

## TREUBERATER

II/2022

<b>Vorwort zum Treuberater</b>	<b>100</b>
<b>Steuern</b>	<b>100</b>
Körperschaftsteuer   Änderung des Körperschaftsteuergesetzes durch das KöMoG ab dem Veranlagungszeitraum 2022 – Mehr- und Minderabführungen bei Organschaftsfällen – Update: Entwurf eines BMF-Schreibens vom 13. April 2022 (Verbandsanhörung)	100
Umsatzsteuer   Vorsteuerabzug trotz unentgeltlicher Überlassung	102
Umsatzsteuer   Besteuerung von Aufsichtsratsmitgliedern: BMF modifiziert seine Rechtsauffassung	103
<b>Energie und Wasser</b>	<b>104</b>
Wesentliche regulatorische Fristen für Verteilnetzbetreiber bis Oktober 2022	104
Abwassergebühren nach KAG NRW zu hoch	105
Regulierung von Wasserstoffnetzen – erstmals wurden verbindliche Regelungen erlassen	106
Kostenprüfung Strom für die 4. Regulierungsperiode erfolgreich gestalten – Erfahrungsbericht	108
Bundesnetzagentur mit dem Effizienzvergleich Gas in Verzug – Handlungsoptionen für Netzbetreiber im regulären Verfahren	109
Netzentgelte 2023 rechtskonform ermitteln und gestalten	110
OLG Köln   OLG Düsseldorf   Tarifsplitt in der Grundversorgung zulässig	112
BGH   Einseitige Änderung von Preisanpassungsklauseln in der Fernwärmeversorgung	113
Rechtsprechung   Ausgewählte Gerichtsurteile zu wesentlichen regulatorischen Fragestellungen	113
<b>Öffentliches Wirtschaftsrecht</b>	<b>118</b>
Wirtschaftsrecht   Rechtswidrige EU-Beihilfen als Unternehmensrisiko	118
VK Bund   Zurechnung früherer unternehmensbezogener und persönlicher Referenzen zu einem neuen Unternehmen zulässig	119
<b>In eigener Sache</b>	<b>120</b>
Präsenz auf LinkedIn	120
<b>Impressum</b>	<b>121</b>

# Vorwort zum Treuberater

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

selten hat wohl eine Gerichtsentscheidung zur Gebührenkalkulation für so viel Aufmerksamkeit gesorgt wie das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen zur Kalkulation von Abwassergebühren. Obwohl sich das Urteil inhaltlich auf das Kommunalabgabengesetz NRW und die Gemeindeordnung NRW bezieht, hat es aufgrund seiner tiefgreifenden inhaltlichen Auseinandersetzung zur Verzinsung des eingesetzten Kapitals bundesweite und branchenübergreifende Beachtung gefunden. Sich bei der Beurteilung von Gebühren und Preisen nur auf die Höhe der Verzinsung zu fokussieren, scheint u. E. häufig nicht auszureichen. Vielmehr ist z. B. bei der Gebührenkalkulation die zugrunde gelegte Substanzerhaltungskonzeption als Ganzes in ihrer Wirkung auf Verzinsungsbasis, Zinssatz und Abschreibungen zu analysieren. Mit dem Urteil können nicht zuletzt auch verschiedene Fragestellungen zur Bilanzierung, der Aufbauorganisation kommunaler „Konzerne“ und zur rechtskonformen Umsetzung verbunden sein. Wir freuen uns, Ihnen mit unserem interdisziplinären Expertenteam eine ganzheitliche Beratung zu den Folgen des OVG-Urteils anbieten zu können.

In der Ausgabe II des „Treuberaters“ finden Sie alljährlich eine Zusammenfassung der wesentlichen regulatorischen Gerichtsentscheidungen des vergangenen Kalenderjahres. Gerne können Sie sich über die Rahmenbedingungen der regulierten Netze und Handlungsoptionen informieren.

Wie angekündigt möchten wir verstärkt auch Themen der Energiewende platzieren. Gerne stellen wir daher den aktuellen Stand der Wasserstoffregulierung dar. Lassen Sie sich auch durch das Inhaltsverzeichnis inspirieren. Aufgrund des weiten Themenspektrums können wir gerade in dieser Ausgabe wohl für alle etwas Passendes anbieten.

Für viele von Ihnen dürfte nun der wohlverdiente Jahresurlaub anstehen. Wir wünschen den „Urlaubern“ von Herzen eine schöne und erholsame Zeit.

Alles Gute und bis bald!

Ihre EversheimStuible Unternehmensgruppe

**ES**  
EversheimStuible Treuberater GmbH  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft

**INFOPLAN** Gesellschaft für  
Wirtschaftsberatung mbH  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

**IBK.** Ingenieur- und Unternehmensberatung  
für Versorgungswirtschaft GmbH

**ES**  
EversheimStuible Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

## Steuern

**Körperschaftsteuer | Änderung des Körperschaftsteuergesetzes durch das KöMoG ab dem Veranlagungszeitraum 2022 – Mehr- und Minderabführungen bei Organschaftsfällen – Update: Entwurf eines BMF-Schreibens vom 13. April 2022 (Verbandsanhörung)**

In der „Treuberater“-Ausgabe I/2022, Seite 83 ff., haben wir bereits über das nachfolgende Thema berichtet. Mit Schreiben vom 13. April 2022 hat nun das Bundesministerium der Finanzen einen Entwurf eines BMF-Schreibens für die Verbandsanhörung bekannt gegeben.

Im Folgenden werden die wesentlichen Punkte des Entwurfs dargestellt. Auf die Ausführungen im Schreiben zur

mittelbaren Organschaft und Kettenorganschaft wird nicht weiter eingegangen.

### I. Zeitliche Anwendung der Neuregelung

Die Neuregelung betrifft Mehr- und Minderabführungen in Organschaftsfällen, die nach dem 31.12.2021 verursacht werden. Der Zeitpunkt der Mehr- und Minderabführungen richtet sich nach dem Ende des Wirtschaftsjahrs der Organgesellschaft.

In der Steuerbilanz des Organträgers bestehende Ausgleichsposten, die nach Maßgabe des § 14 Absatz 4 KStG a. F. gebildet wurden, sind in dem nach dem 31. Dezember 2021 endenden Wirtschaftsjahr aufzulösen.

## II. Behandlung von Minder- und Mehrabführungen in Organschaftsfällen

Minderabführungen, die in organschaftlicher Zeit verursacht werden, sind wie eine Einlage durch den Organträger in die Organgesellschaft zu behandeln. Der Beteiligungsbuchwert der Organgesellschaft beim Organträger erhöht sich entsprechend.

Mehrabführungen, die in organschaftlicher Zeit verursacht werden, sind wie eine Einlagenrückgewähr der Organgesellschaft an den Organträger zu behandeln. Der Beteiligungsbuchwert der Organgesellschaft beim Organträger verringert sich daher entsprechend.

Im Schreiben vom 13. April 2022 wird ausgeführt, dass die Einlage und die Einlagenrückgewähr nicht auf das Verhältnis der Beteiligung des Organträgers am Nennkapital der Organgesellschaft begrenzt sind.

Gemäß dem Entwurf ist eine Saldierung der Mehr- und Minderabführungen beim Organträger, bezogen auf die Beteiligung an der einzelnen Organgesellschaft, möglich.

Eine Saldierung der Mehr- und Minderabführungen auf der Ebene der Organgesellschaft darf nicht vorgenommen werden.

## III. Steuerliche Auswirkungen von Minder- und Mehrabführungen in Organschaftsfällen

Erhöht sich aufgrund einer Minderabführung der Beteiligungsbuchwert an der Organgesellschaft beim Organträger, stellt dies einen einkommensneutralen Vorgang dar. Der aus der Erhöhung des Beteiligungsbuchwerts resultierende Ertrag ist außerbilanziell zu korrigieren.

Bei einer Mehrabführung ist eine Verringerung des Beteiligungsbuchwerts einkommensneutral bis zu einem Beteiligungsbuchwert von null möglich. Der aufgrund der Minderung des Beteiligungsbuchwerts entstandene Aufwand ist außerbilanziell zu korrigieren.

Ein aus einer Mehrabführung sich ergebender negativer Buchwert kann nicht bilanziert werden.

Wenn die Mehrabführungen die Summe aus Beteiligungsbuchwert und Minderabführungen übersteigen, ist außerbilanziell in Höhe des übersteigenden Betrags ein veräußerungsähnlicher Ertrag aus der Beteiligung des Organträgers an der Organgesellschaft zu berücksichtigen (vgl. § 34 Absatz 6e Satz 9 KStG).

Auf den veräußerungsähnlichen Ertrag finden die Regelungen des § 8b Absatz 2, 3, 7 und 8 KStG bzw. § 3 Nummer 40 Buchstabe c und § 3c Absatz 2 EStG Anwendung (vgl. § 34 Absatz 6e Satz 10 KStG).

## IV. Rücklagenbildung bei der Auflösung von Ausgleichsposten

Beim Wechsel von der Ausgleichspostenmethode zur sogenannten Einlagelösung liegt nach der Übergangsrege-

lung in § 34 Absatz 6e Satz 9 und 10 KStG ein veräußerungsähnlicher Ertrag vor, soweit die passiven Ausgleichsposten die Summe aus Beteiligungsbuchwert und aktiven Ausgleichsposten übersteigen.

Auf den veräußerungsähnlichen Ertrag werden § 8b Absatz 2, 3, 7 und 8 KStG bzw. § 3 Nummer 40 Buchstabe c und § 3c Absatz 2 EStG angewandt (vgl. § 34 Absatz 6e Satz 10 KStG).

In der Steuerbilanz des Organträgers kann dieser veräußerungsähnliche Ertrag in eine den Gewinn mindernde Rücklage gemäß § 34 Absatz 6e Satz 11 ff. KStG eingestellt werden.

Bei Inanspruchnahme des Wahlrechts zur Bildung einer Rücklage ist diese in der Steuerbilanz des Wirtschaftsjahres zu bilden, das nach dem 31. Dezember 2021 endet.

Die Rücklage kann bis zur Höhe des Ertrags aus dem Übergang zur sogenannten Einlagelösung gebildet werden. Es ist auch möglich, die Rücklage in geringerer Höhe zu bilden.

Bei Bildung einer Rücklage werden § 8b Absatz 2, 3, 7 und 8 KStG bzw. § 3 Nummer 40 Buchstabe c und § 3c Absatz 2 EStG in Höhe des in die Rücklage eingestellten Ertrags zunächst nicht angewendet.

Im Wirtschaftsjahr der Bildung und in den darauffolgenden neun Wirtschaftsjahren muss die Rücklage zu jeweils einem Zehntel gewinnerhöhend aufgelöst werden.

Die jährlichen Auflösungsbeträge der Rücklage stellen veräußerungsähnliche Erträge dar, die jeweils der Besteuerung unterliegen. § 8b Absatz 2, 3, 7 und 8 KStG bzw. § 3 Nummer 40 Buchstabe c und § 3c Absatz 2 EStG finden Anwendung.

Weiter wird im Entwurf vom 13. April 2022 ausgeführt, dass Einlagen im Laufe des Jahres den Beteiligungsbuchwert an der Organgesellschaft vor Verrechnung mit der Rücklage erhöhen.

## V. Auswirkungen von Minder- und Mehrabführungen auf das steuerliche Einlagekonto

Gemäß § 27 Abs. 6 Satz 1 KStG erhöhen Minderabführungen und mindern Mehrabführungen das steuerliche Einlagekonto einer Organgesellschaft, falls sie ihre Ursache in organschaftlicher Zeit haben. Mehrabführungen gemäß § 27 Abs. 6 Satz 1 KStG mindern dabei das steuerliche Einlagekonto der Organgesellschaft vorrangig vor anderen Leistungen (§ 27 Absatz 6 Satz 2 KStG). Die Mehrabführungen bewirken einen Direktzugriff auf den Bestand des steuerlichen Einlagekontos. Durch Mehrabführungen kann ein negativer Bestand des steuerlichen Einlagekontos entstehen oder ein negativer Bestand sich erhöhen (§ 27 Absatz 1 Satz 4 2. Halbsatz i. V. m. § 27 Abs. 6 KStG).

## VI. Empfehlungen und Ausblick

Wir empfehlen, noch im Jahr 2022 – da der Zeitbedarf nicht unterschätzt werden sollte, spätestens nach der Sommerpause – zu prüfen, ob möglicherweise Steuerbelastungen aus der Neuregelung ab dem Veranlagungszeitraum 2022 bestehen.

Falls das der Fall ist, muss untersucht werden, ob dem rechtzeitig entgegengewirkt werden kann. So wäre es beispielsweise grundsätzlich möglich, über eine Kapitaleinlage durch den Organträger in die Kapitalrücklage der Organgesellschaft zusätzliches Verrechnungspotenzial bei der Auflösung passiver Ausgleichsposten zu schaffen.

Über die Ergebnisse aus der Verbandsanhörung und die weitere Entwicklung werden wir Sie im „Treuberater“ auf dem Laufenden halten.

Wenn Sie Fragen zur Neuregelung der Behandlung der Mehr- und Minderabführungen in Organschaftsfällen haben, sprechen Sie uns gerne an.

---

### Ihre Ansprechpartner

**Dipl.-Ök. Clemens Griesinger**

Tel.: +49 711 99340-16

clemens.griesinger@es-unternehmensgruppe.de

**WP StB Aiko Schellhorn**

Tel.: +49 211 5235-138

aiko.schellhorn@es-unternehmensgruppe.de

## Umsatzsteuer | Vorsteuerabzug trotz unentgeltlicher Überlassung

Der Vorsteuerabzug aus Eingangsrechnungen für Leistungen im Zuge der Erstellung einer kostenlos nutzbaren Touristenattraktion (hier: Hängeseilbrücke) kann dann in Betracht kommen, wenn die Eingangsleistungen in einem unmittelbaren Zusammenhang mit einer entgeltlichen Leistung wie etwa einer Parkraumbewirtschaftung stehen. So der Tenor einer Veröffentlichung des Bundesfinanzhofs am 17.3.2022 (Urteil vom 20. Oktober 2021 – XI R 10/21).

### Sachverhalt

Die Klägerin ist als Ortsgemeinde eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Sie errichtete im Jahr 2015 eine Hängebrücke zur Förderung des lokalen Tourismus und einen dazugehörigen Besucherparkplatz. Die Nutzung der Brücke war kostenlos. Für den Besucherparkplatz wurden, abgesehen vom Busparkplatz, von Beginn an Parkgebühren erhoben. Ab 2016 wurde auch der Busparkplatz gebührenpflichtig genutzt. Die Klägerin machte den Vorsteuerabzug aus der Errichtung der Brücke geltend. Diesen versagte die Finanzverwaltung, da die Brücke kostenlos zur Verfügung gestellt werde und somit

nicht mit Einnahmen in Verbindung stehe, die den Vorsteuerabzug zulassen.

### Urteil: Ohne Brücke keine Umsätze

Laut Bundesfinanzhof ist es unstrittig, dass die Parkgebühren keine Gegenleistung für die Bereitstellung der Brücke darstellen. Denn die Nutzung der Brücke ist kostenlos und die Parkgebühren werden nicht für die Nutzung der Brücke erhoben.

Allerdings stehen die Kosten des Brückenbaus im Zusammenhang mit den Entgelten für die Parkplätze bzw. mit dem Unternehmen „Parkraumbewirtschaftung“ der Klägerin. Der Bundesfinanzhof verweist insofern auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache „Sveda“. Demnach ist es ohne die Brücke nicht möglich gewesen, an dem abgelegenen Ort mit einer Parkraumbewirtschaftung Umsätze zu erzielen. Zudem war die Klägerin unternehmerisch tätig. Zunächst, weil sie die Gebühren auf privatrechtlicher Grundlage erhoben hatte. Dies galt auch, nachdem sie anschließend die Parkgebühren auf öffentlich-rechtlicher Grundlage (Gebührenordnung) erhoben hatte. Zwar gilt die Klägerin als juristische Person des öffentlichen Rechts für Tätigkeiten im Rahmen der öffentlichen Gewalt grundsätzlich nicht als Unternehmerin; das gilt jedoch nicht, wenn dies zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen würde, was hier der Fall war.

Der Bundesfinanzhof lässt damit den Vorsteuerabzug aus den Kosten des Brückenbaus grundsätzlich zu, allerdings nicht in vollem Umfang. Denn der Busparkplatz wurde anfänglich kostenlos (nicht wirtschaftlich) zur Verfügung gestellt. Entsprechend berechtigen die Kosten für den Busparkplatz vollumfänglich nicht zum Vorsteuerabzug. Die Vorsteuern aus der Errichtung der Hängebrücke sind insoweit aufzuteilen. Hierzu verweist der Bundesfinanzhof das Verfahren zurück an die Vorinstanz.

### Unternehmereigenschaft der Gemeinde

Mit dem Betrieb des Parkplatzes hat die Gemeinde vordergründig öffentlich-rechtlich gehandelt. Zufahrt und Straße sind öffentlich-rechtlich gewidmet. Letztlich liegen im konkreten Fall größere Wettbewerbsverzerrungen vor. Die Wettbewerbssituation der Klägerin zeigt sich auch darin, dass im gesamten Ortsgebiet flankierende Maßnahmen zur Erzielung und Sicherung ihrer Parkgebühren ergriffen wurden und Parken innerhalb des Ortsgebiets für Besucher der Brücke nur auf den gebührenpflichtigen Parkflächen möglich ist (BFH-Urteil in BFHE 236, 235, BStBl II 2017, 834, Rz 22 f.).

### Genauere Planung zur Finanzierung derartiger Projekte notwendig

Wären für den Busparkplatz von Anfang an Gebühren erhoben worden, hätte die Vorsteuer ungekürzt geltend gemacht werden können. Dem stand aber zunächst entgegen, dass die Klägerin hierfür Fördermittel erhalten hatte, die sie dann zurückzahlte.



## Praxisfolgen

Die Anpassungen durch das BMF führen mit Blick auf die 10 %-Grenze zu mehr Rechtssicherheit. Das Abstellen auf eine Prognose und der Verzicht auf die Anpassung auf die späteren tatsächlichen Verhältnisse mindern die Gefahr jährlicher Schwankungen bei Erreichen der 10 %-Grenze. So lassen sich Korrekturen bei der Besteuerung der Umsätze und beim Vorsteuerabzug vermeiden, die möglicherweise nötig geworden wären. Die Prognose sollte die tatsächlichen Erwartungen widerspiegeln und

dokumentiert werden. Die unterschiedlichen Leistungszeitpunkte sind bei der Rechnungsstellung und dem Zeitpunkt der Besteuerung / des Vorsteuerabzugs berücksichtigt.

Ihr Ansprechpartner

**WP StB Aiko Schellhorn**

Tel.: +49 211 5235-138

aiko.schellhorn@es-unternehmensgruppe.de

# Energie und Wasser

## Wesentliche regulatorische Fristen für Verteilnetzbetreiber bis Oktober 2022<sup>1</sup>

Datum	Termin / Aufgabe	Grundlage
divers	Abgabe Datenerhebung Kostenprüfung Strom im <u>regulären</u> Verfahren <sup>2</sup>	
	01.07.2022	Bundesnetzagentur und Regulierungskammer Nordrhein-Westfalen
	22.07.2022	Regulierungskammer Hessen
	25.07.2022	Landesregulierungsbehörde Baden-Württemberg
divers	Abgabe Datenerhebung Kostenprüfung Strom im <u>vereinfachten</u> Verfahren	
	30.09.2022	Bundesnetzagentur und Regulierungskammer Nordrhein-Westfalen
	01.12.2022	Landesregulierungsbehörde Baden-Württemberg und Regulierungskammer Hessen
15.08.2022	Landesregulierungsbehörde Baden-Württemberg: – Kapitalkostenaufschlag 2023 – Antrag auf Anpassung der Erlösobergrenze nach Maßgabe des § 10a ARegV (Kapitalkostenaufschlag) Während die Anträge fristgerecht zum 30.06.2022 zu stellen sind, gewährt die LRegB Baden-Württemberg eine nachträgliche Nennung der Antragswerte und Einreichung der ausgefüllten Erhebungsbögen.	§§ 10a, 4 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1, 34 Abs. 6 ARegV § 5 ARegV
30.09.2022	Anzeige aller Vereinbarungen über individuelle Netzentgelte gem. § 19 Abs. 2 S. 1 bis 4 StromNEV (bei erstmaliger Vereinbarung; Anzeigebevollmächtigter: Letztverbraucher)	§ 19 Abs. 2 S. 1 bis 4 StromNEV
15.10.2022	Veröffentlichung der vorläufigen Netzentgelte der Strom- und Gasverteilnetze (Preisblätter) für das Folgejahr <sup>3</sup>	§ 20 Abs. 1 EnWG
15.10.2022	Übermittlung der Prognosedaten für entgangene Erlöse nach § 19 Abs. 2 StromNEV des Folgejahres beim Übertragungsnetzbetreiber	§ 19 Abs. 2 StromNEV
31.10.2022	Veröffentlichung der Hochlastzeitfenster im Internet (je nach Netz- und Umspannebene)	§ 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV

<sup>1</sup> Die aufgeführten Fristen erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit, stellen aber die wesentlichen regulatorischen Fristen dar.

<sup>2</sup> Darstellung ausgewählter Regulierungsbehörden: Sprechen Sie uns für Informationen zu weiteren Regulierungsbehörden gerne an.

<sup>3</sup> Im Rahmen der Kooperationsvereinbarung zwischen den Betreibern von Gasversorgungsnetzen (KoV XIII) wird an einer Veröffentlichung der Netzentgelte zum 10.10.2022 festgehalten. Hat ein Netzbetreiber weitere nachgelagerte Netzbetreiber, soll die Veröffentlichung bereits zum 06.10.2022 erfolgen.

## Frühzeitige Netzentgeltkalkulation

Die zu veröffentlichenden Netzentgelte beruhen auf den Erlösobergrenzen, die von den Regulierungsbehörden für die Netzbetreiber festgelegt werden. Dabei ist die nach § 4 ARegV jährlich anzupassende Erlösobergrenze in Netzentgelte umzuwandeln (§ 17 ARegV).

Für die Entgeltbildung muss der Netzbetreiber seine Gesamterlöse verursachungsgerecht auf alle von ihm betriebenen Netzebenen bzw. Netzfunktionen umlegen (sog. Kostenträgerrechnung). Gerne unterstützen wir Sie frühzeitig bei der jährlichen Ermittlung der Erlösobergrenze und entwickeln anhand Ihrer individuellen Absatzstruktur die zu veröffentlichenden Preisblätter (Netzentgelte). Unsere Hilfestellungen reichen von der reinen Plausibilisierung der Preisblätter bis hin zur vollständigen Netzentgeltkalkulation mittels unserer Berechnungstools. Selbstverständlich erfolgt zeitgleich die erforderliche Dokumentation gegenüber den Regulierungsbehörden nach § 28 der jeweiligen Netzentgeltverordnung.

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

---

### Ihre Ansprechpartner

**M.Sc. Ingmar Friedrich**

Tel.: +49 711 99340-18

ingmar.friedrich@es-unternehmensgruppe.de

**Dipl.-Kfm. Thorsten Ressin**

Tel.: +49 211 5235-141

thorsten.ressin@es-unternehmensgruppe.de

## Abwassergebühren nach KAG NRW zu hoch

**Das OVG NRW hat in einem Musterverfahren mit Urteil vom 17.5.2022 (Az.: 9 A 1019/20) die langjährige Rechtsprechung der NRW-Gerichte zur Kalkulation von Abwassergebühren geändert.**

Nach diesem Urteil ist nunmehr der gleichzeitige Ansatz einer Abschreibung der Entwässerungsanlagen mit ihrem Wiederbeschaffungswert (Preis für die Neuanschaffung einer Anlage gleicher Art und Güte) sowie einer kalkulatorischen Verzinsung des Anlagevermögens mit dem Nominalzinssatz (einschließlich Inflationsrate) nicht mehr zulässig. Der Senat gab insoweit seine bisherige anderslautende Rechtsprechung auf.

Nach näheren inhaltlichen Einzelheiten des Urteils entspreche zwar der gleichzeitige Ansatz einer kalkulatorischen Abschreibung des Anlagevermögens auf der Basis seines Wiederbeschaffungszeitwerts sowie einer kalkulatorischen Nominalverzinsung auf der Basis seines Anschaffungsrestwerts betriebswirtschaftlichen Grundsätzen i. S. d. § 6 Abs. 2 Satz 1 KAG NRW, jedoch ergäben sich Grenzen aus den haushaltsrechtlichen Vorschriften der Gemeindeordnung für das Land NRW. So

interpretiert das Gericht aus den §§ 75 Abs. 1 Satz 1, 77 Abs. 2 Nr. 1 GO NRW eine kalkulatorische Zielvorgabe dahingehend, dass Abwassergebühren nur insoweit erhoben werden dürfen, soweit diese zur stetigen Erfüllung der gemeindlichen Aufgabe der Abwasserbeseitigung mit einer dauerhaft betriebsfähigen Abwasserbeseitigungseinrichtung erforderlich sind. Dazu bedürfe es aber nur eines einfachen Inflationsausgleichs. Bei einem doppelten Inflationsausgleich handele es sich um in der Gebührenkalkulation nicht ansatzfähige Kosten, denn der gleichzeitige Ansatz einer Abschreibung nach Wiederbeschaffungszeitwerten sowie einer Nominalverzinsung widerspreche dem Kalkulationszweck.

Außerdem sei der von der Gemeinde in der Gebührenkalkulation – auf der Basis der bisherigen Rechtsprechung – angesetzte Zinssatz von 6,52 % sachlich nicht mehr gerechtfertigt. Der im Urteilsfall gewählte einheitliche Nominalzinssatz für Eigen- und Fremdkapital, der aus dem fünfzigjährigen Durchschnitt der Emissionsrenditen für festverzinsliche Wertpapiere inländischer Emittenten zuzüglich eines pauschalen Zuschlags von 0,5 Prozentpunkten ermittelt wurde, gehe über eine angemessene Verzinsung des für die Abwasserbeseitigungsanlagen aufgewandten Kapitals hinaus. Das OVG NRW hält es bei einer einheitlichen Verzinsung für angemessen, den zehnjährigen Durchschnitt dieser Geldanlagen ohne einen Zuschlag zugrunde zu legen. Daraus ergäbe sich für das Jahr 2017 bei der von der Gemeinde ansonsten gewählten Methode ein Zinssatz (auf Nominalbasis) von 2,42 %.

Darüber hinaus belässt das Gericht gewisse Spielräume, z. B. durch ein Wahlrecht für Zinsen, den Realzins oder den Nominalzins – bei entsprechend angepasster Abschreibungsbemessung (Real- oder Nominalwerte) – zugrunde zu legen. Auch habe die Gemeinde ein Wahlrecht zwischen einem einheitlichen Zinssatz für die gemeinsame Verzinsung von Eigen- und Fremdkapital oder getrennten Zinssätzen für die jeweils eigene Verzinsung von Eigen- und Fremdkapital.

Das OVG NRW hat die Revision nicht zugelassen.

Mit den §§ 75 Abs. 1 Satz 1, 77 Abs. 2 Nr. 1 GO NRW verwendet das OVG NRW nunmehr ein Instrument der Gebührenbegrenzung, das Anwendung findet, auch wenn die betriebswirtschaftlich angemessenen Kosten über diesem Maßstab liegen. Dieser Ansatz ist interessant und neu zugleich, zumal er sich außerhalb der Kernnorm des § 6 KAG NRW vollzieht.

Im Einzelfall der jeweiligen NRW-Betriebe können die Auswirkungen des OVG NRW-Urteils immens sein, insbesondere, soweit die bisher anerkannten Kalkulationsmaßstäbe höchstmöglich genutzt wurden.

Unklar ist wohl auch noch, wie weit das OVG NRW-Urteil für Abwasserbetriebe zurückreicht. Der Bund der Steuerzahler empfiehlt den Bürgern, Widerspruch gegen den Gebührenbescheid einzulegen bzw., soweit der Gebüh-

renbescheid schon rechtskräftig ist, einen Antrag auf Aufhebung des Bescheids nach § 130 AO i. V. m. § 12 Abs. 1 Nr. 3b KAG NRW zu stellen. Dies hätte weitreichende Folgen mit Wirkung für die Vergangenheit.

Weitere Einzelheiten des Urteils bedürfen noch der genauen Aufarbeitung und Diskussion. Eines ist aber jetzt schon klar: Viele NRW-Betriebe werden sich wohl auf deutlich geringere Gebühreneinnahmen einstellen müssen. Inzwischen beträgt der zehnjährige Durchschnittszins (auf Nominalwertbasis) 0,72 % (2022); dies zeigt die Dimension der Veränderung.

---

#### **Ihre Ansprechpartner**

**WP StB Rolf Faasch**

Tel.: +49 211 5235-127

rolf.faaesch@es-unternehmensgruppe.de

**RAin Isabell Praefke**

Tel.: +49 211 5235-128

isabell.praefke@es-unternehmensgruppe.de

### **Regulierung von Wasserstoffnetzen – erstmals wurden verbindliche Regelungen erlassen**

**Wasserstoff soll nach dem einheitlichen Willen der alten und der neuen Bundesregierung bei der Dekarbonisierung der deutschen Wirtschaft eine besondere Rolle einnehmen, da er als Energieträger vielseitig nutzbar ist. Hierzu wurde eine nationale Wasserstoffstrategie entworfen. Abgesehen von einheitlichen Regelungen für die Erzeugung und den Vertrieb von Wasserstoff erfordert die Umsetzung der Strategie aber auch einen verlässlichen regulatorischen Rahmen für den netzgebundenen Transport. Hierfür wurden nun im Vorjahr einheitliche Regelungen vom Verordnungsgeber geschaffen.**

#### **Neuerung im Energiewirtschaftsgesetz**

Die Große Koalition hat noch zum Ende ihrer Amtszeit 2021 das EnWG einer Novellierung unterzogen und damit unter anderem für die Betreiber von Wasserstoffnetzen erstmalig regulatorische Vorgaben festgeschrieben. Betreiber von Wasserstoffnetzen haben nun die Möglichkeit, sich einer freiwilligen Regulierung ihrer Netze durch die Bundesnetzagentur zu unterziehen. Entschieden sich ein Betreiber von Wasserstoffnetzen zur Teilnahme an dieser Regulierung, so ist von ihm eine Opt-In-Erklärung nach § 28j Abs. 3 EnWG abzugeben. Von dieser Erklärung kann der Wasserstoffnetzbetreiber nicht mehr zurücktreten; sie ist somit für ihn für die Zukunft bindend.

Gibt der Wasserstoffnetzbetreiber die Erklärung ab, greifen die Vorgaben des EnWG hinsichtlich der Entflechtung des Netzbetriebs von anderen Tätigkeiten (Unbundling).

Für Wasserstoffnetzbetreiber, die keine Opt-In-Erklärung abgeben, besteht die Pflicht zur Anwendung der Verordnung nicht. Fraglich ist, welche Konsequenzen sich aus der Nichtabgabe ergeben. Unserer Einschätzung nach müssten Betreiber von Wasserstoffnetzen aufgrund ihrer Monopolstellung dann dem Kartellrecht unterliegen und damit in den Anwendungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) fallen.

#### **Eine neue Entgeltverordnung für Betreiber von Wasserstoffnetzen**

Flankiert werden die neuen Regelungen im EnWG durch die zum 1. Dezember 2021 in Kraft getretene Verordnung über die Kosten und Entgelte für den Zugang zu Wasserstoffnetzen (Wasserstoffnetzentgeltverordnung – WasserstoffNEV). Bis europäische Regelungen zur Regulierung von Wasserstoffnetzen gefunden werden, soll diese Verordnung nun einen einheitlichen deutschen Rechtsrahmen bilden.

Nach Abgabe der Erklärung nach § 28j Abs. 3 EnWG ist die WasserstoffNEV verpflichtend für die Ermittlung der Netzentgelte anzuwenden. Der Wasserstoffnetzbetreiber kann auf dieser Grundlage die von der Bundesnetzagentur genehmigten Entgelte veröffentlichen. Zudem enthält die Verordnung Regelungen zur Umstellung bestehender Gasnetzinfrasturktur auf reinen Wasserstofftransport (§ 13 WasserstoffNEV).

Hinsichtlich der Kostenfindungsmaßstäbe orientiert sich die WasserstoffNEV an den Regelungen der Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV) und der Gasnetzentgeltverordnung (GasNEV), ohne Effizienzziele analog der Anreizregulierungsverordnung vorzugeben. Zwar sieht § 6 Abs. 1 WasserstoffNEV vor, dass nur die Kosten eines effizienten und strukturell vergleichbaren Wasserstoffnetzbetreibers ansetzbar sind, weitere Konkretisierungen enthält die Verordnung aber nicht.

In Bezug auf die Ausgestaltung von Preissystemen macht die WasserstoffNEV keine Vorgaben. Es ist lediglich sicherzustellen, dass die Summe der geplanten Entgelte geeignet ist, die Kosten des Netzbetriebs zu decken. Netzentgelte sind jährlich zu ermitteln (§ 6 WasserstoffNEV). Hierzu hat der Wasserstoffnetzbetreiber zum 30. September die Plankosten für das kommende Kalenderjahr zu ermitteln und an die Bundesnetzagentur zu übermitteln. Die entstandenen Netzkosten sind ebenfalls zum 30. September für das Vorjahr zu ermitteln und der Bundesnetzagentur anzuzeigen. Auf der Basis dieser Ist-Kosten erfolgt ein Plan-Ist-Kosten-Abgleich (§ 14 WasserstoffNEV) als Gegenüberstellung mit den erzielten Umsatzerlösen. Über- und Unterdeckungen können über einen Zeitraum von maximal 10 Jahren (unter Berücksichtigung marktgerechter Zinsen) über die Netzkosten verteilt werden.

Der Betreiber eines Wasserstoffnetzes ist frei darin, Teilnetze zu bilden, sofern diese technisch unabhängig betrieben werden und sofern die Bildung von Teilnetzen zur

Umsetzung von Förderentscheidungen erforderlich ist (§ 2 WasserstoffNEV).

### Ermittlung der Kosten des Netzbetriebs

Analog zu den Regelungen der StromNEV und der GasNEV werden die Kosten des Netzbetriebs wie folgt bestimmt:

	Aufwandsgleiche Kosten (abzüglich der kostenmindernden Erlöse und Erträge)
+	Kalkulatorische Abschreibungen
+	Kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung
+	Kalkulatorische Steuern
=	Netzkosten

Hinsichtlich der Zuordnung von Gemeinkosten über verursachungsgerechte Schlüssel lehnt sich die Verordnung ebenfalls an die bekannten Regelungen für Betreiber von Strom- und Gasnetzen an (§ 6 Abs. 4 WasserstoffNEV).

Dienstleistungen verbundener Unternehmen oder des Gesellschafters sind nur in der Höhe anerkennungsfähig, wie sie auch beim Wasserstoffnetzbetreiber unter Berücksichtigung der Entgeltbestimmung der Verordnung anfallen würden (§ 6 Absatz 5 WasserstoffNEV).

Bei der Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen (§ 8 WasserstoffNEV) ist auf die lineare Abschreibungsmethode abzustellen. Die Nutzungsdauern sind der Bundesnetzagentur anzuzeigen; sie sind allerdings durch die Verordnung nicht geregelt. Zwar lässt die Verordnung projektspezifische Nutzungsdauern zu, allerdings geht der Verordnungsgeber davon aus, dass auch Wasserstoffnetze langlebig und damit kurze kalkulatorische Nutzungsdauern nicht plausibel sind. Möglicherweise wird sich die Bundesnetzagentur im Rahmen ihrer Prüfung an den betriebsnotwendigen Nutzungsdauern von Anlagegütern in der Gasversorgung orientieren (GasNEV, Anlage 1). In Analogie zu der GasNEV und der StromNEV differenziert die Verordnung bei Anlagen, die erstmalig vor dem 1. Januar 2006 aktiviert wurden (Altanlagen), nach dem eigenkapital- und fremdfinanzierten Anteil bei den Abschreibungen, die dann auf der Basis von Tagesneuwerten (eigenkapitalfinanziert) bzw. der Anschaffungs- und Herstellungskosten (fremdkapitalfinanziert) abgeschrieben werden (§ 9 WasserstoffNEV). Bei Anlagen, die erstmalig ab dem 1. Januar 2006 aktiviert wurden (Neuanlagen), ist auf die Anschaffungs- und Herstellungskosten abzustellen (§ 8 Abs. 3 WasserstoffNEV). Abschreibungen unter 0 sind nicht zulässig. Sofern Anlagen des Gasversorgungsnetzes auf den Wasserstofftransport umgestellt werden, ist bei einer Veränderung der ursprünglichen Abschreibungsdauer während der Nutzung sicherzustellen, dass keine Erhöhung der Kalkulationsgrundlage erfolgt. Die Indizes zur Ermittlung der Tagesneuwerte entsprechen denen der GasNEV.

Auch die Berechnung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung (§ 10 WasserstoffNEV) orientiert sich an der Berechnungslogik der StromNEV und der GasNEV. Für den auf die Neuanlagen entfallenden Anteil des Eigenkapitals wird grundsätzlich ein Eigenkapitalzinssatz von 9 Prozent, für den auf die Altanlagen entfallenden Anteil ein Eigenkapitalzinssatz von 7,73 Prozent gewährt. Beide Zinssätze gelten bis zu einer Eigenkapitalquote kleiner 40 Prozent und sind laut Verordnung bis zum 31. Dezember 2027 gültig. Für das Eigenkapital, das die Eigenkapitalquote von 40 Prozent übersteigt, wird auf das 10-jährige Mittel der Umlaufrendite inländischer Inhaberschuldverschreibungen abgestellt. Auf die Eigenkapitalverzinsung ist die kalkulatorische Gewerbesteuer in Ansatz zu bringen (§ 11 WasserstoffNEV). Damit liegen die Eigenkapitalzinsen deutlich oberhalb der Festlegung der Bundesnetzagentur für die Eigenkapitalzinssätze von Strom- und Gasnetzbetreibern (5,07 Prozent für Neuanlagen, 3,51 Prozent für Altanlagen). Deutlich wird an dieser Stelle der politische Wille zur Förderung von Wasserstoffnetzen in Deutschland.

Neben dem Eigenkapital und den Darlehen stehen den Wasserstoffnetzbetreibern zusätzlich

- Fördermittel (§ 3 WasserstoffNEV),
- Netzanschlusskosten (§ 4 WasserstoffNEV) und
- Baukostenzuschüsse (§ 5 WasserstoffNEV)

als weitere Finanzierungsinstrumente zur Verfügung. Dabei dürfen die Baukostenzuschüsse 100 Prozent der Netzausbaukosten betragen. Gegenüber den Regelungen hierzu bei Strom- und Gasnetzen (hier dürfen maximal 50 Prozent der Kosten im Rahmen von Baukostenzuschüssen vereinnahmt werden) erlaubt die Verordnung den Betreibern von Wasserstoffnetzen eine größere Flexibilität bei der Nutzung dieses Finanzierungs- und Netzsteuerungselements. Die Auflösung der vereinnahmten Ertragszuschüsse erfolgt analog der Nutzungsdauer des Anschlusses (anschlussindividuell).

### Fazit

Mit der Novellierung des EnWG und der Einführung der WasserstoffNEV hat die Politik nun erstmalig einen verbindlichen regulatorischen Rahmen für die Betreiber von Wasserstoffnetzen geschaffen. Inhaltlich greift die WasserstoffNEV auf den Regulierungsrahmen der bestehenden Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV) und der Gasnetzentgeltverordnung (GasNEV) zurück, lässt im Gegensatz zu diesen aber an einigen Stellen größere Spielräume zu und setzt größere Anreize für Investitionen.

Größter Investitionsanreiz sind die gegenüber der StromNEV/GasNEV deutlich höheren Zinssätze für die Eigenkapitalverzinsung. Daneben haben die Betreiber von Wasserstoffnetzen die Möglichkeit, sich über die Vereinnahmung von Baukostenzuschüssen in voller Höhe der angefallenen Kosten günstiger zu finanzieren, als das für Strom- und Gasnetzbetreiber möglich ist.

Inwieweit es Wasserstoffnetzbetreibern möglich sein wird, Investitionen über projektbezogene kurze Nutzungsdauern kurzfristig zu amortisieren, lässt sich gegenwärtig nicht abschätzen; dies wird sich in den kommenden ersten Kostenprüfungen zeigen.

Aus unserer Sicht besteht für die Betreiber von Wasserstoffnetzen eine große Unsicherheit in der Beantwortung der Frage, ob eine Opt-In-Erklärung abgegeben werden sollte. Mit der Abgabe der Erklärung unterwirft sich der Wasserstoffnetzbetreiber unwiderruflich einem Regulierungsregime. Einerseits verspricht dieses mittelfristig eine hohe Eigenkapitalverzinsung und eine flexible Anwendung (bspw. bei der Anwendung von Nutzungsdauern). Andererseits handelt es hierbei um ein Regulierungsregime, welches das marktwirtschaftliche Handeln des Wasserstoffnetzbetreibers einschränkt. Fraglich ist allerdings, welche Konsequenzen aus einer Nichtabgabe der Erklärung erwachsen. Aufgrund der Charakteristika eines natürlichen Monopols müssten unserer Ansicht nach bei einem Verdacht auf Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung die Behörden des Kartellrechts aktiv werden. Folglich würde für Wasserstoffnetzbetreiber das GWB zur Anwendung kommen. Ob eine Opt-In-Erklärung abgegeben werden sollte, muss daher im Einzelfall genau untersucht werden.

Gerne unterstützen wir Sie auf dem Weg hin zu den Wasserstoffnetzen. Auf diesem Weg sind, wie gezeigt, einige Hürden zu nehmen. Sprechen Sie uns bei Bedarf an.

Abschließend möchten wir darauf hinweisen, dass dieser Artikel in gekürzter Form in der Zeitschrift für kommunale Wirtschaft (ZfK), Ausgabe 04/2022, Seite 21, erschienen ist.

---

#### **Ihre Ansprechpartner**

**Dr. Marc Derhardt**

Tel.: +49 211 5235-137

marc.derhardt@es-unternehmensgruppe.de

**Dipl.-Volksw. Markus Muschalla**

Tel.: +49 211 5235-145

markus.muschalla@es-unternehmensgruppe.de

**Dipl.-Kfm. Thorsten Ressin**

Tel.: +49 211 5235-141

thorsten.ressin@es-unternehmensgruppe.de

### **Kostenprüfung Strom für die 4. Regulierungsperiode erfolgreich gestalten – Erfahrungsbericht**

Im Jahr 2022 haben die Stromverteilnetzbetreiber ihrer zuständigen Regulierungsbehörde die Daten zur Bestimmung des Ausgangsniveaus für die Erlösobergrenzen der 4. Regulierungsperiode (2024 bis 2028) vorzulegen. Da die Abgabefrist für die Netzbetreiber im regulären

Verfahren grundsätzlich Anfang Juli endet, konnten wir bereits umfangreiche Erfahrungen bei der Erstellung und Analyse der „Antragsunterlagen“ sammeln. In diesem Beitrag möchten wir Sie über die wesentlichen und all-gemeingültigen Erkenntnisse informieren. Bei konkreten Fragestellungen können Sie sich gerne direkt an uns wenden.

#### **Adressatenkreis**

Netzbetreiber im vereinfachten Verfahren haben die Daten frühestens zum 30.09.2022 bei der zuständigen Regulierungsbehörde vorzulegen. Da auch bei einigen Netzbetreibern im regulären Verfahren die Datenlieferung an die Behörde noch aussteht, können demnach beide Netzbetreibergruppen noch auf die von uns bereits gemachten Erfahrungen zurückgreifen und diese in ihre „Antragsunterlagen“ einfließen lassen. Darüber hinaus dürfte ein Erfahrungsaustausch aber auch für alle Netzbetreiber einen Mehrwert liefern. Denn die Erkenntnisse könnten ggf. einen wichtigen Beitrag bei der Beantwortung von Rückfragen der Regulierungsbehörde liefern.

#### **Erfahrungsbericht**

Gerne möchten wir über unsere Erfahrungen zu folgenden Aspekten der „Antragstellung“ berichten:

- Projektorganisation,
- Datenkonsistenz,
- Erhebungsbogen,
- Bericht.

#### **Projektorganisation**

Die Bearbeitungszeit bei der Erstellung der „Antragsunterlagen“ sollte nicht unterschätzt werden. Da an der Datenbereitstellung viele unterschiedliche Fachdisziplinen beteiligt sind, hat sich oft eine Projektorganisation mit einer verbindlichen Zuordnung von Aufgaben, Zuständigkeiten und Terminen bewährt.

#### **Datenkonsistenz**

Eine besondere Herausforderung stellt die Datenkonsistenz zwischen den vorzulegenden Unterlagen und den

- Jahresabschlüssen,
- diversen regulatorischen Anträgen (Regulierungskonto, Kapitalkostenaufschlag) und
- anderen regulatorischen Datenmeldungen (Internetveröffentlichungen, Monitoringbericht)

dar.

Des Weiteren nehmen die energiewirtschaftlichen Umfragen sowie weitere netzkostenneutrale Aufwands- und Ertragspositionen (Stichwort EEG und KWKG) in der Datenaufbereitung eine wichtige Rolle ein. In der Praxis zeigt sich, dass diese notwendige Abgrenzung zu den

netzkostenrelevanten Positionen mit einem erhöhten Zeitaufwand gegenüber der Kostenprüfung Gas verbunden ist.

### Erhebungsbogen

Die Updates und Versionsänderungen im Erhebungsbogen der Regulierungsbehörden stellen die Netzbetreiber häufig vor nicht unerhebliche „Mehrfacharbeiten“. Daher bietet es sich an, die Datenerfassung möglichst automatisiert und flexibel zu gestalten. Updates können dann mit überschaubarem Aufwand neu befüllt werden.

Gerade das Tabellenblatt zur Summen-/Saldenliste i.V. m. Schlüsselangaben stellt Netzbetreiber mit mehrstufigen oder iterativen Schlüsselungen vor nicht unerhebliche Herausforderungen. Nicht selten sind bei der Umsetzung sehr individuelle Lösungsansätze zu erarbeiten. Die Darlegungstiefe unterscheidet sich zwischen den verschiedenen Regulierungsbehörden erheblich.

Über Sinn und Zweck der Cash-Flow-Rechnung lässt sich weiterhin trefflich streiten. I. d. R. bietet es sich allerdings an, bereits in den Antragsunterlagen alternative Argumentationen zur Rechtfertigung des Umlaufvermögens aufzunehmen.

### Bericht

Die Verwendung eines Standardberichts hat sich bewährt, da gerade die Gliederung – aber auch viele Textpassagen – für alle Netzbetreiber gleichermaßen Gültigkeit besitzen. Insofern bietet es sich an, das Rad nicht immer wieder neu zu erfinden.

Gute Erfahrungen haben wir auch mit einer automatischen Übertragung von Daten aus dem Erhebungsbogen in den Bericht gemacht. Denn damit kann neben dem Datenerfassungsaufwand auch die Fehlerquelle einer manuellen Übertragung deutlich reduziert werden.

Besonders hervorheben möchten wir an dieser Stelle unsere Erfahrungen mit der Simulation der Kostenprüfung. So können Auffälligkeiten und Besonderheiten frühzeitig identifiziert und entsprechende Recherchen durchgeführt werden. Auf dieser Basis kann eine gezielte Kommunikations- bzw. Rechtfertigungsstrategie erarbeitet werden.

### Fazit

Unsere Erfahrungen mit den aktuellen Datenlieferungen der Netzbetreiber im regulären Verfahren bieten bereits einige erfolversprechende „Tipps und Tricks“ und ergänzen unsere gesammelten Erfahrungen aus den „Antragstellungen“ und Anhörungen zu den drei vorangegangenen Regulierungsperioden sinnvoll. Unser Erfahrungsschatz kann vor allem von Netzbetreibern im vereinfachten Verfahren noch zur Antragstellung genutzt werden. Aber auch Netzbetreiber im regulären Verfahren können

von den Erfahrungen bei Rückfragen durch die Regulierungsbehörde partizipieren. Gerne stehen wir Ihnen bei Bedarf zur Verfügung.

---

#### Ihre Ansprechpartner

*Dipl.-Kfm. Thorsten Ressin*

Tel.: +49 211 5235-141

thorsten.ressin@es-unternehmensgruppe.de

*M.Sc. Sebastian Meier*

Tel.: +49 711 99340-17

sebastian.meier@es-unternehmensgruppe.de

### Bundesnetzagentur mit dem Effizienzvergleich Gas in Verzug – Handlungsoptionen für Netzbetreiber im regulären Verfahren

Aufgrund der großen Bedeutung des Effizienzwerts für den Umsatz und den Gewinn ist Gas- und Stromnetzbetreibern im regulären Verfahren eine intensive Auseinandersetzung mit dem unternehmensindividuellen Effizienzwert dringend zu empfehlen. Obwohl die Bundesnetzagentur mit der Anhörung zum Effizienzvergleich Gas in Verzug ist, möchten wir schon jetzt für das Thema sensibilisieren. Gemeinsam mit den Statistikexperten der Polynomics AG können wir eine umfassende Beratung rund um das Thema „Effizienzvergleich“ anbieten. Mit ersten Erkenntnissen zum Effizienzvergleich Gas ist wohl erst nach den Sommerferien zu rechnen. Auch im „Treuberater“ und über unsere LinkedIn-Seite werden wir Sie auf dem Laufenden halten.

Die Erlösobergrenzen der 4. Regulierungsperiode (Gas: 2023 bis 2027; Strom: 2024 bis 2028) werden im regulären Regulierungsverfahren maßgeblich vom Effizienzvergleich geprägt. Der in einem bundesweiten Effizienzvergleich von der Bundesnetzagentur ermittelte unternehmensindividuelle Effizienzwert bestimmt das jährliche Absinken der Erlösobergrenzen (Abbaupfad). Ein „schlechter“ Effizienzwert führt c. p. zu vergleichsweise hohen Einbußen bei den Erlösobergrenzen und schränkt die Gewinnerzielungsmöglichkeit nicht unerheblich ein. Aufgrund der großen Bedeutung des Effizienzwerts ist den Netzbetreibern eine intensive Auseinandersetzung mit dem Effizienzwert zu empfehlen.

Ob das Einlegen von Rechtsmitteln gegen den bundesweiten Effizienzvergleich erfolversprechend ist, kann dahingestellt sein. Vielmehr hat der Netzbetreiber im regulären Verfahren einige sehr unternehmensspezifische gesetzliche und betriebliche Handlungsoptionen:

- Geltendmachung struktureller Besonderheiten (§ 15 Abs. 1 ARegV),
- Nachweis über Unerreichbarkeit der Effizienzvorgaben (§ 16 Abs. 2 ARegV),

- Optimierung der regulatorischen Effizienz,
- Optimierung der betrieblichen Effizienz.

Grundlage aller unternehmensspezifischen Optionen ist die Analyse und fachliche Durchdringung der Effizienzwertermittlung der Bundesnetzagentur. Darauf aufbauend können konkrete Maßnahmen entwickelt und beurteilt werden. Durch die Zusammenarbeit mit der Polynomics AG können wir in besonderer Weise regulatorisches, ingenieurtechnisches und statistisches Know-how aus einer Hand anbieten. Lernen Sie mit uns Ihren Effizienzwert und die Handlungsoptionen besser kennen. Sprechen Sie uns bei Bedarf gerne an!

#### Ihre Ansprechpartner

**Dipl.-Kfm. Thorsten Ressin**

Tel.: +49 211 5235-141

thorsten.ressin@es-unternehmensgruppe.de

**Dr. Marc Derhardt**

Tel.: +49 211 5235-137

marc.derhardt@es-unternehmensgruppe.de

### Netzentgelte 2023 rechtskonform ermitteln und gestalten

Die Preise (Netzentgelte) von Elektrizitäts- und Gasverteilnetzbetreibern gelten grundsätzlich für ein Kalenderjahr. Preisadjustierungen innerhalb eines Kalenderjahres sind grundsätzlich ausgeschlossen. Insofern kommt der Ermittlung der Netzentgelte für das Jahr 2023 zum 15.10.2022 eine erhebliche Bedeutung zu. Nur in Ausnahmefällen können die Netzentgelte für das Jahr 2023 noch bis zum 31.12.2022 neu kalkuliert werden.

In diesem Beitrag werden folgende Aspekte der Netzentgeltermittlung dargestellt:

1. Wesentliche Ziele
2. Bestandteile und Rahmenbedingungen
3. Kritische Erfolgsfaktoren einer erfolgreichen Netzentgeltermittlung

Der Artikel entspricht im Wesentlichen unseren Ausführungen in der „Treuberater“-Ausgabe II/2021. Wir haben uns dennoch für eine Veröffentlichung entschieden, da

- unserer Erfahrung nach der Netzentgeltermittlung nicht selten eine noch größere Aufmerksamkeit aufgrund ihrer nicht zu unterschätzenden Bedeutung zukommen sollte und
- die Netzentgelte Gas erstmalig für die vierte Regulierungsperiode zu kalkulieren sind. So ist die Kalkulation vor dem Hintergrund nicht vorliegender Bescheide zu den Erlösbergrenzen mit erheblichen Unsicherheiten verbunden. Gleichzeitig kommt der erst-

maligen Kalkulation in einer neuen Regulierungsperiode eine große Bedeutung zu, da sich häufig das Beibehalten wesentlicher Kalkulationsparameter für eine ganze Regulierungsperiode anbietet. Insofern haben wir die Textpassagen, die bei der Ermittlung der Gasnetzentgelte 2023 besonders wichtig sein können, durch Unterstreichungen hervorgehoben.

#### Zu 1.: Wesentliche Ziele

Bei der Ermittlung von Netzentgelten ist zunächst das Ziel zu verfolgen, die Vorgaben des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers und ggf. der Regulierungsbehörden umzusetzen. Denn damit werden Auseinandersetzungen mit Behörden und Kunden mit unsicherem Ausgang und Risiken bei der Umsatzerzielung vermieden.

Darüber hinaus kommt der Netzentgeltermittlung aber auch eine wesentliche Bedeutung bei der Erzielung planbarer Gewinne in den regulierten Netzen zu. Denn gerade die Prognose der Entnahmemengen beeinflusst die Wahrscheinlichkeit, Mehr- oder Mindererlöse im Jahr 2023 zu erzielen. Können Mehrerlöse c. p. allenfalls zu einer Überschreitung angemessener Gewinne im Jahr 2023 führen, besteht bei Mindererlösen die Gefahr, den angemessenen Gewinn 2023 zu unterschreiten. Um „böse Überraschungen“ im Jahresabschluss zu vermeiden, bietet es sich an, derartige Überlegungen in die Netzentgeltermittlung einzubeziehen und in Szenario-Rechnungen abzubilden.

#### Zu 2.: Bestandteile und Rahmenbedingungen

Die Netzentgeltermittlung besteht aus folgenden wesentlichen Bestandteilen:

- Prognose der Erlösbergrenze,
- Transformation der Erlösbergrenze in Netzentgelte,
- Dokumentation der Netzentgeltermittlung.

Bei der Prognose der Erlösbergrenze Strom sind die wesentlichen Parameter i. d. R. zum 15.10.2022 bekannt. Ein möglicher Gestaltungsspielraum bezieht sich üblicherweise auf folgende Bestandteile der Erlösbergrenze:

- Auflösung des Regulierungskontos,
- Kapitalkostenaufschlag,
- Auflösung der erhaltenen Zuschüsse,
- Mengenansatz bei der Ermittlung vermiedener und vorgelagerter Netzentgelte.

Die Prognose der Erlösbergrenze Gas ist hingegen mit erheblichen Unsicherheiten verbunden, da bis zum Kalkulationszeitpunkt wohl keine Bescheide zu den Erlösbergrenzen der vierten Regulierungsperiode vorliegen werden und damit die wesentliche Grundlage einer Netzentgeltermittlung fehlen dürfte. So liegt häufig, gerade im vereinfachten Verfahren, noch kein festgestelltes Ausgangsniveau vor. Nach Aussage der Bundesnetz-

agentur liegen im regulären Verfahren wohl keine vorläufigen Effizienzwerte vor. In den vergangenen Regulierungsperioden haben die Regulierungsbehörden bei fehlenden Bescheiden alternative Übergangsregelungen erlassen. Es ist dann sorgfältig abzuwägen, welche Alternative zur Erreichung der eigenen Ziele am besten geeignet erscheint. Grundsätzlich ist es ratsam, die voraussichtliche Erlösobergrenze auf der Basis der Antragsunterlagen oder des möglicherweise bereits festgestellten Ausgangsniveaus zu prognostizieren.

Bei der Transformation der Erlösobergrenze in Netzentgelte ist vor allem die rechtskonforme Umsetzung einer verursachungsgerechten Netzentgeltermittlung sicherzustellen. Dabei sind insbesondere folgende Aspekte von Bedeutung:

- Verursachungsgerechte Verteilung der Erlösobergrenze auf Spannungsebenen (Strom) bzw. auf das Ortstransport- und Ortsverteilnetz.
- Die Netzentgelte müssen geeignet sein, die Erlösobergrenze zu decken.
- Das durchschnittliche Netzentgelt (ohne Messstellenbetrieb) des Stromverteilnetzes der vorgelagerten Spannungsebene hat bei gleicher Benutzungsdauer stets niedriger auszufallen.
- Grund- und Arbeitspreis haben in einem angemessenen Verhältnis zu stehen.
- Sondernetzentgelte sind angemessen zu berücksichtigen.
- Die Korrespondenz wesentlicher Teilaspekte der Netzentgeltermittlung ist sicherzustellen. Folgende Beispiele können angeführt werden:
  - Gas: Die Kostenzuordnung zum Ortstransport- und Ortsverteilnetz bestimmt die Kundenzuordnung im Rahmen der Ermittlung der sogenannten Sigmoidfunktion.
  - Strom: Die Entnahmen bestimmen unter Berücksichtigung angemessener Netzverluste die Einspeisung und die vorgelagerten Netzkosten.
- Die Umsetzung neuer gesetzlicher und behördlicher Vorgaben ist sicherzustellen (z. B. bezüglich der Elektromobilität).

Wie bereits weiter oben ausgeführt, beeinflusst die Prognose der Entnahmemenge bei der Netzentgeltermittlung die Wahrscheinlichkeit, Mehr- oder Mindererlöse zu erzielen, und damit die Gewinnerzielung im Jahr 2023 maßgeblich. Insofern bietet es sich an, den Einfluss von Entnahmemengen durch Szenario-Rechnungen zu analysieren.

Im letzten Bestandteil einer Netzentgeltermittlung ist eine Dokumentation zu erarbeiten, die den Anforderungen des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers und ggf. der Regulierungsbehörde genügt.

### Zu 3.: Kritische Erfolgsfaktoren einer erfolgreichen Netzentgeltermittlung

Eine erfolgreiche Netzentgeltermittlung zeichnet aus, dass sie dem Ziel einer „rechtskonformen“ Kalkulation genügt und darüber hinaus im Rahmen der Zulässigkeit sonstigen betrieblichen Anforderungen angemessen gerecht wird.

Unserer Erfahrung nach tragen insbesondere folgende Erfolgsfaktoren maßgeblich zu einer erfolgreichen Netzentgeltermittlung bei:

- Bereits frühzeitig (spätestens aber im September) mit der Netzentgeltermittlung beginnen und ausreichend Bearbeitungszeit vorhalten, denn insbesondere unangemessener Zeitdruck erhöht die Fehleranfälligkeit enorm.
- Ein übersichtliches und klar strukturiertes Tool zur Netzentgeltermittlung kann das Risiko von Berechnungsfehlern minimieren.
- Standardisierte Plausibilitätsprüfungen im Berechnungstool leisten einen wertvollen Beitrag zur Qualitätssicherung. So sind insbesondere folgende Plausibilitätsprüfungen zu empfehlen:
  - Eine Verprobungsrechnung hat sicherzustellen, dass mit den ungerundeten Netzentgelten und der prognostizierten Mengenstruktur ein Umsatz in Höhe der Erlösobergrenze zu erzielen ist; aus technischer Sicht sind Abweichungen – auch im Cent-Bereich – bei ungerundeten Preisen unzulässig.
  - Überprüfung der Struktur der kalkulierten Netzentgelte mithilfe eines Benchmarkings von Netzentgelten verschiedener Abnahmefälle und Netzbetreiber. Um die Struktur verlässlich beurteilen zu können, ist eine möglichst umfangreiche Vergleichsgruppe heranzuziehen.
  - Ein Vorjahresvergleich regt bei großen Abweichungen dazu an, die Kalkulation kritisch zu hinterfragen.
  - Bei den Netzentgelten Strom sollte das Berechnungstool warnen, sofern die Netzentgelte einer vorgelagerten Netzebene höher ausfallen.
  - Bei den Netzentgelten Gas ist zu warnen, sollten die RLM- oder SLP-Entgelte nicht unerheblich von der Netzentgeltfunktion abweichen.
  - Die Korrespondenz wesentlicher Teilaspekte der Netzentgeltermittlung ist im Rahmen standardisierter Plausibilitätsprüfungen sicherzustellen.
- Erfahrungsgemäß bietet es sich an, die Dokumentation der Netzentgeltermittlung vor Veröffentlichung der Netzentgelte zu erstellen. Denn die Dokumentation kann als letzte Stufe der Qualitätskontrolle einen wichtigen Beitrag zur erfolgreichen Netzentgeltermittlung leisten.

- Eine automatische Übertragung von Werten des Kalkulationstools in die Dokumentation kann Übertragungsfehler minimieren.
- Das Einbeziehen eines „Sparringspartners“ bietet einen externen Blick auf die Kalkulation und gewährleistet den Zugriff auf einen breiten Erfahrungsschatz. Damit kann ein zusätzlicher Beitrag zur Qualitätssicherung geleistet werden. Zusätzlich macht er eine Vertretungsregelung (z. B. bei Krankheit) möglich.

Die Ermittlung der Netzentgelte ist nicht zuletzt wegen der Gültigkeitsdauer von einem Jahr und des erheblichen Umsatzbeitrags der regulierten Netze nicht zu unterschätzen. Die oben genannten kritischen Erfolgsfaktoren können maßgeblich zu einer erfolgreichen Netzentgelt-ermittlung beitragen.

Ihnen kommt insbesondere bei der Netzentgeltermittlung Gas für das Jahr 2023 eine besondere Bedeutung zu. So ist die Kalkulation vor dem Hintergrund nicht vorliegender Bescheide zu den Erlösobergrenzen mit erheblichen Unsicherheiten verbunden. Gleichzeitig kommt der erstmaligen Kalkulation in einer neuen Regulierungsperiode eine große Bedeutung zu, da sich häufig das Beibehalten wesentlicher Kalkulationsparameter für eine ganze Regulierungsperiode anbietet.

Gerne stehen wir Ihnen im Rahmen der Netzentgelt-ermittlung mit unseren Berechnungstools oder auch als „Sparringspartner“ zur Verfügung. Sprechen Sie uns bei Bedarf einfach an.

---

#### **Ihre Ansprechpartner**

**Dipl.-Kfm. Thorsten Ressin**

Tel.: +49 211 5235-141

thorsten.ressin@es-unternehmensgruppe.de

**Dipl.-Kfm. Frank Drexen**

Tel.: +49 211 5235-149

frank.dressen@es-unternehmensgruppe.de

**Dipl.-Volksw. Felix Hiltmann**

Tel.: +49 211 5235-158

felix.hiltmann@es-unternehmensgruppe.de

### **OLG Köln | OLG Düsseldorf | Tarifsplitt in der Grundversorgung zulässig**

#### **OLG Köln (Beschl. v. 02.03.2022, Az. 6 W 10/22)**

Ein Energieversorgungsunternehmen kann bei seiner Preisgestaltung in der Grund- und Ersatzversorgung nach dem Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) zulässigerweise zwischen Alt- und Neukunden unterscheiden. Dies hat das OLG Köln mit Beschluss vom 02.03.2022 entschieden und damit einen vorangegangenen Beschluss des Landgerichts Köln (Beschl. v. 08.02.2022, Az. 31 O 14/22) bestätigt.

Der klagende Verbraucherverband hatte im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Antragsgegnerin als Energieversorgungsunternehmen, das die Grund- und Ersatzversorgung von Haushaltskunden in bestimmten Gebieten u. a. in Köln vornimmt, wegen Unterlassung in Anspruch genommen. Die Vorgehensweise des Unternehmens, Haushaltskunden im Sinne des § 3 Nr. 22 EnWG zu unterschiedlichen Preisen zu beliefern und für die Unterscheidung allein auf das Datum des Vertragsschlusses abzustellen, stelle einen Verstoß gegen die Vorschriften des EnWG dar, so der Verbraucherverband. Das Landgericht Köln (a. a. O.) hatte einen entsprechenden Unterlassungsanspruch abgelehnt und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen.

Dieser Auffassung hat sich das OLG Köln angeschlossen. Zur Begründung hat das Gericht im Wesentlichen ausgeführt, dass ein Energieversorgungsunternehmen für Netzgebiete, in denen es die Grund- und Ersatzversorgung von Haushaltskunden durchführt, zwar nach § 36 und § 38 EnWG verpflichtet ist, Allgemeine Bedingungen und Preise öffentlich bekannt zu geben und jeden Haushaltskunden zu diesen Bedingungen und Preisen zu beliefern. Allerdings begründe dies keine Verpflichtung zur Belieferung sämtlicher Kunden zu gleichen Preisen. So können nach Ansicht des Gerichts höhere Beschaffungskosten einen sachlichen Grund für eine Preisdifferenzierung rechtfertigen. Demnach beruhe die Tarifsplittung zwischen Alt- und Neukunden auf einem sachlichen Grund und stelle somit keine Diskriminierung dar, wenn das als Grund- und Ersatzversorger tätige Energieversorgungsunternehmen damit dem Umstand Rechnung trage, dass die Preise auf dem Energiemarkt erheblich gestiegen sind.

Denn alternativ müssten die Kunden, die bereits die Grund- bzw. Ersatzversorgung in Anspruch nehmen, erhöhte Preise bezahlen. Ein anderes Verständnis der genannten Norm – so wie von dem antragstellenden Verbraucherverband vertreten – führe darüber hinaus zu einer unverhältnismäßigen Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Versorgungsunternehmens.

#### **OLG Düsseldorf (Beschl. v. 01.04.2022, Az. VI-5 W 2/22 Kart)**

Auch in dem Verfahren vor dem OLG Düsseldorf hielt das Gericht die vorinstanzliche landgerichtliche Entscheidung (LG Dortmund, Beschl. v. 02.03.2022, Az. 10 O 11/22) aufrecht und schloss sich der Entscheidung des OLG Köln (a. a. O.) an. Auch das OLG Düsseldorf verwarf die Argumentation des Verbraucherverbands bzw. der Verbraucherzentrale, wonach sich aus § 36 bzw. § 38 EnWG ein Verbot der Preissplittung ergebe. Eine Ungleichbehandlung von Kunden sei nicht per se, sondern nur dann verboten, wenn sie ohne sachlich gerechtfertigten Grund erfolge.

## Gesetzesänderung in Planung

Der Gesetzgeber greift aktuell die Diskussion um die Zulässigkeit des Preissplittings in der Grund- und Ersatzversorgung in seinem aktuellen Referentenentwurf auf. Das Tarifsplitting soll untersagt werden. Allerdings sollen Grundversorger – anders als bisher – in der Ersatzversorgung für Haushaltskunden einen anderen Preis verlangen können als in der Grundversorgung, um gestiegene Vertriebs- und Beschaffungskosten zu berücksichtigen. Im Hinblick auf die Instabilität des Strommarktes in den letzten Monaten soll so dem Problem der Grundversorger begegnet werden, kurzfristig unvorhersehbare Mengen an zusätzlicher Energie beschaffen zu müssen, weil einige Energielieferanten die Versorgung eingestellt hatten. Demnach dürfen die Allgemeinen Preise der Ersatzversorgung nun die Preise der Grundversorgung unter den im Referentenentwurf genannten Voraussetzungen übersteigen.

---

### Ihr Ansprechpartner

**RA Dr. Julian Faasch**

Tel.: +49 211 5235-175

julian.faasch@es-unternehmensgruppe.de

## BGH | Einseitige Änderung von Preisanpassungsklauseln in der Fernwärmeversorgung

Der BGH beschäftigte sich in seiner aktuellen Entscheidung (Urt. v. 26.1.2022, Az. VIII ZR 175/19) mit der Frage, ob Fernwärmeversorgungsunternehmen Preisanpassungsklauseln einseitig anpassen können. Das OLG Frankfurt a. M. verneinte diese Frage im Jahr 2019. Mit einer Änderung der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV) schloss sich der Verordnungsgeber dieser Position an und stellte klar, dass dies nicht möglich ist. Nun urteilte der BGH in dieser Angelegenheit.

In seiner Entscheidung kommt der BGH zu der Feststellung, dass ein Fernwärmeversorgungsunternehmen gemäß § 4 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV berechtigt sei, eine von ihm verwendete Preisänderungsklausel auch während eines laufenden Versorgungsverhältnisses mit Wirkung für die Zukunft einseitig anzupassen, wenn und soweit dies erforderlich ist, damit diese Klausel nunmehr oder weiterhin den Anforderungen des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV entspreche. Hierbei handele es sich nach Auffassung des Gerichts nicht bloß um eine Befugnis, sondern sogar um eine Verpflichtung des Fernwärmeversorgungsunternehmens, soweit das Kundeninteresse dies erfordere.

Zudem erklärt der BGH, dass weder seinem Urteil aus dem Jahr 2017 noch dem Urteil des OLG Frankfurt a. M. (Urt. v. 21.03.2019, Az. 6 U 191/17) zu entnehmen sei, dass ein Fernwärmeversorgungsunternehmen während eines laufenden Versorgungsverhältnisses nicht zu einer

einseitigen Änderung einer Preisanpassungsklausel befugt sei, sondern solche allein durch übereinstimmende Willenserklärungen der Vertragsparteien geändert werden könnten.

Der BGH geht zudem davon aus, dass das eben Gesagte sogar unter Berücksichtigung des neuen § 24 Abs. 4 Satz 4 AVBFernwärmeV gelte. Laut der Verordnungsbegründung habe der Verordnungsgeber zwar den Verbraucher benachteiligende einseitige Änderungen bestehender (wirksamer) Preisänderungsklauseln verhindern wollen, nicht aber eine Anpassung einer unwirksamen Preisänderungsklausel, die zur Einhaltung der Anforderungen des § 24 Abs. 4 Satz 4 AVBFernwärmeV erforderlich ist und damit den Interessen beider Vertragsparteien diene.

Zudem stellte der BGH fest, dass Fernwärmeversorgungsunternehmen nicht berechtigt seien, wirksam vereinbarte Preise einseitig nach billigem Ermessen gemäß § 315 BGB zu ändern. Denn es würde Sinn und Zweck von § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV mit seinen konkreten Anforderungen zuwiderlaufen, wenn den Fernwärmeversorgungsunternehmen ein einseitiges Preisbestimmungsrecht nach billigem Ermessen zustünde. Vielmehr müssten Preisanpassungsklauseln in Fernwärmelieferungsverträgen nach § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV so ausgestaltet sein, dass sie sowohl die Kostenentwicklung bei der Erzeugung und Bereitstellung von Fernwärme durch das Unternehmen als auch die jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt angemessen berücksichtigten.

---

### Ihr Ansprechpartner

**RA Dr. Julian Faasch**

Tel.: +49 211 5235-175

julian.faasch@es-unternehmensgruppe.de

## Rechtsprechung | Ausgewählte Gerichtsurteile zu wesentlichen regulatorischen Fragestellungen

Gerne bieten wir Ihnen jeweils in der Juni-Ausgabe des „Treubaters“ einen Überblick über ausgewählte Gerichtsurteile zu wesentlichen regulatorischen Fragestellungen des vorangegangenen Jahres an. Dabei möchten wir Ihnen insbesondere Handlungsoptionen zur regulatorischen Optimierung an die Hand geben. Gerne stehen wir Ihnen bei Bedarf beratend zur Seite.

### 1. Verfassungsbeschwerde gegen Festlegung der Eigenkapitalzinssätze zurückgewiesen

*BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2021 – 1 BvR 1588/20 – BGH → BVerfG-Beschluss*

*BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2021 – 1 BvR 1776/20 – BGH*

*BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2021 – 1 BvR 1778/20 – BGH*

### Sachverhalt / Gerichtliche Entscheidung / Begründung

Die Bundesnetzagentur legte am 5.10.2016 die Eigenkapitalzinssätze der dritten Regulierungsperiode in Höhe von 6,91 % (Neuanlagen) bzw. 5,12 % (Altanlagen) fest. Die gegen diese Festlegung geführte Beschwerde hatte zunächst vor dem OLG Düsseldorf Erfolg (VI-3 Kart 319/16 vom 22.3.2018), bevor der Bundesgerichtshof (BGH) in mehreren Entscheidungen (u. a. EnVR 52/18 vom 9.7.2019 und EnVR 27/18 vom 3.3.2020) das Vorgehen der Bundesnetzagentur bei der Ermittlung der Eigenkapitalzinssätze bestätigte und ihr ausdrücklich einen weiten methodischen Gestaltungsspielraum einräumte.

Die gegen das Urteil des BGH eingelegte Verfassungsbeschwerde wurde nun vom Bundesverfassungsgericht abgewiesen (Nichtannahmebeschluss). Der Bundesgerichtshof habe die ihm als Rechtsbeschwerdegericht gezogenen Grenzen nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts nicht verkannt. Er habe auch keine eigene tatrichterliche Würdigung vorgenommen, sondern lediglich rechtlich geprüft, ob die Grenzen des Beurteilungsspielraums der Bundesnetzagentur überschritten wurden. Darüber hinaus konnten die Beschwerdeführer nach Ansicht des Gerichts nicht überzeugend darlegen, dass bei einer erneuten Prüfung der Datengrundlage in der Sache ein anderes Ergebnis möglich gewesen wäre.

### Bewertung und Handlungsoptionen

Mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist das langjährige juristische Verfahren zur Höhe der Eigenkapitalzinssätze in der Sache abschließend beendet und die Festlegung der Bundesnetzagentur hat nunmehr endgültig Bestand. Auch die gewährten Gleichbehandlungszusagen in den Beschlüssen zur Festlegung der Erlösobergrenzen sowie zur Genehmigung von Kapitalkostenzuschlägen sind mit der Entscheidung aus 2021 obsolet.

Nicht erst mit der Zurückweisung der Verfassungsbeschwerde ist den Netzbetreibern zu empfehlen, die Auswirkungen der Zinsentwicklung auf den für gewöhnlich zu erzielenden Gewinn der regulierten Netze genau im Blick zu behalten. Regulatorische Optimierungen erhalten gleichsam mehr Gewicht, zumal die Eigenkapitalzinssätze der vierten Regulierungsperiode gemäß der aktuellen Festlegung der Bundesnetzagentur weiter rückläufig sind (der „Treuberater“ berichtete, vgl. **Ausgabe IV/2021**). Den sich hiergegen richtenden Beschwerdeverfahren werden vor dem Hintergrund der Gerichtsurteile des BGH und des BVerfG ohne Vortrag inhaltlich neuer Argumente wohl geringe Erfolgswahrscheinlichkeiten zuzurechnen sein.

## **2. Die EuGH-Entscheidung zur Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden**

*EuGH, Urteil vom 2. September 2021 – C-718/18*  
→ **EuGH-Urteil**

### Sachverhalt / Gerichtliche Entscheidung / Begründung

Auf europäischer Ebene sind Zuständigkeit und Befugnisse der jeweiligen nationalen Regulierungsbehörden in den EU-Binnenmarktrichtlinien Strom und Gas geregelt. Gemäß dieser europäischen Vorgabe obliegt die Befugnis zur Ausgestaltung der Netzzugangsbedingungen und der Methoden zur Bestimmung der Netznutzungsentgelte der nationalen Regulierungsbehörde. Die Mitgliedstaaten sollen zudem sicherstellen, dass die Regulierungsbehörde völlig unabhängig von öffentlichen Einrichtungen und politischen Stellen agieren kann. Die Stärkung der Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden ist damit zentraler Bestandteil der europäischen Netzregulierung.

Das nationale deutsche Recht sieht hingegen ausgehend von § 24 EnWG eine umfassende Verordnungsermächtigung der Bundesregierung vor. Demnach wird die Bundesregierung ermächtigt, „die Bedingungen für den Netzzugang [...] sowie Methoden zur Bestimmung der Entgelte für den Netzzugang [...] festzulegen“. Gegen diese normative Ausgestaltung der Regulierung klagte die Europäische Kommission und der Europäische Gerichtshof (EuGH) kam nun in einem viel diskutierten Urteil zu der Feststellung, dass die in der deutschen Gesetzgebung verankerte regulatorische Ausgestaltung im Widerspruch zu den EU-Binnenmarktrichtlinien steht.

Die von der Bundesregierung auf der Grundlage des § 24 EnWG erlassenen Rechtsverordnungen (Strom/GasNEV, Strom/GasNZV sowie ARegV) stellen nach Ansicht des Gerichts unzulässige detaillierte Anweisungen an die Regulierungsbehörden dar, wie sie ihre Regulierungsaufgaben wahrzunehmen habe. Denn die genannten Rechtsverordnungen legen das Verfahren und die Methode zur Bestimmung der Netzkosten sowie die Bedingungen für den Netzzugang mit ausführlichen Einzelheiten wie bspw. Abschreibungsmethodik und Indexierung fest. Im Ergebnis verfügen die Bundesnetzagentur sowie letztlich auch die Landesregulierungsbehörden nicht über die in den EU-Binnenmarktrichtlinien verankerte uneingeschränkte Unabhängigkeit von politischen Vorgaben.

Bei dem Urteil des EuGH handelt es sich (lediglich) um ein sogenanntes Feststellungsurteil, mit dem die Unionsrechtswidrigkeit der deutschen Gesetzgebung festgestellt wurde. Eine unmittelbare Gestaltungswirkung kommt dem Urteil nicht zu. Vielmehr ist die deutsche Gesetzgebung verpflichtet, den festgestellten Richtlinienverstoß abzustellen und die Regelung des § 24 EnWG und damit auch die hierauf basierenden Verordnungen für die Zukunft unionsrechtskonform auszugestalten.

### Bewertung und Handlungsoptionen

Nach dem Urteil des EuGH steht fest, dass die Bundesrepublik Deutschland ihr Energierecht umfangreich ändern und die Rolle der Regulierungsbehörden (insbesondere der Bundesnetzagentur) neu definieren muss. Für

die Verwaltungspraxis in der Übergangsphase stellt sich jedoch zunächst die Frage, welche Auswirkungen sich auf bereits abgeschlossene bzw. aktuell laufende Festlegungsverfahren ergeben. Hierzu äußerte sich der BGH bereits im Jahr 2019 (Beschluss vom 8. Oktober 2019, EnVR 58/18) und stellte fest, dass sich auch im Fall einer festgestellten Unionsrechtswidrigkeit keine unmittelbare Nichtigkeit oder Unanwendbarkeit der nationalen Regelungen ergibt. Mit gleichem Tenor kündigte auch die Bundesnetzagentur an, für die Übergangszeit bis zur Verstoß-Beseitigung das geltende deutsche Recht weiter unverändert anwenden zu wollen.

Über die Dauer der Übergangszeit besteht aktuell Unsicherheit. Fest steht jedoch, dass die Bundesnetzagentur die regulatorischen Rahmenbedingungen und Regelungen künftig selbst zu definieren hat. Die erweiterte Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur wird aufseiten der Regulierungsbehörde absehbar mit einem erhöhten Planungs- und Umsetzungsaufwand und einem zusätzlichen Personalbedarf einhergehen.

Aufseiten der Netzbetreiber ist zugleich von einer erhöhten Rechtsunsicherheit auszugehen. Denn im Zuge der Neugestaltung der Netzregulierung werden wohl die bisher in der Auslegung strittigen Sachverhalte vermehrt die Sichtweise der Bundesnetzagentur widerspiegeln. Unklar bleibt zudem, wer die Festlegungen der Bundesnetzagentur künftig kontrolliert und wie der Rechtsschutz gegen die Entscheidungen der Regulierungsbehörde in ihrer Rolle als absolut unabhängige Behörde ausgestaltet werden soll. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der BGH der Bundesnetzagentur zuletzt in mehreren Entscheidungen einen weiten methodischen Beurteilungs- und Ermessensspielraum eingeräumt hat.

### 3. BGH bestätigt Vorgehensweise zur Ermittlung des Kapitalkostenabzugs

*BGH-Beschluss vom 7. Dezember 2021 – EnVR 6/21 – OLG Düsseldorf → BGH-Urteil*

*BGH-Beschluss vom 7. Dezember 2021 – EnVR 22/21 – OLG Düsseldorf → BGH-Urteil*

*BGH-Beschluss vom 7. Dezember 2021 – EnVR 51/20 – OLG Düsseldorf → BGH-Urteil*

#### Sachverhalt / Gerichtliche Entscheidung / Begründung

Mit dem seit der dritten Regulierungsperiode eingeführten Instrument des Kapitalkostenabgleichs ergaben sich in einigen wesentlichen Punkten unterschiedliche Auffassungen zur Umsetzung und Ermittlung des Kapitalkostenabzugs. Insbesondere die konkrete Auslegung der Übergangsregelung nach § 34 Abs. 5 ARegV sowie weitere methodische Fragen zur Berechnung waren zwischen der Branche und den Regulierungsbehörden strittig. Im Jahr 2020 urteilte das OLG Düsseldorf in den strittigen Fragestellungen erstinstanzlich überwiegend zugunsten der Netzbetreiber (der „Treiberater“ berichtete, vgl. **Ausgabe II/2021**).

Die zugelassene Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur hatte nunmehr in allen relevanten Punkten Erfolg. Der BGH bestätigte mit mehreren Beschlüssen vom 7.12.2021 die Genehmigungspraxis der Regulierungsbehörden und widerspricht damit der vorherigen Sichtweise des OLG Düsseldorf.

So ist der BGH der Auffassung, dass im Rahmen des Kapitalkostenabzugs die Berechnung der Restwerte der Baukostenzuschüsse und Hausanschlusskostenbeiträge ebenfalls der sogenannten Übergangsregelung nach § 34 Abs. 5 ARegV (kein Kapitalkostenabzug für Kapitalkosten der Investitionen nach 2007) zu unterwerfen ist. So spreche bereits der Wortlaut der in § 34 Abs. 5 Satz 1 ARegV a. F. getroffenen Übergangsregelung und die aus dem Wortlaut des § 6 Abs. 3 ARegV hervorgehende Funktionsweise des Kapitalkostenabzugs dafür, dass Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge, die auf von 2007 bis 2016 erstmals aktivierte Investitionen in betriebsnotwendige Anlagegüter entfallen, im Rahmen der Ermittlung der Kapitalkosten für alle Jahre der dritten Regulierungsperiode mit den kalkulatorischen Restwerten des Basisjahres anzusetzen sind. Ein damit verbundenes „Einfrieren“ der Restwerte der Baukostenzuschüsse führt im Ergebnis zu einem höheren Abzugskapital und damit zu höheren Beträgen des Kapitalkostenabzugs.

Ebenfalls zu Unrecht habe das OLG Düsseldorf beanstandet, dass die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung der fortgeführten Kapitalkosten im Rahmen des Kapitalkostenabzugs nach § 6 Abs. 3 ARegV Anlagen im Bau im jeweiligen Jahr der Regulierungsperiode mit null angesetzt und damit nicht als Bestandteil des Übergangssockels nach § 34 Abs. 5 ARegV gewertet hat. Denn Anlagen, die sich im Basisjahr noch im Bau befunden haben, können ab dem ersten Jahr der dritten Regulierungsperiode beim Kapitalkostenaufschlag nach § 10a ARegV Berücksichtigung finden. Die Einbeziehung der Anlagen im Bau in den Übergangssockel des § 34 Abs. 5 Satz 1 ARegV a. F. hätte insofern eine Doppelberücksichtigung zur Folge, die nach der Sichtweise des BGH dem Sinn und Zweck der Übergangsregelung und dem objektiven Willen des Gesetzgebers entgegenstehe.

Letztlich sei nach der Ansicht des Gerichts auch nicht zu beanstanden, dass bei der Bestimmung des Kapitalkostenabzugs sämtliche Fremdkapitalzinsen, also u. a. auch Zinszuführungen und Zinsänderungseffekte aus Pensionsrückstellungen etc., als Kapitalkosten in die Berechnung einzubeziehen sind.

#### Bewertung und Handlungsoptionen

Mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BGH sind nunmehr alle Umsetzungsfragen zur Ermittlung des Kapitalkostenabzugs abschließend geklärt. Da die nun bestätigte Berechnungsmethodik bereits in den Genehmigungsbescheiden zur Bestimmung der Ausgangsniveaus der dritten Regulierungsperiode enthalten war, besteht in aller Regel kein Handlungsbedarf für die Netzbetreiber.

#### 4. Zur Rechtmäßigkeit der Festlegungen der Bundesnetzagentur nach § 6b EnWG

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. April 2021 – 3 Kart 23/20 → [OLG-Beschluss](#)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. April 2021 – 3 Kart 157/20 → [OLG-Beschluss](#)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. April 2021 – 3 Kart 132/20 → [OLG-Beschluss](#)

##### Sachverhalt / Gerichtliche Entscheidung / Begründung

Mit Beschluss vom 25.11.2019 hat die Bundesnetzagentur jeweils getrennte Festlegungen Strom (Az. BK8-19/00002-A) und Gas (Az. BK9-19/613-1) erlassen, die umfangreiche Vorgaben von zusätzlichen Bestimmungen für die Erstellung und Prüfung von Jahresabschlüssen und Tätigkeitsabschlüssen gegenüber vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen und rechtlich selbstständigen Netzbetreibern enthalten.

Die Festlegungen enthalten u. a. die Vorgabe, dass die Unternehmen, die energiespezifische Dienstleistungen gegenüber den Tätigkeitsbereichen Gasverteilung bzw. Elektrizitätsverteilung eines verbundenen Unternehmens erbringen, diese ebenfalls der Tätigkeit Gasverteilung bzw. Elektrizitätsverteilung zuordnen müssen. Insofern sind in Anwendung der Festlegungen auch Dienstleister in vertikal integrierten Unternehmen verpflichtet, regelmäßig Tätigkeitsabschlüsse erstellen und testieren zu lassen (Tenorziffer 3 der Festlegungen). Darüber hinaus enthält Tenorziffer 4 der Festlegungen weitere detaillierte Prüfungspflichten und die Erweiterung des Prüfungsauftrags des Jahresabschlussprüfers (Ausweis ergänzender Angaben in GuV und Bilanz, Anlagengitter, Rückstellungsspiegel etc.).

Gegen die Festlegungen der Bundesnetzagentur hatten zahlreiche Netzbetreiber und Dienstleister vor dem OLG Düsseldorf Beschwerde eingelegt, um zu prüfen, ob die Festlegungen der Bundesnetzagentur von einer ausreichenden Ermächtigungsgrundlage gedeckt sind.

Das OLG Düsseldorf hat die Beschwerden mit seinen Beschlüssen vom 28.04.2021 nunmehr zurückgewiesen. Nach Ansicht des Senats sind die Festlegungen in den Tenorziffern 3 und 4 rechtmäßig und von der Ermächtigungsgrundlage des § 6b Abs. 6 EnWG gedeckt. Energiespezifische Dienstleistungen seien nach Auffassung des Gerichts ohnehin bereits unter die Katalogtätigkeiten des § 6b Abs. 3 EnWG zu subsumieren. Dies ergebe sich bereits aus Sinn und Zweck der Entflechtungsvorgaben, die auf die Verhinderung von Quersubventionierung und Diskriminierung in vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen abzielen. Insofern würden die gesetzlichen Bestimmungen durch die seitens der Bundesnetzagentur getroffenen Festlegungen lediglich aufgegriffen und klargestellt. Die Bundesnetzagentur sei zudem zur Erweiterung des Prüfungsauftrags der Jahresabschlussprüfung sowie zur Festlegung von Prüfungsschwerpunkten berechtigt. Vor diesem Hintergrund

seien auch die Regelungen nach Tenorziffer 4 nicht zu beanstanden.

Das OLG Düsseldorf hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof zugelassen.

##### Bewertung und Handlungsoptionen

Nach dem Urteil des OLG Düsseldorf haben nun auch nahezu alle Landesregulierungsbehörden eigene Festlegungen hinsichtlich der Tätigkeitsabschlüsse für Elektrizitäts- und Gasverteilnetze gefasst und veröffentlicht. Dabei unterscheiden sich die Festlegungen der Landesbehörden inhaltlich nur geringfügig von denen der Bundesnetzagentur. Zum Stand der Festlegungen einzelner Landesregulierungsbehörden und zu den jeweiligen Stichtagen zur Umsetzung der Vorgaben möchten wir auf unsere Ausführungen in der [Ausgabe IV/2021](#) des „Treuberaters“ verweisen.

Mit den Festlegungen sind nunmehr alle adressierten Unternehmen (regulierte Netzbetreiber, Verpächter sowie konzernverbundene Dienstleister) zum Ausweis ergänzender Angaben im Tätigkeitsabschluss verpflichtet. Konzernverbundene Dienstleister, die direkt oder indirekt (über mehrere Dienstleistungsunternehmen hinweg) energiespezifische Dienstleistungen für die regulierten Netze erbringen, müssen entsprechend gesonderte Tätigkeitsabschlüsse erstellen und testieren lassen.

Bei der Beurteilung der Neuerungen ist zu berücksichtigen, dass fast alle Informationen bisher bereits im Rahmen regulatorischer Pflichten (z. B. des Regulierungskontos oder der Kostenprüfung zur Bestimmung des Ausgangsniveaus) oder für eigene Zwecke der Steuerung der regulierten Netze erhoben wurden. Insofern hält sich der Umsetzungsaufwand für die Unternehmen i. d. R. im überschaubaren Rahmen. Gleichwohl ist eine intensive Beschäftigung mit allen relevanten Anforderungen der Festlegungen unbedingt zu empfehlen, um die Vorgaben für die Testierung der Tätigkeitsabschlüsse sach- und fristgerecht umsetzen zu können.

#### 5. Zum Nachweis des betriebsnotwendigen Eigenkapitals mittels Liquiditäts- oder Cash-Flow-Rechnung

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. April 2021 – 3 Kart 798/19 → [OLG-Beschluss](#)

##### Sachverhalt / Gerichtliche Entscheidung / Begründung

Mit zurückliegendem Beschluss aus dem Jahr 2015 (VI-3 Kart 118/14 [V]) zeigte das OLG Düsseldorf den Netzbetreibern auf, dass der Nachweis der Betriebsnotwendigkeit von Umlaufvermögen auf der Basis einer Cash-Flow-Rechnung des Basisjahres geführt werden kann. Die konkrete Gegenüberstellung von Mittelzuflüssen sowie des Umfangs und des Fälligkeitszeitpunkts der zu erfüllenden Verbindlichkeiten sind nach Rechtsprechung des Senats Grundvoraussetzung zur Anerkennung eines höheren Umlaufvermögens, wobei ein negativer (operativer) Cash-Flow einen Liquiditätsbedarf belegt, der durch Umlaufvermögen gedeckt werden kann. Seither

erfolgte daher auch die (optionale) Abfrage einer monatlichen Cash-Flow-Rechnung seitens der Regulierungsbehörden im Rahmen der Kostenprüfungen Strom und Gas.

In dem hier strittigen Fall konnte der beschwerdeführende Gasnetzbetreiber einen Liquiditätsbedarf u. a. auf der Basis einer Cash-Flow-Rechnung hinreichend substantiiert und nachvollziehbar darlegen, der im konkreten Fall auf witterungsbedingte (Rück-)Zahlungsverpflichtungen gegenüber SLP-Kunden im Rahmen der Jahresendabrechnung (Stichtagsabrechnung) zurückzuführen war.

Mit Beschluss vom 28.4.2021 stellte das OLG Düsseldorf nunmehr jedoch fest, dass allein durch Vorlage einer Cash-Flow-Rechnung der Nachweis der Betriebsnotwendigkeit eines Kassenbestands nicht geführt sei. Ob ein negativer Cash-Flow einen Liquiditätsbedarf begründet, der die Vorhaltung liquider Mittel im Umlaufvermögen erforderlich macht und damit betriebsnotwendig ist, unterliegt nach der Sichtweise des OLG Düsseldorf einer weitergehenden Betrachtung und Bewertung. Insofern ist zum Nachweis der Betriebsnotwendigkeit insbesondere bei einem kurzfristigen und vorübergehenden Liquiditätsbedarf zusätzlich darzulegen, dass fällige Verbindlichkeiten durch eine kurzfristige Aufnahme von Fremdkapital nicht auch kostengünstiger finanziert werden könnten als durch eine permanente Vorhaltung von Kassenbestand.

Dem Vortrag der Bundesnetzagentur, dass der festgestellte Liquiditätsbedarf durch Anwendung etwa des rollierenden Abrechnungsverfahrens bereits im Vorhinein hätte vermieden werden können, folgte der Senat indes ausdrücklich nicht. Das Kriterium der Betriebsnotwendigkeit in § 7 Abs. 1 GasNEV gehe nicht so weit, dass schon im Rahmen der kostenbasierten Ermittlung des Ausgangsniveaus Effizienzvergleichsbetrachtungen oder sonstige Benchmarking-Ansätze durchzuführen wären. Dies ist vielmehr dem Effizienzvergleich vorbehalten, der systematisch von der Ermittlung des Ausgangsniveaus zu trennen ist. Erlaubt, aber auch gefordert ist (lediglich) eine unternehmensindividuelle, an den tatsächlichen Verhältnissen ausgerichtete Betrachtung.

Das OLG Düsseldorf hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof zugelassen.

#### Bewertung und Handlungsoptionen

Das Urteil des OLG Düsseldorf unterstreicht einmal mehr die erheblichen Schwierigkeiten der Netzbetreiber zur Rechtfertigung der Betriebsnotwendigkeit der Transaktionskasse als Bestandteil des Umlaufvermögens. Auch die Anerkennung sonstigen Umlaufvermögens (bspw. Vorräte, Forderungsbestände etc.) als Bestandteil der Verzinsungsbasis im Rahmen der Kostenprüfung scheitert auch mit guten Argumenten regelmäßig an den strengen behördlichen und gerichtlichen Anforderungen.

Zur Vermeidung der erforderlichen Nachweisführung gegenüber den Regulierungsbehörden ist daher die Optimierung der Tätigkeitsbilanzen und die Minimierung von Umlaufvermögen zum Bilanzstichtag unbedingt anzuraten. Hierfür stehen vielfältige Möglichkeiten zur Verfügung, die unternehmensindividuell zu analysieren sind. Auch wenn das nächste relevante Vor-Basisjahr „erst“ 2024 ansteht, sollten die individuellen Möglichkeiten der Optimierung identifiziert und der konkrete Umsetzungsprozess zur Beschränkung von Umlaufvermögen und zinsfreiem Abzugskapital eingeübt werden. So kann bereits vorab die wenig aussichtsreiche Rechtfertigung zur Betriebsnotwendigkeit von Umlaufvermögen in anstehenden Kostenprüfungsrunden vermieden werden.

---

#### **Ihre Ansprechpartner**

***Dipl.-Volksw. Felix Hiltmann***

Tel.: +49 211 5235-158

felix.hiltmann@es-unternehmensgruppe.de

***Dipl.-Kfm. Thorsten Ressin***

Tel.: +49 211 5235-141

thorsten.ressin@es-unternehmensgruppe.de

# Öffentliches Wirtschaftsrecht

## Wirtschaftsrecht | Rechtswidrige EU-Beihilfen als Unternehmensrisiko

Rechtswidrige EU-Beihilfen stellen ein nicht unerhebliches Unternehmensrisiko dar, da die Rückzahlung rechtswidrig gewährter Ausgleichsleistungen zuzüglich Zinsen zur Behebung der Wettbewerbsverfälschung grundsätzlich zwingend ist. Klagen von Mitbewerbern können darüber hinaus zu Schadensersatzansprüchen führen und auch die EU-Kommission nimmt EU-Beihilfenkontrollen vor. Gemäß der EuGH-Rechtsprechung besteht die Pflicht zur Rückforderung rechtswidrig gezahlter EU-Beihilfen auch, wenn sich ein Unternehmen in Schwierigkeiten oder in der Insolvenz befindet.

Zur Risikominimierung ist die Sicherstellung der Rechtmäßigkeit von EU-Beihilfen im Unternehmen dringend zu empfehlen. Die Relevanz dieser komplexen Regelungen nimmt stetig zu, da die EU-Kommission die Beihilfenregelungen regelmäßig fortentwickelt. Ebenso entwickelt sich die Rechtsprechung des EuGH ständig weiter.

Zunächst erläutern wir kurz den Begriff der EU-Beihilfe und legen sodann den Fokus auf die Überkompensationskontrolle beim Betrauungsakt gemäß dem DAWI-Freistellungsbeschluss (Teil 1). Als Beispiel aus der Praxis stellen wir den steuerlichen Querverbund eines Bäderbetriebs dar.

Diesem Beitrag werden weitere Teile mit dem Fokus auf das EU-Beihilfenrecht folgen. In Teil 2 werden wir bezogen auf den DAWI-Freistellungsbeschluss den für die Bestimmung der zulässigen Höhe der Ausgleichsleistungen berücksichtigungsfähigen angemessenen Gewinn für Stadtwerke beleuchten.

### EU-Beihilfen – Kurzüberblick

Das Vorliegen einer EU-Beihilfe führt gemäß Art. 106 ff. AEUV grundsätzlich zu der Pflicht der vorherigen Genehmigung durch die EU-Kommission. Möglich ist die Freistellung von der Notifizierungspflicht aufgrund der Erlaubnisvorschriften der EU-Kommission, soweit die dort festgelegten Voraussetzungen, beispielsweise die der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO), erfüllt sind.

Der Begriff der EU-Beihilfe setzt die Übertragung staatlicher Mittel auf ein Unternehmen, die wirtschaftliche Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige sowie die Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten voraus.

Ein Unternehmen im EU-beihilfenrechtlichen Sinn ist jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. Das sind u. a. auch GmbH, AöR und Eigenbetriebe. Der wirtschaftliche Vorteil ohne Gegenleistung kann insbesondere bestehen in Zuschüssen, Ausgleichszahlungen, Darlehen, Bürgschaften, unentgeltlichen/verbilligten Personalgestellungen, Grundstückskauf-, Miet-, Pacht-, Dienstleistungsverträgen zu vergünstigten Konditionen oder Zuführungen zur Kapitalrücklage.

### Teil 1: Überkompensationskontrolle beim Betrauungsakt gemäß dem DAWI-Freistellungsbeschluss

EU-Beihilfen sind von der Anmeldepflicht bei der EU-Kommission nach Art. 108 Absatz 3 AEUV befreit, wenn diese gemäß den Vorgaben des DAWI-Freistellungsbeschlusses (2012/21/EU) an das mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) betraute Unternehmen gewährt werden. Dabei erstreckt sich der Betrauungszeitraum in der Regel auf maximal zehn Jahre (Art. 2 Absatz 2 des DAWI-Freistellungsbeschlusses). Beispielsweise kann die Betrauung eines kommunalen Unternehmens durch Ratsbeschluss, der dann in der Gesellschafterversammlung des Unternehmens umgesetzt wird (gesellschaftsrechtliche Lösung), vorgenommen werden.

Wesentliche Inhalte des Betrauungsakts sind die in Art. 5 und 6 des DAWI-Freistellungsbeschlusses zu beachtenden Bestimmungen über die Höhe des Ausgleichs sowie über die Kontrolle der Überkompensation. Entsprechende Nachweise über die Einhaltung der Vorschriften sind verfügbar zu halten.

### Zulässige Höhe der Ausgleichsleistungen

Die Höhe der Ausgleichsleistungen darf unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Nettokosten abzudecken.

In einem ersten Schritt sind also die Nettokosten als Differenz zwischen den berücksichtigungsfähigen Kosten und Einnahmen, die der jeweiligen DAWI zuzuordnen sind, zu ermitteln. Alle anderen Nicht-DAWI-Tätigkeiten sind mit einer Trennungsrechnung nach den Vorgaben der Transparenzrichtlinie (2006/111/EG) hiervon getrennt buchhalterisch zu erfassen, um eine Quersubventionierung von Nicht-DAWI-Tätigkeiten mit EU-Beihilfen zu vermeiden.

In einem zweiten Schritt ist der angemessene Gewinn gemäß Art. 5 Absätze 5 bis 8 DAWI-Freistellungsbeschluss bezogen auf die jeweilige DAWI unternehmensindividuell zu ermitteln. Als angemessener Gewinn gilt grundsätzlich die Kapitalrendite, die ein durchschnittliches Unternehmen zugrunde legt, um unter Berücksichtigung des jeweiligen Risikos zu entscheiden, ob es die betreffende Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse für die gesamte Dauer der Betrauung erbringt.

### Beispiel des steuerlichen Querverbunds

Am Beispiel des steuerlichen Querverbunds im Bereich kommunal betriebener Bäder ergibt sich die Höhe der Ausgleichszahlung aus dem operativen Betriebsverlust des Bades. Neben der Verlustabdeckung ist steuerlich gemäß ständiger Senatsrechtsprechung (u. a. BFH-Entscheidung Bedburg-Hau, BFH-Urteil v. 22.08.2007 – I R 32/06) zur Vermeidung einer verdeckten Gewinnausschüttung regelmäßig auch ein angemessenes/-r Entgelt/Gewinnaufschlag als Gegenleistung für die Übernahme einer dauerdefizitären Aufgabe der Kommune zu erfassen.

Soweit der angemessene Gewinnaufschlag nicht höher liegt als der zu ermittelnde angemessene Gewinn im Sinn des DAWI-Freistellungsbeschlusses, berührt dieser nicht die zulässige Höhe der Ausgleichsleistungen im EU-Beihilfenrecht.

### Überkompensation

Ein darüber hinausgehender höherer Ausgleich führt zur Rückzahlung der Überkompensation an die beihilfengewährende Stelle. Übersteigt die Überkompensation den durchschnittlichen jährlichen Ausgleich nicht um mehr als zehn Prozent, so kann sie auf den nächsten Zeitraum übertragen und von dem für diesen Zeitraum zu zahlenden Ausgleich abgezogen werden. Während des Betrauungszeitraums ist die Überkompensationskontrolle zumindest alle drei Jahre sowie am Ende des Betrauungszeitraums durchzuführen.

Wird ein Bäderbetrieb im Organschaftsmodell geführt, dann übernimmt der Ergebnisabführungsvertrag die Funktion der Ausgleichsfinanzierung. Insoweit muss auch hierzu sichergestellt und im Rahmen der jährlichen Ergebnisverwendung festgelegt sein, dass es EU-beihilfenrechtlich zu keiner Überkompensation kommt.

### Fazit

Für die Überkompensationskontrolle bedarf es aufgrund unternehmensspezifischer Faktoren einer individuellen Berechnung der zulässigen Höhe der Ausgleichsleistungen sowie der Gestaltung eines möglichen Übertrags unter Beachtung der EU-beihilfenrechtlichen Vorgaben. Im Ergebnis können auf diese Weise rechtswidrige EU-Beihilfen vermieden und kann das Schadensrisiko minimiert werden.

Es besteht generell, aber auch im Einzelfall, ein permanenter Handlungsbedarf, die EU-Beihilfenthematik im Unternehmen zu überprüfen. Gerne beraten und begleiten wir Sie daher bei allen EU-beihilfenrechtlichen Fragestellungen.

---

#### Ihre Ansprechpartner

**RAin Rita Bertolami**

Tel.: +49 521 966 56-87

rita.bertolami@roehricht-schillen.de

**WP StB Stephan Cebulla**

Tel.: +49 521 966 56-66

stephan.cebulla@roehricht-schillen.de

### VK Bund | Zurechnung früherer unternehmensbezogener und persönlicher Referenzen zu einem neuen Unternehmen zulässig

In ihrer Entscheidung (Beschl. v. 27.01.2022, Az. VK2-137/21) stellt die Vergabekammer des Bundes (VK Bund) klar, dass der Auftraggeber grundsätzlich nicht verpflichtet ist, zu überprüfen, ob die Bieter ihre mit dem Angebot verbindlich eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen auch einhalten können. Vielmehr darf er sich grundsätzlich auch ohne Überprüfung auf die Leistungsversprechen der Bieter verlassen. Eine Überprüfungspflicht des Auftraggebers ergibt sich nur dann, wenn konkrete Tatsachen das Leistungsversprechen eines Bieters als nicht plausibel erscheinen lassen. In diesen Fällen muss aus Gründen der Transparenz und der Gleichbehandlung der Bieter (§ 97 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 GWB) der Auftraggeber bereit und in der Lage sein, das Leistungsversprechen der Bieter effektiv zu verifizieren.

Im Rahmen der Eignungsnachweise führte die Vergabekammer aus, dass die Zurechnung früherer unternehmensbezogener und persönlicher Referenzen zu einem neuen Unternehmen möglich ist. So weist die VK Bund zutreffend darauf hin, dass es für die Zurechnung früherer Referenzen zu einem neuen Unternehmen erforderlich ist, dass eine weitgehende Identität besteht zwischen den Personen, die für die Referenzaufträge zuständig waren, und denen, die in dem neu gegründeten Unternehmen tätig sind. In dieser Fallkonstellation kann der Auftraggeber sicher sein, dass das neu gegründete Unternehmen die Gewähr dafür bietet, dass die bisherigen Leistungen des vorherigen Unternehmens und Referenzgebers auch weiterhin erbracht werden können.

---

#### Ihr Ansprechpartner

**RA Dr. Julian Faasch**

Tel.: +49 211 5235-175

julian.faasch@es-unternehmensgruppe.de

# In eigener Sache

## Präsenz auf LinkedIn

Besonders den digitalen Lesern unter Ihnen mag es bereits aufgefallen sein: Seit einigen Monaten versorgen wir Sie nun auch auf der Social-Media-Plattform **LinkedIn** regelmäßig mit wertvollen Informationen rund um die Themen Wirtschaftsprüfung, Steuern, Energie und Wasser, öffentliches Wirtschaftsrecht und Kommunalwesen. Wir sehen hierin den großen Vorteil, Ihnen auch zwischen den einzelnen Ausgaben des „Treuberaters“ wichtige Informationen und Ad-hoc-News zu den Themenbereichen übermitteln zu können. Dabei möchten wir Sie zukünftig auch auf aktuelle Fristen, beispielsweise im Steuerrecht oder auch in der Regulierung, aufmerksam machen.

Seien Sie zukünftig noch besser informiert und folgen Sie uns auf **LinkedIn**! Wir freuen uns auf Sie!

# Impressum

## EversheimStuible Unternehmensgruppe

**ES**

### Standort Düsseldorf

Fritz-Vomfelde-Straße 6  
40547 Düsseldorf  
Telefon +49 211 5235-01  
Telefax +49 211 5235-100  
E-Mail [Duesseldorf@ES-Unternehmensgruppe.de](mailto:Duesseldorf@ES-Unternehmensgruppe.de)

EversheimStuible **Treuberater GmbH**  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft

**INFOPLAN** Gesellschaft für  
Wirtschaftsberatung mbH  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

### Standort Stuttgart

Rosenbergstraße 50/1  
70176 Stuttgart  
Telefon +49 711 99340-0  
Telefax +49 711 99340-40  
E-Mail [Stuttgart@ES-Unternehmensgruppe.de](mailto:Stuttgart@ES-Unternehmensgruppe.de)

**IBK.** Ingenieur- und Unternehmensberatung  
für Versorgungswirtschaft GmbH

**ES**

EversheimStuible **Rechtsanwaltsgesellschaft mbH**

Stand: Juni 2022  
EversheimStuible Unternehmensgruppe

#### Rechtlicher Hinweis:

Bitte beachten Sie, dass diese Informationssammlung eine individuelle Beratung nicht ersetzen kann! Sie stellt keine Beratung (juristischer oder anderer Art) dar und sollte auch nicht als eine solche verwendet werden.

Die Zusammenstellung der Informationen erfolgte mit der gebotenen Sorgfalt. Gleichwohl übernehmen wir keinerlei Haftung, aus welchem Rechtsgrund auch immer, für die Richtigkeit, Aktualität und Vollständigkeit der enthaltenen Informationen.

**ES**