



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 59/21

vom

5. Dezember 2023

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Kommunalrabatt

ARegV § 5 Abs. 1, KAV § 3 Abs. 1 Nr. 1

1. Preisnachlässe, die Versorgungsunternehmen Gemeinden auf Abgaben, Umlagen und Entgelte für Messungen bzw. den Messstellenbetrieb gewähren, sind nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KAV unzulässig und können die erzielbaren Erlöse nach § 5 Abs. 1 Satz 1 ARegV nicht mindern.
2. Umsatzsteuernachzahlungen, die der Netzbetreiber für den Kommunalrabatt nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KAV an das Finanzamt leisten musste, können nicht im Regulierungskonto erlösmindernd angesetzt werden.

BGH, Beschluss vom 5. Dezember 2023 - EnVR 59/21 - OLG Düsseldorf

ECLI:DE:BGH:2023:051223BENVR59.21.0

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 Schreiben vom 29. Juni 2018 stellte sie einen Antrag auf Genehmigung der Zu- und Abschläge aus dem Regulierungskonto des Jahres 2017. Mit Beschluss vom 27. Mai 2020 hat die Bundesnetzagentur den Saldo des Regulierungskontos für das Jahr 2017 sowie die Verteilung der Zu- bzw. Abschläge auf die kalenderjährlichen Erlösobergrenzen der Jahre 2019 bis 2021 abweichend vom Antrag genehmigt.

- 2 Die Antragstellerin setzte in ihrem Antrag Preisnachlässe, die Gemeinden gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KAV für ihren Eigenverbrauch in Höhe von 10 % des Rechnungsbetrages für den Netzzugang gewährt werden dürfen, bei der Ermittlung des Regulierungskontosaldos erlösmindernd an. Die Bundesnetzagentur hat den Preisnachlass auf den Jahresleistungs- und Arbeitspreis anerkannt, nicht hingegen den Preisnachlass auf die weiteren Rechnungspositionen Abgaben, Umlagen sowie Entgelte für Messungen und Messstellenbetrieb. Die Kürzungen belaufen sich auf insgesamt 42.000 €.

- 3 Weiterhin setzte die Antragstellerin im Regulierungskonto Umsatzsteuernachzahlungen auf den Kommunalrabatt erlösmindernd an, die sie für die Jahre 2014 bis 2017 an das Finanzamt geleistet hatte. Hintergrund der Nachzahlungen 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 die umsatzsteuerliche Bemessungsgrundlage mindern. Folge dieser Ansicht des Bundesfinanzministeriums ist es, dass das volle Netzentgelt Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer ist und nicht - wie nach bisheriger Praxis - das um 10 % reduzierte Netzentgelt. Die Antragstellerin musste daher in Höhe der Differenz Umsatzsteuer nachzahlen.

4 In dem angefochtenen Beschluss hat die Bundesnetzagentur diese Umsatzsteuernachzahlungen im Regulierungskonto nicht erlösmindernd anerkannt mit der Folge, dass die Erlösbergrenzen der Jahre 2019 bis 2021 entsprechend niedriger ausfallen. Dies führt zu einer Einbuße der Antragstellerin in Höhe von ca. 982.000 €.

5 Die auf Aufhebung des angefochtenen Bescheids und auf neue Festlegung des Regulierungskontosaldos zum 31. Dezember 2017 sowie entsprechende Anpassung der Erlösbergrenzen gerichtete Beschwerde der Antragstellerin ist ohne Erfolg geblieben.

6 Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde, der die Bundesnetzagentur entgegentritt, verfolgt die Antragstellerin ihr Beschwerdebegehren weiter.

7 B. Die zulässige Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

8 I. Das Beschwerdegericht hat angenommen, die Bundesnetzagentur habe zu Recht bei der Bestimmung der tatsächlich erzielbaren Erlöse gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 ARegV die Rabatte auf Umlagen, Konzessionsabgaben und den konventionellen Messstellenbetrieb inklusive Messung in Höhe von insgesamt 42.000 € unberücksichtigt gelassen und die erzielbaren Erlöse um diesen Betrag erhöht. Dieser Teil der Gemeinderabatte könne schon deshalb nicht erlösmindernd angerechnet werden, weil es sich nicht um Nebenleistungen handele, die abweichend vom grundsätzlich geltenden Nebenleistungsverbot nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KAV ausnahmsweise zulässig seien. Von der Ausnahme seien nur Rabatte auf das Entgelt für den Netzzugang, also den Arbeits-, Leistungs- und Grundpreis erfasst. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung sei geklärt, dass als "Entgelt für den Netzzugang" nur eine Leistung anerkannt werden könne, die der Netznutzer als Gegenleistung für die Inanspruchnahme des Netzes erbringe. Es liege nahe, dass der Begriff des "Rechnungsbetrages für den Netzzugang"

nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KAV entsprechend zu verstehen sei. Dafür sprächen auch die Gesetzeshistorie, die systematische Auslegung der Vorschrift sowie Sinn und Zweck der Bestimmung. Es könne deshalb dahinstehen, ob dieser Preisnachlass im Regulierungskonto schon deshalb nicht berücksichtigt werden könne, weil er sich nicht aus einer Prognoseunsicherheit der in die Verprobung eingeflossenen Mengen gegenüber den tatsächlich abgesetzten Mengen ergebe. Die Nichtberücksichtigung des Kommunalrabatts widerspreche auch nicht dem Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung. Das Vorgehen der Bundesnetzagentur sei ferner nicht aus Vertrauensschutzgesichtspunkten zu beanstanden.

- 9 Zutreffend habe die Bundesnetzagentur auch die Forderungen aus der Umsatzsteuernachzahlung auf den Kommunalrabatt für 2014 bis 2017 nicht im Regulierungskonto gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 ARegV als erlösmindernd für das Jahr 2018 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 auch 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. Es könne dahinstehen, ob die Berücksichtigung der Umsatzsteuerzahlung im Regulierungskonto auch deshalb ausgeschlossen sei, weil sie nicht auf einer Differenz zwischen den zulässigen Erlösen und den unter Berücksichtigung der tatsächlichen Mengen erzielbaren Erlösen beruhe. Vertrauensschutz stünde

der beanstandeten Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur ebenfalls nicht entgegen.

10 II. Diese Beurteilung hält den Angriffen der Rechtsbeschwerde stand. Die Rechtsbeschwerdegegnerin hat den Regulierungskontosaldo zu Recht mit der Maßgabe genehmigt, dass der Kommunalrabatt auf Abgaben, Umlagen und Entgelte für Messungen bzw. den Messstellenbetrieb sowie die Umsatzsteuernachzahlungen, die die Antragstellerin auf den Kommunalrabatt für die Jahre 2014 bis 2017 an das Finanzamt geleistet hat, nicht erlösmindernd angesetzt werden.

11 1. Über die Genehmigung der Zu- und Abschläge auf die Erlösobergrenzen der Antragstellerin für 2019 bis 2021 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.

12 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).

13 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. Gleiches gilt nach § 5 Abs. 1 Satz 2 ARegV für die Differenz, die sich zwischen bestimmten Plan- und Ist-Kosten ergibt. Die Buchung der Mehr- und Mindererlöse auf das Regulierungskonto gewährleistet, dass der Netzbetreiber einerseits die ihm vorgegebene Erlösobergrenze 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 Holznagel/Schütz, Anreizregulierungsrecht, 2. Aufl., § 5 ARegV Rn. 2, 5).

14 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). Erlösobergrenzen 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 Erlösobergrenzen verteilt.

- 15 d) 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. 1). Außerdem bildet es auch Veränderungen bestimmter Kosten ab, die in § 5 Abs. 1 Satz 2 ARegV aufgeführt sind. Dem Netzbetreiber wird erlaubt, für die Bestimmung der Erlösobergrenzen bestimmte Plankosten (§§ 4, 11 Abs. 2 ARegV) anzusetzen, die nicht überprüfbar sind. Um Missbrauch zu vermeiden, ist kalenderjährlich ein ex-post-Abgleich mit den tatsächlichen Werten durchzuführen (vgl. Beschluss des Bundesrats vom 21. September 2007 zur BR-Drucks. 417/07, S. 2; Held in Holznagel/Schütz, aaO, § 5 ARegV Rn. 30).
- 16 2. Die Preisnachlässe, die die Klägerin Gemeinden auf Abgaben, Umlagen und Entgelte für Messungen bzw. den Messstellenbetrieb gewährt hat, sind nicht im Regulierungskonto erlösmindernd anzusetzen, weil sie nicht zu den nach § 5 Abs. 1 Satz 1, 2 ARegV berücksichtigungsfähigen Erlösminderungen zählen. Vor dem Hintergrund der dargelegten Zielsetzung des Regulierungskontos, die mit § 21a Abs. 3 Satz 4 EnWG in Einklang steht, können nur solche Mindereinnahmen auf dem Regulierungskonto verbucht werden, die auf Prognoseunsicherheiten bei der Verbrauchsmenge oder auf Abweichungen der Ist-Kosten von bestimmten, in § 5 Abs. 1 Satz 2 ARegV im Einzelnen aufgeführten Plankosten beruhen.
- 17 a) Das ist bei Entgelten für die Messung und den (konventionellen) Messstellenbetrieb nicht der Fall. Sie sind nach § 7 Abs. 1 Satz 1 MsBG in der

bis zum 26. Mai 2023 geltenden Fassung und § 17 Abs. 7 StromNEV vom Netzbetreiber festzulegen, unterliegen bestimmten Preisobergrenzen (§ 31 MsBG a.F.) und sind nicht unmittelbar verbrauchsabhängig. Eine Korrektur aufgrund von Mengenabweichungen kommt daher nicht in Betracht. Es handelt sich bei den Entgelten auch nicht um Plankosten im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 2 ARegV.

- 18 b) Auch Rabatte auf Umlagen können nicht im Regulierungskonto erlösmindernd angesetzt werden. Umlagen ergeben sich zum Beispiel aus individuellen Netzentgelten im Sinne des § 19 Abs. 2 Satz 1 bis 4 StromNEV. Danach können für Sonderformen der Netznutzung individuelle Netzentgelte vereinbart werden. Die daraus resultierenden Mindereinnahmen müssen Übertragungsnetzbetreiber den Betreibern nachgelagerter Verteilernetze erstatten. Die den Übertragungsnetzbetreibern daraus entstehenden Kosten können nach § 19 Abs. 2 Satz 14 StromNEV als Aufschlag auf die Netzentgelte anteilig auf die Letztverbraucher umgelegt werden. Der Verordnungsgeber hat mit § 19 Abs. 2 Satz 13 bis 16 StromNEV einen eigenen Umlagemechanismus geschaffen, der vom System der Netzentgeltkalkulation abgekoppelt ist. Für den Verteilernetzbetreiber stellen sich die Umlagen als durchlaufender Posten dar, bei dem sich die Kosten und Erlöse grundsätzlich ausgleichen. Im Regulierungskonto sind sie daher nicht zu berücksichtigen. Das gilt auch für die anderen gesetzlichen Umlagen, die entweder dazu dienen, Mindererlöse des Netzbetreibers aus dem Netzbetrieb zu kompensieren oder die Kosten für an Dritte geleistete Zahlungen an die Letztverbraucher weiterzureichen (so die KWKG-Umlage, die Offshore-Haftungsumlage nach § 17 f EnWG oder die Umlage für abschaltbare Lasten nach § 18 AbLaV) und deren Vereinnahmung lediglich anlässlich der Erhebung von Netzentgelten erfolgt (vgl. BGH, Beschluss vom 20. Juni 2017 - EnVR 24/16, EnWZ 2017, 454 Rn. 13 - Netzentgeltbefreiung III). Die den Gemeinden auf diese Entgeltbestandteile gewährten Rabatte gehören auch nicht zu den in § 5 Abs. 1 Satz 2 aufgeführten Abweichungen der Ist- von den Plankosten.

- 19 c) Auch in den Rechnungen gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 KAV ausgewiesene Rabatte auf Konzessionsabgaben sind nicht in das Regulierungskonto einzustellen. Konzessionsabgaben sind nicht integraler Bestandteil der Netzentgelte (BGH, EnWZ 2017, 454 Rn. 13, 14 - Netzentgeltbefreiung III). Sie betreffen daher nicht das Prognoserisiko bei der Netzentgeltbildung, dessen Ausgleich § 5 Abs. 1 Satz 1 ARegV vorrangig dient. Konzessionsabgaben werden zwar nach § 2 Abs. 1 KAV in Cent pro Kilowattstunde berechnet und sind insofern auch verbrauchsabhängig; Mindereinnahmen, die sich aus Preisnachlässen für die Gemeinden ergeben, sind jedoch nicht Folge von Mengenabweichungen. Im Normalfall stellen Konzessionsabgaben für den Netzbetreiber einen durchlaufenden Posten dar, bei dem sich die Kosten und Erlöse ausgleichen, so dass die Position "0 Euro" ergibt (Hummel in Theobald/Kühling, Energierecht, 121. EL. Juni 2023, § 11 ARegV Rn. 30).
- 20 Konzessionsabgaben unterfallen auch nicht dem Plan-Ist-Kostenabgleich nach § 5 Abs. 1 Satz 2 ARegV. Sie unterliegen als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ARegV zwar der jährlichen Anpassung der Erlösobergrenze nach § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ARegV. Hierbei handelt es sich jedoch um einen eigenständigen Ausgleichsmechanismus, bei dem auf die im vorletzten Kalenderjahr entstandenen (Ist-)Kosten abzustellen ist (§ 4 Abs. 3 Nr. 2, 2. Halbsatz ARegV). Die Veränderungen werden nicht erlösmindernd oder -erhöhend auf dem Regulierungskonto verbucht (BR-Drucks. 417/07, S. 46). In § 5 Abs. 1 Satz 2 ARegV werden die Konzessionsabgaben daher nicht erwähnt.
- 21 d) Entgegen der Ansicht der Antragstellerin können die fraglichen Bestandteile des mit den Gemeinden vereinbarten Kommunalrabatts auch nicht in analoger Anwendung von §§ 11 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2, 5 Abs. 1 ARegV auf dem Regulierungskonto berücksichtigt werden.

- 22 aa) Die Beschwerdeführerin meint, der Kommunalrabatt nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KAV sei als Substitut der Konzessionsabgaben anzusehen. Wie die Konzessionsabgaben sei er damit ein Entgelt für die Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege für Leitungen. Nach § 11 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 ARegV seien Konzessionsabgaben als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile anzusehen. Die Erlösobergrenze dürfe bei ihnen nach § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ARegV jährlich angepasst werden. Wertungsmäßig seien damit auch Kommunalrabatte als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile anzusehen. Die Korrektur der Mindererlöse habe über das Regulierungskonto zu erfolgen.
- 23 bb) Es kann dahingestellt bleiben, ob die Nichterwähnung der Kommunalrabatte bei den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen im Sinne des § 11 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 ARegV auf einer planwidrigen Regelungslücke beruht. Jedenfalls wäre eine solche Lücke nicht durch eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über das Regulierungskonto nach § 5 Abs. 1 ARegV zu schließen.
- 24 (1) Wie ausgeführt, ist für nicht beeinflussbare Kostenanteile nach § 11 Abs. 2 Satz 1 bis 3 AReGV, zu denen die Konzessionsabgaben gehören, eine Anpassung der Erlösobergrenze nach § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ARegV zu Beginn des Jahres vorgesehen. Konzessionsabgaben gehören hingegen nicht zu den in § 5 Abs. 1 Satz 2 ARegV erwähnten Kostenbestandteilen, die auch einen ex-post-Abgleich ermöglichen. Die beiden Ausgleichsmechanismen sind zu unterscheiden. Anpassungen nach § 4 ARegV beeinflussen die zulässige Erlöshöhe direkt zu Beginn eines bestimmten Jahres. Maßstab für die Anpassung nach § 4 Abs. 3 Satz 1, 2. Halbsatz ARegV sind bei den Kostenbestandteilen nach § 11 Abs. 2 Satz 1 bis 3 die im vorletzten Kalenderjahr entstandenen Kosten. Datenbasis für die anzupassende Erlösobergrenze ist also das vorletzte Kalenderjahr

(Schütte in Holznagel/Schütz, aaO, § 4 ARegV Rn. 91). Insoweit besteht ein Unterschied zu den in § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, 3. Halbsatz erwähnten Kostenbestandteilen, bei denen für die anzupassende Erlösobergrenze die Datenbasis des laufenden Jahres maßgeblich ist. Nur letztere Kostenbestandteile werden nach § 5 Abs. 1 Satz 2 ARegV aufgrund einer Abweichung von Plan- und Istwerten nachträglich erlösmindernd oder -erhöhend auf einem Regulierungskonto verbucht und als Auf- und Abschläge in den Folgejahren abgebaut (vgl. Stoltefuß/Ahnsehl in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl., § 5 ARegV Rn. 34, 38). Im Hinblick auf die Kosten nach § 11 Abs. 2 Satz 1 bis 3 ARegV besteht keine entsprechende Regelung. Sind damit Konzessionsabgaben nicht im Regulierungskonto nach § 5 Abs. 1 Satz 2 ARegV zu berücksichtigen, muss dies auch für Preisnachlässe gelten, die neben oder anstelle von Konzessionsabgaben gewährt werden.

25 (2) Auch Sinn und Zweck des § 5 Abs. 1 Satz 1 ARegV sprechen gegen eine Berücksichtigung von Kommunalrabatten, jedenfalls soweit sie nicht den Arbeits-, Leistungs- und Grundpreis und damit die unmittelbare Gegenleistung für den Netzzugang betreffen. Das Regulierungskonto soll die Netzbetreiber in erster Linie von den Auswirkungen jährlich schwankender Verbrauchsmengen auf ihre Gesamterlöse entlasten. Insoweit setzt die Bestimmung die Vorgabe des § 21a Abs. 3 Satz 4 EnWG um (BGH, Beschluss vom 10. November 2020 - EnVZ 5/20, juris Rn. 8). Derartige Schwankungen sollen keine nachhaltigen Auswirkungen auf den Gesamterlös haben. Die Kommunalrabatte auf Abgaben, Umlagen und Entgelte für Messung bzw. Messstellenbetrieb betreffen keine solchen Prognoseunsicherheiten. Die daraus resultierenden Mindereinnahmen beziehen sich zwar auf den - zu Beginn des Kalenderjahrs noch unsicheren - Eigenverbrauch der Gemeinde, sind jedoch nicht unmittelbare Folge von Mengenabweichungen. Sie haben vielmehr ihre Grundlage in den Vereinbarungen der Antragstellerin mit den Gemeinden.

- 26 2. Die Preisnachlässe auf die fraglichen Rechnungspositionen können auch deshalb nicht die erzielbaren Erlöse nach § 5 Abs. 1 Satz 1 ARegV mindern, weil sie nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KAV unzulässig sind.
- 27 a) Das Beschwerdegericht hat zu Recht angenommen, dass nur ein rechtmäßig eingeräumter Rabatt die erzielbaren Erlöse mindern kann. Die ursprünglich im Regierungsentwurf des § 5 ARegV enthaltene Formulierung "tatsächlich erzielte Erlöse" wurde vom Verordnungsgeber bewusst in "erzielbare Erlöse" geändert. Begründet wurde dies damit, dass das Regulierungskonto lediglich die Mindereinnahmen aufgrund von Prognoseunsicherheiten oder nicht beeinflussbaren Abweichungen abgleichen soll. Entstandene Mindereinnahmen auf Grund von Versäumnissen des Netzbetreibers sollen hingegen nicht über das Regulierungskonto abgeglichen werden (Beschluss des Bundesrats vom 21. September 2007 zu BR-Drucks. 417/07, S. 2; Held in Holznagel/Schütz, aaO, § 5 ARegV Rn. 8; Hummel in Theobald/Kühling, aaO, § 5 ARegV Rn. 23; Stoltefuß/Ahnsehl in Säcker, aaO, § 5 ARegV Rn. 39). Die Angabe von Mindererlösen setzt damit voraus, dass die Preisnachlässe rechtmäßig gewährt wurden.
- 28 b) Versorgungsunternehmen dürfen Gemeinden nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KAV einen Preisnachlass nur auf den Arbeits-, Leistungs- und Grundpreis gewähren, nicht hingegen auf Abgaben, Umlagen und Entgelte für Messungen bzw. den Messstellenbetrieb.
- 29 aa) Die Konzessionsabgabenverordnung bestimmt, welche Gegenleistungen Energieversorgungsunternehmen für die Einräumung einfacher oder ausschließlicher Wegerechte an die Gemeinde entrichten dürfen. Sie verfolgt das Ziel, die Belastung der Verbraucher mit Konzessionsabgaben zu begrenzen und 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 von Konzessionsabgaben dürfen

Versorgungsunternehmen nur die in § 3 Abs. 1 Satz 1 Ziffern 1 bis 3 KAV aufgeführten Leistungen gewähren. Die Aufzählung ist abschließend (BR-Drucks. 686/91, S. 18; BGH, Urteil vom 7. Oktober 2014 - EnZR 86/13, WuW/E DE-R 4499 Rn. 29 - Stromnetz Olching). Weitere Nebenleistungen sind nicht zulässig. Die Begrenzung der Konzessionsabgaben könnte sonst leicht umgangen werden (Theobald/Templin in Theobald/Kühling, aaO, § 3 KAV Rn. 4, 12).

30 bb) Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KAV können Preisnachlässe für den in Niederspannung oder in Niederdruck abgerechneten Eigenverbrauch der Gemeinde bis zu 10 vom Hundert des Rechnungsbetrages für den Netzzugang vereinbart werden, sofern diese Preisnachlässe in der Rechnung offen ausgewiesen werden. Bezugspunkt des zehnpromzentigen Preisnachlasses ist also der "Rechnungsbetrag für den Netzzugang". Zwischen den Parteien ist streitig, ob damit der Gesamtrechnungsbetrag einschließlich der streitgegenständlichen Positionen gemeint ist, oder nur die Gegenleistung für die Inanspruchnahme des Netzes.

31 (1) Der Wortlaut des Begriffs "Rechnungsbetrag für den Netzzugang" deutet darauf hin, dass nicht der gesamte Rechnungsbetrag Gegenstand des Preisnachlasses sein soll, sondern nur der Vergütungsteil, der für den Zugang zum Netz vorgesehen ist. Die Einschränkung "für den Netzzugang" wäre sonst nicht erforderlich. Es liegt nahe, dass damit das "Entgelt für den Netzzugang" bzw. das "Netzentgelt" im Sinne von § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 3 EnWG und § 17 StromNEV gemeint ist. Als Entgelt für den Netzzugang kann nach allgemeinen Grundsätzen nur eine Leistung angesehen werden, die der Netznutzer als Gegenleistung für die Inanspruchnahme des Netzes erbringt. Das Entgelt besteht aus einem Leistungs-, Arbeits- und Grundpreis (§ 17 Abs. 2, Abs. 6 StromNEV). Gesetzliche Umlagen, Konzessionsabgaben und Entgelte für den Messstellen-

betrieb und die Messung beinhaltet es hingegen nicht (vgl. BGH, Beschlüsse vom 12. April 2016 - EnVR 25/13, RdE 2016, 293 Rn. 23 - Netzentgeltbefreiung II, zu § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV; vom 20. Juni 2017 - EnVR 24/16, EnWZ 2017, 454 Rn. 9, 10 - Netzentgeltbefreiung III, zu § 118 Abs. 6 EnWG).

32 (2) Diese Auslegung entspricht auch der Verordnungshistorie. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin wurde der Zusatz "für den Netzzugang" nicht nur deshalb eingefügt, um im Zuge der Entflechtung der Energieversorgungsunternehmen klarzustellen, dass die Gegenleistung für die Einräumung des Wegerechts zum Zweck des Netzzugangs und nicht für die Energielieferung erfolgt, ohne den Rabatt jedoch auf den Leistungs-, Arbeits- und Grundpreis als Bezugsgröße zu beschränken. Der § 3 Abs. 1 Nr. 1 KAV ist durch das am 13. Juli 2005 in Kraft getretene Zweite Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts geändert worden, mit dem die Regulierung des Strom- und Gasmarkts und die Entflechtung von Netzbetrieb und Energievertrieb eingeführt wurden. Gemäß Art. 3 Abs. 40 Nr. 4 dieses Gesetzes sind in § 3 Abs. 1 Nr. 1 KAV nach den Wörtern "des Rechnungsbetrages" die Wörter "für den Netzzugang" eingefügt worden. Damit wurde die Bemessungsgrundlage des Preisnachlasses geändert. Der Rabatt darf nicht mehr wie zuvor auf den gesamten Rechnungsbetrag, sondern nur noch auf das Entgelt für den Netzzugang gewährt werden (Theobald/Templin in Theobald/Kühling, aaO, § 3 KAV Rn. 40 f.; aA Schüler/Tittel, RdE 2018, 359, 362). Der Anlass hierfür war die beabsichtigte Trennung des Netzbetriebs von vor- und nachgelagerten Märkten. Wäre nach wie vor der gesamte Rechnungsbetrag Bemessungsgrundlage des Preisnachlasses, hätte es des Zusatzes nicht bedurft. Aus der Änderungshistorie lässt sich auch erklären, warum - anders als in § 4 Abs. 1 Satz 1 KAV - nicht von dem "Entgelt" für den Netzzugang die Rede ist, sondern der Begriff "Rechnungsbetrag" verwendet wird. Er stammt aus der ursprünglichen Verordnungsfassung und wurde beibehalten (so zutreffend OLG Schleswig, Beschluss vom 22. März 2021 - 53 Kart 17/20, juris

Rn. 34). Eine abweichende Bedeutung der Begriffe lässt sich daraus nicht ableiten.

33 (3) Auch die Verordnungssystematik spricht für dieses Verständnis. Als Ausnahme von dem Nebenleistungsverbot ist § 3 Abs. 1 Nr. 1 KAV grundsätzlich eng auszulegen (Theobald/Templin in Theobald/Kühling, aaO, § 3 KAV Rn. 43). Die Wendung "für den Netzzugang" ist als Bezugnahme auf das Netzentgelt nach § 17 StromNEV zu verstehen. Dort sind Entgelte für andere Leistungen, namentlich den Messstellenbetrieb nach § 17 Abs. 7 StromNEV, gesondert geregelt. Das "Netzentgelt" errechnet sich nach § 17 Abs. 2 StromNEV allein aus dem Leistungs- und Arbeitspreis. Für dieses Auslegungsergebnis spricht auch, dass die Konzessionsabgabe, neben oder an deren Stelle der Kommunalrabatt tritt (§ 3 Abs. 1 Satz 1 KAV), nur in Centbeträgen je gelieferter Kilowattstunde vereinbart werden darf, § 2 Abs. 1 KAV. Sie ist damit an die Inanspruchnahme des Netzes gekoppelt.

34 Nichts anderes ergibt sich daraus, dass in § 4 KAV im Unterschied zu § 3 KAV nicht von einem "Rechnungsbetrag", sondern ausdrücklich von "Entgelten für den Netzzugang" die Rede ist. Daraus lässt sich nicht ableiten, dass mit dem Begriff "Rechnungsbetrag" eine gegenüber dem Netzentgelt umfassendere Bezugsgröße gemeint ist. Die unterschiedlichen Begriffe sind vielmehr zum einen - wie oben dargestellt - der Verordnungshistorie geschuldet und zum anderen durch den abweichenden Regelungsgehalt der beiden Bestimmungen bedingt. Die Vorschrift des § 4 KAV dient der Transparenz und schreibt deshalb vor, die Konzessionsabgaben in den "Entgelten für den Netzzugang und den allgemeinen Tarifen" auszuweisen. Verbraucher sollen auf diese Weise die Höhe der Konzessionsabgabe im jeweiligen Gemeindegebiet einsehen können (Theobald/Templin in Theobald/Kühling, aaO, § 4 KAV Rn. 1). Bei § 3 KAV geht es hingegen nur um die Entgelte, die der Netzbetreiber der Gemeinde für deren Eigenverbrauch in Rechnung stellt. In diesem Zusammenhang ist von "Rechnungsbetrag" die Rede.

- 35 (4) Die enge Auslegung entspricht schließlich auch Sinn und Zweck der Regelung. Das Höchstpreisrecht nach § 2 der Konzessionsabgabenverordnung dient - ebenso wie das Nebenleistungsverbot - vor allem dem Schutz der Verbraucher vor überhöhten Netzentgelten (BR-Drucks. 686/91, S. 1). Denn der Konzessionär wird seinen Aufwand für die Einräumung der Wegerechte auf die Gesamtheit der Netznutzer umlegen. Im Hinblick auf ihre marktbeherrschende Stellung bei der Konzessionsvergabe (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, BGHZ 199, 289 Rn. 16 - Stromnetz Berkenthin) besteht das Risiko, dass Gemeinden versucht sein können, unangemessene Gegenleistungen für die Gewährung der Wegenutzungsrechte zu verlangen (BGH WuW/E DE-R 4499 Rn. 42, 43 - Stromnetz Olching). Bei der Auslegung der Konzessionsabgabenverordnung ist daher dafür Sorge zu tragen, dass die vorgesehenen Höchstpreise nicht durch Nebenleistungen umgangen werden können. Das spricht dafür, dass der Preisnachlass in Höhe von 10 %, der neben oder anstelle der Konzessionsabgabe vereinbart werden kann, nur das eigentliche Netzentgelt betrifft und nicht für weitere Leistungspositionen vorgesehen ist.
- 36 2. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde erfordern es auch nicht Erwägungen des Vertrauensschutzes und die Grundsätze des Rückwirkungsverbots, den Kommunalrabatt auf Abgaben, Umlagen sowie Entgelte für Messungen bzw. den Messstellenbetrieb beim Saldo des Regulierungskontos zum 31. Dezember 2017 zu berücksichtigen.
- 37 a) Die Beschwerdeführerin beruft sich darauf, erst im Jahr 2018 habe die Bundesnetzagentur ihrer Beschlusspraxis eine Berechnung des Kommunalrabatts zugrunde gelegt, wonach Umlagen, Abgaben sowie die Entgelte für den Messstellenbetrieb und die Messung nicht zu berücksichtigen seien. Grundlage sei das Schreiben der Bundesnetzagentur vom 14. September 2018 nebst Anlage gewesen. Zuvor sei es jahrzehntelange Übung der Netzbetreiber gewesen,

den Kommunalrabatt auch auf diese Positionen zu berechnen. Da die Bundesnetzagentur die Praxis der Netzbetreiber nicht hinterfragt habe, sei von einer konkludenten Billigung auszugehen, auf die die Beschwerdeführerin habe vertrauen dürfen.

- 38 b) Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Bundesnetzagentur die Vorgehensweise der Netzbetreiber gebilligt und damit einen Vertrauensstatbestand im Sinne einer Selbstbindung der Verwaltung geschaffen hat. Ein Vertrauen darauf, dass mit einer Änderung einer bestimmten Verwaltungspraxis nicht zu rechnen ist, kann nur bei einem eindeutigen Verwaltungshandeln entstehen (vgl. BFH, Beschluss vom 13. März 2013 - V B 133/11, juris Rn. 4). Die Verwaltungspraxis muss zudem rechtmäßig sein (BVerwG, Urteil vom 21. August 2003 - 3 C 49/02, BVerwGE 118, 379, Rn. 13). Die Beschwerdeführerin hat ihre - bestrittene - Behauptung einer jahrzehntelangen Rabatt-Praxis der Netzbetreiber schon nicht näher belegt. Außerdem erfolgte nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts in den Erhebungsbögen der Jahre 2009 bis 2012 noch gar keine besondere Abfrage des Kommunalrabatts, sondern eine etwaige Erlösminderung wurde als Summenwert eingetragen. In den Jahren 2013 bis 2016 wurden in den Erhebungsbögen zwar Erlösminderungen aus Vereinbarungen gemäß § 3 KAV abgefragt, jedoch nicht nach Rabatten auf Netzentgelte, Abgaben und Umlagen aufgeschlüsselt. Eine differenzierte Abfrage erfolgt erst seit dem Erhebungsbogen zum 30. Juni 2018. Von einer Verwaltungspraxis, die entsprechende Rabatte gebilligt hat, kann bei dieser Sachlage mangels konkreter Prüfung nicht ausgegangen werden. Im Jahr 2018 hat die Bundesnetzagentur nicht ihre Haltung zu einer bestimmten Rabattpraxis geändert, sondern lediglich die Prüfung erweitert. Die Beschwerdeführerin durfte sich nicht darauf verlassen, dass dies unterblieb, zumal die bisherige Vorgehensweise nach § 3 Abs. 1 KAV nicht rechtmäßig war.

c) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde liegt auch keine unzulässige Rückwirkung vor. Der Beschluss vom 27. Mai 2020 ist ermessensfehlerfrei ergangen.

40 aa) Es kann dahingestellt bleiben, ob die Genehmigung von Zu- und Abschlägen auf die Erlösobergrenzen aus dem Regulierungskonto nach § 29 Abs. 1 EnWG, §§ 5, 32 Abs. 1 Nr. 2 ARegV zu den Entscheidungen der Regulierungsbehörde gehört, die zumindest entsprechend an den Grundsätzen der unechten und echten Rückwirkung zu messen sind (vgl. BGH, Beschlüsse vom 12. Juni 2018 - EnVR 29/16, RdE 2018, 485 Rn. 29 zur rückwirkenden Anwendbarkeit einer Festlegung nach § 29 Abs. 1 EnWG; vom 11. Februar 2020 - EnVR 122/18, WM 2020, 2437 Rn. 20 zu Anpassungen nach § 4 Abs. 5 ARegV).

41 bb) Eine echte Rückwirkung ist jedenfalls nicht gegeben, da nicht nachträglich in einen abgeschlossenen Sachverhalt ändernd eingegriffen wurde. Vielmehr unterliegen die jährlich vom Netzbetreiber nach § 21 StromNEV aus den Erlösobergrenzen gebildeten Netzentgelte einer ex-post-Kontrolle im Rahmen der Genehmigung des Regulierungskontosaldos nach § 5 Abs. 3 ARegV. Nichts anderes ergibt sich aus dem Umstand, dass die Festlegung der Auflösungsbeiträge aus dem Regulierungskonto 2017 für die Jahre 2019 bis 2021 erst mit Beschluss vom 27. Mai 2020, und damit teilweise rückwirkend, erfolgte. Das Vertrauen in eine bestehende Rechtslage ist nicht schutzwürdig, wenn der Antragsteller nach der rechtlichen Situation in dem Zeitpunkt, auf den der Eintritt der Rechtsfolge zurückbezogen wird, mit dieser Regelung rechnen musste (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Juni 2018 - EnVR 29/16, ZNER 2018, 416 Rn. 29 mwN; Urteil vom 14. Dezember 2021 - XIII ZR 1/21, WM 2023, 885 Rn. 47 - Sanktion bei Meldepflichtverstoß). So liegt der Fall hier. Die Beschwerdeführerin hat unter dem 29. Juni 2018 ihren Antrag auf Genehmigung der Zu- und Abschläge aus dem Regulierungskonto des Jahres 2017 gestellt. Sie musste mit Verzögerungen bei der Prüfung und einer gegebenenfalls rückwirkenden Festlegung rechnen.

Vor der Genehmigung konnte kein schutzwürdiges Vertrauen entstehen. Zudem lagen zum Antragszeitpunkt bereits die Senatsbeschlüsse vom 6. Oktober 2015 (EnVR 32/13, EnWZ 2016, 85 - Netzentgeltbefreiung I) und 20. Juni 2017 (EnVR 24/16, EnWZ 2017, 454 - Netzentgeltbefreiung III) vor, die jedenfalls Anlass geben mussten, die Fortführung der bisherigen Praxis zumindest nicht mehr als gesichert anzusehen.

42 cc) Es liegt auch keine unzulässige unechte Rückwirkung vor. Die bloß allgemeine Erwartung, die geltende Rechtslage werde zukünftig unverändert fortbestehen, genießt keinen verfassungsrechtlichen Schutz, soweit nicht besondere Momente der Schutzwürdigkeit hinzutreten (BVerfG, Beschluss vom 25. März 2021 - 2 BvL 1/11, juris Rn. 53). Werden künftige Rechtsfolgen an bereits ins Werk gesetzte Sachverhalte angeknüpft, muss allerdings dem verfassungsrechtlich gebotenen Vertrauensschutz in hinreichendem Maß Rechnung getragen werden. Es sind die Interessen der Allgemeinheit, die mit der Regelung verfolgt werden, und das Vertrauen des Einzelnen auf die Fortgeltung der Rechtslage abzuwägen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss gewahrt werden (BGH, Beschluss vom 4. Mai 2021 - EnVR 14/20, RdE 2021, 414 Rn. 29 mwN). Diesen Anforderungen genügt der angefochtene Beschluss.

43 (1) Es kann dahingestellt bleiben, ob im Hinblick auf die angebliche frühere Rabattpraxis der Netzbetreiber, deren Bemessungsgrundlage keiner besonderen Prüfung unterzogen wurde, überhaupt von einem ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgegangen werden kann. Jedenfalls durfte sich die Beschwerdeführerin aus den oben genannten Gründen nicht darauf verlassen, dass die Bundesnetzagentur die Rabattpraxis auch zukünftig keiner genaueren Prüfung unterziehen wird.

44

(2) Die Antragstellerin kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, zum Zeitpunkt des Beschlusses hätte sie mit den Gemeinden bereits abschließend abgerechnet und könne höhere Netzentgelte aufgrund der zivilvertraglichen Ausgestaltung oder aufgrund von Verjährung teilweise nicht mehr nachfordern. Die Vereinbarung einer nach § 3 KAV unzulässigen Nebenleistung verstößt gegen ein gesetzliches Verbot und ist daher gemäß § 134 BGB nichtig. An die Stelle der unzulässigen Preisvereinbarung tritt der gesetzlich zulässige Preis (vgl. BGH, WuW/E DE-R 4499 Rn. 39, 40 - Stromnetz Olching zu § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV mwN). Eine Nachforderung ist damit grundsätzlich möglich. Davon geht auch das Beschwerdegericht ausdrücklich aus. Übergangener Vortrag dazu, dass und aus welchen Gründen die Antragstellerin die unwirksam rabattierten Entgelte von den Gemeinden nicht mehr nachfordern kann, ist weder aufgezeigt noch ersichtlich. Die pauschale Behauptung, eine Nachforderung sei wegen der zivilrechtlichen Ausgestaltung oder Verjährung nicht mehr möglich, reicht dafür jedenfalls nicht aus. Das Beschwerdegericht hat daher eine unzulässige unechte Rückwirkung zu Recht verneint.

45

dd) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde streitet schließlich auch nicht der Rechtsgedanke des § 48 Abs. 2 VwVfG für die vollständige Berücksichtigung des Kommunalrabatts als erlösmindernde Position. Nach § 48 Abs. 2 S. 1 VwVfG darf ein rechtswidriger Verwaltungsakt, der eine einmalige oder laufende Geldleistung gewährt oder hierfür Voraussetzung ist, nicht zurückgenommen werden, soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist. Die Antragstellerin kann sich vor der Genehmigung des Regulierungskontosaldos aus den genannten Gründen nicht auf ein schutzwürdiges Vertrauen berufen.

46 3. Die Umsatzsteuernachzahlungen, die die Antragstellerin auf den Kommunalrabatt für die Jahre 2014 bis 2017 an das Finanzamt geleistet hat, sind im Regulierungskonto ebenfalls nicht Erlösmindernd anzusetzen.

47 a) Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts war es bisherige Praxis, das um 10 % reduzierte (Brutto-)Netzentgelt als Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer heranzuziehen. Das bedeutet, dass die Antragstellerin den Gemeinden 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 die Preisnachlässe abgeführt hat, musste sie Umsatzsteuer nachzahlen. Diese Beträge macht sie als Mindererlöse in ihrem Antrag auf Genehmigung des Regulierungskontosaldos geltend.

48 b) 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, aaO, § 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.

49 c) 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 27. Mai 2020 hingewiesen (dort S. 10 und 13).

50 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).

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

52 (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 den Gemeinden nur die Umsatzsteuer des verbleibenden Restbetrags in Rechnung. Für das Regulierungskonto sind nicht die tatsächlich erzielten, sondern die tatsächlich erzielbaren Erlöse maßgeblich. Für die Gemeinden 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 des Netzbetreibers 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 den Gemeinden als Rechnungsempfänger (vgl. Wiesch, Anm. zu FG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 29. November 2021 - 7 K 7218/19, EFG 2022, 523, 526). Die Antragstellerin ließ den Gemeinden nur für den rabattierten Betrag Umsatzsteuer in Rechnung stellen und hat damit ihre tatsächlich erzielbaren Erlöse verringert. Die Mindereinnahmen, die durch die von ihr zu leistenden Steuernachzahlungen 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 in den maßgeblichen Jahren versäumt zu haben.

- 53 (2) Die Antragstellerin hat im Übrigen auch nicht dargelegt, warum sie sich nicht bei den Gemeinden schadlos halten konnte. Nach dem vom Beschwerdegericht in Bezug genommenen Schreiben des Bundesfinanzministeriums vom 8. September 2017 hat der Netzbetreiber der Gemeinde die Netzentgelte auch rückwirkend in voller Höhe mit Umsatzsteuer in Rechnung zu stellen. Vor diesem Hintergrund ist die pauschale Behauptung der Antragstellerin, die Wegenutzungsverhältnisse seien bereits abgewickelt und eine Nachberechnung nicht mehr möglich, nicht nachvollziehbar.
- 54 d) 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.
- 55 e) Zu Unrecht beruft sich die Antragstellerin darauf, einer rückwirkenden Umsetzung der Änderung der umsatzsteuerlichen Behandlung des Kommunalrabatts für die Jahre 2014 bis 2017 stünden Grundsätze des Vertrauensschutzes entgegen. Sie macht geltend, es habe jahrzehntelanger Übung der Netzbetreiber entsprochen, Umsatzsteuer nur auf die rabattierten Netzentgelte zu berechnen. Nach den meisten Verträgen seien die Rabatte auf den "Rechnungsbetrag" mit sämtlichen Positionen einschließlich der Umsatzsteuer gewährt worden. Die Netzbetreiber könnten die Steuernachzahlungen daher nicht an die Kommunen weiterreichen. Die Wegenutzungsverträge seien auch bereits abgewickelt und eine Nachberechnung nicht mehr möglich. Die Netzbetreiber müssten daher die zusätzliche Umsatzsteuer selbst tragen.

- 56 aa) Eine echte oder unechte Rückwirkung liegt auch insoweit nicht vor. Die Bundesnetzagentur hat mit ihrer Entscheidung, die Steuernachzahlungen für die Jahre 2014 bis 2017 nicht bei dem Regulierungskontosaldo zu berücksichtigen, nicht an bereits ins Werk gesetzte Sachverhalte angeknüpft. Eine Änderung der umsatzsteuerlichen Behandlung des Kommunalrabatts wurde seitens der Steuerbehörden vorgenommen. Die Bundesnetzagentur hat der Antragstellerin lediglich verwehrt, die Steuernachzahlungen im Regulierungskontosaldo zu berücksichtigen und - rechtlich zutreffend - angenommen, dass sie nicht die erzielbaren Erlöse im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 ARegV mindern können.
- 57 bb) Im Übrigen kann sich die Antragstellerin auch nicht auf ein schutzwürdiges Vertrauen berufen. Eine Änderung der steuerlichen Behandlung von Preisnachlässen aufgrund einer geänderten steuerrechtlichen Beurteilung durch die Finanzbehörden liegt im Risikobereich der Antragstellerin. Sie hätte vertraglich Vorsorge treffen können, um im Fall einer solchen - nicht fernliegenden - Änderung der umsatzsteuerlichen Beurteilung die Umsatzsteuer auf den Preisnachlass nachfordern zu können. Wenn der Netzbetreiber Möglichkeiten zu einer Schadensvermeidung bei den Gemeinden nicht nutzt, ist das entgegen der Ansicht der Antragstellerin kein Grund, eine Wälzungsmöglichkeit auf die Allgemeinheit zu eröffnen.

58 II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG.

Kirchhoff

Roloff

Tolkmitt

Holzinger

Kochendörfer

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 29.09.2021 - VI-3 Kart 218/20 (V) -