

Urteil vom 13. Februar 2019, XI R 1/17

Zur umsatzsteuerrechtlichen Behandlung von Abmahnungen bei Urheberrechtsverletzungen

ECLI:DE:BFH:2019:U.130219.XIR1.17.0

BFH XI. Senat

UStG § 1 Abs 1 Nr 1 S 1, UStG § 10 Abs 1, UrhG § 97 Abs 1, UrhG § 97 Abs 2, UrhG § 97a Abs 1, UrhG § 97a Abs 2, UrhG § 101 Abs 2, UrhG § 101 Abs 9, UStG § 15 Abs 1 S 1 Nr 1, UStG VZ 2010, EGRL 112/2006 Art 2 Abs 1, AEUV Art 267

vorgehend Finanzgericht Berlin-Brandenburg, 29. November 2016, Az: 7 K 7078/15

Leitsätze

1. Zahlungen, die an einen Unternehmer als Aufwendungsersatz aufgrund von urheberrechtlichen Abmahnungen zur Durchsetzung seines Unterlassungsanspruchs geleistet werden, sind umsatzsteuerrechtlich als Entgelt im Rahmen eines umsatzsteuerbaren Leistungsaustauschs zwischen dem Unternehmer und den von ihm abgemahnten Rechtsverletzer zu qualifizieren. Auf welche nationale zivilrechtliche Grundlage der Zahlungsanspruch gestützt wird, spielt für die Frage, ob ein Leistungsaustausch im umsatzsteuerrechtlichen Sinne vorliegt, keine Rolle.
2. Geht es --wie bei Abmahnungen-- nicht um die Teilnahme an einem Wettbewerb und erfolgen die Zahlungen nicht für die Erzielung eines bestimmten Wettbewerbsergebnisses, ist die mögliche Ungewissheit einer Zahlung nicht geeignet, den unmittelbaren Zusammenhang zwischen der dem Leistungsempfänger erbrachten Dienstleistung und der ggf. erhaltenen Zahlung aufzuheben.

Tenor

Auf die Revision der Klägerin und die Anschlussrevision des Beklagten wird das Urteil des Finanzgerichts Berlin-Brandenburg vom 30. November 2016 7 K 7078/15 aufgehoben.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des gesamten Verfahrens hat die Klägerin zu tragen.

Tatbestand

I.

- 1 Die Klägerin, Revisionsklägerin und Anschlussrevisionsbeklagte (Klägerin), eine GmbH & Co. KG, ist eine Tonträgerherstellerin und Inhaberin von Verwertungsrechten an Tonaufnahmen, insbesondere des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung gemäß § 19a des Urheberrechtsgesetzes in der im Jahr 2010 (Streitjahr) geltenden Fassung (UrhG).
- 2 Sie beauftragte eine Rechtsanwaltskanzlei, gegen rechtswidrige Verbreitung der Tonaufnahmen im Internet vorzugehen, in ihrem Namen gegen die Rechtsverletzer Unterlassungs- und Ersatzansprüche außergerichtlich geltend zu machen und Vergleichsvereinbarungen mit Rechtsverletzern abzuschließen. Dazu wurde die Kanzlei auch bevollmächtigt, im Namen der Klägerin Auskunftsansprüche gegen sog. Provider durchzusetzen.
- 3 In an die Rechtsverletzer gerichteten Schreiben stellte die Kanzlei die Rechtslage hinsichtlich ihrer Schadensersatz- und Unterlassungs- und Auskunftspflicht sowie ihrer Pflicht zum Ersatz von Anwalts- und Gerichtskosten sowie Aufwendungen im Zusammenhang mit der Auskunftserteilung durch den Provider nach § 101 Abs. 2 und Abs. 9 UrhG dar und bot an, gegen Unterzeichnung einer strafbewehrten Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung sowie Zahlung von pauschal 450 € (netto) von der gerichtlichen Verfolgung dieser Ansprüche abzusehen.

- 4 Daraufhin gingen im Streitjahr Zahlungen von Rechtsverletzern in Höhe von insgesamt 416.245,85 € auf einem von der Kanzlei geführten Fremdkonto ein.
- 5 Für ihre Tätigkeiten sowie für die von ihr gestellte technische, personelle und sonstige Infrastruktur erhielt die Kanzlei von der Klägerin vereinbarungsgemäß 75 % aller Zahlungen von Rechtsverletzern. Dieses Honorar sollte sich laut der Vereinbarung zzgl. Umsatzsteuer in der jeweils gesetzlichen Höhe verstehen und monatlich in Rechnung gestellt werden.
- 6 Aufgrund einer Umsatzsteuer-Sonderprüfung für die ersten drei Quartale des Streitjahres kam der Prüfer des seinerzeit zuständigen Finanzamts (FA X) zu der Überzeugung, dass von der Klägerin durch die Kanzlei betriebene Abmahnverfahren führe zu einem Leistungsaustausch zwischen der Klägerin und dem jeweiligen Rechtsverletzer.
- 7 Entgegen dieser Auffassung meldete die Klägerin in der Umsatzsteuererklärung für das Streitjahr eine verbleibende Umsatzsteuer von ./ 39.373,36 € an. Sie ging dabei von der Nichtsteuerbarkeit der von den Rechtsverletzern erhaltenen Beträge aus. Die in den Rechnungen der Kanzlei ausgewiesene Umsatzsteuer in Höhe von 63.333,21 € zog die Klägerin als Vorsteuer ab.
- 8 Der Auffassung des Prüfers folgend setzte das FA X mit Bescheid vom 23. November 2011 die Umsatzsteuer für das Streitjahr auf 32.785,79 € fest. Den dagegen gerichteten Einspruch wies das FA X mit Einspruchsentscheidung vom 25. März 2015 als unbegründet zurück.
- 9 Im anschließenden Klageverfahren fand ein gesetzlicher Beteiligtenwechsel statt, so dass der Beklagte, Revisionsbeklagte und Anschlussrevisionskläger (das Finanzamt --FA--) für die Besteuerung der Klägerin zuständig wurde.
- 10 Das Finanzgericht (FG) Berlin-Brandenburg gab der Klage mit Urteil vom 30. November 2016 7 K 7078/15 (Entscheidungen der Finanzgerichte --EFG-- 2017, 240) teilweise statt. Es entschied, dass die Abmahnungen der Rechtsverletzer durch die Klägerin nicht umsatzsteuerbar seien. Allerdings sei im Gegenzug der Vorsteuerabzug aus den Leistungen der beauftragten Kanzlei zu versagen.
- 11 Mit der Revision rügt die Klägerin die Verletzung materiellen Rechts (§ 15 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 des Umsatzsteuergesetzes --UStG--). Das FA hat Anschlussrevision eingelegt.
- 12 Die Klägerin beantragt,
das Urteil des FG vom 30. November 2016 aufzuheben, die Umsatzsteuer für das Jahr 2010 unter Abänderung des Umsatzsteuerbescheides vom 23. November 2011 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 25. März 2015 auf ./ 33.673,36 € festzusetzen und die Anschlussrevision des FA als unbegründet zurückzuweisen. Sie regt an, dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

"1. Ist die vom EuGH in der Rechtssache C-37/16 – SAWP – gewonnene Rechtserkenntnis, dass der gerechte Ausgleich zugunsten der Inhaber von Vervielfältigungsrechten keinen unmittelbaren Gegenwert irgendeiner Dienstleistung darstellt, da der Ausgleich im Zusammenhang mit dem Schaden steht, der sich für die Rechtsinhaber aus der ohne ihre Genehmigung erfolgenden Vervielfältigung ihrer geschützten Werke ergibt, auf Fälle der vorliegenden Art übertragbar, wenn eine Person in das Urheberrecht eines Rechtsinhabers illegal eingreift, der Rechtsinhaber sich zur Abwehr dieser Rechtsverletzung der Hilfe eines Anwalts bedient, der eine Abmahnung ausspricht, und die Kosten dieses Anwalts für die Abwehr dieser Rechtsverletzung vom Rechtsverletzer ersetzt verlangt, worauf er einen gesetzlich normierten Anspruch hat?

2. Ist der Leistungscharakter einer Abmahnung des Rechtsinhabers in Fällen der vorliegenden Art zu verneinen, da es im Zeitpunkt der Abmahnung noch ungewiss ist, ob dem Rechtsinhaber ein Anspruch auf Ersatz der Anwaltskosten für die Abmahnung zusteht, da dieser Ersatzanspruch lediglich im Fall der berechtigten Abmahnung besteht, was der Rechtsinhaber im Zeitpunkt der Abmahnung nicht sicher beurteilen kann?"
- 13 Das FA beantragt,
die Revision als unbegründet zurückzuweisen, die Vorentscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Entscheidungsgründe

- 14** Die Revision und die Anschlussrevision sind begründet; sie führen zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Entscheidung in der Sache selbst (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 der Finanzgerichtsordnung --FGO--). Das FG hat die Abmahnungen zur Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs zu Unrecht als nicht steuerbar angesehen. Im Gegenzug ist der Klägerin der Vorsteuerabzug zu gewähren. Die Klage ist deshalb abzuweisen.
- 15** 1. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 UStG unterliegen der Umsatzsteuer die Lieferungen und sonstigen Leistungen, die ein Unternehmer im Inland gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens ausführt.
- 16** a) Für das Vorliegen einer entgeltlichen Leistung, die in Übereinstimmung mit Art. 2 Abs. 1 Buchst. a und c der Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem (MwStSystRL) nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 UStG steuerbar ist, sind nach der Rechtsprechung des EuGH, der sich der Bundesfinanzhof (BFH) angeschlossen hat, im Wesentlichen folgende unionsrechtlich geklärten Grundsätze zu berücksichtigen:
- Zwischen der Leistung und dem erhaltenen Gegenwert muss ein unmittelbarer Zusammenhang bestehen, wobei die gezahlten Beträge die tatsächliche Gegenleistung für eine bestimmbare Leistung darstellen, die im Rahmen eines zwischen dem Leistenden und dem Leistungsempfänger bestehenden Rechtsverhältnisses, in dem gegenseitige Leistungen ausgetauscht werden, erbracht wurde (vgl. z.B. EuGH-Urteile *Société thermale d'Eugénie-les-Bains* vom 18. Juli 2007 C-277/05, EU:C:2007:440, BFH/NV 2007, Beilage 4, 424, Rz 19; *Cesky rozhlas* vom 22. Juni 2016 C-11/15, EU:C:2016:470, Umsatzsteuer-Rundschau --UR-- 2016, 632, Rz 21 f.; *SAWP* vom 18. Januar 2017 C-37/16, EU:C:2017:22, UR 2017, 230, Rz 25 f.; *Meo - Serviços de Comunicações e Multimédia* vom 22. November 2018 C-295/17, EU:C:2018:942, Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung --HFR-- 2019, 58, Rz 39; BFH-Urteile vom 30. Juni 2010 XI R 22/08, BFHE 231, 248, BStBl II 2010, 1084, Rz 11 f.; vom 20. März 2013 XI R 6/11, BFHE 241, 191, BStBl II 2014, 206, Rz 24 f.; vom 21. Dezember 2016 XI R 27/14, BFHE 257, 154, Rz 16, jeweils m.w.N.).
- 17** Dabei bestimmt sich in erster Linie nach dem der Leistung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, ob die Leistung des Unternehmers derart mit der Zahlung verknüpft ist, dass sie sich auf die Erlangung einer Gegenleistung (Zahlung) richtet (vgl. BFH-Urteile vom 18. Dezember 2008 V R 38/06, BFHE 225, 155, BStBl II 2009, 749, unter II.3.a bb, Rz 30; in BFHE 231, 248, BStBl II 2010, 1084, Rz 13; in BFHE 241, 191, BStBl II 2014, 206, Rz 25; in BFHE 257, 154, Rz 17).
- 18** Die Frage, ob die Zahlung eines Entgelts als Gegenleistung für die Erbringung von Leistungen erfolgt, stellt eine unionsrechtliche Frage dar, die unabhängig von der Beurteilung nach nationalem Recht nach unionsrechtlichen Grundsätzen zu entscheiden ist. Für die Auslegung der Bestimmungen der MwStSystRL ist irrelevant, ob ein Betrag nach nationalem Recht als Schadensersatzanspruch oder als Konventionalstrafe anzusehen ist und wie er bezeichnet wird (vgl. EuGH-Urteil *Meo - Serviços de Comunicações e Multimédia*, EU:C:2018:942, HFR 2019, 58, Rz 68 f.; BFH-Urteil in BFHE 257, 154, Rz 29, jeweils m.w.N.).
- 19** b) Eine Leistung gegen Entgelt liegt regelmäßig dann vor, wenn der Leistende im Auftrag des Leistungsempfängers für diesen eine Aufgabe übernimmt und insoweit gegen Aufwendungsersatz tätig wird (vgl. z.B. BFH-Urteile vom 11. April 2002 V R 65/00, BFHE 198, 233, BStBl II 2002, 782, unter II.1.; vom 27. November 2008 V R 8/07, BFHE 223, 520, BStBl II 2009, 397, unter II.1.b, Rz 20; vom 24. April 2013 XI R 7/11, BFHE 241, 459, BStBl II 2013, 648, Rz 21). Dasselbe gilt, wenn ein Unternehmer für einen anderen als Geschäftsführer ohne Auftrag tätig wird und von ihm nach § 683 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) den Ersatz seiner Aufwendungen verlangen kann (vgl. BFH-Urteile vom 16. Januar 2003 V R 92/01, BFHE 201, 339, BStBl II 2003, 732, unter II.2.a, Rz 16; in BFHE 257, 154, Rz 18).
- 20** c) Entschädigungs- oder Schadensersatzleistungen sind dagegen kein Entgelt i.S. des Umsatzsteuerrechts, wenn die Zahlung nicht für eine Lieferung oder sonstige Leistung an den Zahlenden erfolgt, sondern weil der Zahlende nach Gesetz oder Vertrag für den Schaden und seine Folgen einzustehen hat (vgl. BFH-Urteile vom 10. Dezember 1998 V R 58/97, BFH/NV 1999, 987, unter II.1., Rz 18; in BFHE 231, 248, BStBl II 2010, 1084, Rz 14; in BFHE 241, 191, BStBl II 2014, 206, Rz 26; vom 16. Januar 2014 V R 22/13, BFH/NV 2014, 736, Rz 20; in BFHE 257, 154, Rz 19).
- 21** 2. Die Klägerin hat --entgegen der Auffassung des FG-- an die Rechtsverletzer steuerbare Leistungen erbracht; die Vorentscheidung ist deshalb aufzuheben.
- 22** a) Nach § 97 Abs. 1 Satz 1 UrhG hat der Verletzte bei Vorliegen einer widerrechtlichen Urheberrechtsverletzung und Wiederholungsgefahr einen Unterlassungsanspruch gegen den Verletzer. Vor Einleitung eines gerichtlichen

Verfahrens auf Unterlassung soll gemäß § 97a Abs. 1 Satz 1 UrhG der Verletzte den Verletzer abmahnen und ihm Gelegenheit geben, den Streit durch Abgabe einer mit einer angemessenen Vertragsstrafe bewehrten Unterlassungsverpflichtung beizulegen. Nach § 97a Abs. 1 Satz 2 UrhG kann der Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangt werden, soweit die Abmahnung berechtigt ist.

- 23** Neben dem Unterlassungsanspruch hat der Verletzte nach § 97 Abs. 2 Satz 1 UrhG gegen den vorsätzlich oder fahrlässig handelnden Verletzer auch einen Anspruch auf Ersatz des daraus entstehenden Schadens.
- 24** b) Eine Abmahnung ist die Mitteilung des Verletzten an den Verletzer, dass der Verletzer durch eine im Einzelnen bezeichnete Handlung einen Urheberrechtsverstoß begangen habe, verbunden mit der Aufforderung, dieses Verhalten in Zukunft zu unterlassen (BTDrucks 16/5048, 48). Die Abmahnung wird regelmäßig mit der Androhung gerichtlicher Schritte für den Fall der Nichtabgabe versehen (Specht in Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl., § 97a Rz 6; Jan Bernd Nordemann in Fromm/Nordemann, UrhG, 12. Aufl., § 97a Rz 7).
- 25** aa) Das richterrechtliche Institut der Abmahnung nach dem Vorbild der wettbewerbsrechtlichen Regelung in § 12 Abs. 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) wurde für den Bereich des Urheberrechts in § 97a Abs. 1 UrhG normiert (vgl. BTDrucks 16/5048, 48). Anstatt des bis dahin unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag hergeleiteten Kostenerstattungsanspruchs (§§ 683 Satz 1, 677, 670 BGB; vgl. Urteile des Bundesgerichtshofs --BGH-- vom 17. Juli 2008 I ZR 219/05, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht --GRUR-- 2008, 996, Rz 11; vom 28. September 2011 I ZR 145/10, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2012, 34, Rz 11) enthält § 97a Abs. 2 UrhG eine ausdrückliche Anspruchsgrundlage für den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen.
- 26** bb) Zweck der Abmahnung ist in erster Linie die Beseitigung und Unterlassung der Verletzungshandlung (BTDrucks 17/13057, 11). Dazu soll sie den Verletzer auf sein rechtsverletzendes Verhalten aufmerksam machen und ihn vor einem drohenden Gerichtsverfahren warnen (Warnfunktion), auf eine außergerichtliche Streitbeilegung hinwirken (Streitbeilegungsfunktion) und einen kostspieligen Prozess vermeiden (Kostenvermeidungsfunktion; vgl. Specht in Dreier/Schulze, a.a.O., § 97a Rz 3; Wimmers in Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, 5. Aufl., § 97a Rz 5 f.; Jan Bernd Nordemann in Fromm/Nordemann, a.a.O., § 97a Rz 1; Spindler in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl., UrhG § 97a Rz 3).
- 27** Eine berechtigte Abmahnung, in der die konkreten Verletzungshandlungen und die Sachbefugnis des Abmahnenden dargelegt werden, dient dahingehend dem objektiven Interesse und mutmaßlichen Willen des Verletzers, als der Rechteinhaber, der zunächst abmahnt, statt sofort Klage zu erheben oder einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu stellen, dem Verletzer damit die Möglichkeit gibt, eine gerichtliche Auseinandersetzung auf kostengünstige Weise durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung abzuwenden. Der Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten beruht auf dieser Erwägung (BGH-Urteile vom 1. Juni 2006 I ZR 167/03, GRUR 2007, 164, Rz 12; vom 21. Januar 2010 I ZR 47/09, GRUR 2010, 354, Rz 8; vom 11. Juni 2015 I ZR 7/14, GRUR 2016, 184, Rz 57).
- 28** c) Die Klägerin hat nach den Grundsätzen der vorliegenden Rechtsprechung mit den Abmahnungen den Rechtsverletzern einen Weg gewiesen, sie als Gläubigerin eines Unterlassungsanspruchs ohne Inanspruchnahme der Gerichte klaglos zu stellen, und ihnen hiermit einen konkreten Vorteil verschafft, der zu einem Verbrauch i.S. des gemeinsamen Mehrwertsteuerrechts führt (vgl. BFH-Urteile in BFHE 201, 339, BStBl II 2003, 732, unter II.2.a, Rz 17 f.; in BFHE 257, 154, Rz 27, m.w.N.). Die Abmahnungen sind deshalb steuerbar.
- 29** d) Unerheblich ist, dass nach den Abmahnschreiben der Klägerin die Zahlungen pauschal auf die Erstattung der Rechtsanwaltskosten für das Abmahnschreiben, die Anwalts- und Gerichtskosten für einen gerichtlichen Antrag gemäß § 101 Abs. 9 UrhG und die geleisteten Aufwundererstattungen an den Provider gemäß § 101 Abs. 2 Satz 3 UrhG sowie eine Schadensersatzzahlung aufgrund der Urheberrechtsverletzung entfallen sollten. Denn die Frage, ob ein Leistungsaustausch im umsatzsteuerrechtlichen Sinne vorliegt, ist nicht nach zivilrechtlichen, sondern ausschließlich nach den vom Unionsrecht geprägten umsatzsteuerrechtlichen Vorgaben zu beantworten (vgl. EuGH-Urteil Meo - Serviços de Comunicações e Multimédia, EU:C:2018:942, HFR 2019, 58, Rz 68 f.; zur Problematik im UWG: BFH-Urteil in BFHE 257, 154, Rz 29, m.w.N.). Ob die geltend gemachten Ansprüche (z.T.) neben § 97a Abs. 2 UrhG auch (bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Handlung) im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs nach § 97 Abs. 2 UrhG geltend gemacht werden können (vgl. BGH-Urteil vom 22. März 2018 I ZR 265/16, GRUR 2018, 914, Rz 26, m.w.N.), spielt insofern keine Rolle. Zum steuerbaren Entgelt für die Leistung des Abmahnenden gehören alle hierfür erhaltenen Zahlungen, d.h. auch der Ersatz von Ermittlungskosten zur Identifizierung des Rechtsverletzers (z.B. Gerichtskosten des richterlichen Gestattungsverfahrens gemäß § 101 Abs. 9 Satz 5 UrhG sowie Kosten für die

Beauskunftung durch den Internetprovider nach § 101 Abs. 2 Satz 3 UrhG; vgl. BTDrucks 16/5048, 49; Jan Bernd Nordemann in Fromm/Nordemann, a.a.O., § 97a Rz 42; Specht in Dreier/Schulze, a.a.O., § 97a Rz 13).

- 30** e) Der Einwand der Klägerin, es liege eine bloße Ersparnis von Ausgaben bzw. es lägen Geldzahlungen vor, die mangels verbrauchbaren Vorteils nicht als Leistung i.S. des § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG qualifiziert werden könnten (vgl. Hummel, UR 2017, 901, 907), greift nicht.
- 31** aa) Mit der Abmahnung erhält der Abgemahnte nicht nur die Gelegenheit, möglichst kostengünstig Geldansprüche des Abmahnenden zu befriedigen, sondern ihm werden (möglicherweise erstmals) der Rechtsverstoß zur Kenntnis gebracht und --durch die konkrete Bezeichnung des verletzten Rechts und dem Nachweis der Berechtigung des Rechteinhabers-- die notwendigen Informationen gegeben, um durch eine strafbewehrte Unterlassungserklärung den (nicht auf Geld gerichteten) Unterlassungsanspruch zu erfüllen. Dementsprechend handelt es sich nur bei Erfüllung dieser Mindestvoraussetzungen um eine berechtigte Abmahnung, die einen Kostenersatzanspruch auslöst (BGH-Urteile vom 12. Mai 2016 I ZR 1/15, GRUR 2016, 1275, Rz 20, 24, m.w.N.; vom 26. Juli 2018 I ZR 64/17, GRUR 2018, 1044, Rz 10; vgl. ausdrücklich § 97a Abs. 3 Satz 1 UrhG in der seit 2013 geltenden Fassung).
- 32** bb) Insofern ist die Abmahnung auch nicht mit einem gerichtlichen Mahnverfahren vergleichbar (a.A. Hummel, UR 2017, 901, 907 bzgl. Widerspruchsverfahren; Streit/Rust, Deutsches Steuerrecht --DStR-- 2018, 1321, 1322), bei dem die Mahnung gegen Erstattung von Mahnkosten nicht steuerbar ist (BFH-Urteil vom 11. Mai 1995 V R 86/93, BFHE 177, 563, BStBl II 1995, 613, unter II.1., Rz 13; Meyer in Offerhaus/Söhn/Lange, § 1 UStG Rz 154; Tehler in Reiß/Kraeusel/Langer, UStG § 10 Rz 105; BeckOK UStG/Peltner, 20. Ed. 15.01.2019, UStG § 1 Rz 95.9; Nieskens in Rau/Dürrwächter, Umsatzsteuergesetz, § 1 Rz 853). Denn hierbei wird eine Zahlung angemahnt, deren Anspruchsgrundlagen dem säumigen Schuldner bereits bekannt sind.
- 33** f) Der Qualifizierung der Abmahnung als Leistung steht --entgegen der Auffassung der Klägerin-- nicht entgegen, dass auch der Verletzte insbesondere mit Blick auf das Prozesskostenrisiko ein Interesse an der Abmahnung hat (a.A. Hummel, UR 2017, 901, 903; Radeisen, Die Steuerberatung 2018, 494, 501).
- 34** aa) Zwar hilft die Abmahnung --ohne dass es sich um eine Prozessvoraussetzung handeln würde (§ 97a Abs. 1 UrhG: "soll")-- auch dem Verletzten. Er kann auf diese Weise einen Prozess vermeiden. Vor allem aber bewahrt ihn die vorherige Abmahnung vor dem Kostentragungsrisiko nach § 93 der Zivilprozessordnung (Wimmers in Schricker/Loewenheim, a.a.O., § 97a Rz 8; Specht in Dreier/Schulze, a.a.O., § 97a Rz 3; Kefferpütz in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 4. Aufl., UrhG § 97a Rz 2). Außerdem kann --je nach Konstellation des Falles-- die Abmahnung auch ein Mittel der Sachverhaltsaufklärung darstellen, da sie einem Auskunftsverlangen den notwendigen Nachdruck verleihen kann (BGH-Urteil in GRUR 2018, 914, Rz 19 ff.).
- 35** bb) Jedoch steht der Annahme eines Leistungsaustauschs nicht entgegen, wenn der Unternehmer mit der Tätigkeit (auch) einen eigenen Zweck verwirklicht (BFH-Urteil vom 22. April 2015 XI R 10/14, BFHE 250, 268, BStBl II 2015, 862, Rz 22), da die Motive für die Begründung des Leistungsaustauschs den für den Leistungsaustausch erforderlichen Zusammenhang nicht in Frage stellen (vgl. EuGH-Urteil Landboden-Agrardienste vom 18. Dezember 1997 C-384/95, EU:C:1997:627, UR 1998, 102, Rz 20; BFH-Urteil vom 28. Mai 2013 XI R 32/11, BFHE 243, 419, BStBl II 2014, 411, Rz 43, m.w.N.). Insofern kommt es auch nicht darauf an, ob das Verhalten der Klägerin gegenüber den Abgemahnten rechtsmissbräuchlich ist (vgl. dazu BGH-Beschluss vom 8. Februar 2017 1 StR 483/16, GRUR 2017, 1046, Rz 12; BGH-Urteil vom 31. Mai 2012 I ZR 106/10, GRUR 2013, 176, Rz 20 f.).
- 36** g) Entgegen der Auffassung des FG und der Klägerin bestehen zwischen Abmahnungen wegen Wettbewerbs- und Urheberrechtsverstößen keine entscheidungserheblichen Unterschiede.
- 37** Zwar handelt es sich beim verletzten Urheberrecht um ein absolutes und individuelles Recht, bei dem --aufgrund der konkreten Rechtsverletzung-- die Ermittlung des Verletzers, der nicht immer der Anschlussinhaber ist, aufwändiger sein mag. Allerdings unterscheiden sich Abmahnschreiben bei einem Wettbewerbsverstoß und bei einer Urheberrechtsverletzung in ihrem wesentlichen Inhalt nicht. Die Abmahnung dient in beiden Fällen insofern den gleichen Zwecken, als mit der Aufforderung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung die Möglichkeit eröffnet wird, einen Prozess zu vermeiden, und der Kostenersatzanspruch auf einer (spezialgesetzlich kodifizierten) Geschäftsführung ohne Auftrag gründet (Landgericht Düsseldorf, Beschluss vom 23. Oktober 2017 2a O 135/17, juris, Rz 5; Friedrich-Vache in Reiß/Kraeusel/Langer, UStG § 1 Rz 163.2; Omsels, juris PraxisReport Wettbewerbsrecht 6/2017 Anm. 1; Pörksen, juris PraxisReport IT-Recht 13/2017 Anm. 5; a.A. Streit/Rust, DStR 2018, 1321, 1322; Pull/Streit, Mehrwertsteuerrecht 2018, 108, 114).

- 38** h) Dieser Sichtweise stehen die EuGH-Urteile *Cesky rozhlas* (EU:C:2016:470, UR 2016, 632) und *SAWP* (EU:C:2017:22, UR 2017, 230) nicht entgegen.
- 39** Anders als in den vom EuGH entschiedenen Fällen besteht zwischen der Klägerin und den Rechtsverletzern durch die Geschäftsführung ohne Auftrag ein Rechtsverhältnis (vgl. BFH-Urteile in BFHE 201, 339, BStBl II 2003, 732, unter II.2.b, Rz 19; in BFHE 241, 459, BStBl II 2013, 648, Rz 20 f.; in BFHE 257, 154, Rz 24).
- 40** Außerdem wird mit der auf Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs gerichteten Abmahnung weder eine Urheberrechtsverletzung sanktioniert (a.A. Birkenfeld, Umsatzsteuer-Handbuch, § 3 Abs. 9 Rz 90) noch ein Schaden ausgeglichen, sondern dem Verletzer aufgrund der Warn-, Streitbeilegungs- und Kostenvermeidungswirkung der Abmahnung ein Vorteil zugewendet. Dementsprechend bemisst sich der zu zahlende Kostenersatz auch nicht wie der Schadensersatz nach der sog. Lizenzanalogie (vgl. BGH-Urteil vom 30. März 2017 I ZR 124/16, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht – Rechtsprechungsdienst 2018, 68, Rz 21 f.), sondern nach dem Gegenstandswert des Unterlassungsanspruchs.
- 41** 3. Die Klägerin hat diese Leistung auch gegen Entgelt erbracht. Entgegen der Auffassung der Klägerin ergibt sich nichts anderes daraus, dass bei Versendung der Abmahnung nicht mit Sicherheit feststeht, ob der Adressat tatsächlich der Rechtsverletzer ist.
- 42** a) Entgelt ist gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 UStG in der für das Streitjahr geltenden Neufassung des Umsatzsteuergesetzes durch Bekanntmachung vom 21. Februar 2005 (BGBl I 2005, 386) grundsätzlich alles, was der Leistungsempfänger aufwendet, um die Leistung zu erhalten, jedoch abzüglich der Umsatzsteuer.
- 43** Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH und des BFH setzt eine "Leistung gegen Entgelt" das Bestehen eines unmittelbaren Zusammenhangs zwischen einer Leistung und einer tatsächlich vom Steuerpflichtigen empfangenen Gegenleistung voraus. Dazu muss zwischen dem Leistenden und dem Leistungsempfänger ein Rechtsverhältnis bestehen, in dessen Rahmen gegenseitige Leistungen ausgetauscht werden, wobei die vom Leistenden empfangene Vergütung den tatsächlichen Gegenwert für die dem Leistungsempfänger erbrachte Dienstleistung bildet (vgl. u.a. EuGH-Urteile *Tolsma* vom 3. März 1994 C-16/93, EU:C:1994:80, HFR 1994, 357, Rz 13 und 14; *Gemeente Borsele* vom 12. Mai 2016 C-520/14, EU:C:2016:334, HFR 2016, 664, Rz 24; *Lajver* vom 2. Juni 2016 C-263/15, EU:C:2016:392, HFR 2016, 665, Rz 26; BFH-Urteile vom 30. August 2017 XI R 37/14, BFHE 259, 175, Rz 19; vom 2. August 2018 V R 21/16, BFHE 262, 548, Rz 22, m.w.N.).
- 44** b) Zwar haben der EuGH durch Urteil *Bastova* vom 10. November 2016 C-432/15 (EU:C:2016:855, UR 2016, 913) und im Anschluss daran der BFH (vgl. BFH-Urteile in BFHE 259, 175, Rz 25; in BFH/NV 2019, 174, Rz 23; BFH-Beschluss vom 25. Juli 2018 XI B 103/17, DStR 2019, 507, Rz 10) entschieden, dass die Teilnahme an einem Wettbewerb keine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung ist, wenn für die Teilnahme weder ein Antrittsgeld noch eine andere unmittelbare Vergütung gezahlt wird und nur Teilnehmer mit einer erfolgreichen Platzierung ein --sei es auch ein im Voraus festgelegtes-- Preisgeld erhalten, da die Ungewissheit einer Zahlung geeignet sei, den unmittelbaren Zusammenhang zwischen der dem Leistungsempfänger erbrachten Dienstleistung und der ggf. erhaltenen Zahlung aufzuheben.
- 45** c) Der vorliegende Fall ist mit diesen Fällen allerdings nicht vergleichbar.
- 46** aa) Weder geht es um die Teilnahme der Klägerin an einem Wettbewerb, noch erfolgten die Zahlungen an die Klägerin für die Erzielung eines bestimmten Wettbewerbsergebnisses. Vielmehr besteht zwischen gezahltem Entgelt und der Abmahnleistung ebenso ein unmittelbarer Zusammenhang wie bei dem Honorar der für die Klägerin tätigen Kanzlei bei "erfolgreicher" Abmahnung und bei einem gegen Erfolgsprovision tätigen Vermittler (vgl. z.B. EuGH-Urteile *Ludwig* vom 21. Juni 2007 C-453/05, EU:C:2007:369, UR 2007, 617, Rz 15 ff.; *baumgarten sports & more* vom 29. November 2018 C-548/17, EU:C:2018:970, UR 2019, 70, Rz 30 f.).
- 47** bb) Zudem erfolgt die Zahlung durch die zu Recht abgemahnten Rechtsverletzer weder aus freien Stücken noch zufallsabhängig (vgl. dazu EuGH-Urteile *Tolsma*, EU:C:1994:80, HFR 1994, 357, Rz 19; *Cibo Participations* vom 27. September 2001 C-16/00, EU:C:2001:495, BFH/NV 2002, Beilage 1, 6, Rz 43).
- 48** 4. Da die Abmahnleistungen der Klägerin umsatzsteuerpflichtige Umsätze darstellen, steht der Klägerin der --vom FA gewährte und vom FG versagte-- Vorsteuerabzug nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 UStG aus den in den Rechnungen der Kanzlei für ihre Tätigkeiten in diesem Zusammenhang ausgewiesenen Umsatzsteuer zu.
- 49** 5. Die Sache ist spruchreif. Bezüglich der Höhe der Umsätze und der abziehbaren Vorsteuerbeträge besteht

zwischen den Beteiligten kein Streit. Sonstige Rechtsfehler des angegriffenen Bescheids sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

- 50** 6. Nach Auffassung des Senats bestehen --trotz der vom Kläger angeregten Vorlagefragen-- keine Zweifel i.S. des Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) an der Auslegung der im Streitfall anzuwendenden unionsrechtlichen Bestimmungen (vgl. zu den Voraussetzungen: EuGH-Urteile CILFIT vom 6. Oktober 1982 C-283/81, EU:C:1982:335, Neue Juristische Wochenschrift --NJW-- 1983, 1257, Rz 21; Intermodal Transports vom 15. September 2005 C-495/03, EU:C:2005:552, HFR 2005, 1236; Ferreira da Silva e Brito u.a. vom 9. September 2015 C-160/14, EU:C:2015:565, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2016, 111, Rz 38 ff.). Eine Vorlagepflicht gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV besteht demnach nicht (vgl. dazu allgemein z.B. Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts vom 30. August 2010 1 BvR 1631/08, NJW 2011, 288, unter B.II.1.; vom 6. September 2016 1 BvR 1305/13, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2017, 53, Rz 7; vom 6. Oktober 2017 2 BvR 987/16, NJW 2018, 606, Rz 4 ff.; BFH-Urteil vom 13. Juni 2018 XI R 20/14, BFHE 262, 174, BStBl II 2018, 800, Rz 79, m.w.N.).
- 51** a) Zum einen sind die Grundsätze der von der Klägerin angeführten EuGH-Entscheidung SAWP (EU:C:2017:22, UR 2017, 230) auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar (s. unter II.2.h).
- 52** b) Zum anderen sind die Grundsätze der Steuerbarkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs zwischen Leistung und Entgelt --auch bei Ungewissheit einer Zahlung-- rechtsgrundsätzlich geklärt (vgl. EuGH-Urteile Tolsma, EU:C:1994:80, HFR 1994, 357, Rz 13 f.; Cibo Participations, EU:C:2001:495, BFH/NV 2002, Beilage 1, 6, Rz 43; Bastova, EU:C:2016:855, UR 2016, 913, Rz 28 f.). Die Anwendung dieser Grundsätze auf den jeweiligen Einzelfall ist Sache des nationalen Gerichts (vgl. EuGH-Urteile Sudaçor vom 29. Oktober 2015 C-174/14, EU:C:2015:733, UR 2015, 901, Rz 33; Bastova, EU:C:2016:855, UR 2016, 913, Rz 30).
- 53** 7. Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 1 FGO.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de