsrecht ausläuft. Aus diesem Grund wurde ein Konzessionsverfahren seitens der Beschwerdegegnerin durchgeführt. Nach dessen Ende wurde ein Konzessionsvertrag mit einem anderen Bewerber abgeschlossen. Die Beschwerdeführerin stellte beim LG Wiesbaden einen Eilantrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung. Der Antrag richtete

sich darauf, der Beschwerdegegnerin zu untersagen mit dem im Konzessionsverfahren obsiegenden Bewerber einen Konzessionsvertrag abzuschließen.

Der Konzessionsvertrag wurde am Tag nach Fristablauf zur Beantragung einer einstweiligen Verfügung beim Gericht noch vor Zugang des Eilantrags bei der Beschwerdegegnerin unterschrieben. Die Beschwerdeführerin beantragte daraufhin die Aussetzung des Vollzugs des mit dem obsiegenden Bewerber geschlossenen Konzessionsvertrages. Dieses Eilbegehren wurde vom LG zurückgewiesen.

Die Beschwerdeführerin stellte daraufhin einen Antrag beim OLG Frankfurt a.M. auf Verhinderung des Vollzugs des Konzessionsvertrages. Auch dieser Antrag wurde als unzulässig zurückgewiesen.

Das OLG geht davon aus, dass der von der Beschwerdeführerin gestellte Antrag die Feststellung voraussetzt, dass der Vertrag wegen Verstoßes gegen § 134 BGB i.V.m. § 19 II Nr. 1 GWB nichtig ist. Die Prüfung der Nichtigkeit des Konzessionsvertrages ist jedoch dem Hauptsacheverfahren vorbehalten und könne nicht in das Eilverfahren vorverlagert werden.

Weiterhin ist das OLG der Meinung, dass seitens des obsiegenden Bewerbers ein Anspruch auf Überlassung gemäß § 46 II 2 EnWG nur dann bestehe, wenn der zugrunde liegende Konzessionsvertrag gemäß § 134 BGB nichtig sei. Die Beschwerdeführerin könne im Falle der Nichtigkeit dem Überlassungsanspruch den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenhalten.

Ein weiterer Hilfsantrag der Beschwerdeführerin auf Unterlassung des Vertragsvollzugs bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache wurde ebenso als unzulässig abgewiesen. Das OLG sieht hier die Dringlichkeitsvermutung des § 47 V 3 EnWG nicht gegeben. Diese Vorschrift gelte nur für Eilanträge, mit denen ein Vertragsschluss verhindert werden soll. Vorliegend wurde der Konzessionsvertrag mit dem obsiegenden Bewerber bereits geschlossen. Der Vollzug des Vertrags vereitle nach Meinung des OLG nicht die Verwirklichung der Rechte der Beschwerdeführerin i.S.d. § 935 ZPO. Ihr stehe die Anstrengung eines Hauptsacheverfahrens mit dem Ziel der Feststellung der Nichtigkeit des Konzessionsvertrags zur Verfügung.

Der Antrag der Beschwerdeführerin darf sich nur auf den Abschluss des Konzessionsvertrags beziehen, die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Vertrags darf dem Hauptsacheverfahren nicht vorweggenommen werden.

Nach Ansicht des OLG kann die Nichtigkeit eines Konzessionsvertrags gemäß § 134 BGB auch dem Neukonzessionär entgegengehalten werden, wenn die Beschwerdegegnerin ihren Herausgabeanspruch an den obsiegenden Bewerber abgetreten hat. Dies ist nicht unproblematisch, weil es dem neu eingeführten § 47 EnWG zuwiderläuft, der einer

frühzeitiger Rechtssicherheit im Konzessionsverfahren dienen soll.

## 7. Kurzhinweise

### 7.1

#### **Gerichtliche Überprüfung der Auswahlentscheidung bei der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen**

(*OLG Schleswig, Urt. v. 16.04.2018 – 16 U 110/17 Kart*)

Bei der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen ist eine Angebotsbewertung nur dann hinreichend nachvollziehbar und plausibel, wenn sie im konkreten Durchgang und Nachvollzug der dafür angeführten Gründe nach allgemeinen Beurteilungsmaßstäben inhaltlich billigenwert erscheint, sie also gut vertretbar angesehen werden kann.

### 7.2

#### **Gewährt ein Dritter Arbeitnehmern eines Unternehmens Rabatt, liegt nur ausnahmsweise steuerpflichtiger Lohn vor**

(*FG Hamburg, Urt. v. 29.11.2017 – 1 K 111/16*)

- a) Rabatte, die Arbeitnehmern von dritter Seite eingeräumt werden, sind nur Arbeitslohn, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass mit dem Preisnachlass die für den Arbeitgeber erbrachte Arbeitsleistung final entgolten werden soll.
- b) „Enge Beziehungen sonstiger Art“ zwischen dem Dritten und dem Arbeitgeber allein begründen den erforderlichen Veranlassungszusammenhang nicht.
- c) Dass der Dritte den Rabatt aus eigenwirtschaftlichen Gründen gewährt, spricht gegen die Annahme von Arbeitslohn.

### 7.3

#### **Städtische Zuwendungen an ein Alten- und Pflegeheim sind keine staatlichen Beihilfen i.S.d. Gemeinschaftsrechts**

(*LG Regensburg, Endurteil 15.12.2016 – 6 O 381/16 (1)*)

Zuwendungen einer kreisfreien Stadt an ein Alten-/Pflegeheim, das ein örtlich geprägtes Einzugsgebiet hat, Standardleistungen im Pflegebereich anbietet und dessen Bewohner nicht aus anderen Mitgliedstaaten, sondern nur aus der näheren Region stammen, stellen keine staatlichen Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV dar. Es handelt sich um rein lokale Fördermaßnahmen ohne Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel.

## Sonderfragen

### 1. Anerkennung von ertragsteuerlichen Organschaftsverhältnissen

**Geminderte Verlustübernahmeverpflichtung durch die vertragliche Möglichkeit, Kapitalrücklagen zum Ausgleich eines sonst entstehenden Jahresfehlbetrages zu verwenden**

(OFD NRW, Verfügung v. 11.07.2018 – S 2770-2018 St 131)

Nach der Neufassung des § 17 Satz 2 Nr. 2 KStG durch das Gesetz zur Änderung und Vereinfachung des Unternehmenssteuerrechts und des steuerlichen Reisekostenrechts vom 20.02.2013 kann ein Organschaftsverhältnis zu einer Kapitalgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH nur anerkannt werden, wenn eine Verlustübernahme durch Verweis auf die Vorschriften des § 302 AktG in seiner jeweils gültigen Fassung vereinbart wird (sog. „dynamischer Verweis“).

Für Gewinnabführungsverträge die bereits vor Inkrafttreten dieses Gesetzes abgeschlossen worden waren, bestand aber keine Verpflichtung zur Anpassung, wenn die Verträge den Anforderungen des bisherigen § 17 KStG entsprachen. Die Unternehmen hatten die Möglichkeit, Verträge die den bisherigen Anforderungen nicht genügten, durch Aufnahme des Verweises auf die Vorschriften des § 302 AktG in seiner jeweils gültigen Fassung bis zum 31. Dezember 2014 anzupassen (§ 34 Abs. 10b KStG).

In der Praxis ist festgestellt worden, dass in einigen - nicht im Zuge der o.a. Übergangsregelung an den dynamischen Verweis angepassten - Verträgen nur eine geminderte Verlustübernahmeverpflichtung vereinbart wurde. Eine Vereinbarung, dass ein sonst entstehender Jahresfehlbetrag auch durch die Auflösung von Kapitalrücklagen ausgeglichen werden kann, stellt keine ausreichende Verlustübernahmevereinbarung i.S.v. § 17 Satz 2 Nr.2 KStG a.F. i.V.m. § 302 AktG dar. Die Vorschrift des § 302 Abs. 1 AktG erlaubt nur eine Minderung der Verlustübernahmeverpflichtung durch die Auflösung von anderen Gewinnrücklagen, nicht jedoch durch die Auflösung von Kapitalrücklagen.

Wir verweisen insoweit auf das rechtskräftige Urteil des Finanzgerichts Düsseldorf vom 17.04.2018 (6 K 2507/17 K), das im Nachgang zum Revisionsverfahren I R 19/15 ergangen ist. In gleich gelagerten Fällen wird die Organschaft nicht anerkannt.

### 2. EEG-Umlage bleibt 2019 stabil

**Berlin (energate) – Die Umlage für die Ökostromförderung bleibt zum Jahreswechsel weitgehend unverändert. Nach Berechnungen der Berliner Think-Tanks Agora Energiewende dürfte sich die EEG-Umlage im Jahr 2019 auf 6,7 bis 6,9 Cent/kWh belaufen.**

Aktuell zahlen reguläre Stromverbraucher 6,79 Cent/kWh. Damit bliebe die EEG-Umlage das dritte Jahr in Folge nahezu konstant. Dass dies trotz wachsender Ökostromeinspeisungen möglich ist, führt Agora auf zwei Faktoren zurück: Zum einen erlösen die Betreiber von EEG-Anlagen im Stromgroßhandel steigende Erlöse. Dadurch sinkt die Lücke zur garantierten Einspeisevergütung. Zum anderen ist das EEG-Konto, auf dem die Netzbetreiber Einnahmen und Ausgaben der Ökostromförderung verrechnen prall gefüllt. Ende Juni verzeichnete das Konto ein Plus von 4,65 Mrd. Euro.

### 3. Schenkungen unter Beteiligung von Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften

(FinMin. NRW, Erl. v. 20.04.2018 – S 3806 – 16 – V A 6)

1. Überblick
2. Allgemeine Grundsätze zur Schenkung bei Einlagen und Gewinnausschüttungen
  - 2.1 Offene oder verdeckte Einlage
  - 2.2 Verschmelzung von Kapitalgesellschaften
  - 2.3 Verzicht auf ein Bezugsrecht
  - 2.4 Übergang des Anteils eines Gesellschafters auf die Gesellschaft (Erwerb eigener Anteile)
  - 2.5 Einziehung eines Anteils (§ 34 GmbHG)
  - 2.6 Zuwendungen an Gesellschafter oder an nahestehende Personen
  - 2.7 Mittelbare Anteilsschenkung
  - 2.8 Beteiligungen an Genossenschaften
  - 2.9 Anwendungszeitpunkt
3. Leistungen an eine Kapitalgesellschaft (§ 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG)
  - 3.1 Allgemeines
  - 3.2 Zuwendender und Bedachter
  - 3.3 Werterhöhung durch die Leistung dem Grunde nach
  - 3.4 Höhe der Bereicherung
  - 3.5 Steuerbegünstigungen
4. Leistungen zwischen Kapitalgesellschaften (§ 7 Abs. 8 Satz 2 ErbStG)
5. Entsprechende Anwendung bei Genossenschaften (§ 7 Abs. 8 Satz 3 ErbStG)
6. Steuerklasse bei Zuwendungen von Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften (§ 15 Abs. 4 ErbStG)
7. Aufhebung von Erlassen

#### 4. Gutachterausschüsse für Grundstückswerte und sonstige Wertermittlungen

##### Entschädigung der ehrenamtlichen Mitglieder in Gutachterausschüssen für Grundstückswerte und sonstige Wertermittlungen

(OFD Frankfurt a.M., Vfg. v. 26.06.2018 – S 2248 A – 012 – St 213)

Die "Gutachterausschüsse für Grundstückswerte und sonstige Wertermittlungen" bestehen auf der Grundlage der §§ 192 ff. des Baugesetzbuchs - BauGB - und der Verordnung zur Durchführung des Baugesetzbuchs - DVO BauGB - i.d.F. vom 21.02.1990 (GVBl. I S. 49), geändert durch Verordnung vom 26.10.1995 (GVBl. I S. 480). Ab dem 01.12.2018 wird die DVO-BauGB aufgehoben und durch die Ausführungsverordnung zum Baugesetzbuch (BauGB-AV) ersetzt.

Die Mitglieder dieser Ausschüsse (Gutachter) erhalten für ihre Tätigkeit eine Entschädigung nach dem Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz (JVEG, HaufelIndex: 1157774). Dies gilt auch für im öffentlichen Dienst beschäftigte Gutachter, soweit sie die Gutachtertätigkeiten nicht als dienstliche Angelegenheiten wahrnehmen (§ 10 DVO-BauGB, ab 01.12.2018 § 11 BauGB-AV).

Da die Gutachterausschüsse gem. § 3 Abs. 1 DVO-BauGB (ab 01.12.2018 BauGB-AV) sowohl im kommunalen Bereich (Magistrat, Kreisausschuss) als auch auf Landesebene (Landrat als Behörde der Landesverwaltung) angesiedelt sind, erfolgt dementsprechend die Auszahlung der Entschädigungen entweder durch eine kommunale Kasse (Stadtkasse, Kreiskasse) oder durch eine Landeskasse (Staatskasse).

Eine Anwendung des § 3 Nr. 12 EStG kommt hierfür nicht in Betracht.

Die Steuerfreiheit nach § 3 Nr. 12 Satz 1 EStG setzt voraus, dass die Bezüge

- a. aus einer Bundes- oder Landeskasse gezahlt wurden und
- b. ausdrücklich als Aufwandsentschädigung in einem Bundes- oder Landesgesetz, in einer auf bundes- oder landesgesetzlicher Ermächtigung beruhenden Bestimmung (z.B. Rechtsverordnung) oder durch Beschluss der Bundes- oder Landesregierung festgesetzt worden sind und
- c. als Aufwandsentschädigung im Haushaltsplan ausgewiesen wurden.

Die Festsetzung und der Ausweis im Haushaltsplan ausdrücklich als Aufwandsentschädigung sind deshalb für die Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 12 Satz 1 EStG maßgebend, weil sich daraus die sachliche Bedeutung der Zahlung ergibt, einen wirklichen Aufwand und keinen Zeitverlust o.ä. zu entschädigen.

Für die aus kommunalen Kassen (Stadtkasse, Kreiskasse) gezahlten Entschädigungen scheidet eine Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 12 Satz 1 EStG

bereits deshalb aus, weil die unter a) genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind. § 3 Nr. 12 Satz 1 EStG stellt - im Gegensatz zu § 3 Nr. 12 Satz 2 EStG - ausdrücklich nur auf den kleineren Kreis der Bundes- und Landeskassen ab.

Werden die Entschädigungen dagegen aus einer Landeskasse (Staatskasse) gezahlt, scheidet die Steuerfreiheit trotzdem daran, dass diese Entschädigungen nach § 10 Abs. 1 Satz 1 DVO BauGB nicht ausdrücklich als Aufwandsentschädigungen festgesetzt sind.

Außerdem fehlt auch der entsprechende Ausweis als Aufwandsentschädigung im Haushaltsplan des Landes Hessen. Dort werden die Zahlungen an die Gutachter in Kapitel 07 13 - 526 76 nicht als Aufwandsentschädigungen, sondern als "Sachverständigenentschädigungen für Gebäudeschätzungen u.ä." ausgewiesen. Damit sind die Voraussetzungen des § 3 Nr. 12 Satz 1 EStG nicht erfüllt.

Eine Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 12 Satz 2 EStG i.V.m. R 13.12 LStR setzt ebenfalls voraus, dass es sich um eine Aufwandsentschädigung handelt.

Im Gegensatz zu § 3 Nr. 12 Satz 1 EStG ist die Bezeichnung "Aufwandsentschädigung" hier aber nicht allein maßgebend; sie bildet lediglich ein Indiz dafür, dass der Zweck der Entschädigung darin liegt, steuerlich anzuerkennenden Aufwand abzugelten. Für die Anerkennung der Steuerfreiheit nach § 3 Nr. 12 Satz 2 EStG muss die als Aufwandsentschädigung bezeichnete Zahlung allerdings auch tatsächlich entstandenen Aufwand abgelden und darf nicht für Zeitverlust oder Verdienstaussfall gewährt werden.

Nach § 20 Abs. 1 Sätze 1 und 2 DVO-BauGB (ab 01.12.2018 § 23 Abs. 1 BauGB-AV) i.V.m. §§ 8 Abs. 2 und 3, 9 Abs. 1 Sätze 1 und 2 JVEG wird ein Honorar für die Leistung gezahlt, nach §§ 5 und 6 HRKG Fahrtkostenerstattungen oder Wegstrecken- und Mitnahmeentschädigungen.

Mit dem Honorar wird die Arbeitsleistung des Gutachters honoriert. Es führt zu steuerpflichtigen Einkünften aus sonstiger selbständiger Tätigkeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG.

Soweit Reisekosten im Sinne der §§ 5 und 6 HRKG vergütet werden, sind sie nach § 3 Nr. 13 EStG steuerfrei zu belassen.