

► **Kein Antrag auf Feststellung einer Amtspflichtverletzung in mündlicher Verhandlung**

1. Die Beschwerde ist nicht wegen Verfahrensfehlers zuzulassen, weil das FG einen Antrag auf „Feststellung der Amtspflichtverletzung“ übergangen haben soll. Denn laut Tatbestand und Sitzungsprotokoll, die gem. § 155 FGO i.V.m. § 314 ZPO den Beweis des mündlichen Parteivorbringens liefern, ist ein Feststellungsantrag in der mündlichen Verhandlung nicht gestellt worden. Im Übrigen sind Einwendungen gegen die Richtigkeit des Tatbestandes ausschließlich im eigenständigen Verfahren nach § 108 FGO vor dem FG zu verfolgen. Das FG hat den Antrag auf Tatbestandsberichtigung jedoch mit unanfechtbarem Beschluss vom 9.1.2006 abgelehnt. Etwaige dennoch enthaltene Unrichtigkeiten könnten nicht mit der Nichtzulassungsbeschwerde geltend gemacht werden (BFH, Beschl. v. 27.5.2005 – IVB 100/03, BFH/NV 2005, 1809; BFH, Beschl. v. 14.9.1988 – IVS 2/87, StRK VwZG § 3 R. 69 = BFH/NV 1989, 384). Dasselbe gilt für die Rüge, das FG habe im Tatbestand nicht aufgeführt, dass dem FA ein Rechtsanwendungsfehler unterlaufen sei.

► **Einräumung eines Rechtsanwendungsfehlers durch das Finanzamt**

2. Der Kläger rügt weiter ohne Erfolg, es sei verfahrensfehlerhaft (Verstoß gegen die Berücksichtigung des Gesamtergebnisses des Verfahrens), wenn das FG das „Geständnis“ des Finanzbeamten hinsichtlich einer unrichtigen Rechtsanwendung nicht als neue Tatsache i.S.d. § 173 AO gewertet habe. Zwar kann ein Verfahrensfehler dann vorliegen, wenn das Gericht entgegen § 96 Abs. 1 Satz 1 FGO seiner Entscheidung nicht das Gesamtergebnis des Verfahrens zugrunde legt, weil es seiner Entscheidung einen Sachverhalt zugrunde legt, der dem schriftlich festgehaltenen Vortrag der Beteiligten nicht entspricht, oder eine nach den Akten klar feststehende Tatsache unberücksichtigt geblieben ist (BFH, Beschl. v. 14.12.2006 – VIII B 108/05, BFH/NV 2007, 741). Dies ist jedoch nicht der Fall. Denn das FG hat die Tatsache, dass das FA eine fehlerhafte Steuerfestsetzung eingestanden hat, in seinem Urteil berücksichtigt. Es hat den entsprechenden Sachvortrag sowohl in seinem Tatbestand als auch in seinen Gründen wiedergegeben. Es hat lediglich aus materiellrechtlichen Gründen abgelehnt, das „Geständnis“ als neue Tatsache i.S.d. § 173 AO anzuerkennen, weil es sich um einen Rechtsanwendungsfehler handele. Das FG hat

somit nicht das Gesamtergebnis des Verfahrens unberücksichtigt gelassen.

► **Nachträglicher Hinweis des Steuerpflichtigen auf fehlerhafte Nichtanwendung der Steuerbefreiung einer Geschäftsveräußerung im Ganzen durch das Finanzamt keine neue Tatsache**

3. Die Revision war auch nicht wegen Divergenz zuzulassen. Der Kläger geht davon aus, dass das FG vom BFH-Urteil v. 26.11.1996 (BFH, Urt. v. 26.11.1996 – IX R 77/95, BFHE 182, 2 = BStBl. II 1997, 422 = StRK AO 1977 § 173 Abs. 1 Nr. 2 R. 52) abgewichen sei. Dort habe der BFH ausgeführt: „Im Rahmen des § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO kann eine Tatsache dagegen nicht als bekannt gelten, die der zuständige Beamte hätte kennen können oder kennen müssen; das FA kann sich nicht zum Nachteil der Steuerpflichtigen auf sein eignes Versäumnis oder Verschulden berufen.“ Die Divergenz besteht allerdings nicht.

Im Fall des IX. Senates ging es darum, dass der Steuerpflichtige in seiner Steuererklärung bei seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung irrtümlich die Abschreibung (Absetzung für Abnutzung) nicht geltend gemacht hatte und nunmehr eine Änderung des Steuerbescheides zu seinen Gunsten nach § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO wegen neuer Tatsachen begehrte. In diesem Zusammenhang führte der BFH aus, dass Tatsachen auch dann als „neu“ i.S.d. § 173 AO gelten, wenn sie der Finanzbeamte hätte erkennen können.

Vorliegend geht es jedoch nicht darum, dass der Steuerpflichtige dem FA nachträglich neue Tatsachen (dort: die tatsächlichen Voraussetzungen der Abschreibung) zur Kenntnis gebracht hat, sondern darum, dass der Kläger das FA nachträglich auf einen Rechtsfehler (die Nichtanwendung des § 1 Abs. 1a UStG 1999) hingewiesen hat. Ein fehlerhafter Steuerbescheid kann nach § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO jedoch nicht bereits dann geändert werden, wenn das FA den Rechtsfehler hätte erkennen können. Die Vorschrift bezieht sich nur auf die Änderung der tatsächlichen, nicht der rechtlichen Grundlagen eines Steuerbescheides. Nach der Rechtsprechung des BFH sind rechtliche Schlussfolgerungen, insbesondere juristische Wertungen und Subsumtionen – also wie im Streitfall die Nichtanwendung einer Steuerbefreiung –, keine Tatsachen i.S.d. § 173 Abs. 1 AO (BFH, Urt. v. 14.5.2003 – XR 60/01, BFH/NV 2003, 1144). Die Divergenzrüge ist somit nicht begründet.

## Verwaltungsentscheidungen

### Unternehmer, Unternehmen

#### Umsatzsteuerliche Behandlung der Lottereeinnahmer-Lose der Süddeutschen Klassenlotterie

UStG § 2 Abs. 1, § 10 Abs. 1

BayLfSt, Vfg. v. 14.8.2007 – S 7104 - 4 St 34 M

Der Verkauf der Lose der SKL erfolgt durch Staatliche Lottereeinnahmer (LE) und durch von diesen eingeschaltete Amtliche Verkaufsstellen. Die von den LE erbrachte Leistung besteht in der Vermittlung der Lose für Rechnung der SKL an die Spielteilnehmer sowie in wei-

teren Leistungen wie der Betreuung der Spieler und dem Inkasso des Loseinsatzes. Grundlage hierfür ist in der Regel die Geschäftsanweisung vom 15.9.1999 in der Fassung vom 15.11.2001. Die Vertriebsvergütung, die die SKL an die LE für ihre Leistungen bezahlt, setzt sich aus verschiedenen Komponenten zusammen (Anlage 5 GA – Geschäftsanweisung).

#### LE-Lose

Nach Bekanntgabe der OFD-Verfügung vom 16.12.2002 (OFD München, Vfg. v. 16.12.2002 – S 7104 - 57 St 432, n.v.) blieb strittig, wie die LE-Lose umsatzsteuerlich zu beurteilen sind.