

**VI-3 Kart 210/20 [V]**



**Verkündet am: 29.09.2021**

Riedel, Justizbeschäftigte,  
als Urkundsbeamtin der Ge-  
schäftsstelle

## **Oberlandesgericht Düsseldorf**

### **Beschluss**

In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung am 08.09.2021 durch die Richterin am Oberlandesgericht Klein Reesink als Vorsitzende, die Richterin am Oberlandesgericht Pastohr und den Richter am Oberlandesgericht Orlik

b e s c h l o s s e n:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur trägt die Beschwerdeführerin.

Der Beschwerdewert wird auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss wird zugelassen.

### **Gründe:**

**A.**

Die Beschwerdeführerin hat mit Schreiben vom 29.06.2018 einen Antrag auf Genehmigung der Zu- bzw. Abschläge aus dem Regulierungskonto des Jahres 2017 gestellt. Mit dem hier angegriffenen Beschluss vom 12.05.2020 (Az.: BK8-18/3299-01) hat die Bundesnetzagentur den Regulierungskontosaldo für das Jahr 2017 sowie die Verteilung durch Zu- bzw. Abschläge auf die kalenderjährlichen Erlösbergrenzen der Jahre 2019 bis 2021 gemäß Anlage 1 zum Beschluss abweichend vom Antrag genehmigt.

Im Rahmen der Ermittlung des Regulierungskontosaldos hatte die Beschwerdeführerin gewährte Kommunalrabatte in ihrem Antrag erlösmindernd angesetzt. Gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV dürfen Versorgungsunternehmen Gemeinden Preisnachlässe für den in der Niederspannung abgerechneten Eigenverbrauch der Gemeinde in Höhe von bis zu 10 % des Rechnungsbetrages für den Netzzugang gewähren, sofern diese Preisnachlässe in der Rechnung offen ausgewiesen werden. Als Rechnungsbetrag für den Netzzugang hat die Bundesnetzagentur im angefochtenen Beschluss allerdings nur den Jahresleistungs- und Arbeitspreis, hingegen nicht die Preisnachlässe auf weitere Rechnungskomponenten wie Abgaben, Umlagen und Mess- und Abrechnungskosten anerkannt. Die Kürzungen belaufen sich auf insgesamt ... Euro.

Weiterhin hatte die Beschwerdeführerin im Regulierungskonto Umsatzsteuernachzahlungen auf den Kommunalrabatt, die sie an das Finanzamt geleistet hatte, erlösmindernd angesetzt. Hintergrund dieser Nachzahlungen war ein Schreiben des Bundesfinanzministeriums vom 24.05.2017 (III C 2 – S 7200/13/10002, Anlage B 2), in dem sich das Bundesfinanzministerium auf den Standpunkt stellte, dass der Kommunalrabatt ein zusätzliches Entgelt für die Überlassung der Wegerechte durch die Gemeinde an den Netzbetreiber sei und die Gewährung des Kommunalrabatts nicht zu einer Minderung der umsatzsteuerlichen Bemessungsgrundlage für den Netzzugang für Eigenverbrauch der Gemeinde führen könne. Folge der dargelegten Ansicht des Bundesfinanzministeriums ist, dass Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer von 19 % das volle Netzentgelt und nicht, wie bisher in der Praxis der Fall, das um 10 % reduzierte Netzentgelt ist, so dass die Beschwerdeführerin in Höhe des Deltas entsprechende Umsatzsteuernachzahlungen zu leisten hatte.

In dem angefochtenen Beschluss hat die Bundesnetzagentur diese Umsatzsteuerrückzahlungen jedoch nicht anerkannt und die nach § 5 Abs. 1 S. 1 ARegV erzielbaren Erlöse um die Umsatzsteuerrückzahlungen erhöht mit der Folge, dass die Erlösbergrenzen der Jahre 2019 bis 2021 entsprechend niedriger ausfallen. Zur Begründung

hat sie angeführt, die Fragestellung sei durch das Schreiben des Bundesfinanzministeriums zur Behandlung der Umsatzsteuer auf den Gemeinderabatt vom 24.05.2017 geklärt. Die Nachforderungen seien den Gemeinden in Rechnung zu stellen und könnten nicht zu Lasten der Letztverbraucher im Regulierungskonto angesetzt werden. Die Nichtanerkennung der Forderungen aus der Umsatzsteuernachzahlung auf den Kommunalrabatt führt für die Beschwerdeführerin zu einem Verlust in Höhe von ca. ... Euro. Hiergegen wendet sich die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde.

Sie ist der Ansicht, dass die Bundesnetzagentur im Rahmen des Regulierungskontos rechtswidrig die sich infolge der Gewährung des Kommunalrabatts ergebenden Mindererlöse verkürze, da sie nur eine geringere Bezugsgrundlage für den Kommunalrabatt anerkenne. Der Kommunalrabatt gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 KAV sei auf den gesamten Rechnungsbetrag für die Netznutzung zu gewähren und setze sich nicht nur aus dem Jahresleistungs-, Arbeits- und Grundpreis zusammen.

Für diesen Befund lasse sich bereits der Wortlaut des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV heranziehen. Die Formulierung „Rechnungsbetrag für den Netzzugang“ sei eindeutig, da unter dem Begriff „Rechnungsbetrag“ der Endbetrag einer Rechnung verstanden werde. Anders als die Bundesnetzagentur meine, ließen sich die Begriffe „Rechnungsbetrag“ und „Entgelt“ nicht gleichsetzen. Für eine einschränkende Auslegung bleibe aufgrund des eindeutigen Wortlautes kein Raum. Etwas anderes folge auch nicht aus dem Zusatz „für den Netzzugang“. Denn auch die Entgelte für den Messstellenbetrieb, die Messung und die Abrechnung würden bei Ausübung des Netzzugangs fällig.

Die Auffassung der Bundesnetzagentur überzeuge auch in systematischer Sicht nicht. Der sich in unmittelbarer Regelungsnähe zu § 3 KAV befindliche § 4 Abs. 1 S. 1 KAV verwende den Begriff „Entgelte für den Netzzugang“. Es sei fernliegend, dass der Verordnungsgeber zufällig unterschiedliche Begrifflichkeiten in zwei Nachbarregelungen gewählt und sie dennoch als Synonyme verstanden habe. Der Verordnungsbegründung lasse sich entnehmen, dass auch Unterschiedliches geregelt werden sollte. Die Vorschrift des § 4 KAV diene der Transparenz bei Konzessionsabgabenzahlungen.

Die Entstehungsgeschichte spreche ebenfalls für ihre Auffassung. Der im Jahr 2005 eingefügte Zusatz „für den Netzzugang“ trage dem Umstand Rechnung, dass die Energieversorgungsunternehmen zu entflechten seien und stelle klar, dass die Gegenleistung für die Einräumung des Wegerechts zu netzbetrieblichen Zwecken erfolge. Dieser

Zusatz habe den Rabatt allerdings nicht auf die Bezugsgröße Leistungs- bzw. Arbeitspreis im Sinne des § 17 StromNEV beschränken sollen.

Der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 20.06.2017, EnVR 24/16, stehe dem nicht entgegen. Der Bundesgerichtshof bestätige, dass § 4 Abs. 1 S. 1 KAV ebenso wie § 17 Abs. 2 StromNEV auszulegen sei, treffe eben aber keine solche Feststellung für § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV. Würde der Bundesgerichtshof die Begrifflichkeiten des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV und des § 4 Abs. 1 S. 1 KAV synonym verstehen, hätte er § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV bei seiner umfassenden „Vorschriftenexegese“ berücksichtigt. In der Entscheidung heiße es zudem unter Rn. 10 „Netzzugang im Sinne von § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 3 EnWG“. Dieser Verweis mache deutlich, dass die Gewährung des Netzzugangs umfassend zu verstehen sei und alle Regelungsmaterien umfasse, die in den §§ 20 bis 23 EnWG adressiert würden. Hinzu komme, dass die Vorschriften über den Messstellenbetrieb in §§ 21b ff. EnWG solche des Abschnitts „Netzzugang“ des EnWG gewesen seien, so dass der gesamte Regelungskomplex Messstellenbetrieb dem Netzzugang zuzuordnen sei. An diesem strukturellen Grundverständnis habe sich auch durch die Auslagerung dieser Vorschriften in das Messstellenbetriebsgesetz (MsbG) nichts geändert, da der Messstellenbetrieb weiterhin Bestandteil des Netzzugangs bleibe und grundsätzlich auch Aufgabe des Netzbetreibers sei. Sie meine nicht, dass die streitgegenständlichen Positionen eine Gegenleistung für den Netzzugang darstellten; es handele sich vielmehr um solche, die anlässlich der Erhebung von Entgelten vereinnahmt würden. Ein anderer Befund folge auch nicht aus dem Regelungszweck der Norm. Die in diesem Zusammenhang in Bezug genommene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beziehe sich auf § 3 Abs. 2 KAV und sei auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar.

Nur diese Auslegung werde auch ihrem schutzwürdigen Vertrauen gerecht. Die Bundesnetzagentur habe die neue Berechnung des Kommunalrabatts erst im Jahr 2018 ihrer Beschlusspraxis zugrunde gelegt und wende diese nun rückwirkend sogar bis zum Jahr 2013 an. Der Netzbetreiber habe keine Möglichkeit gehabt, sich in der Vergangenheit auf die geänderten Vorgaben einzustellen. Vor diesem Hintergrund sei das Vertrauen der Netzbetreiber in eine Fortgeltung der alten Praxis schutzbedürftig. Zudem könne die Neuberechnung des Kommunalrabatts gegenüber den Gemeinden aufgrund der zivilvertraglichen Ausgestaltung oder aufgrund Verjährung teilweise gar nicht mehr durchgesetzt und Netzentgelte nachgefordert werden.

Der Kommunalrabatt als solcher sei schließlich im Regulierungskonto gemäß § 5 Abs. 1 ARegV berücksichtigungsfähig. Dies folge aus Funktion und Grundwertung des Regulierungskontos sowie der Substitutions- und Ergänzungsfunktion des Kommunalrabattes im Hinblick auf Konzessionsabgaben. Wertungsmäßig müssten Mindererlöse aufgrund eines Kommunalrabattes in der Anreizregulierung zur Anwendung kommen, um den Regelungszweck des Kommunalrabattes zu wahren.

Die Beschwerdeführerin meint weiterhin, fehlerhaft kürze die Bundesnetzagentur die erzielbaren Erlöse, indem sie unterstelle, dass die Gemeinden die Umsatzsteuer auf den Kommunalrabatt zu tragen hätten. Diese enge Auslegung lasse sich nicht der im Jahre 2017 veröffentlichten Position des Bundesministeriums der Finanzen zur umsatzsteuerlichen Behandlung des Kommunalrabatts entnehmen. Im Wege einer weiteren Auslegung des § 3 KAV ergebe sich vielmehr, dass eine von der Bundesnetzagentur unterstellte Kostentragungspflicht nicht bestehe. Der Wortlaut des § 3 KAV lege mit seiner Formulierung „10 vom Hundert des Rechnungsbetrages“ nahe, dass der Bruttowert zu verstehen sei und der Rabatt damit auch den in dem Rechnungsbetrag ausgewiesenen Umsatzsteueranteil umfasse. Dies folge bereits aus dem allgemeinen Begriffsverständnis, wonach der „Rechnungsbetrag“ der Gesamt- bzw. Endbetrag einer Rechnung sei und die gesamte von dem Leistungsnehmer zu bezahlende Geldsumme umfasse. Auch nach § 14 Abs. 4 S. 1 Nr. 8 UStG falle in den Begriff der Rechnung die Umsatzsteuer, die in den abzurechnenden Betrag mit einfließe und in der Endsumme zu berücksichtigen sei. Die Systematik des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV lasse ebenfalls auf eine Gleichstellung des Rechnungsbetrages mit dem Bruttowert schließen. Der in § 4 Abs. 1 KAV genannte Begriff des „Entgeltes“ umfasse gemäß § 10 Abs. 1 S. 1 UStG all das, was den Wert der Gegenleistung bilde, die der leistende Unternehmer vom Leistungsempfänger erhalte. Das Entgelt bilde somit den Grundwert, von dem prozentual die Umsatzsteuer berechnet werde. Die differenzierte Verwendung dieser beiden Begrifflichkeiten innerhalb eines schmalen Regelungsrahmens lasse den Schluss zu, der Gesetzgeber habe mit der Verwendung des Begriffes „Rechnungsbetrag“ die auf den Grundwert zu beziehenden Steuern und Abgaben in den Preisnachlass mit einbeziehen und im Zuge dessen zu dem Begriff des Entgeltes abgrenzen wollen. Auch die Entstehungsgeschichte spreche für ihre weite Auffassung. Schon in der Ursprungsfassung der KAV vom 08.11.1991 werde in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ein Preisnachlass von bis zu „10 vom Hundert des Rechnungsbetrages“ gewährt. Bereits vor Verkündung der KAV habe es dem geltenden Recht entsprochen, dass

Rechnungsbeträge die Umsatzsteuer grundsätzlich einschließen. Auch nach der aktuelleren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs umfasse der für eine Leistung vereinbarte Preis grundsätzlich auch die Aufwendung für die von dem Leistenden zu entrichtende Mehrwertsteuer.

Wenn der Kommunalrabatt von der Finanzverwaltung als ein zusätzliches Entgelt für die Überlassung der Wegerechte durch die Gemeinde an den Netzbetreiber angesehen werde, seien zukünftig die Mindererlöse, die aus dem Kommunalrabatt resultierten, als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile anzusetzen. Die vorliegend streitgegenständlichen Umsatzsteuernachzahlungen, die nach der hier vertretenen Auffassung anerkennungsfähig seien, müssten ebenfalls als Kosten anerkannt und daher nachträglich in die Erlösobergrenze eingepreist werden. Da die Umsatzsteuernachforderungen in sachlichem Zusammenhang mit dem Kommunalrabatt stünden, könne hierfür das Regulierungskonto dienen.

Allein diese Auslegung werde dem schutzwürdigen Vertrauen der Beschwerdeführerin gerecht. Hier gelten die zum Kommunalrabatt gemachten Ausführungen entsprechend. Erst im Jahr 2017 habe das Bundesfinanzministerium seinen rechtlich höchst umstrittenen Standpunkt zur umsatzsteuerrechtlichen Bemessungsgrundlage und Qualifizierung des Kommunalrabatts als ein zusätzliches Entgelt für die Überlassung der Wegerechte durch die Gemeinde an den Netzbetreiber mitgeteilt. Die Bundesnetzagentur setze diese unerwartete umsatzsteuerliche Umqualifizierung des Kommunalrabatts rückwirkend bis zum Jahr 2013 um, ohne dass die Netzbetreiber die Möglichkeit gehabt hätten, sich auf diese geänderten Vorgaben in der Vergangenheit einzustellen. Vor diesem Hintergrund sei das Vertrauen der Netzbetreiber in eine Fortgeltung der alten Praxis schutzbedürftig.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 12.05.2020, Az.: BK8-18/3299-01, aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts den Regulierungskontosaldo zum 31.12.2017 neu festzulegen und die Erlösobergrenzen entsprechend anzupassen.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt den angegriffenen Beschluss und trägt vor, zutreffend habe sie über den Arbeits-, Leistungs- und Grundpreis hinausgehende Entgeltkomponenten des Kommunalrabatts nicht als Preisnachlass gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV im Regulierungskonto als erzielbare Erlöse gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 ARegV erhöhend berücksichtigt.

Nach dem Wortlaut der Verordnung dürfe ein Preisnachlass nur auf den Rechnungsbetrag für den Netzzugang, das heißt nur für solche Komponenten der Rechnung gewährt werden, die für den Netzzugang berechnet werden, denn in Bezug genommen sei eben nicht der Rechnungsgesamtbetrag. Weder der Begriff „Netzzugang“ noch die Wendung „Rechnungsbetrag für den Netzzugang“ würden in der Verordnung definiert. Es liege daher nahe, die Begriffe nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen. Danach sei „Netzzugang“ nichts anderes als die Inanspruchnahme des Netzes. Die Entgelte für den Messstellenbetrieb und die Messung fielen schon begrifflich nicht hierunter. Für die Inanspruchnahme des Netzes würden vielmehr nur der Arbeits-, Leistungs- und Grundpreis als Entgelt erhoben, was dem Wortlaut des § 17 Abs. 2 und 6 StromNEV zu entnehmen sei. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sei der Begriff „Rechnungsbetrag“ auch nicht weiter zu verstehen als der in § 4 Abs. 1 KAV verwendete Begriff „Entgelt“. Vielmehr weise der Rechnungsbetrag lediglich die Geldforderung für das Entgelt – also die Gegenleistung für die Inanspruchnahme des Netzes – aus. Beide Begriffe seien, da das Entgelt in den Fällen des Netzzugangs in einem Geldbetrag bestehe, faktisch deckungsgleich. Hiervon scheine auch der Ordnungsgeber ausgegangen zu sein, der in der beispielhaften Aufzählung des § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV die Begriffe „unentgeltlich“ und „Vorzugspreis“ im selben Kontext verwende. Schließlich unterstreiche die Formulierung in § 3 Abs. 1 S. 1 KAV, das „nur“ die dort aufgezählten Leistungen vereinbart oder gewährt werden dürften, den restriktiven Charakter der Vorschrift. Der von der Beschwerdeführerin beschworene einheitliche Vorgang des Netzzugangs bestehe gerade nicht, wie § 40 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 EnWG zeige, der eine über die Verpflichtung nach § 4 KAV hinausgehende Vorgabe für die hier relevanten Rechnungen enthalte.

Auch Sinn und Zweck der Konzessionsabgabenverordnung, insbesondere des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV, unterstützen ihre Auffassung. Konzessionsabgaben seien Entgelte für die Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen. In § 2 KAV würden Höchstbeträge für Konzessionsabgaben festgelegt, durch die eine Begrenzung der ständig wachsenden Belastung der Verbraucher mit Konzessionsabgaben unter Berücksichtigung der finanziellen Interessen der Kommunen erreicht werden solle. In diesem Zusammenhang zähle § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV abschließend auf, welche Leistungen für Wegerechte zusätzlich zu Konzessionsabgaben und ohne Anrechnung auf die Höchstbeträge nach § 2 KAV gewährt werden dürften. § 3 KAV komme mithin als Verbotsgesetz die Funktion eines Umgehungsverbot zu. Damit bezwecke § 3 KAV, wie auch der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 07.10.2014, EnZR 86/13, Rn. 42 festgestellt habe, den Schutz der Energieverbraucher vor überhöhten Netzentgelten mit der Folge, dass die Wendung „Rechnungsbetrag für den Netzzugang“ eng auszulegen sei.

In systematischer Hinsicht sei es sachgemäß, auf die zu § 118 Abs. 6 EnWG und § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EnWG ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (EnVR 24/16 und EnVR 32/13) zurückzugreifen, in der dieser betone, dass als Entgelt, Preis, Geldforderung oder Rechnungsbetrag für den Netzzugang nur eine Leistung anzusehen sei, die der Netznutzer als Gegenleistung für die Inanspruchnahme des Netzes erbringe. Die in der Entscheidung aufgestellten Grundsätze würden entsprechend für den Begriff des „Rechnungsbetrags für den Netzzugang“ gemäß § 3 KAV gelten. Dass der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung keine Ausführungen zu § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV gemacht habe, stehe der Übertragbarkeit der Begrifflichkeiten nicht entgegen, sondern beruhe allein auf dem Umstand, dass er keinen Anlass für entsprechende Feststellungen gehabt habe. Dieses Ergebnis entspreche auch dem Normzweck des Regulierungskontos nach § 5 ARegV, über das lediglich Mindereinnahmen aufgrund von Prognoseunsicherheiten ausgeglichen werden sollen, hingegen keine aufgrund von Versäumnissen des Netzbetreibers entstandenen Mindereinnahmen. Da die Beschwerdeführerin die Entgelte hier nicht rechtskonform gebildet habe, liege aber gerade ein Versäumnis des Netzbetreibers vor.

Schließlich bestätige auch die Genese ihre Sichtweise. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin habe sich die Verordnungsänderung im Jahr 2005 inhaltlich nicht darin erschöpft, den Begriff des „Rechnungsbetrages für den Netzzugang“ in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV nunmehr in Abgrenzung zum Rechnungsbetrag für den Netzzugang

inklusive der Energielieferung zu sehen. Ziel der damaligen Verordnungsänderung sei die nachhaltige, preisgünstige, umweltverträgliche und auch langfristig jederzeit gesicherte Energieversorgung gewesen. Mit diesem Ziel sei es nicht vereinbar, den Begriff „Rechnungsbetrag für den Netzzugang“ weit auszulegen und auf Bestandteile zu erstrecken, die nicht zu den Netzentgelten zählten.

Soweit die Beschwerdeführerin Umsatzsteuernachzahlungen, die das Verhältnis zur Gemeinde betreffen, über das Regulierungskonto auf die Gesamtheit der Netzkunden abwälzen wolle, sei dieses Vorgehen nicht von § 5 Abs. 1 S. 1 ARegV i.V.m. § 3 KAV gedeckt. Der Begriff „Rechnungsbetrag für den Netzzugang“ in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV meine nicht den steuerlichen Bruttopreis mit der Folge, dass sich der Rabatt nicht auf den Bruttobetrag (inklusive Umsatzsteuer) beziehe. Dies folge bereits aus § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV, der vorsehe, dass die Preisnachlässe in der Rechnung offen auszuweisen seien. Der Wortlaut spreche dafür, den Preisnachlass rein auf den für den Netzzugang ausgewiesenen Rechnungsbetrag zu beziehen. Die Umsatzsteuer werde vom Rabatt nicht umfasst, da diese nicht als Gegenleistung für den Netzzugang erbracht werde. Es liege nahe, dass sich die von § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV geforderte Ausweisung des Preisnachlasses auf § 14 Abs. 4 S. 1 Nr. 7 UStG beziehe, wonach in einer Rechnung eine Angabe über „jede im Voraus vereinbarte Minderung des Entgelts, sofern sie nicht bereits im Entgelt berücksichtigt ist,“ enthalten sein müsse. Im Umkehrschluss könne also gefolgert werden, dass der in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV verwendete Begriff „Rechnungsbetrag“ den umsatzsteuerrechtlichen Begriff „Entgelt“ nach § 10 Abs. 1 S. 2 UStG meine und sich daher abzüglich der für die Leistung gesetzlich geschuldeten Umsatzsteuer verstehe. Hierfür spreche auch, dass der Verordnungsgeber in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV die Begriffe „unentgeltlich“ und „Vorzugspreis“ im selben Kontext verwende. Etwas anderes folge auch nicht aus der Gesetzessystematik, insbesondere im Hinblick auf den in § 4 KAV geregelten Begriff des „Entgelts“. Der Rechnungsbetrag weise lediglich die Geldforderung für das Entgelt – hier also die Gegenleistung für die Inanspruchnahme des Netzes - aus. Beide Begriffe seien zwar nicht identisch im Rechtssinne, aber faktisch deckungsgleich. In gesetzessystematischer Hinsicht sei darüber hinaus zu beachten, dass der Bundesgerichtshof in Bezug auf insolvenzbedingte Forderungsausfälle bereits festgestellt habe, dass § 5 Abs. 1 S. 1 ARegV die Vorgabe des § 21 Abs. 2 S. 4 EnWG umsetze, die Netzbetreiber von den Auswirkungen jährlich schwankender Verbrauchsmengen auf ihre gesamten Erlöse zu

entlasten (Beschluss v. 10.11.2020, EnVZ 5/20, Rn. 8, juris). Soweit der Bundesgerichtshof entschieden habe, dass es nicht geboten sei, auch insolvenzbedingte Einnahmeschwankungen auszugleichen, könne nichts anderes in Bezug auf die hier infrage stehenden Einnahmeschwankungen wegen nachzuzahlender Umsatzsteuern gelten. Die rechtshistorischen Argumente der Beschwerdeführerin überzeugten nicht. Es sei unstrittig, dass die Umsatzsteuer in der Vergangenheit von der Gemeinde gezahlt worden sei. Es erschließe sich daher nicht, warum eine Umsatzsteuernachzahlung durch Dritte zu erbringen sein solle. Die Einschätzung des Bundesfinanzministeriums berühre die regulative Einordnung des Kommunalrabatts als Mindererlös in den erzielbaren Erlösen nach § 5 Abs. 1 S. 1 ARegV nicht. Zur Genese habe das Oberlandesgericht Schleswig-Holstein zudem mit Beschluss vom 22.03.2021, Az.: 53 Kart 17/20, S. 9 f zutreffende Ausführungen gemacht. Sollte der erkennende Senat die Auffassung der Beschwerdeführerin betreffend die Position Umsatzsteuernachzahlungen dem Grunde nach teilen, hinsichtlich des sonstigen Umfangs des Kommunalrabatts jedoch der Ansicht der Bundesnetzagentur folgen, wäre der Beschwerde nicht in voller Höhe stattzugeben. Zum einen wären in diesem Fall jedenfalls nicht die auf die Jahre 2014 bis einschließlich 2016 entfallenden Umsatzsteuern im Regulierungskonto für das Jahr 2017 einsetzbar, sondern nur die tatsächlich auf das Steuerjahr 2017 entfallenden Rückzahlungen, vgl. § 5 Abs. 1 S. 1 ARegV. Zum anderen wäre auch die Bemessungsgrundlage um die streitgegenständlichen Positionen wie Entgelte für Messstellenbetrieb etc. zu reduzieren.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang und das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen.

## **B.**

Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist sie als Verpflichtungsbeschwerde nach § 75 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 EnWG statthaft. Sie hat in der Sache indes keinen Erfolg.

**I.** Zu Recht hat die Bundesnetzagentur auf den Antrag der Beschwerdeführerin bei der Bestimmung der tatsächlich erzielbaren Erlöse gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 ARegV die Rabatte auf Abgaben, Umlagen und auf Entgelte für den Messstellenbetrieb, Messung und Abrechnung in Höhe von insgesamt ... Euro unberücksichtigt gelassen und die von der Beschwerdeführerin mitgeteilten erzielbaren Erlöse um diesen Betrag erhöht.

1. Nach § 5 Abs. 1 S. 1 ARegV wird die Differenz zwischen den nach § 4 ARegV zulässigen Erlösen und den vom Netzbetreiber unter Berücksichtigung der tatsächlichen Mengenentwicklung erzielbaren Erlösen jährlich vom Netzbetreiber ermittelt und auf dem Regulierungskonto verbucht. Der Ordnungsgeber hat dies damit begründet, dass die Vorgabe von Erlösobergrenzen über eine mehrjährige Regulierungsperiode mit Prognoseunsicherheiten behaftet ist, 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 Änderungen zu übermäßigen Preisschwankungen führen und um nicht prognostizierbare oder nicht beeinflussbare Abweichungen adäquat berücksichtigen zu können, werden die Abweichungen von den zulässigen Erlösen über den Zeitraum einer Regulierungsperiode auf einem Regulierungskonto verbucht und im Verlauf der nächsten Regulierungsperiode abgebaut (BR-Drs. 417/07, S. 45). Im Rahmen des Regulierungskontos wird mithin das Prognoserisiko hinsichtlich der abgesetzten Menge bei der Netzentgeltbildung nach § 20 StromNEV bzw. § 16 GasNEV neutralisiert (Held in: Holznagel/Schütz, ARegV, 2. Aufl., § 5 Rn. 1). Die Mengeneffekte sind derart zu berücksichtigen, dass etwaige Mehr- oder Mindererlöse aus Verbrauchsschwankungen keine nachhaltigen Auswirkungen auf den Gesamterlös des Netzbetreibers haben dürfen (Stoltefuß/Ahnsehl in: BerIK-EnR, 4. Aufl., § 5 ARegV Rn. 2). Durch das Abstellen auf die „erzielbaren Erlöse“ anstelle der ursprünglich im Regierungsentwurf enthaltenen Formulierung „tatsächlich erzielte Erlöse“ wird klargestellt, dass das Regulierungskonto lediglich die Mindereinnahmen aufgrund von Prognoseunsicherheiten abgleichen soll, nicht jedoch solche aufgrund von Versäumnissen des Netzbetreibers (BR-Drucks. 417/07 (Beschl.), S. 2).

Die hier streitgegenständlichen, von der Beschwerdeführerin im Jahr 2017 der Gemeinde gewährten Rabatte auf Abgaben, Umlagen und auf Entgelte für den Messstellenbetrieb, Messung und Abrechnung können danach schon deshalb nicht erlösmindernd bei der Berechnung der erzielbaren Erlöse berücksichtigt werden, weil es sich nicht um nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV abweichend vom grundsätzlich geltenden Nebenleistungsverbot ausnahmsweise zulässige Nebenleistungen handelt und nur ein rechtmäßig eingeräumter Rabatt die „erzielbaren Erlöse“ mindern kann. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV, wonach Preisnachlässe für den in Niederspannung oder Niederdruck

abgerechneten Eigenverbrauch der Gemeinde bis zu 10 vom Hundert des Rechnungsbetrags für den Netzzugang zulässig sind, ist nicht einschlägig, da hiervon nur ein Rabatt auf das Entgelt für den Netzzugang, d.h. den Arbeits-, Leistungs- und Grundpreis, erfasst ist, nicht aber ein Rabatt auf Abgaben, Umlagen und auf Entgelte für den Messstellenbetrieb, Messung und Abrechnung als weitere, mit dem Netzzugang lediglich in Zusammenhang stehende Rechnungsbestandteile. Dies folgt bei der gebotenen Auslegung des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV aus systematischen und teleologischen Erwägungen.

**1.1.** Entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur lässt sich allerdings nicht schon dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV, der als Bemessungsgrundlage des Rabatts den „Rechnungsbetrag für den Netzzugang“ vorsieht, unmissverständlich entnehmen, dass dieser nur das Entgelt für den eigentlichen Zugang umfasst. Gleichmaßen impliziert der Wortlaut aber auch nicht das von der Beschwerdeführerin vertretene weite Verständnis im Sinne des gesamten, im Zusammenhang mit der Netznutzung stehenden Rechnungsbetrags.

**1.1.1.** In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist zwischenzeitlich geklärt, dass als „Entgelt für den Netzzugang“ nach allgemeinen Grundsätzen nur eine Leistung angesehen werden kann, die der Netznutzer erbringt oder die jedenfalls auf Veranlassung des Netznutzers als Gegenleistung für die Inanspruchnahme des Netzes erbracht wird.

Dieses zunächst zu § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 3 EnWG entwickelte Begriffsverständnis (Beschluss v. 06.10.2015, EnVR 32/13, Rn. 18 ff., juris - Netzentgeltbefreiung I) hat der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss vom 20.06.2017 (EnVR 24/16, Rn. 10 ff., juris - Netzentgeltbefreiung III) auch für den Befreiungstatbestand des § 118 Abs. 6 EnWG für anwendbar erklärt. Zahlungen, die mit der Nutzung des Netzes durch den Netznutzer in Verbindung stehen, ohne Gegenleistung für die Inanspruchnahme des Netzes zu sein, zählen danach nicht zu den „Entgelten für den Netzzugang“. Zu solchen mit der Netznutzung in Verbindung stehenden Leistungen, deren Vereinnahmung lediglich anlässlich der Erhebung von Netzentgelten erfolgt, zählen etwa die gesetzlichen Umlagen nach § 26 KWKG, § 19 Abs. 2 StromNEV, § 17f EnWG und § 18 AbLAV, die der Kompensation von Mindererlösen des Netzbetreibers aus dem Netzbetrieb oder der Weiterreichung der Kosten für geleistete Zahlungen an Dritte an die Letztverbraucher dienen, und die Konzessionsabgaben nach der KAV (zu alledem BGH a.a.O., Rn. 13, vgl. auch bereits vorangehend Senat, Beschluss v. 09.03.2016, VI-3 Kart 17/15

[V], Rn. 58, juris, wonach es sich bei diesen Leistungen - ausgehend von dem eindeutigen Wortlaut des § 17 Abs. 2 StromNEV - um ein von dem eigentlichen Netzentgelt zu unterscheidendes Aliud handelt). Der Bundesgerichtshof geht somit ersichtlich von einem einheitlichen energiewirtschaftsrechtlichen Begriffsverständnis des „Entgelts für den Netzzugang“ aus, wenn er diesen sowohl im Anwendungsbereich des § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 3 EnWG als auch im Anwendungsbereich des § 118 Abs. 6 EnWG „nach den allgemeinen Grundsätzen“ als Leistung definiert, die der Netznutzer erbringt oder die jedenfalls auf Veranlassung des Netznutzers als Gegenleistung für die Inanspruchnahme des Netzes erbracht wird.

**1.1.2.** Im Lichte dieser Rechtsprechung liegt wegen der expliziten Anknüpfung an den Netzzugang, der den „Rechnungsbetrag“ inhaltlich konkretisiert, ein Verständnis der streitgegenständlichen Formulierung dahingehend nahe, dass lediglich der auf den Netzzugang selbst bezogene Rechnungsbetrag gemeint ist, d.h. das Netzentgelt im eigentlichen Sinne als Leistung, die der Netznutzer erbringt oder die jedenfalls auf Veranlassung des Netznutzers als Gegenleistung für die Inanspruchnahme des Netzes erbracht wird.

**1.1.3.** Gleichzeitig ist bei einer rein semantischen Betrachtung allerdings auch ein weitergehendes Verständnis der Formulierung „Rechnungsbetrag für die Netznutzung“ nicht ausgeschlossen, ohne dass diese zu der zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung in Widerspruch stünde. Rechnungsbetrag wird im allgemeinen Sprachgebrauch als „Gesamt-, Endbetrag einer Rechnung“ verstanden (vgl. [duden.de](http://duden.de)). Bestandteil der für die Netznutzung erstellten Gesamtrechnung sind neben dem Leistungsentgelt für die eigentliche Netznutzung noch weitere Entgeltkomponenten, nämlich die vom Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung zu § 118 Abs. 6 EnWG in Bezug genommenen, mit der Netznutzung in Verbindung stehenden Zahlungen. Wenn man bei der Auslegung des Wortlauts dieses Begriffsverständnis des „Rechnungsbetrags“ in den Vordergrund stellt, lässt sich der Wortlaut des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV auch dahingehend interpretieren, dass der gesamte Rechnungsbetrag in Bezug genommen wird, d.h. neben den Netzentgelten im eigentlichen Sinne auch die weiteren Rechnungskomponenten, die mit der Netznutzung im Zusammenhang stehen. Ein solches Verständnis entspricht der - im Wesentlichen vor den vorzitierten höchstrichterlichen Entscheidungen entwickelten - h.M. in der Literatur (Schöne in: Kermel, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und -abgaben, 2012, Kap. 3 Rn. 17; Gerbatsch/Walter in:

Praxiskommentar Energierecht, Stand 06/15, § 48 EnWG Rn. 207; Kermel in: BerlK-EnR, a.a.O., § 3 KAV Rn. 10).

**1.2.** Gesetzeshistorische Erwägungen führen bei der Auslegung des Begriffs „Rechnungsbetrag für den Netznutzgang“ mit Blick auf die hier streitgegenständlichen Rabatte auf Abgaben, Umlagen und auf Entgelte für den Messstellenbetrieb, Messung und Abrechnung ebenfalls zu keinem eindeutigen Befund.

**1.2.1.** Nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV in der zum 01.01.1992 in Kraft getretenen Fassung waren - unter der weiteren Voraussetzung der offenen Ausweisung in der Rechnung - Preisnachlässe für den nach Tarifpreisen abgerechneten Eigenverbrauch der Gemeinde bis zu 10 vom Hundert „des Rechnungsbetrages“ zulässig. Die Rabattierbarkeit erstreckte sich somit einschränkungslos auf den gesamten Rechnungsbetrag für den Eigenverbrauch, was ausweislich der Verordnungsbegründung „einer langen Tradition und geltendem Recht“ entsprach (BR-Drs. 686/91, S. 18). Hieraus lassen sich indes keine belastbaren Rückschlüsse darauf ziehen, dass der Verordnungsgeber mit dem „Rechnungsbetrag“ bewusst ein weites Verständnis dahingehend verbunden hätte, dass damit alle Entgelte für verbrauchte Energie, für die Netznutzung und für sonstige mit der Netznutzung in Zusammenhang stehende Leistungen umfasst sein sollten. Gerade weil zur damaligen Zeit die Energielieferung und Netznutzung „aus einer Hand“ erbracht wurden und damit insgesamt als Eigenverbrauch in Rechnung gestellt und rabattiert werden konnten, liegt es nahe, dass der Gesetzgeber mit dem „Rechnungsbetrag“ eine geeignete Bemessungsgröße für den Rabattbetrag bezeichnen wollte (in diesem Sinne auch OLG Schleswig, Beschluss v. 15.03.2020, 53 Kart 17/20, Umdruck S. 9, Anlage BG 3, n.v.). Dafür, dass er dem „Rechnungsbetrag“ darüber hinausgehend einen inhaltlichen Bedeutungsgehalt im Sinne der Bezeichnung des Gesamt- oder Endbetrags beigemessen hätte, der auch die mit der Netznutzung im Zusammenhang stehenden Positionen umfasst, lassen sich in der Gesetzesbegründung keine Anhaltspunkte finden. Der Gesetzgeber hat ausweislich der Gesetzesbegründung maßgeblich auf die uneingeschränkte Rabattierbarkeit des gesamten Eigenverbrauchs abgestellt, so dass nicht ersichtlich ist, dass er eine Regelung mit Blick auf sonstige Rechnungspositionen hätte treffen wollen, die nicht unmittelbar den Eigenverbrauch abrechnen, sondern lediglich aus Anlass desselben anfallen.

**1.2.2.** Belastbare Anhaltspunkte für die Auslegung der streitgegenständlichen Formulierung finden sich auch nicht in der Begründung des zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, mit dem die Worte „des Rechnungsbetrags“ durch die Wörter „für den Netzzugang“ ergänzt wurden, dies nach der insoweit kurz gehaltenen Gesetzesbegründung zur formalen Anpassung der KAV an die neuen gesetzlichen Rahmenbedingungen (BT-Drs. 15/3917, S. 77). Die neuen gesetzlichen Rahmenbedingungen sind dabei die Entflechtungsvorschriften, die in Umsetzung des Binnenmarktpakets für die leitungsgebundene Energieversorgung ergangen sind. Die durch den Gesetzgeber eingeführte Begrenzung der Rabattierung auf den Netzzugang ist angesichts der Anbindung der Konzessionsabgaben an den Netzbetrieb konsequent. Der die Konzession innehabende Netzbetreiber kann aufgrund seiner regelmäßig nicht mehr vorhandenen Lieferantenstellung keinen Rabatt auf die Preise für Stromlieferungen, die von einem anderen Unternehmen geleistet werden, gewähren (Kermel in: BerlK-EnR, a.a.O., § 3 KAV Rn. 12). Hieraus wird zutreffend der Schluss gezogen, dass der Preisnachlass nach dem Willen des Gesetzgebers nunmehr nicht mehr auf den vollständigen „integrierten“ Preis, sondern auf den Preis des reinen Netzbetriebs bezogen ist (Schöne in: Kermel, a.a.O., Kap. 3 Rn. 17; Kermel in: BerlK-EnR, a.a.O., § 3 KAV Rn. 10). Dass der Ordnungsgeber durch die Ordnungsänderung über die durch die Entflechtung bedingte Anknüpfung an den Netzbetrieb hinaus ein gegenüber der ursprünglichen Fassung der Vorschrift weitergehendes Verständnis hätte begründen wollen, d.h. insbesondere den Begriff „Rechnungsbetrag“ bewusst im Sinne eines „Gesamtrechnungsbetrages“ einschließlich der nicht das eigentliche Netznutzungsentgelt betreffenden Rechnungspositionen verstanden wissen wollte, ist dabei nicht ersichtlich. Dies gilt umso mehr, als solche Rechnungspositionen im Jahr 2005 noch eine geringere wirtschaftliche Bedeutung hatten. So stellen die im Jahr 2005 noch nicht existierenden gesetzlichen Umlagen gemäß § 19 Abs. 2 StromNEV, §§ 26, 26a KWKG, § 17f Abs. 5 EnWG und § 18 AbLaV unter den sonstigen Rechnungspositionen, die den konzessionsgebenden Gemeinden in Rechnung gestellt werden, eine gewichtige Position dar.

**1.3.** Für das von der Bundesnetzagentur vertretene enge Verständnis des Begriffs des „Rechnungsbetrags für den Netzzugang“ spricht maßgeblich die systematische Auslegung der Vorschrift.

**1.3.1.** Zunächst handelt es sich bei dem Kommunalrabatt um eine Regelung, die eine Ausnahme von dem grundsätzlichen Nebenleistungsverbot des § 3 KAV normiert und

die deshalb grundsätzlich eng auszulegen ist (Theobald/Templin in: Theobald/Kühling, Energierecht, 110. EL, § 3 KAV Rn. 43; Schöne in: Kermel, a.a.O., Kap. 3 Rn. 12).

**1.3.2.** Die systematischen Erwägungen, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im vorzitierten Beschluss „Netzentgeltbefreiung III“ vom 20.06.2017 gegen eine Anwendung des § 118 Abs. 6 S. 2 EnWG auf gesetzliche Umlagen, Konzessionsabgaben und Entgelte für den Messstellenbetrieb, die Messung und die Abrechnung sprechen, lassen sich zudem auf den Streitfall übertragen. Der Bundesgerichtshof hat diesbezüglich ausgeführt, dass Regelungen zu den Voraussetzungen und dem Umfang einer Befreiung oder Beschränkung der gesetzlichen Umlagen oder Konzessionsabgaben in den einzelnen Spezialgesetzen normiert sind, was den gesetzgeberischen Willen erkennen lasse, dass insoweit eine – konkurrierende – Anwendung des § 118 Abs. 6 S. 2 EnWG ausgeschlossen sein soll (BGH a.a.O., Rn. 15). Ein auf gesetzliche Umlagen und Konzessionsabgaben vereinbarter Kommunalrabatt stellt einen mit einer Befreiung von einer entsprechenden Zahlungspflicht vergleichbaren Tatbestand dar, der zu den diesbezüglichen spezialgesetzlichen Regelungen in Konkurrenz treten würde.

Zwar wird die Gemeinde nicht bereits im Ausgangspunkt von der Zahlungspflicht befreit, wenn ihr ein Preisnachlass als Gegenleistung für die Gewährung des Wegerechts gewährt wird. Durch die Gewährung eines solchen Rabattes würde die Frage, wer die in Rede stehenden Umlagen und Konzessionsabgaben im wirtschaftlichen Ergebnis zu tragen hat, jedoch ebenfalls abweichend von den hierfür geschaffenen spezialgesetzlichen Regelungen beantwortet. Nach den einschlägigen spezialgesetzlichen Regelungen sind die Umlagen und Abgaben als zusätzlich zum Netzentgelt zu erhebende Entgeltkomponente nach den Maßgaben des Umlagemechanismus von den Netznutzern zu tragen. Der spezifische Umlagemechanismus ist dabei abschließend ausgestaltet, eine Berücksichtigung von Netzentgeltminderungen oder -befreiungen über das Regulierungskonto ist regulatorisch nicht vorgesehen. Von den Regelungen des spezifischen Umlagesystems aber würde in systemwidriger Weise auch dann abgewichen, wenn infolge der Gewährung eines Kommunalrabattes auf diese Positionen ein einzelner Netznutzer, hier die Gemeinde, zulasten der Gesamtheit der Netznutzer teilweise - in Höhe von 10 % - im wirtschaftlichen Ergebnis von der Zahlungspflicht befreit und der entsprechende Betrag wiederum sozialisiert würde. Insoweit begründet es keinen qualitativen Unterschied, ob die Abweichung von den Vorgaben des spezifischen

Umlagesystems wie im vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall die rechtliche Gestalt einer Befreiung von der Entgeltspflicht hat oder durch eine vertragliche Regelung innerhalb des konzessionsvertraglichen Austauschverhältnisses zwischen Netzbetreiber und Netznutzer begründet werden kann.

Diese an gesetzliche Umlagen und Konzessionsabgaben anknüpfenden Überlegungen sprechen unabhängig davon für eine enge Auslegung des „Rechnungsbetrags für den Netzzugang“, dass sie nicht auf alle denkbaren Rechnungspositionen, die im Zusammenhang mit dem Netznutzungsentgelt abgerechnet werden, übertragbar sind. Denn für ein insoweit differenzierendes Verständnis bietet der Wortlaut des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV keinerlei Anhalt.

**1.3.3.** Demgegenüber kann aus dem Umstand, dass in § 4 Abs. 1 S. 1 KAV die Formulierung „Entgelte für den Netzzugang“ Verwendung findet, nicht geschlossen werden, dass wegen der sprachlichen Abweichung zu der Formulierung „Rechnungsbetrag für den Netzzugang“ auch eine inhaltliche Differenzierung geboten ist, d.h. der Verordnungsgeber den „Rechnungsbetrag für den Netzzugang“ ersichtlich nicht im Sinne des eigentlichen Netzentgeltes, also im von der Bundesnetzagentur vertretenen engen Sinne ohne Einbeziehung der darüber hinausgehenden, sonstigen Rechnungspositionen verstanden wissen wollte.

Die unterschiedlichen Begrifflichkeiten schließen im Streitfall ein synonymes Verständnis nicht aus, weil sich die sprachlichen Unterschiede bereits durch die unterschiedlichen Regelungsgegenstände der Vorschriften erklären lassen. § 4 KAV normiert das Gebot der Transparenz für den Verbraucher. Wenn es dort in Abs. 1 S. 1 heißt, dass die Konzessionsabgaben in den Entgelten für den Netzzugang und allgemeinen Tarifen auszuweisen sind, so wird allgemein die Tarifgestaltung adressiert. Der „Rechnungsbetrag für den Netzzugang“ in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV stellt hingegen die konkrete Bezugsgröße dar, nach der sich der Kommunalrabatt berechnet, d.h. der Terminus bezieht sich auf einen spezifischen, für den Einzelfall ermittelten Rechnungsbetrag. Schon diese Differenzierung zwischen konkreter Bezugsgröße einerseits und allgemeiner Tarifaufweisung andererseits vermag deshalb die semantischen Unterschiede zwischen den verwendeten Begrifflichkeiten zu erklären. Dafür, dass der Verordnungsgeber die unterschiedlichen Begrifflichkeiten gerade mit Blick auf eine unterschiedliche inhaltliche Reichweite - Netzentgelt in § 4 Abs. 1 S. 1 KAV, Netzentgelt

sowie sonstige Rechnungspositionen in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV - gewählt hätte, lassen sich keine belastbaren Anhaltspunkte finden.

Unabhängig hiervon bestehen auch deshalb Zweifel daran, dass der Gesetzgeber die Begriffe „Rechnungsbetrag“ in § 3 KAV und „Entgelt“ in § 4 KAV bewusst verwendet hat, um dadurch die von der Beschwerdeführerin vertretene inhaltliche Differenzierung zum Ausdruck zu bringen, weil die Wortwahl in den §§ 3 f. KAV nicht immer präzise ist. Dies verdeutlicht bereits die Formulierung, dass Konzessionsabgaben in den Entgelten auszuweisen sind, was ein Verständnis von Konzessionsabgaben als Teil der Netzentgelte nahelegt. Dies sind sie aber auch nach Auffassung der Beschwerdeführerin nicht, sondern lediglich im Zusammenhang mit der Netznutzung anfallende Entgelte (vgl. zur erforderlichen Unterscheidung zwischen dem Begriff der Konzessionsabgaben und dem Begriff der Netzentgelte Theobald/Templin in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 4 KAV Rn. 9). Darüber hinaus verwendet der Gesetzgeber in § 3 KAV die Begriffe „Rechnungsbetrag“, „Entgelt“ („unentgeltlich“, „ohne angemessenes Entgelt“) und „Preis“ („Preisnachlass“, „zum Vorzugspreis“), ohne dass im Einzelfall erkennbar wäre, worauf diese Differenzierung beruht.

**1.4.** Die hiernach systematisch gebotene, enge Auslegung der streitgegenständlichen Klausel „Rechnungsbetrag für die Netznutzung“ wird auch dem Sinn und Zweck des § 3 KAV gerecht.

§ 2 KAV regelt die Bemessung der Konzessionsabgaben, die nur in Cent pro gelieferter Kilowattstunde vereinbart werden dürfen, und deren zulässige Höhe im Sinne einer Höchstpreisregelung. Weitere Leistungen, die neben oder anstelle von Konzessionsabgaben treten, sog. Nebenleistungen, sind dabei nur nach Maßgabe des § 3 KAV zulässig. Da die höherrangige Zweckbestimmung des § 1 Abs. 1 EnWG im Konzessionsabgabenrecht als Teil des Energiewirtschaftsrechts ebenfalls gilt (BGH Beschluss v. 07.10.2014, EnZR 86/13, Rn. 33, juris), dienen die preisrechtlichen Vorgaben, die den Vertragspartnern des Konzessionsvertrags gemacht werden, einer sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas (Theobald/Templin in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 1 KAV Rn. 2). Dabei hat der Ordnungsgeber bereits bei Einführung der KAV besonders die durch die Konzessionsabgaben entstehende wirtschaftliche Belastung des Energieverbrauchers durch die Weitergabe der Konzessions-

sionsabgaben im Preis in den Blick genommen (BR-Drs. 686/91, S. 8). Das Nebenleistungsverbot in § 3 KAV ist deshalb maßgeblich dem Ziel der Preisgünstigkeit verpflichtet (Theobald/Templin in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 3 KAV Rn. 15), wobei ihm sowohl Kostendämpfungs- als auch Preisbegrenzungsfunktion zukommt (Kermel in: BerlK-EnR, a.a.O., § 3 Rn. 1).

An der daher gebotenen restriktiven Anwendung der Ausnahmetatbestände des § 3 KAV ändert sich nicht deshalb etwas, weil das Schutzziel der Preisgünstigkeit zwischenzeitlich grundsätzlich bereits durch die Regulierung der Netzentgelte erreicht wird (BGH, Beschluss v. 07.10.2014, EnZR 86/13, Rn. 43, juris; weiterführend Theobald/Templin in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 3 KAV Rn. 18 ff.) und somit das Schutzbedürfnis der Energieverbraucher zwischenzeitlich geringer einzuordnen ist als bei Einführung von § 3 KAV. Bei einer Rabattfähigkeit des Gesamtrechnungsbetrags einschließlich der über die Netzentgelte im eigentlichen Sinne hinausgehenden weiteren Rechnungspositionen, die an den Tatbestand der Netznutzung anknüpfen, würde der Umfang der zulässigen Kommunalrabatte eine gewisse Unschärfe aufweisen, etwa weil darunter gesetzliche Umlagen fallen, die erst sukzessive hinzutreten. Eine uferlose, mit dem Willen des Ordnungsgebers schon im Ausgangspunkt nicht vereinbare Ausweitung des § 3 KAV ist zwar nicht zu befürchten, da die Rechnungspositionen, die an die Netznutzung anknüpfen, durch den Gesetz- bzw. Ordnungsgeber determiniert werden oder, wenn es sich um vertraglich vereinbarte Nebenleistungen handelt, im hochregulierten Bereich der Netznutzung jedenfalls auf eine gesetzliche Grundlage zurückzuführen sein müssen. Gleichwohl läuft es dem Grundsatz der Preisgünstigkeit zuwider, wenn der Kommunalrabatt in seiner Höhe in erheblichem Umfang von im Einzelnen noch nicht absehbaren Entgelten oder Leistungen abhängen würde.

**1.5.** Nach alledem kann dahinstehen, ob eine Abbildung der hier streitgegenständlichen Preisnachlässe auf Abgaben, Umlagen und auf Entgelte für den Messstellenbetrieb, Messung und Abrechnung über das Regulierungskonto nach § 5 Abs. 1 S. 1 ARegV unabhängig hiervon auch deshalb ausgeschlossen ist, weil eine solche schon im Ausgangspunkt nicht der Berücksichtigung einer Erlösdifferenz dient, die sich aus der Abweichung der prognostizierten Mengen, die in die Verprobungsrechnung eingeflossen sind, und den tatsächlich abgesetzten Mengen ergibt.

**2.** Die von der Beschwerdeführerin beanstandete Vorgehensweise der Bundesnetzagentur ist auch nicht aus sonstigen Gründen rechtswidrig.

**2.1.** Die Nichtberücksichtigung des Kommunalrabattes ist nicht wegen des Grundsatzes der Selbstbindung der Verwaltung, der die Behörde verpflichtet, eine durch Verwaltungsvorschriften vorgegebene oder durch tatsächliche Übung entstandene Verwaltungspraxis bei der Ausübung eines Ermessensspielraums einzuhalten (etwa BGH, Beschluss v. 23.06.2009, EnVR 19/08, Rn. 9; Beschluss v. 17.07.2018, EnVR 12/17, Rn. 26, juris), zu beanstanden. Denn streitgegenständlich ist allein die Frage der Zulässigkeit der Gewährung eines vertraglich vereinbarten Kommunalrabattes auf die im Zusammenhang mit der Netznutzung stehenden Rechnungspositionen, die anhand der gesetzlichen Vorgaben zu beantworten ist. Da die Gewährung von Kommunalrabatten unzulässig ist, wenn sie nicht von § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV gedeckt ist, und die vertragliche Abrede über ihre Einräumung nach § 134 BGB (teil-)nichtig (BGH, Beschluss v. 07.04.2014, EnVR 86/13 – Stromnetz Olching), können sie nach dem Sinn und Zweck des Regulierungskontos nicht im Rahmen der erzielbaren Erlöse i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 1 ARegV Berücksichtigung finden. Ein Ermessensspielraum der Bundesnetzagentur bei der Beurteilung dieser Rechtsfrage besteht nicht. Eine etwaige entgegengesetzte vormalige Verwaltungspraxis der Bundesnetzagentur wäre damit rechtswidrig und unbeachtlich („keine Gleichheit im Unrecht“).

**2.2.** Die beanstandete Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur begegnet entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin auch keinen vertrauensschutzrechtlichen Bedenken. Eine Verletzung des in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rückwirkungsverbots bzw. der an dieses anknüpfenden rechtsstaatlichen Vertrauensschutzgrundsätze, denen das Verwaltungshandeln unterworfen ist, liegt nicht vor.

Das Vorgehen der Bundesnetzagentur ist unter Vertrauensschutzgesichtspunkten selbst dann nicht zu beanstanden, wenn man die Regulierungspraxis an den strengen verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Rückwirkung von Gesetzen misst (vgl. zu dem an eine Ermessensentscheidung anzulegenden Maßstab BGH, Beschluss v. 12.06.2018, EnVR 29/16, Rn. 29, unter Verweis auf den Beschluss v. 12.06.2016, EnVR 15/15 - Unbefristete Genehmigung; vgl. auch Beschluss v. 11.02.2020, EnVR 122/18, Rn. 20 zur rückwirkenden Anpassung von Erlösobergrenzen infolge der Festlegung des Qualitätselements).

**2.2.1.** Ein Fall einer echten Rückwirkung, die aus Vertrauensschutzgesichtspunkten grundsätzlich unzulässig ist, liegt vor, wenn der Gesetzgeber die Rechtsfolge eines der Vergangenheit zugehörigen Verhaltens nachträglich belastend ändert (st. Rspr., etwa BVerfG, Beschluss v. 10.10.2012, 1 BvL 6/07, Rn. 41, juris, m.w.N.). Nach den allgemeinen Grundsätzen zur echten Rückwirkung stehen allerdings Gesetze, deren Inhalt mangels Vertrauens bzw. mangels Schutzwürdigkeit des Vertrauens nicht zur Grundlage von Entscheidungen und Dispositionen des Bürgers werden können, auch bei rückwirkender Änderung der Entscheidung des Gesetzgebers offen (Grzeszick in: Maunz/Dürig, GG, 94. EL, Art. 20, VII., Rn. 74). Das Vertrauen ist nicht schutzwürdig, wenn der Betroffene nach der rechtlichen Situation in dem Zeitpunkt, auf den der Eintritt der Rechtsfolge zurückbezogen wird, mit dieser Regelung rechnen musste (vgl. BGH, Beschluss v. 12.06.2018, EnVR 29/16 Rn. 29 unter Hinweis auf BVerfGE 19, 187, 196; 81, 228, 239; BGH, Beschluss v. 31.01.2012, EnVR 16/10, Rn. 25, juris – Gemeindewerke Schutterwald).

**2.2.2.** Es kann im Streitfall dahinstehen, ob die Regulierungspraxis, nur auf das „Arbeitsentgelt, den Leistungs- und Grundpreis“ bezogene Kommunalrabatte anzuerkennen, die die Bundesnetzagentur mit Schreiben an die Verteilernetzbetreiber vom 14.09.2018 (Anlage BG 2) erstmals angekündigt hat, schon im Ausgangspunkt eine „echte Rückwirkung“ im Sinne der genannten Rechtsprechung im Hinblick auf noch nicht genehmigte Regulierungskontosalden entwickeln könnte. Jedenfalls fehlt es an Anknüpfungstatsachen für ein geschütztes Vertrauen der Beschwerdeführerin darauf, dass die Bundesnetzagentur auch die auf die hier streitigen sonstigen Rechnungspositionen gewährten Kommunalrabatte erlösmindernd auf dem Regulierungskonto berücksichtigt, d.h. die Rabattierungspraxis der Beschwerde-führerin billigt.

**2.2.2.1.** Eine belastbare Regulierungspraxis, auf die ein schützenswertes Vertrauen der Netzbetreiber gründen könnte, lässt sich für den Zeitraum vor dem 14.09.2018 nicht feststellen. Die Bundesnetzagentur hat in ihrem im Parallelverfahren VI-3 Kart 185/20 [V] vorgelegten Schriftsatz vom 18.02.2021, dessen Inhalt ausweislich des Sitzungsprotokolls zum Gegenstand des hiesigen Verfahrens gemacht worden ist, im Einzelnen zu ihrer Regulierungspraxis vorgetragen. Danach ist in den Jahren 2009 bis 2012 keine gesonderte Abfrage des Kommunalrabattes in den Erhebungsbögen zu den erzielbaren Erlösen erfolgt, so dass Netzbetreiber hilfsweise eine Erlösminderung in der Position „Erlöse aus sonstigen nicht genehmigungsbedürftigen Entgelten“ unter Verweis auf § 3 KAV als Summenwert eingetragen hatten. In den Jahren 2013 bis

2016 hat sie zwar „Erlösminderungen aus Vereinbarungen gemäß § 3 KAV“ abgefragt, aber ohne dass nachvollziehbar gewesen wäre, worauf sich diese Rabattierung genau bezieht. Erst auf Basis einer individuellen Nachfrage und einer nachgelieferten konkreten Aufschlüsselung sind für diese Jahre bei Netzbetreibern Kürzungen vorgenommen worden. Seit dem Jahr 2017 erfolgt im Erhebungsbogen für den Antrag zum 30.06.2018 eine differenzierte Abfrage der Erlösminderungen.

Die nicht nach Netzentgelt einerseits und sonstigen Rechnungspositionen andererseits erfolgte Abfrage durch die Bundesnetzagentur war nicht geeignet, ein schützenswertes Vertrauen der Netzbetreiber in die Berücksichtigungsfähigkeit der anderen Rechnungspositionen zu begründen. Denn hieraus folgt nicht, dass die Bundesnetzagentur die sonstigen Rechnungspositionen für berücksichtigungsfähig erachtet hätte. Der Abfrage der „Erlösminderungen aus Vereinbarungen gemäß § 3 KAV“ lässt sich nur entnehmen, dass die Bundesnetzagentur einen danach zulässigen Kommunalrabatt anerkannte, ohne dass damit eine Aussage darüber getroffen worden ist, auf welche Rechnungsbestandteile sich aus Sicht der Bundesnetzagentur dieser zulässige Kommunalrabatt bezieht. Die Netzbetreiber hatten keinen belastbaren Anlass zu der Annahme, dass bei der Bundesnetzagentur diesbezüglich eine Willensbildung erfolgt ist. Eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung zum Umfang der zulässigen Kommunalrabatte, die die Bundesnetzagentur erkennbar hätte umsetzen wollen, existierte nicht. Sonstige Erklärungen der Bundesnetzagentur, aus denen sich ergeben könnte, dass sie sich mit dem Umfang der zulässigen Kommunalrabatte auseinandergesetzt hätte, lagen ebenso wenig vor wie konkrete Anhaltspunkte dafür, dass sich die Bundesnetzagentur mit der gelebten Berechnungspraxis in diesem Zusammenhang auseinandergesetzt hätte, zumal ihr keine diesbezüglichen Unterlagen wie Rechnungen, aus denen sich für sie eine solche Praxis hätte ergeben können, vorzulegen waren. Damit lagen für die Beschwerdeführerin keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Bundesnetzagentur ihre konkrete Rabattierungspraxis gebilligt hätte. Dementsprechend ist auch im Hinweisschreiben vom 14.09.2018 nicht etwa die Rede von einer Änderung der Regulierungspraxis, sondern es wird – soweit ersichtlich erstmalig – zur Behandlung des gegenüber der Gemeinde gewährten Gemeinderabatts ausgeführt, welche Positionen rabattierbar sind und welche nicht. Ohne eine für die Netzbetreiber entsprechend erkennbare Willensbildung der Bundesnetzagentur aber konnte keine gefestigte Regulierungspraxis und damit kein schutzwürdiges Vertrauen der Netzbetreiber in eine solche entstehen.

**2.2.2.2.** Hiervon abgesehen wäre ein ursprünglich entstandenes, schutzwürdiges Vertrauen der Beschwerdeführerin in die Berücksichtigungsfähigkeit der hier streitgegenständlichen Rechnungspositionen auf dem Regulierungskonto bereits mit dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 06.10.2015 (EnVR 32/13 – Netzentgeltbefreiung I), spätestens aber mit dem vom 20.06.2017 (EnVR 24/16 – Netzentgeltbefreiung III) entfallen. Denn bereits mit der ersten Entscheidung des Bundegerichtshofs zur inhaltlichen Reichweite des Begriffs des „Entgelts für den Netzzugang“ wären erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit der insoweit gewährten Kommunalrabatte mit § 3 KAV begründet gewesen, jedenfalls aber mit der bestätigenden Entscheidung vom 20.06.2017, in der nochmals verdeutlicht worden ist, dass der Bundesgerichtshof von einem allgemeinen energiewirtschaftsrechtlichen Begriffsverständnis des Netzentgelts ausgeht. Warum es der Beschwerdeführerin nicht möglich gewesen sein sollte, Anpassungen in den im Jahr 2017 den Gemeinden gestellten Rechnungen vorzunehmen, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

**2.3.** Auch wenn man in der mit Schreiben vom 14.09.2018 mitgeteilten Regulierungspraxis eine unechte Rückwirkung im Sinne einer tatbestandlichen Rückanknüpfung gemäß der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur unechten Rückwirkung von Gesetzen sehen wollte, so wäre eine solche mangels schutzwürdigen Vertrauens der Netzbetreiber nicht ausnahmsweise unzulässig. Insbesondere bedürfte es aus den dargelegten Erwägungen keiner Übergangsregelung aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten.

**II.** Zutreffend hat die Bundesnetzagentur weiterhin die regulatorischen Forderungen aus der Umsatzsteuernachzahlung auf den Kommunalrabatt in Höhe von ... Euro aus den Jahren 2014 bis 2017 nicht als erzielbare Erlöse gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 ARegV für das Jahr 2017 anerkannt. Die Gemeinde hat die Umsatzsteuer auf den Kommunalrabatt zu tragen mit der Folge, dass umsatzsteuerliche Bemessungsgrundlage für die Berechnung des Kommunalrabatts gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV der Nettowert des im Sinne der Ziffer I. ermittelten Rechnungsbetrages für den Netzzugang ist.

**1.** Die auf Netzentgelte zu zahlende Umsatzsteuer ist ebenfalls 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 nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV ausnahmsweise zulässige Nebenleistung handelt. Dies folgt aus den zu Ziffer I. gemachten Ausführungen zur Auslegung des Begriffs „Rechnungsbetrag für den Netzzugang“ in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr.

1 KAV, der aus systematischen und teleologischen Erwägungen eng auszulegen ist und nur den Arbeits-, Leistungs- und Grundpreis erfasst. Zur Begründung kann auf die unter Ziffer I. gemachten Ausführungen Bezug genommen. Lediglich ergänzend gilt:

**1.1.** Dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV, der als Bemessungsgrundlage des Rabatts auf den „Rechnungsbetrag für den Netzzugang“ abstellt, lässt sich nicht unmissverständlich entnehmen, ob der „Gesamtrechnungsbetrag“ bzw. „Bruttorechnungsbetrag“ oder der „Nettorechnungsbetrag“ gemeint ist.

Im Lichte der zuvor genannten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (Beschluss v. 06.10.2015, EnVR 32/13, Rn. 18 ff., juris – Netzentgeltbefreiung I und Beschluss v. 20.06.2017, EnVR 24/16, Rn. 10 ff, Netzentgeltbefreiung III) liegt bei Hervorhebung des Begriffsbestandteils „Netzzugang“, der den „Rechnungsbetrag“ inhaltlich konkretisiert, ein Abstellen auf die Gegenleistung für die Inanspruchnahme des Netzes nahe. Eine Umsatzsteuer, die auf das Netzentgelt zu zahlen ist, stellt keine eigentliche Gegenleistung für den Netzzugang dar, sondern wird, wenn sie von dem Netzbetreiber vereinnahmt wird, als „durchlaufender Posten“ an das Finanzamt weitergeleitet. Auch die in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV gewählte konditionale Satzverbindung „sofern diese Preisnachlässe in der Rechnung offen ausgewiesen werden“, spricht für ein enges Verständnis des „Rechnungsbetrages für den Netzzugang“. Denn ein in der Rechnung ausgewiesener Preisnachlass wird üblicherweise als einzelne Position oberhalb des Gesamtrechnungsbetrages aufgeführt und erfasst denlogisch nur den ebenfalls oberhalb des Gesamtrechnungsbetrages genannten Nettowert der Leistung.

Ebenso ist bei Hervorhebung des Begriffsbestandteils „Rechnungsbetrag“ jedoch auch ein weitergehendes Verständnis der Formulierung „Rechnungsbetrag für die Netznutzung“ als „Gesamt- oder Endbetrag einer Rechnung“ denkbar, der auch die auf den Nettorechnungsbetrag zu leistende Umsatzsteuer enthält.

Das Argument der Beschwerdeführerin, nur eine Rechnung, die die Pflichtangaben, so auch unter anderem die Umsatzsteuer gemäß § 14 Abs. 4 S. 1 Nr. 8 UStG enthalte, berechtige zum Vorsteuerabzug, spricht weder für noch gegen deren Auffassung, § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV stelle auf den Bruttowert der Rechnung ab. Denn allein die Tatsache, dass nur eine vollständige und mit richtigen Angaben versehene Rechnung zum Vorsteuerabzug berechtigt, liefert keine weiteren Erkenntnisse darüber, auf welcher Bemessungsgrundlage die Ermittlung des Kommunalrabatts nach § 3 KAV erfolgt.

**1.2.** Gesetzeshistorische Erwägungen führen bei der Auslegung des Begriffs „Rechnungsbetrag für den Netzzugang“ mit Blick auf die hier streitgegenständliche Umsatzsteuer ebenfalls zu keinem eindeutigen Befund.

Aus dem Umstand, dass sich nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV in der zum 01.01.1992 in Kraft getretenen Fassung die Rabattierbarkeit auf den gesamten Rechnungsbetrag für den Eigenverbrauch erstreckte und dies ausweislich der Verordnungsbegründung „einer langen Tradition und geltendem Recht“ entsprach (BR-Drs. 686/91, S. 18), lässt sich kein über eine reine Bemessungsgröße für den Rabattbetrag hinausgehender inhaltlicher Bedeutungsgehalt im Sinne eines Bruttorechnungsbetrages einschließlich Umsatzsteuer entnehmen.

Der Hinweis der Beschwerdeführerin, es habe bereits vor Verkündung der KAV dem geltenden Recht entsprochen, dass Rechnungsbeträge grundsätzlich die Umsatzsteuer einschließen, mag zutreffen, ist jedoch vorliegend nicht allein ausschlaggebend. Zu berücksichtigen ist vielmehr auch, dass es jahrzehntelanger netzwirtschaftlicher Praxis entsprach, die Umsatzsteuer anhand des Nettowertes (wenn auch unter Berücksichtigung eines anderen Bemessungsbetrages in Höhe von 90 % des Rechnungsbetrages für den Netzzugang) zu errechnen. Der Verweis auf die lange Tradition kann folglich auch ein Hinweis darauf sein, bei geänderter Bemessungsgrundlage (nun in Höhe von 100 % des Rechnungsbetrages für den Netzzugang) den Rabatt weiterhin in Bezug auf den Nettowert zu berechnen.

Weitere Hinweise, die ein weites Verständnis des „Rechnungsbetrages“ im Sinne von „Bruttorechnungsbetrag“ nahelegen, sind auch dem zweiten Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts nicht zu entnehmen, mit dem die Wörter „des Rechnungsbetrags“ durch die Wörter „für den Netzzugang“ ergänzt wurden. Auf die Ausführungen zu Ziffer I.1.2.2. wird Bezug genommen.

**1.3.** Die systematische Auslegung der Vorschrift spricht maßgeblich für das von der Bundesnetzagentur vertretene enge Verständnis des Begriffs „Rechnungsbetrag für den Netzzugang“ und der damit verbundenen Berechnung des Gemeinderabatts unter Berücksichtigung des Nettowerts der Leistung. Die unter Ziffer I.1.3.1. bis 3. für die Übertragbarkeit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dargelegte Begründung zu einem engen Verständnis des streitgegenständlichen Begriffs „Entgelt für den Netzzugang“ können auch für die Frage, ob der Brutto- oder der Nettorechnungsbetrag

gemeint ist, fruchtbar gemacht werden. Diese an gesetzliche Umlagen und Konzessionsabgaben anknüpfenden Überlegungen sind zwar nicht unmittelbar auf die hier streitige Position der auf den Kommunalrabatt zu leistenden Umsatzsteuer übertragbar. Sie sprechen aber - und hierauf kommt es entscheidend an - für eine enge Auslegung des „Rechnungsbetrages für den Netzzugang“. Rechtlich zulässig ist daher nur ein „Rabatt“ auf die als eigentliche Gegenleistung für die Inanspruchnahme des Netzes ausgewiesenen Rechnungskomponenten in Form des Nettoarbeits-, -leistungs- und -grundpreises. Die Umsatzsteuer stellt keine unmittelbare Gegenleistung für die Netznutzung dar, sondern wird nur deshalb in der Rechnung ausgewiesen, weil die abgerechnete Leistung für den Netzzugang der Umsatzsteuer unterliegt.

Ein Blick auf die im Umsatzsteuergesetz geregelte Rechnungsstellung unterstützt das hier vertretene Verständnis. Nach § 14 Abs. 4 S. 1 Nr. 7 UStG muss eine Rechnung das nach Steuersätzen und Steuerbefreiungen aufgeschlüsselte Entgelt für die Lieferung oder sonstige Leistung sowie jede im Voraus vereinbarte Minderung des Entgelts enthalten. Als „Entgelt“ definiert § 10 Abs. 1 S. 2 UStG alles, was den Gegenwert der Leistung bildet, die der leistende Unternehmer vom Leistungsempfänger oder von einem anderen als dem Leistungsempfänger für die Leistung erhält oder erhalten soll, jedoch abzüglich der für diese Leistung gesetzlich geschuldeten Umsatzsteuer. Umsatzsteuerrechtlich errechnet sich eine Entgeltminderung damit denklogisch unter Heranziehung des Nettobetrages. Es liegt auf der Hand, dass eine Minderung der Steuerschuld nur unter den im Gesetz vorgesehenen Voraussetzungen möglich ist und nicht beliebig durch den Rechnungssteller vereinbart werden kann.

Dieser Gedanke lässt sich auf den Kommunalrabatt übertragen. Zwar handelt es sich bei dem in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV geregelten Rabatt, worauf die Beschwerdeführerin zutreffend verweist, nicht um eine Minderung des Entgelts im eigentlichen Sinne, sondern um eine Form der Gegenleistung für die Überlassung der Konzession. Aus Sicht der Gemeinde vermindert sich jedoch das für die Netznutzung zu zahlende Entgelt um den 10%-igen Rabatt. Es liegt daher nahe, dass mit der in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV gewählten Formulierung „sofern diese Preisnachlässe in der Rechnung offen ausgewiesen werden“ auf die in § 14 Abs. 4 Nr. 7 UStG geregelte Verpflichtung „jede im Voraus vereinbarte Minderung des Entgelts“ Bezug genommen wird.

**1.4.** Die hiernach systematisch gebotene enge Auslegung der streitgegenständlichen Klausel „Rechnungsbetrag für die Netznutzung“ wird, wie unter Ziffer I.1.4. bereits ausgeführt, auch dem Sinn und Zweck des § 3 KAV gerecht.

Es entspricht jahrelanger netzwirtschaftlicher Praxis, dass die Gemeinden die Umsatzsteuern, denen die im Rahmen des Eigenverbrauchs zu zahlenden Netzentgelte unterliegen, gezahlt haben. Eine Ermittlung des Gemeinderabatts unter Heranziehung des Bruttorechnungsbetrages für den Netzzugang hätte eine Übernahme der Steuernachzahlung sowie zukünftig auch eines Teils der Steuern für das Netzentgelt durch die Allgemeinheit der Netznutzer zur Folge und liefe dem Ziel der Preisgünstigkeit zuwider.

Für die Ansicht der Bundesnetzagentur spricht auch, dass die Steuer für die Leistung „Netzentgelt“ erhoben wird und dieses insgesamt von der Gemeinde zu tragen ist. Hiervon geht offensichtlich auch das Bundesfinanzministerium aus, indem es in dem Rundschreiben vom 08.09.2017 ausführt, dass „der Netzbetreiber der Gemeinde die Netzentgelte – auch rückwirkend – in voller Höhe mit Umsatzsteuer in Rechnung zu stellen hat“ und „durch diese Korrektur voraussichtlich eine geringfügige finanzielle Mehrbelastung für die Gemeinde eintreten werde. Eine finanzielle Mehrbelastung der Netzbetreiber entstehe durch die geänderte Zuordnung nicht.“ Zwar hat das Bundesfinanzministerium, worauf die Beschwerdeführerin zutreffend hinweist, keinen Einfluss auf die netzregulatorische Behandlung des Kommunalrabatts. Dem Bundesfinanzministerium obliegt indes die maßgebliche steuerrechtliche Einschätzung, wer die wegen veränderter Bemessungsgrundlage rückwirkend für die Jahre 2014 bis 2017 erhobenen Umsatzsteuern auf den Kommunalrabatt zu tragen hat. Diese „Steuerlast“ hat das Bundesfinanzministerium eindeutig bei den Gemeinden gesehen.

Soweit die Beschwerdeführerin einwendet, eine Überwälzung der Steuernachzahlungen auf die Netznutzer sei gerechtfertigt, weil es die Netznutzer seien, die unmittelbar von der Wegnutzung zum Betrieb der Leitungen profitierten, vermag dieses Argument nicht zu überzeugen. Bei der Überlassung des Wegerechts handelt es sich um eine nach § 4 Nr. 12a UStG steuerfreie Vermietung von Grundstücken bzw. Grundstücksteilen. Auch wenn die Netznutzer von dem Wegerecht profitieren, ist daher nicht ersichtlich, warum sie auf eine steuerfreie Leistung Steuern zahlen sollten. Die Beschwerdeführerin verkennt, dass die nachzufordernden Steuern im Hinblick auf die

Leistung „Gewährung des Netzzugangs“ angefallen sind. Von diesem Netzzugang profitiert aber allein die Gemeinde, die deshalb auch mit den Steuern zu belasten ist.

**1.5.** Nach alledem kann dahinstehen, ob eine Abbildung der hier streitgegenständlichen Preisnachlässe auf die Umsatzsteuer über das Regulierungskonto nach § 5 Abs. 1 S. 1 ARegV unabhängig hiervon auch deshalb ausgeschlossen ist, weil eine solche schon im Ausgangspunkt nicht der Berücksichtigung einer Erlösdifferenz dient, die sich aus der Abweichung der nach § 4 ARegV zulässigen Erlösen und den vom Netzbetreiber unter Berücksichtigung der tatsächlichen Mengen erzielbaren Erlösen ergibt.

**2.** Die von der Beschwerdeführerin beanstandete Vorgehensweise der Bundesnetzagentur ist auch nicht aus sonstigen Gründen rechtswidrig.

Die beanstandete Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur begegnet entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin keinen vertrauensschutzrechtlichen Bedenken. Eine Verletzung des in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rückwirkungsverbots bzw. der an dieses anknüpfenden rechtsstaatlichen Vertrauensschutzgrundsätze, denen das Verwaltungshandeln unterworfen ist, liegt nicht vor. Die Bundesnetzagentur hat ihre Verwaltungspraxis im Hinblick auf die Frage, ob der Bruttorechnungs- oder der Nettorechnungsbetrag in Ansatz zu bringen ist, bereits nicht geändert. Vielmehr entspricht es jahrzehntelanger regulatorischer Praxis, den Gemeinderabatt anhand des Nettorechnungsbetrages für den Netzzugang zu ermitteln. Es ist daher keine verfassungskonforme Auslegung des „Rechnungsbetrages“ als „Bruttorechnungsbetrag“ und eine damit einhergehende Berücksichtigung der Umsatzsteuernachforderung auf den Gemeinderabatt im Regulierungskonto durch die Minderung der erzielbaren Erlösen aufgrund eines etwaigen Vertrauensschutzes der Beschwerdeführerin geboten.

Ein etwaiger Vertrauensschutz der Beschwerdeführerin kann auch nicht mit Erfolg darauf gestützt werden, dass die Bundesnetzagentur die umsatzsteuerrechtliche Qualifizierung des Kommunalrabatts und damit die Bemessungsgrundlage für diesen rückwirkend bis zum Jahr 2014 umgesetzt hat. Ein Fall einer echten Rückwirkung, die aus Vertrauensschutzgesichtspunkten grundsätzlich unzulässig ist, liegt vor, wenn der Gesetzgeber die Rechtsfolge eines der Vergangenheit zugehörigen Verhaltens nachträglich belastend ändert (st. Rspr., etwa BVerfG, Beschluss v. 10.10.2012, 1 BvL 6/07, Rn. 41, juris, m.w.N.). Es kann im Streitfall dahinstehen, ob die nachträgliche Umset-

zung der geänderten umsatzsteuerrechtlichen Bemessungsgrundlage schon im Ausgangspunkt eine „echte Rückwirkung“ im Sinne der genannten Rechtsprechung im Hinblick auf noch nicht genehmigte Regulierungskontosalden entwickeln könnte. Jedenfalls fehlt es an einer nachträglichen belastenden Änderung.

Die Netzbetreiber haben nicht die durch die Umsatzsteuernachforderung anfallenden Nachzahlungen bzw. „Wenigererlöse“ zu tragen, sondern können die an das Finanzamt geleisteten Zahlungen von der Gemeinde nachfordern. In Höhe der Steuernachzahlungen wurde der gemäß § 3 KAV zulässige Preisnachlass überschritten mit der Folge, dass ein entsprechender Zahlungsanspruch der Beschwerdeführerin gegen die Gemeinde besteht. Die Netzbetreiber sind daher durch die steuerrechtlich bedingte Änderung der Bemessungsgrundlage für den Kommunalrabatt nicht nachträglich belastet mit der Folge, dass es auf die Frage, ob die Regulierungspraxis an den strengen verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Rückwirkung von Gesetzen zu messen ist, nicht ankommt.

Aus den dargelegten Gründen scheidet auch eine unechte Rückwirkung aus.

**III.** Ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Erstattung der gezahlten Umsatzsteuer über das Regulierungskonto folgt auch nicht aus dem Umstand, dass Netzbetreiber zukünftig die Mindererlöse aus dem Kommunalrabatt wegen der Umsatzsteuer als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile über § 11 Abs. 2 S. 1 ARegV ansetzen können und daher die streitgegenständlichen Umsatzsteuernachzahlungen ebenfalls als Kosten anerkannt und nachträglich in die Erlösobergrenze eingepreist werden müssen.

Dieser Ansatz der Beschwerdeführerin beruht auf dem fehlerhaften Verständnis, dass die Umsatzsteuer nicht von den Gemeinden zu tragen, sondern gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV Gegenstand der Rabattierung ist. Insoweit kann auf die vorherigen Ausführungen Bezug genommen werden.

## **C.**

**1.** Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 2 EnWG, weil die Beschwerde ohne Erfolg bleibt.

2. Die Festsetzung des Beschwerdewertes findet ihre Grundlage in § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO und berücksichtigt die übereinstimmenden Angaben der Verfahrensbeteiligten zu dem wirtschaftlichen Interesse der Beschwerdeführerin, das sie für den Beschwerdepunkt Kommunalrabatt mit ... Euro und für den Beschwerdepunkt Umsatzsteuernachzahlung mit ... Euro beziffert hat.

#### D.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung hat (§ 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG). Die Rechtsfrage der Auslegung des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV sieht der Senat gerade mit Blick auf die in geschichtlicher und systematischer Hinsicht nicht unbeachtlichen Argumente der Beschwerdeführerin als nicht eindeutig an. Angesichts der Verbreitung der streitgegenständlichen Rabattierungspraxis stellt sie sich in einer Vielzahl von Fällen und hat auch über den regulatorischen Kontext hinausgehend erhebliche Bedeutung. Im Übrigen hätte auch die in dieser Entscheidung offengelassene Frage, ob die hier streitgegenständlichen Rabatte unabhängig von ihrer Vereinbarkeit mit § 3 KAV nach § 5 Abs. 1 S. 1 ARegV über das Regulierungskonto abgewickelt werden können, grundsätzliche Bedeutung.

#### Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Rechtsbeschwerde kann auch durch Übertragung eines elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle des Gerichts erhoben werden. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein. Es muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht werden. Die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen bestimmen sich nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das

besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24.11.2017 (BGBl. I, S. 3803). Über das Justizportal des Bundes und der Länder ([www.justiz.de](http://www.justiz.de)) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs abgerufen werden. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 Satz 2, 80 Satz 2 EnWG).

Klein Reesink

Pastohr

Orlik