



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 61/21

vom

5. Dezember 2023

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 2023 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kirchhoff, die Richterin Dr. Roloff, den Richter Dr. Tolkmitt, die Richterin Dr. Holzinger und den Richter Dr. Kochendörfer

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 29. September 2021 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur werden der Antragstellerin auferlegt.

Gründe:

- 1 A. Die Antragstellerin betreibt ein Stromnetz. Mit der Freien Hansestadt Bremen vereinbarte sie für deren Eigenverbrauch einen Kommunalrabatt im "jeweils höchstzulässigen Umfang nach Maßgabe der Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas". Für das Jahr 2018 rechnete sie einen Kommunalrabatt in Höhe von 10 % auf Grundlage des Bruttowerts (119 %) ab. In Höhe des Rabatts wurde keine Umsatzsteuer abgeführt. Die Antragstellerin musste daher eine Umsatzsteuernachzahlung in Höhe von 13.680 € an das Finanzamt leisten. Hintergrund der Nachzahlung war ein Schreiben des Bundesfinanzministeriums vom 24. Mai 2017 (III C 2 - S 7200/13/10002), in dem es sich auf den Standpunkt stellte, der Kommunalrabatt sei ein zusätzliches Entgelt für

die Überlassung der Wegerechte durch die Gemeinde an den Netzbetreiber. Er könne nicht zu einer Minderung der umsatzsteuerlichen Bemessungsgrundlage führen. Folge dieser Ansicht des Bundesfinanzministeriums ist, dass das volle Netzentgelt Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer ist und nicht - wie nach bisheriger Praxis - das um 10 % reduzierte Netzentgelt.

2 Mit Schreiben vom 28. Juni 2019 stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Genehmigung der Zu- und Abschläge aus dem Regulierungskonto des Jahres 2018. Dabei setzte sie die Umsatzsteuernachzahlung erlösmindernd an.

3 Die Bundesnetzagentur hat mit Beschluss vom 25. Juni 2020 den Saldo des Regulierungskontos für das Jahr 2018 sowie die Verteilung der Zu- und Abschläge auf die kalenderjährlichen Erlösobergrenzen der Jahre 2020 bis 2022 abweichend vom Antrag genehmigt. Sie hat die Umsatzsteuernachzahlung im Regulierungskonto nicht erlösmindernd anerkannt mit der Folge, dass die Erlösobergrenzen der Jahre 2020 bis 2022 entsprechend niedriger ausfallen.

4 Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Antragstellerin, mit der sie die Neubescheidung ihres Antrages durch die Bundesnetzagentur unter Berücksichtigung der weiteren, erlösmindernd angesetzten Positionen begehrt hat, ist ohne Erfolg geblieben.

5 Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde, der die Bundesnetzagentur entgegentritt, verfolgt sie ihr Beschwerdebegehren weiter.

6 B. Die zulässige Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

7 I. Das Beschwerdegericht hat angenommen, die Bundesnetzagentur habe zu Recht die Forderungen aus der Umsatzsteuernachzahlung auf den Kommunalrabatt aus dem Jahr 2018 nicht im Regulierungskonto gemäß § 5 Abs. 1

S. 1 ARegV als erlösmindernd berücksichtigt. Die Gemeinde habe die Umsatzsteuer auf den Kommunalrabatt zu tragen mit der Folge, dass umsatzsteuerliche Bemessungsgrundlage für die Berechnung des Kommunalrabatts der Nettowert des Rechnungsbetrages für den Netzzugang sei. Die auf Netzentgelte zu zahlende Umsatzsteuer sei nicht von dem gesetzlich zulässigen Kommunalrabatt gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV erfasst, weil es sich bei ihr nicht um eine ausnahmsweise zulässige Nebenleistung handele. Dies folge aus der Auslegung des Begriffs "Rechnungsbetrag für den Netzzugang". Dem Wortlaut lasse sich zwar nicht eindeutig entnehmen, ob der "Gesamtrechnungsbetrag" bzw. "Bruttorechnungsbetrag" oder der "Nettorechnungsbetrag" gemeint sei. Die systematische Auslegung sowie Sinn und Zweck der Vorschrift sprächen jedoch für ein enges Verständnis des Begriffs. Die beanstandete Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur begegne auch keinen vertrauensschutzrechtlichen Bedenken.

8 II. Diese Beurteilung hält den Angriffen der Rechtsbeschwerde stand. Die Rechtsbeschwerdegegnerin hat den Regulierungskontosaldo zu Recht mit der Maßgabe genehmigt, dass die Umsatzsteuernachzahlung, die die Antragstellerin auf den Kommunalrabatt für das Jahr 2018 an das Finanzamt geleistet hat, nicht erlösmindernd angesetzt wird.

9 1. Über die Genehmigung der Zu- und Abschläge auf die Erlösobergrenzen der Antragstellerin für 2020 bis 2022 hatte die Bundesnetzagentur auf der Grundlage des § 29 Abs. 1 EnWG, § 32 Abs. 1 Nr. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1a, § 5 ARegV zu entscheiden.

10 a) Die auf Grundlage der Ermächtigung in § 21a Abs. 6 EnWG erlassenen Regelungen der Anreizregulierungsverordnung finden - wie der Senat in anderem Zusammenhang bereits entschieden hat - auch vor dem Hintergrund der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 2. September 2021 (C 718/18, RdE 2021, 534 Rn. 112 bis 138) weiterhin Anwendung (vgl.

BGH, Beschlüsse vom 26. Oktober 2021 - EnVR 17/20, RdE 2022, 119 Rn. 14 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II; vom 7. Dezember 2021 - EnVR 6/21, WM 2023, 630 Rn. 9 - Kapitalkostenabzug mwN). Angesichts der durch das Unionsrecht geforderten Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur von externen Weisungen anderer öffentlicher oder privater Stellen sind die Vorschriften der Anreizregulierungsverordnung sowie der Strom- und der Gasnetzentgeltverordnung jedoch wo auch immer möglich und bis zu der den Gerichten durch den Willen des nationalen Gesetzgebers gezogenen Grenze im Sinne einer Gewährleistung und Sicherung dieser Unabhängigkeit auszulegen. Eine gerichtliche Überprüfung erfolgt daher im Grundsatz nur noch in Bezug auf den nach diesen Maßstäben fortgeltenden nationalen Regulierungsrahmen sowie anhand unionsrechtlicher Vorgaben (st. Rspr., vgl. zuletzt BGH, Beschluss vom 27. Juni 2023 - EnVR 22/22, juris Rn. 8 mwN - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor III).

11 b) Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 ARegV wird die Differenz zwischen den nach § 4 zulässigen Erlösen und den vom Netzbetreiber unter Berücksichtigung der tatsächlichen Mengenentwicklung erzielbaren Erlösen jährlich vom Netzbetreiber ermittelt und auf einem Regulierungskonto verbucht. Die Buchung der Mehr- und Mindererlöse auf das Regulierungskonto gewährleistet, dass der Netzbetreiber einerseits die ihm vorgegebene Erlöobergrenze nicht überschreitet und andererseits den ihm zustehenden kalenderjährlichen Gesamterlös nach § 21a Abs. 2 EnWG i.V.m. § 4 ARegV tatsächlich einnehmen kann (vgl. Held in Holznapel/Schütz, Anreizregulierungsrecht 2. Aufl., § 5 ARegV Rn. 2, 5).

12 c) § 5 Abs. 1 Satz 1 ARegV setzt damit die Vorgabe des § 21a Abs. 3 Satz 4 EnWG um, wonach die Auswirkungen jährlich schwankender Verbrauchsmengen auf die Gesamterlöse der Netzbetreiber (Mengeneffekte) zu berücksichtigen sind (BGH, Beschluss vom 10. November 2020 - EnVZ 5/20, juris Rn. 8). Erlöobergrenzen über eine mehrjährige Regulierungsperiode sind mit Prognoseunsicherheiten behaftet, die z. B. in der Natur der Prognosemodelle oder in

möglichen kurzfristigen Änderungen der Versorgungsaufgabe (z. B. aufgrund von Temperaturschwankungen und dadurch bedingten Mehr- oder Minderverbräuchen) begründet sein können. Um zu verhindern, dass diese Abweichungen zu übermäßigen Preisschwankungen zu Beginn einer Regulierungsperiode führen und um für die Netzbetreiber nicht prognostizierbare oder nicht beeinflussbare Abweichungen adäquat berücksichtigen zu können, werden die Abweichungen von den zulässigen Erlösen auf dem Regulierungskonto erfasst (vgl. Entwurf der Verordnung zum Erlass und zur Änderung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Energieregulierung vom 15. Juni 2007, BR-Drucks. 417/07, S. 45). Der genehmigte Saldo wird nach § 5 Abs. 3 ARegV über drei Kalenderjahre durch Zu- und Abschläge auf die Erlösobergrenze verteilt. Das Regulierungskonto neutralisiert insoweit das Prognoserisiko der jährlich schwankenden Verbrauchsmengen, das bei der Netzentgeltbildung nach §§ 17, 20 StromNEV besteht (Held in Holznagel/Schütz, aaO, § 5 ARegV Rn. 2).

13 2. Die Umsatzsteuernachzahlungen, die die Antragstellerin auf den Kommunalrabatt für das Jahr 2018 an das Finanzamt geleistet hat, sind im Regulierungskonto nicht erlösmindernd anzusetzen.

14 a) Versorgungsunternehmen dürfen nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KAV mit Gemeinden neben oder anstelle von Konzessionsabgaben für einfache oder ausschließliche Wegerechte Preisnachlässe für den in Niederspannung oder in Niederdruck abgerechneten Eigenverbrauch der Gemeinde bis zu 10 vom Hundert des Rechnungsbetrages für den Netzzugang vereinbaren. Die Konzessionsabgabenverordnung verfolgt das Ziel, die Belastung der Verbraucher mit Konzessionsabgaben zu begrenzen. Sie legt deshalb in § 2 KAV Höchstbeträge fest (vgl. Entwurf der Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas vom 8. November 1991, BR-Drucks. 686/91, S. 1). Neben oder anstelle der so begrenzten Konzessionsabgaben dürfen Versorgungsunternehmen nur die in § 3 Abs. 1 Satz 1 Ziffern 1 bis 3 KAV aufgeführten Leistungen gewähren

(BR-Drucks. 686/91, S. 18; BGH, Urteil vom 7. Oktober 2014 - EnZR 86/13, WuW/E DE-R 4499 Rn. 29 - Stromnetz Olching).

15 b) Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts war es bisherige Praxis, das um 10 % reduzierte Netzentgelt als Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer heranzuziehen. Das bedeutet, dass die Antragstellerin der Gemeinde nur Umsatzsteuer für das reduzierte Netzentgelt in Rechnung gestellt und abgeführt hat. Das Bundesministerium der Finanzen hat in seinem Schreiben vom 24. Mai 2017 ausgeführt, bei dem der Gemeinde in einem Konzessionsvertrag vom Netzbetreiber eingeräumten Rabatt handele es sich um ein (zusätzliches) Entgelt für die Überlassung von Wegerechten. Die Vorschrift des § 3 Abs. 1 Nr. 1 KAV beschreibe einen Geldanspruch der Gemeinde. Der Rabatt gilt damit als Entgelt einer steuerbaren Leistung im Rahmen eines tauschähnlichen Umsatzes gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 UStG. Richtigerweise wäre Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer damit der gesamte Nettobetrag des Netzentgelts gewesen, nämlich der rabattierte Betrag von 90 % für den Netzzugang sowie der Betrag von 10 % für den tauschähnlichen Umsatz (vgl. FG Berlin-Brandenburg, EFG 2022, 523, Rn. 21, 29). Da die Antragstellerin keine Umsatzsteuer für den Preisnachlass abgeführt hat, musste sie Umsatzsteuer nachzahlen. Diesen Betrag macht sie als Mindererlös in ihrem Antrag auf Genehmigung des Regulierungskontosaldos geltend.

16 c) Die erzielbaren Erlöse nach § 5 Abs. 1 Satz 1 ARegV können nur um Beträge gemindert werden, die Gegenstand der zulässigen Erlöse, mithin der nach § 4 ARegV ermittelten Erlösobergrenze sind. Denn im Regulierungskonto ist die Differenz zwischen den nach § 4 zulässigen Erlösen und den vom Netzbetreiber erzielbaren Erlösen zu verbuchen. Die Erlösobergrenze ist jedoch ein Nettobetrag, der die Umsatzsteuer, die an das Finanzamt abzuführen ist, nicht umfasst. Die Umsatzsteuer gehört nicht zu den bei der Ermittlung der Erlösobergrenze zu berücksichtigenden Betriebssteuern im Sinne des § 11 Abs. 2 Satz 1

Nr. 3 ARegV. Dazu rechnen nur diejenigen Steuern, die in der Steuerbilanz abzugsfähige Betriebsausgaben sind, wie etwa die Grundsteuer auf betrieblich genutzte Grundstücke und die Kfz-Steuer auf betrieblich genutzte Fahrzeuge (Englmann/Meyer in Holznagel/Schütz, aaO, § 11 ARegV Rn. 96; Säcker/Sasse in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl., § 11 ARegV Rn. 20). Die Umsatzsteuer, die für das Netzentgelt bzw. den als Entgelt für das Wegerecht zu qualifizierenden Preisnachlass anfällt, ist daher nicht Gegenstand der Ermittlung der Erlösobergrenze. Schon aus diesem Grund können die Nachzahlungen nicht im Regulierungskonto berücksichtigt werden.

17 d) Unabhängig davon handelt es sich bei den fraglichen Umsatzsteuernachzahlungen entgegen der Auffassung der Antragstellerin auch nicht um einen Aufwand, der die erzielbaren Erlöse im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 ARegV mindert. Darauf hat die Bundesnetzagentur bereits in ihrem Bescheid vom 25. Juni 2020 hingewiesen (dort S. 10).

18 aa) Der Wortlaut des § 5 Abs. 1 Satz 1 ARegV erfasst als "erzielbare Erlöse" grundsätzlich alle dem Netzbetreiber tatsächlich zugeflossenen Einnahmen, ohne Rücksicht darauf, ob sie endgültig vereinnahmt worden sind. Indem die Vorschrift dabei die "Berücksichtigung der tatsächlichen Mengenentwicklung" vorschreibt, macht sie deutlich, dass alle Erlöse, die ein Netzbetreiber aus der tatsächlich durchgeleiteten Energiemenge hätte beziehen können, die also erzielbar sind, grundsätzlich zu berücksichtigen sind. Anders als noch im Regierungsentwurf vorgesehen (vgl. BR-Drucks. 417/07, S. 5), knüpft § 5 Abs. 1 Satz 1 ARegV somit nicht an tatsächlich erzielte, sondern an tatsächlich erzielbare Erlöse an (BGH, Beschluss vom 10. November 2020 - EnVZ 5/20, juris Rn. 8).

19 bb) Steuernachzahlungen, die auf einer versäumten Rechnungstellung und Abführung von Umsatzsteuern beruhen, können daher nicht von den erzielbaren Erlösen abgezogen werden.

20 (1) Die Umsatzsteuer auf den Kommunalrabatt stellt für die Antragstellerin nur einen durchlaufenden Posten dar. Sie ist zwar von ihr abzuführen, kann aber an die Gemeinde als Rechnungsempfängerin weitergereicht werden. Die Antragstellerin kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, sie rabattiere den Bruttobetrag und stelle der Gemeinde nur die Umsatzsteuer des verbleibenden Restbetrags in Rechnung. Für das Regulierungskonto sind nicht die tatsächlich erzielten, sondern die tatsächlich erzielbaren Erlöse maßgeblich. Für die Gemeinde handelt es sich bei dem Rabatt um eine Vergütung für das Wegerecht, die als Entgelt nach § 10 Abs. 1 UStG zu versteuern ist. Aus Sicht der Netzbetreiber ist das Wegerecht eine Vorleistung für den gewährten Netzzugang. Die auf den Preisrabatt als Gegenleistung für das Wegerecht zu zahlende Umsatzsteuer ermöglicht der Antragstellerin den Vorsteuerabzug. Die umsatzsteuerliche Belastung verbleibt bei der Gemeinde als Rechnungsempfängerin (vgl. Wiesch, Anm. zu FG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 29. November 2021 - 7 K 7218/19, EFG 2022, 523, 526). Die Antragstellerin hat der Gemeinde nur für den rabattierten Betrag Umsatzsteuer in Rechnung gestellt und damit ihre tatsächlich erzielbaren Erlöse verringert. Die Mindereinnahmen, die durch die von ihr zu leistende Steuernachzahlung entstanden sind, beruhen folglich auf einem Versäumnis der Antragstellerin und können nicht über das Regulierungskonto ausgeglichen werden. Nichts anderes würde im Übrigen gelten, wenn die für den Preisnachlass abzuführende Umsatzsteuer auf alle Netznutzer umgelegt werden könnte. Auch dann müsste sich die Antragstellerin vorhalten lassen, dies versäumt zu haben.

21 (2) Die Antragstellerin hat im Übrigen auch nicht dargelegt, warum sie sich nicht bei der Gemeinde schadlos halten konnte. Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts geht das Bundesfinanzministerium in seinem Schreiben vom 8. September 2017 davon aus, dass der Netzbetreiber der Gemeinde die Netzentgelte auch rückwirkend in voller Höhe mit Umsatzsteuer in Rechnung zu stellen hat.

22 e) Es kommt entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht entscheidend darauf an, ob der Begriff "Rechnungsbetrag für den Netzzugang" in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KAV den Gesamtbetrag einschließlich der Umsatzsteuer umfasst, und damit nach dieser Bestimmung der Bruttobetrag Bemessungsgrundlage für den Rabatt in Höhe von 10 % ist. Selbst wenn man das annimmt, muss nach der umsatzsteuerrechtlichen Beurteilung der Finanzbehörden trotzdem für das gesamte Netzentgelt (einschließlich des Rabatts) Umsatzsteuer in Rechnung gestellt und abgeführt werden. Die auf den Rabatt anfallende Umsatzsteuer kann nicht über das Regulierungskonto ausgeglichen werden.

23 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 EnWG.

Kirchhoff

Roloff

Tolkmitt

Holzinger

Kochendörfer

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 29.09.2021 - VI-3 Kart 223/20 (V) -