

# TREUBERATER

II/2020

Obwohl wir uns auf dem Weg zur neuen Normalität befinden, stellt das Corona-Virus Sie und uns vor nicht unerhebliche Herausforderungen. Lieb gewordene Gewohnheiten, Verhaltensweisen, aber auch Arbeitsabläufe werden auf den Prüfstand gestellt und der besonderen Situation angepasst. So konnten wir die fortschreitende Digitalisierung in unseren Arbeitsabläufen so nutzen, dass wir Ihnen auch in diesen schwierigen Zeiten gerne in bewährter Art und Weise zur Verfügung stehen. Ihre Ansprechpartner sind jederzeit erreichbar und freuen sich auf die Zusammenarbeit. Gerne können wir auch Telefon- und Videokonferenzen anbieten. Sicherlich werden wir die besonderen Herausforderungen gemeinsam meistern. Das wichtigste aber ist: Bleiben Sie gesund und schützen Sie sich und andere!

<b>Vorwort zum Treuberater</b>	<b>16</b>
<b>Steuern</b>	<b>16</b>
Grunderwerbsteuer   BFH – Voraussetzungen der Konzernklausel nach § 6a Grunderwerbsteuergesetz	16
Home-Office während der Corona-Krise   Möglichkeiten im Rahmen der Einkommensteuererklärung	18
<b>Energie und Wasser</b>	<b>19</b>
Wesentliche regulatorische Fristen für Verteilnetzbetreiber	19
Corona und Regulierung   Durch aktives Handeln langfristige Corona-Schäden vermeiden	20
Energerecht   Messtechnische Anforderungen bei Inanspruchnahme einer verringerten EEG-Umlage	21
BGH   Neues zum Netzherausgabeanspruch im Rahmen von Konzessionsvergabeverfahren	22
Rechtsprechung im Jahr 2019   Ausgewählte Gerichtsurteile zu wesentlichen regulatorischen Fragestellungen	23
<b>Öffentliches Wirtschaftsrecht</b>	<b>28</b>
OLG Hamburg   Grundsätzliche Zulässigkeit des Losentscheids	28
<b>In eigener Sache</b>	<b>29</b>
WP Thomas Semelka verstärkt die EversheimStuible Unternehmensgruppe ab dem 1. Juli 2020	29
Steuerberaterexamen bestanden	30
<b>Impressum</b>	<b>31</b>

# Vorwort zum Treuberater

Liebe Leserinnen und Leser,

zunächst möchten wir uns herzlich bedanken, dass Sie den „neuen“ Treuberater so gut angenommen haben und uns als treue Leser erhalten geblieben sind. Auch in der 2. Ausgabe des „neuen“ Treuberaters dürfen Sie sich auf Themen quer durch das gesamte Dienstleistungspektrum der EversheimStuible Unternehmensgruppe freuen.

Die Corona-Pandemie hält uns vielfach sowohl im privaten als auch im betrieblichen Umfeld in Atem. Gerne zeigen wir daher in einem Beitrag für die Leserschaft, die während der Corona-Krise im Home-Office tätig war, Möglichkeiten im Rahmen der Einkommensteuererklärung auf. Der Beitrag „Corona und Regulierung“ stellt für Strom- und Gasnetzbetreiber dar, dass durch aktives Handeln langfristige Corona-Schäden vermieden werden können. Bewusst haben wir im Treuberater auf einen Beitrag zum Corona-Konjunkturpaket und zur Senkung der Umsatzsteuersätze verzichtet. Aufgrund der erheblichen Komplexität und der sich manchmal überschlagenden Ereignisse möchten wir auf unsere Rundschreiben verweisen, die auch gerne auf unserer Homepage (*Publikationen / Mandantenrundschreiben*) eingesehen werden können.

In jeder Juli-Ausgabe des Jahres werden wir Ihnen zukünftig einen Überblick über ausgewählte Gerichtsurteile

zu wesentlichen regulatorischen Fragestellungen anbieten. Dabei zeigen wir insbesondere konkrete Handlungsempfehlungen für Netzbetreiber auf.

In der Rubrik „In eigener Sache“ können wir auch über die Erweiterung unserer Geschäftsführung um Herrn WP Thomas Semelka berichten. Lernen Sie den ausgewiesenen Experten im öffentlichen Sektor gerne im Rahmen eines Interviews kennen.

Wir wünschen Ihnen beim Lesen viel Vergnügen und hoffen, dass für jeden Leser etwas Spannendes dabei ist.

Liebe Grüße und bleiben Sie gesund!

Ihre EversheimStuible Unternehmensgruppe

**ES**  
EversheimStuible Treuberater GmbH  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft

**INFOPLAN** Gesellschaft für  
Wirtschaftsberatung mbH  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

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

**ES**  
EversheimStuible Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

## Steuern

### Grunderwerbsteuer | BFH – Voraussetzungen der Konzernklausel nach § 6a Grunderwerbsteuergesetz

Der Bundesfinanzhof (BFH) veröffentlichte sieben Entscheidungen zur Steuerbegünstigung für Umstrukturierungen im Konzern nach § 6a Grunderwerbsteuergesetz (GrEStG), welche Rechtsfragen zur Anwendbarkeit von § 6a GrEStG zum Gegenstand hatten. Den Urteilen war die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 19.12.2018 (C-374/17 „A-Brauerei“) vorangegangen, nach welcher die Steuerbegünstigung gemäß § 6a GrEStG keinen Beihilfecharakter darstellt.

#### 1. Hintergrund

Nach § 6a GrEStG werden unter bestimmten Voraussetzungen Umstrukturierungen im Konzern nicht der Grunderwerbsteuer unterworfen, obwohl sie nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, Abs. 2, Abs. 2a, Abs. 3 oder Abs. 3a GrEStG

einen steuerbaren Rechtsvorgang darstellen (sog. Konzernklausel). Die Steuerbegünstigung wird nur gewährt, wenn an dem Umwandlungsvorgang ausschließlich ein herrschendes Unternehmen und ein oder mehrere von diesem herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaften oder mehrere von einem herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaften nach § 6a S. 3 GrEStG beteiligt sind. Abhängig ist eine Gesellschaft, an deren Kapital oder Gesellschaftsvermögen das herrschende Unternehmen innerhalb von fünf Jahren vor dem Rechtsvorgang und fünf Jahre nach dem Rechtsvorgang unmittelbar oder mittelbar oder teils unmittelbar, teils mittelbar zu mindestens 95 % ununterbrochen beteiligt ist (§ 6a S. 4 GrEStG).

Dabei verfolgt § 6a GrEStG den Zweck, konzerninterne Umstrukturierungen zu erleichtern.

Die sieben Verfahren vor dem BFH hatten die Anwendbarkeit von § 6a GrEStG zum Gegenstand. Die Verfahren

wurden aufgrund des Vorlagebeschlusses des BFH vom 30.05.2017 (II R 62/14) an den EuGH ausgesetzt. Dem EuGH oblag die Prüfung, ob es sich bei § 6a GrEStG um eine allgemeine oder eine selektive Maßnahme und mithin um eine Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) handelt. Nach Auffassung des EuGH habe die Steuerbegünstigung nach § 6a GrEStG keinen Beihilfecharakter. Unternehmen, die eine Umwandlung innerhalb des Konzerns vornehmen, wenn sie das Beteiligungsquorum und die Haltefristen vor und nach der Umwandlung erfüllen, seien begünstigt und damit anders behandelt als Unternehmen, die eine Umwandlung vornehmen, ohne dass das Beteiligungsquorum und die Haltefristen erfüllt seien.

Obwohl diese Ungleichbehandlung zunächst für eine selektive Maßnahme spricht, berücksichtigt der EuGH die Intention des nationalen Gesetzgebers, einer übermäßigen Besteuerung entgegenzuwirken, denn bereits der Erwerb einer Beteiligung von mindestens 95 % an einem Unternehmen, welches Grundstücke in Deutschland besitzt, unterliegt der Besteuerung nach dem GrEStG.

Finde anschließend eine Umwandlung statt, falle ohne die Regelung des § 6a GrEStG die Grunderwerbsteuer erneut an. Mithin rechtfertigt das Ziel, eine doppelte und übermäßige Besteuerung zu vermeiden, dass die Steuerbefreiung nach § 6a GrEStG auf Umwandlungsvorgänge zwischen Gesellschaften beschränkt werde, die während eines ununterbrochenen Mindestzeitraums von fünf Jahren vor und fünf Jahren nach diesem Vorgang durch eine Beteiligung von mindestens 95 % miteinander verbunden seien.

Im Anschluss an das Urteil des EuGH wurden die sieben Verfahren vor dem BFH fortgeführt. Die Verfahren unterscheiden sich in den jeweils in Frage stehenden Anwendungsvoraussetzungen des § 6a GrEStG.

## 2. Entscheidungen

Der BFH äußerte sich zu grundlegenden Fragen der Anwendbarkeit des § 6a GrEStG; nachfolgend soll ein Überblick über die wesentlichen Entscheidungsgründe in den jeweiligen Verfahren gegeben werden.

- a) Der BFH stellte klar heraus, dass § 6a GrEStG für alle Rechtsträger im Sinne des GrEStG gelte, die wirtschaftlich tätig seien. Unerheblich sei, ob die Beteiligung an der abhängigen Gesellschaft im Privat- oder im Betriebsvermögen gehalten werde. Die Vorschrift erfasse auch den Fall, dass eine abhängige Gesellschaft auf eine natürliche Person, als herrschendes Unternehmen, verschmolzen werde (BFH Ur. v. 21.08.2019 – II R 15/19).

Entgegen der Ansicht der Finanzverwaltung, ist nach Auffassung des BFH der Anwendungsbereich des § 6a GrEStG auch nicht auf Unternehmen im Sinne des Umsatzsteuergesetzes beschränkt. Dem Wortlaut des § 6a GrEStG sowie den Gesetzesmaterialien könne nicht entnommen werden, dass der Begriff des

herrschenden Unternehmens nach umsatzsteuerrechtlichen Maßstäben zu bestimmen sei (BFH Ur. v. 21.08.2019 – II R 19/19; a.A. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 19.06.2012 – S 4514 BStBl. 2012 I S. 662).

- b) § 6a S. 4 GrEStG verlangt dem Wortlaut nach den Bestand des dort bestimmten Abhängigkeitsverhältnisses innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren vor dem Umwandlungsvorgang (Vorbehaltensfrist) und fünf Jahre nach dem Umwandlungsvorgang (Nachbehaltensfrist).

Nach Ansicht des BFH seien die in § 6a S. 4 GrEStG genannten Fristen nur insoweit einzuhalten, als sie aufgrund eines begünstigten Umwandlungsvorgangs auch eingehalten werden können (BFH Ur. v. 21.08.2019 – II R 16/19).

Bei Umwandlungsvorgängen zwischen einer abhängigen Gesellschaft und einem herrschenden Unternehmen müsse in Fällen der Verschmelzung nur die Vorbehaltensfrist und in Fällen der Abspaltung oder Ausgliederung zur Neugründung nur die Nachbehaltensfrist eingehalten werden. Dies gelte auch für die Verschmelzung auf die abhängige Gesellschaft sowie für die Verschmelzung auf das herrschende Unternehmen. Die Nachbehaltensfrist müsse bei der Verschmelzung und die Vorbehaltensfrist bei der Abspaltung oder Ausgliederung zur Neugründung nicht eingehalten werden, um die Steuerbegünstigung zu erlangen (BFH Ur. v. 21.08.2019 – II R 15/19; BFH Ur. v. 22.08.2019 – II R 17/19; BFH Ur. v. 22.08.2019 – II R 18/19; BFH Ur. v. 21.08.2019 – II R 20/19; BFH Ur. v. 21.08.2019 – II R 21/19).

Entsprechendes gelte, wenn mehrere von einem herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaften an dem Umwandlungsvorgang beteiligt sind. In diesem Fall müsse bei der Verschmelzung die Nachbehaltensfrist nur in Bezug auf die aufnehmende Gesellschaft und die Vorbehaltensfrist in Bezug auf die beiden abhängigen Gesellschaften eingehalten werden. Bei der Abspaltung oder Ausgliederung zur Neugründung müsse die Vorbehaltensfrist nur in Bezug auf die abgebende Gesellschaft und die Nachbehaltensfrist in Bezug auf beide abhängige Gesellschaften eingehalten werden (BFH Ur. v. 22.8.2019 – II R 17/19).

Darüber hinaus sei es für die Anwendung des § 6a GrEStG unerheblich, ob das Abhängigkeitsverhältnis erst durch den Umwandlungsvorgang begründet worden sei (BFH Ur. v. 21.08.2019 – II R 16/19).

Nach Ansicht der Finanzverwaltung sei dagegen für den jeweiligen Umwandlungsvorgang ein entsprechender „Verbund“ aus dem herrschenden Unternehmen und der am Umwandlungsvorgang beteiligten abhängigen Gesellschaft sowie den dieses Beteiligungsverhältnis vermittelnden abhängigen Gesellschaften zu bestimmen (Oberste Finanzbehörden der Länder v. 19.06.2012 – S 4514 BStBl. 2012 I S. 662). Der Umwandlungsvorgang, durch den der Verbund

begründet oder beendet werde, sei nicht begünstigt. Werde ein Verbund durch Ausgliederung oder Abspaltung zur Neugründung aus einem herrschenden Unternehmen begründet, liege kein begünstigungsfähiger Vorgang vor. Spiegelbildlich liege auch kein begünstigungsfähiger Vorgang vor, wenn die letzte am Umwandlungsvorgang beteiligte abhängige Gesellschaft auf das herrschende Unternehmen verschmolzen werde.

### 3. Zusammenfassung und Bewertung für die Praxis

Die hiesigen Urteile des BFH erleichtern bei Umstrukturierungen den Umgang mit der Steuerbegünstigung nach § 6a GrEStG.

Zentrale Kernpunkte der Entscheidungen sind nach unserem Verständnis:

- § 6a GrEStG gilt für alle Rechtsträger i. S. des GrEStG, die wirtschaftlich tätig sind. Das herrschende Unternehmen muss nicht Unternehmer i. S. des UStG sein.
- Die in § 6a S. 4 GrEStG genannten Fristen müssen nur insoweit eingehalten werden, als sie aufgrund eines begünstigten Umwandlungsvorgangs auch eingehalten werden können.

Der BFH hat in den hiesigen Verfahren wichtige Fragen hinsichtlich der grunderwerbsteuerlichen Konzernklausel geklärt. Die Urteile des BFH sorgen für mehr Klarheit und Rechtssicherheit. Allerdings bleibt eine entsprechende Reaktion der Finanzverwaltung abzuwarten, welche die Konzernklausel bisher restriktiv auslegte.

---

#### Ihre Ansprechpartner

**RAin (Syndikusrechtsanwältin) Isabell Praefke**

Tel.: +49 211 5235-128

isabell.praefke@es-treuberater.de

**RAin StBin Susanne Bigus**

Tel.: +49 211 5235-144

susanne.bigus@es-treuberater.de

### Home-Office während der Corona-Krise | Möglichkeiten im Rahmen der Einkommensteuerklärung

Mit Beginn der Corona-Krise arbeiten Mitarbeiter/innen vermehrt im Home-Office und erledigen so ihren Beruf im privaten Wohnumfeld. Aus persönlicher und einkommensteuerlicher Perspektive entfallen mit jedem Home-Office-Tag zwar die Fahrten zwischen Wohnort und erster Tätigkeitsstätte, andererseits wird der eigene Haushalt jedoch hinsichtlich Zimmernutzung (Schreibtisch, PC und Internet) sowie Energie- und Wasserverbrauch für berufliche Zwecke beansprucht. Dabei muss nicht einmal ein eigenes Arbeitszimmer vorgehalten werden.

Für Mitarbeiter/innen im Home-Office stellt sich daher folgende Frage: *Kann ich meine Home-Office-Tätigkeit steuerlich absetzen?*

Geben Sie Ihren Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen eine erste Antwort auf die Frage: *Was sollten Ihre Arbeitnehmer, die im Home-Office waren oder noch sind, bezüglich ihrer privaten Einkommensteuererklärung 2020 beachten bzw. was können und dürfen sie steuerlich absetzen?*

Der Bundesfinanzhof als oberstes deutsches Steuergericht hat in seinem Urteil vom 27.07.2015 [GrS 1/14] beschlossen, dass ein häusliches Arbeitszimmer nur unter bestimmten Voraussetzungen von der Steuer absetzbar ist (vgl. § 9 Abs. 5 i.V.m. § 4 Abs. 5 Nr. 6b EStG).

Steht für die betriebliche oder berufliche Tätigkeit kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung, können Aufwendungen, die infolge der Tätigkeit im häuslichen Arbeitszimmer entstanden sind, beschränkt bis zur Höhe von 1.250 Euro pro Kalenderjahr als Werbungskosten berücksichtigt werden. Wird die Betriebsstätte vom Arbeitgeber geschlossen, steht dem Arbeitnehmer der eigentliche (Büro-)Arbeitsplatz nicht mehr zur Verfügung. Die Sperrwirkung des „anderen“ Arbeitsplatzes entfällt. Grundsätzlich kann damit der beschränkte Werbungskostenabzug bis zu 1.250 Euro möglich sein.

Die Anerkennung der Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer setzt aber auch voraus, dass das Arbeitszimmer ausschließlich oder fast ausschließlich betrieblichen oder beruflichen Zwecken dient. Die private Mitnutzung des Raums darf demnach nur eine untergeordnete Bedeutung (weniger als 10 %) einnehmen. An dieser Hürde wird die steuerliche Anerkennung der zeitweisen Nutzung eines häuslichen Arbeitszimmers für einzelne Monate regelmäßig scheitern. So hat zuletzt das Finanzgericht Rheinland-Pfalz (Urteil vom 25.01.2018, 6 K 2234/17) wie folgt geurteilt: Bereits das Vorhandensein eines Schrankes mit privaten Unterlagen, eines Computers, der auch für private Erledigungen genutzt wird und eines Klapp-Sofas für Gäste ist schädlich. Daraus folgt, dass das Arbeitszimmer während der kurzzeitigen Nutzung für betriebliche oder berufliche Zwecke wegen der Corona-Krise gänzlich um- und ausgeräumt sein muss. Das wird praktisch kaum möglich sein und ist auch schwer zu erklären; so dürften die Aufwendungen für die Nutzungszeit des Raums als häusliches Arbeitszimmer nicht steuermindernd angesetzt werden können.

Was jedoch bleibt: Erkennt das Finanzamt kein Arbeitszimmer an, könnten in der Anlage N der Einkommensteuererklärung 2020 z. B. folgende Eintragungen vorgenommen werden (sofern die Ausgaben privat angefallen sind):

- Telefon/Internet: ohne Einzelnachweise werden pauschal 20 %, aber maximal 20 Euro pro Monat anerkannt,
- anteilige Abnutzung von Laptop, Schreibtisch, Stuhl und Lampe,

- Arbeitsmittel wie Smartphone, Drucker, Patronen, Schreibgeräte etc.

Beachten Sie bitte, dass selbstverständlich Werbungskosten, wie z.B. Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte sowie Pauschalen für Verpflegungsmehraufwand und Dienstreisen, entsprechend weniger anfallen.

#### Ihr Ansprechpartner

**WP StB Aiko Schellhorn**

Tel.: +49 211 5235-138

aiko.schellhorn@es-treuberater.de

## Energie und Wasser

### Wesentliche regulatorische Fristen für Verteilnetzbetreiber <sup>1</sup>

#### bis September 2020

Datum	Termin	Grundlage
30.09.2020	Anzeige aller Vereinbarungen über individuelle Netzentgelte gem. § 19 Abs. 2 S. 1 bis 4 StromNEV (bei erstmaliger Vereinbarung; Anzeigebvollmächtigter: Letztverbraucher)	§ 19 Abs. 2 S. 1 bis 4 StromNEV

Bitte beachten Sie, dass es hinsichtlich der laufenden regulatorischen Fristen im Jahr 2020 größenabhängige Erleichterungen gibt (z. B. für Teilnehmer am vereinfachten Verfahren). Des Weiteren haben aufgrund der Herausforderungen i. V. m. der Corona-Pandemie einige

Regulierungsbehörden Erleichterungen bezüglich Fristen und den zu leistenden Datenumfängen angeboten. Bitte sprechen Sie uns an; gerne können wir Sie über den aktuellen Stand der Erleichterungen bei Ihrer Regulierungsbehörde informieren.

#### Vorschau Oktober 2020

Datum	Termin	Grundlage
15.10.2020	Veröffentlichung der vorläufigen Netzentgelte der Strom- und Gasverteilnetze <sup>2</sup> (Preisblätter) für das Folgejahr	§ 20 Abs. 1 EnWG
31.10.2020	Veröffentlichung der Hochlastzeitfenster im Internet (je nach Netz- und Umspannebene)	§ 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV

#### Frühzeitige Netzentgeltkalkulation

Die zu veröffentlichenden Netzentgelte beruhen auf den Erlösobergrenzen, welche 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

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

<sup>2</sup> Im Rahmen der Kooperationsvereinbarung zwischen den Betreibern von Gasversorgungsnetzen (KoV XI) wird an einer Veröffentlichung der Netzentgelte zum 10.10.2020 festgehalten. Hat ein Netzbetreiber weitere nachgelagerte Netzbetreiber, soll die Veröffentlichung bereits zum 06.10.2020 erfolgen.



betriebenen Netzebenen bzw. Netzfunktionen umlegen (sog. Kostenträgerrechnung).

Gerne unterstützen wir Sie frühzeitig bei der jährlichen Ermittlung der Erlösbergrenze und entwickeln anhand Ihrer individuellen Absatzstruktur die zu veröffentlichen 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 empfehlen, mit der Netzentgeltkalkulation - gerade auch im Hinblick auf sachgerechte Mengenprognosen i. V. m. Corona-Effekten (siehe Seite 20 „Corona und Regulierung“) - möglichst früh zu beginnen. Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

---

#### **Ihre Ansprechpartner**

***M. Sc. Sebastian Meier***

Tel.: +49 211 5235-114

sebastian.meier@infoplan.de

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

Tel.: +49 211 5235-141

thorsten.ressin@infoplan.de

### **Corona und Regulierung | Durch aktives Handeln langfristige Corona-Schäden vermeiden**

Im Vergleich zu vielen anderen Branchen scheinen die wirtschaftlichen Schäden der Corona-Pandemie bei den Gas- und Stromnetzbetreibern zunächst überschaubar. Corona-bedingte rückläufige Energieverbräuche, vor allem der Industrie- und Dienstleistungsunternehmen, werden zwar im Jahr 2020 die Umsatzerlöse der Netzbetreiber temporär belasten; über das gesetzlich vorgesehene Instrument des Regulierungskontos können die Netzbetreiber allerdings den mengenbedingten Umsatzrückgang in 2020 in den folgenden Jahren nachholen und kompensieren. Auf der anderen Seite hat die Corona-Pandemie gar dazu geführt, dass Netzbetreiber unfreiwillig Investitionsausgaben und betriebliche Aufwendungen einsparen werden, denn vor allem geplante Investitions-, Erneuerungs- und Instandhaltungsmaßnahmen mussten vielfach zugunsten der Krisenbewältigung verschoben werden. Scheinen die unmittelbaren Schäden der Corona-Pandemie auf den Umsatz, die betrieblichen Ausgaben und damit den Gewinn also vergleichsweise gering, sind sehr wohl mögliche langfristige Schäden zu identifizieren und zu bewerten sowie Handlungsoptionen zur Schadensvermeidung zu entwickeln und umzusetzen.

In diesem Beitrag wird unter der Überschrift „Basisjahr“ im Schwerpunkt zur Gefahr ausgeführt, dass sich gerade

unterlassene Investitions-, Erneuerungs- und Instandhaltungsmaßnahmen negativ auf die Erlöse und Gewinne der 4. Regulierungsperiode (Gas 2023 bis 2027; Strom 2024 bis 2028) auswirken können, sofern regulatorische Ziele nicht konsequent verfolgt und Handlungsoptionen ungenutzt bleiben. Darüber hinaus sollen allerdings die Themen „Netzentgeltermittlung“ und „Insolvenzen“ vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie nicht unerwähnt bleiben.

#### **Netzentgeltermittlung**

Mengenbedingte Umsatzrückgänge, die nicht auf Forderungsausfälle zurückzuführen sind, werden grundsätzlich über das Instrument des Regulierungskontos in den nachfolgenden Jahren erstattet und kompensiert (siehe TREUBERATER 1/2020, S. 7). Allerdings mindern die Umsatzrückgänge i. d. R. zunächst den Gewinn und die Liquidität des betroffenen Jahres.

Bei der Netzentgeltermittlung beeinflussen gerade die prognostizierten Entnahmemengen die Wahrscheinlichkeit von Mehr- oder Mindererlösen. Insofern sollte bei der nächsten Netzentgeltermittlung für das Jahr 2021 unbedingt eine sachgerechte Mengenprognose für das Jahr 2021 berücksichtigt werden. Dabei ist insbesondere die Wirkung der Mengenprognose auf den Gewinn, die Liquidität und die Rückstellungsentwicklung im Jahr 2021 sowie auf zukünftige Rückflüsse aus dem Regulierungskonto herauszuarbeiten. Gerne sind wir Ihnen bei Fragen zur Netzentgeltermittlung behilflich.

#### **Insolvenzen**

Noch kann nicht abgesehen werden, inwieweit Netzbetreiber von außergewöhnlichen Forderungsausfällen aufgrund von Corona-bedingten Insolvenzen betroffen sein werden. I. d. R. konnten Netzbetreiber nachhaltige (gewöhnliche) Forderungsausfälle im Ausgangsniveau geltend machen. Gewöhnliche Forderungsausfälle werden also i. d. R. über die Umsatzerlöse (Erlösbergrenzen) erstattet. Dabei handelt es sich dem Grunde nach grundsätzlich nur um Forderungsausfälle gegenüber unmittelbaren Vertragspartnern (i. d. R. Energiehändlern). D. h. Forderungsausfälle im „eigenen“ Energievertrieb können schon dem Grunde nach regulatorisch nicht geltend gemacht werden. Insofern kann aus regulatorischer Sicht geprüft werden, ob auch unmittelbare Vertragsbeziehungen zwischen Netzbetreiber und Energiekunden über die Netznutzung sinnvoll erscheinen und umgesetzt werden können.

Bleibt die Frage nach der erstattungsfähigen Höhe der Forderungsausfälle. Grundsätzlich können höchstens die Forderungsausfälle geltend gemacht werden, die im sogenannten Basisjahr (Gas: 2020; Strom: 2021) im Aufwand Berücksichtigung finden. Insofern ist die Erstattung außergewöhnlicher Corona-bedingter Forderungsausfälle grundsätzlich dem Zufall der Berücksichtigung im Basisjahr ausgesetzt. Fallen die Forderungsausfälle in außergewöhnlicher Höhe außerhalb des Basisjahres an, sollte zwingend ein Härtefallantrag gemäß § 4 Abs. 4

ARegV in Erwägung gezogen werden. Erfolgreiche Härtefallanträge sind bei nicht unerheblichen Steigerungen von Verlustenergiekosten und Personalaufwendungen gegenüber dem Basisjahr bekannt. Da ein Härtefallantrag eine umfangreiche Nachweisführung verlangt, sind wir Ihnen bei der Antragstellung gerne behilflich.

### Basisjahr

Die Regulierungsbehörden legen für Gas- und Stromnetzbetreiber die höchstmöglich zu erzielenden Umsatzerlöse (Erlösobergrenzen) in einer fünfjährigen Regulierungsperiode fest. Grundsätzlich können dabei die Erlösobergrenzen die Netzkosten im Basisjahr nicht überschreiten. Mit anderen Worten: Im Gasverteilnetz begrenzen die Netzkosten des Jahres 2020 (Strom: 2021) die Erlösobergrenzen der Jahre 2023 bis 2027 (Strom: 2024 bis 2028).

Wie bereits weiter oben dargestellt, besteht durch die Corona-Pandemie vor allem für den Gasnetzbetreiber die Sorge, dass Investitions-, Erneuerungs- und Instandhaltungsmaßnahmen zugunsten der Krisenbewältigung verschoben werden. Netzbetreiber haben ebenso bestätigt, dass Themen der regulatorischen Optimierung aufgrund der Ausnahmesituation aus dem Blickfeld zu geraten drohen. Beide Sachverhalte können langfristige Schäden in den regulierten Netzen erzeugen. Denn werden im Basisjahr Corona-bedingt nur vergleichsweise niedrige betriebliche Kosten ausgewiesen, fallen auch die Erlösobergrenzen in der gesamten folgenden Regulierungsperiode verhältnismäßig gering aus. Oder anders ausgedrückt: Steigen die betrieblichen Kosten nach der Corona-Pandemie wieder auf das übliche Maß an, reichen die Umsatzerlöse zur Kostendeckung nicht aus.

Selbstverständlich stellt die Corona-Pandemie alle Akteure vor erhebliche Herausforderungen. Insofern ist nicht auszuschließen, dass Regulierungsbehörden den Netzbetreibern bei Corona-bedingten geringen Kosten im Basisjahr entgegenkommen werden. U.U. können auch Härtefallanträge gemäß § 4 Abs. 4 ARegV zur Bewältigung der Folgen der Pandemie beitragen. Aufgrund der erheblichen Unsicherheiten raten wir aber dringend davon ab, bereits jetzt auf ein Entgegenkommen von Gesetzgeber, Rechtsprechung oder Regulierungsbehörden zu setzen. Vielmehr gilt es, aktiv zu bleiben, Handlungsoptionen zu entwickeln, zu bewerten und umzusetzen. Dabei bietet sich folgendes Vorgehen an:

- Prognose der Netzkosten des Basisjahres unter Berücksichtigung der Corona-Pandemie,
- Simulation einer darauf basierenden Kostenprüfung der Regulierungsbehörde und Prognose der Erlösobergrenzen der 4. Regulierungsperiode,
- ggf. Entwicklung, Bewertung und Umsetzung von Handlungsoptionen,
- bei konkurrierenden Ressourcen im Basisjahr eher Aufwandsmaßnahmen gegenüber Investitionsmaßnahmen priorisieren,

- bilanzpolitische Maßnahmen in Erwägung ziehen,
- den Corona-bedingten Minderaufwand detailliert dokumentieren,
- Arbeitsprozesse so gestalten, dass regulatorische Belange nicht aus dem Blickfeld geraten, konkrete Zielvorgaben erarbeitet werden, die Zielerreichung stetig verfolgt wird und ggf. Kurskorrekturen aktiv vorgenommen werden.

Gerne stehen wir Ihnen auch in diesen schwierigen Zeiten beratend zur Seite. Durch aktives Handeln können die regulierten Netze auch in Corona-Zeiten erfolgreich betrieben werden.

---

### Ihre Ansprechpartner

*Dipl.-Kfm. Thorsten Ressin*

Tel.: +49 211 5235-141

thorsten.ressin@infoplan.de

*M. Sc. Sebastian Meier*

Tel.: +49 211 5235-114

sebastian.meier@infoplan.de

### Energierecht | Messtechnische Anforderungen bei Inanspruchnahme einer verringerten EEG-Umlage

Sofern Sie eine verringerte EEG-Umlage beanspruchen (z. B. in Fällen der Eigenversorgung), haben Sie bei der Erfassung und Abgrenzung der Strommengen die messtechnischen Vorgaben des durch das Energiesammelgesetz geänderten EEG einzuhalten (vgl. BT-Drs. 19/5523).

Auf diese Änderung, die bereits im Jahr 2018 in das EEG aufgenommen wurde, möchten wir Sie aufmerksam machen, da die befristete Übergangsregelung für die entsprechende Vorschrift zum **1.1.2021** enden wird.

#### 1. Verpflichtung zur messtechnischen Abgrenzung

Nach § 62b EEG sind Strommengen, für die nur eine anteilige oder keine EEG-Umlage zu zahlen ist, von Strommengen, die einer Pflicht zur Zahlung der EEG-Umlage in anderer Höhe unterliegen, durch mess- und eichrechtskonforme Messeinrichtungen abzugrenzen. Die Vorschrift normiert insoweit eine Pflicht zur sog. 1/4-Stunden-Bilanzierung.

Eine solche messtechnische Abgrenzung kann beispielsweise dann erforderlich werden, wenn Sie in Ihrem Schwimmbad eine Stromerzeugungsanlage betreiben, die sowohl der Eigenversorgung als auch der Drittbelieferung dient. Eine Drittbelieferung kann dann vorliegen, wenn Sie den erzeugten Strom an den Verpächter der Gaststätte oder des Kiosks liefern. Während die Strommengen zur Drittbelieferung der vollen EEG-Umlage unterliegen, ist bei der Eigenversorgung nur eine verringerte EEG-Umlage fällig.

## 2. Ausnahmeregelungen

Auf eine messtechnische Abgrenzung kann insbesondere dann verzichtet werden, wenn diese technisch unmöglich oder mit unververtretbarem Aufwand verbunden ist. Ob eine Abgrenzung mit unververtretbarem Aufwand verbunden ist, kann ausweislich der Gesetzesbegründung nicht pauschal beantwortet werden, sondern ist für jeden Einzelfall zu prüfen. Im Grundsatz gilt dabei, dass es sich bei der Ausnahme um eine eng auszulegende Sondervorschrift handelt.

Ferner kann bei geringfügigen Stromverbräuchen Dritter auf eine messtechnische Abgrenzung verzichtet werden. Der Gesetzgeber hatte bei dieser Ausnahmeregelung vor allem den geringfügigen Stromverbrauch von Besuchern, Gästen, Kunden, Lieferanten, Passagieren, Patienten etc. sowie vorübergehend anwesenden externen Dienstleistern vor Augen. Darunter fallen beispielsweise Reinigungskräfte, Handwerker und Monteure, aber auch Berater. Darüber hinaus treten gelegentlich geringfügige Verbräuche der Mitarbeiter auf, z. B. durch Nutzung eines privaten Radiogeräts, eines Wasserkochers oder durch das Aufladen des Smartphones. Ebenfalls sind Verbräuche durch Kunden oder Lieferanten, etwa durch das Laden eines Laptops, eingeschlossen. Ausweislich der Gesetzesbegründung liegt die Grenze für die Geringfügigkeit unterhalb des Jahresverbrauchs eines gewöhnlichen Haushaltskunden. Die Strommenge dürfte also in etwa bei 1.800 bis 2.400 kWh pro Jahr liegen.

## 3. Frist zur Umsetzung und Folgen der Nichtbeachtung

§ 104 EEG enthält eine befristete Übergangsregelung. Hiernach kann abweichend von § 62b Abs. 1 EEG für Strommengen, die nach dem 31.12.2017 und vor dem 1.1.2021 verbraucht werden, eine Schätzung vorgenommen werden. Für Strommengen, die im Rahmen der Endabrechnung für das Kalenderjahr 2020 abgegrenzt werden, gilt dies nur, wenn eine Erklärung vorgelegt wird, mit der dargelegt wird, wie ab dem 1.1.2021 sichergestellt ist, dass die messtechnische Abgrenzung nach § 62b EEG eingehalten wird. Der Netzbetreiber, der zur Erhebung der EEG-Umlage berechtigt ist, kann verlangen, dass die erforderliche Darlegung bei Vorlage durch einen Wirtschaftsprüfer, eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, einen genossenschaftlichen Prüfungsverband, einen vereidigten Buchprüfer oder eine Buchprüfungsgesellschaft geprüft wird.

Die Regelung zur messtechnischen Abgrenzung kann zu Nachforderungen von EEG-Umlagen seitens des Netzbetreibers für die Vergangenheit bis zur absoluten Verjährungsgrenze von zehn Jahren führen. Um eine Rückforderung für die Vergangenheit abzumildern, hat der Gesetzgeber auch an dieser Stelle eine Übergangsvorschrift in das EEG aufgenommen. Diese kommt nur denjenigen zugute, die ab dem 1.1.2021 die messtechnischen Anforderungen des § 62b EEG umgesetzt haben.

Vor diesem Hintergrund sollten die messtechnischen Anforderungen noch in diesem Jahr umgesetzt werden, um

sich EEG-konform zu verhalten und sich im Rückforderungsfall auf das Leistungsverweigerungsrecht für die Vergangenheit berufen zu können.

Gerne unterstützen wir Sie bei der Entwicklung eines Messkonzepts, das den gesetzlichen Anforderungen gerecht wird. Sollten Sie nicht sicher sein, ob die einschlägigen Ausnahmeregelungen bei Ihnen greifen, stehen wir gleichfalls mit Rat und Tat zur Seite.

---

### **Ihr Ansprechpartner**

**RA Dr. Julian Faasch**

Tel.: +49 211 5235-175

julian.faasch@es-rechtsanwalts-gesellschaft.de

## **BGH | Neues zum Netzherausgabeanspruch im Rahmen von Konzessionsvergabeverfahren**

In seiner Entscheidung vom 07.04.2020 befasste sich der BGH (EnZR 75/18) mit der Frage, ob im Falle der Endschaffung des Konzessionsvertrags der Netzherausgabeanspruch nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG im Einzelfall auch Hochdruck- und Hochspannungsleitungen umfassen kann.

### 1. Sachverhalt

Die Beklagte, die auch Altkonzessionärin ist, ging mit ihrem Kooperationsangebot als Siegerin aus dem Konzessionsvergabeverfahren für Strom und Gas in der Stadt Stuttgart hervor. Vereinbarungsgemäß übereignete sie im Strombereich sämtliche Anlagen der Netzebenen Nieder- und Mittelspannung sowie der Umspannebene Mittelspannung/Niederspannung und im Gasbereich sämtliche Anlagen der Niederdruck- und Mitteldruckebene an die Klägerin.

Streitig zwischen den Parteien war, ob die Klägerin auch Anspruch auf Übereignung von Anlagen der Netzebene Hochspannung einschließlich der Umspannebene Hochspannung/Mittelspannung und von Anlagen der Ebene Hochdruck hat. Das LG Stuttgart gab der Klage (Urteil v. 20.12.2016, 41 O 58/15 KfH) statt. Auch die Berufung der Beklagten vor dem OLG Stuttgart (Urteil v. 26.07.2018, 2 U 4/17) blieb weitgehend erfolglos.

### 2. Entscheidung

Der BGH hat die Revision gegen das Urteil des OLG Stuttgart zurückgewiesen. Dies begründet der BGH unter Berufung auf die von ihm aufgestellten Grundsätze aus der Entscheidung „Stromnetz Homberg“ (BGH, Beschl. v. 03.06.2014, EnVR 10/13). In der Entscheidung ging es um die Frage, ob sogenannte gemischt genutzte Mittelspannungsleitungen zum Übertragungsanspruch nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG (a.F.) gehören, was das Gericht bejahte.



Nach Auffassung des BGH seien die in der Entscheidung „Stromnetz Homberg“ zur Übereignung von Mittelspannungsleitungen aufgestellten Grundsätze trotz Gesetzesnovelle auch für Anlagen der Hochspannungs- und Hochdruckebene heranzuziehen. Maßgeblich sei, ob die Anlagen dem örtlichen Verteilernetz dienen oder nur als Durchgangsleitungen fungieren. Die Abgrenzung erfolge nicht pauschal nach Spannungs- oder Druckebenen, sondern nach der jeweiligen Funktion der konkreten Anlage. Notwendig für das örtliche Verteilernetz seien alle Anlagen, die nicht hinweggedacht werden können, ohne dass der neue Konzessionsnehmer seine Versorgungsaufgaben nicht mehr wie der frühere Netzbetreiber erfüllen könnte. Hierzu können im Einzelfall auch Anlagen der Hochspannungs- und Hochdruckebene gehören.

Vom Übereignungsanspruch seien nur Anlagen auszunehmen, die eindeutig überörtlichen Versorgungscharakter haben, d. h. deren überörtlicher Versorgungscharakter den der lokalen Verteilung eindeutig überwiegt.

### 3. Kritik

Die Klarstellung, dass die vom BGH in seiner Entscheidung „Stromnetz Homberg“ getroffenen Grundsätze trotz Gesetzesnovelle weiterhin Gültigkeit besitzen und für Anlagen der Hochspannungs- und Hochdruckebene gelten, ist nachvollziehbar. Es wäre allerdings wünschenswert gewesen, wenn der BGH sachgerechte und rechtssichere Abgrenzungskriterien zwischen lokaler Verteilungsfunktion und überörtlichem Versorgungscharakter herausgearbeitet hätte.

---

#### **Ihr Ansprechpartner**

**RA Dr. Julian Faasch**

Tel.: +49 211 5235-175

julian.faasch@es-rechtsanwalts-gesellschaft.de

---

#### **Rechtsprechung im Jahr 2019 | Ausgewählte Gerichtsurteile zu wesentlichen regulatorischen Fragestellungen**

Zukünftig bieten wir Ihnen jeweils in der Juli-Ausgabe des Treuberaters 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.

#### **I. BGH-Urteile**

##### 1. Gewinnabführungsvertrag ist Abzugskapital

*BGH-Beschluss vom 29. Januar 2019 – EnVR 63/17 – OLG Jena → BGH-Urteil*

#### Sachverhalt / Gerichtliche Entscheidung / Begründung

Der BGH hat am 29. Januar 2019 über eine Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur gegen einen vorinstanzlichen Beschluss des OLG Jena entschieden. Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur (und damit im Sinne der Netzbetreiber) hatte das OLG Jena entschieden, dass bei der Ermittlung der Eigenkapitalverzinsung die am Bilanzstichtag bestehenden Verbindlichkeiten aus Gewinnabführungsverträgen nicht als Abzugskapital zu berücksichtigen seien. Begründet wurde die Entscheidung u.a. damit, dass die Verbindlichkeiten aus Gewinnabführungsverträgen nicht in § 7 Abs. 2 GasNEV aufgeführt sind. Darüber hinaus bestehe nach Auffassung des OLG Jena kein Zusammenhang mit dem betriebsnotwendigen Eigenkapital und dem Betrieb des Netzes; die Verbindlichkeiten seien allein der Sphäre der das Netz betreibenden Gesellschafter zuzuordnen.

Diese Sichtweise hat der BGH nun höchstrichterlich zurückgewiesen und damit die entsprechende Vorgehensweise der Bundesnetzagentur bestätigt. Aus Sicht des BGH ist es hierbei unerheblich, dass die Verbindlichkeiten allein auf gesellschaftlicher Grundlage beruhen und bei einem nicht zur Gewinnabführung verpflichteten Netzbetreiber nicht anfallen würden. Der Umstand, dass die Mittel bei einem Unternehmen, das nicht durch einen Gewinnabführungsvertrag gebunden ist, als Eigenkapital anzusehen wären, führt nach Ansicht des BGH nicht dazu, dass sie bei Bestehen eines solchen Vertrags in gleicher Weise zu qualifizieren sind. Damit weist der BGH erneut Überlegungen zur regulatorischen Gleichbehandlung verschiedener Netzbetreibermodelle zurück. Die Bewertung hänge nicht davon ab, welche gesellschaftsrechtliche Gestaltung die beteiligten Unternehmen hätten wählen können, sondern davon, welche sie gewählt haben. An den rechtlichen Konsequenzen der gewählten Gestaltung müsse sich die Betroffene festhalten lassen, auch wenn ihr dies in einzelnen Beziehungen zum Nachteil gereiche.

#### Bewertung / Handlungsoptionen

Unternehmen mit bestehendem Gewinnabführungsvertrag sollten in Vorbereitung der anstehenden Basisjahre der 4. Regulierungsperiode (Gas 2020 bzw. Strom 2021) prüfen, ob und ggf. wie ein Ausweis von Verbindlichkeiten aus Gewinnabführung vermieden werden könnte. Eine Handlungsoption stellt u.U. eine Vorauszahlung der erwarteten Gewinne vor dem Bilanzstichtag 31.12. dar. Hierbei sind frühzeitig etwaige Zustimmungserfordernisse der Gesellschafter und Risiken im Zusammenhang mit dem Ergebnisabführungsvertrag abzuklären. Grundsätzlich könnte auch ein Verzicht auf den Ergebnisabführungsvertrag in Erwägung gezogen werden. Dies ist aus steuerlichen Gründen in der Regel allerdings nicht zu empfehlen.

Hinzuweisen sei an dieser Stelle auch darauf, dass nach Ansicht des BGH eine Verbindlichkeit aus Gewinnabführung zum Bilanzstichtag und die Verpflichtung zeitnaher

Auskehrung der Gewinne allein kein höheres Umlaufvermögen rechtfertigt. Vielmehr habe der Netzbetreiber die Notwendigkeit des Umlaufvermögens auch in dieser Konstellation konkret darzulegen. Zur Darlegung der Betriebsnotwendigkeit von Umlaufvermögen ist es demnach erforderlich, die Entwicklung von Liquidität und kurzfristig fälligen Verbindlichkeiten über das gesamte Geschäftsjahr hinweg darzustellen.

## 2. Eigenkapitalzinssätze der 3. Regulierungsperiode

*BGH-Beschluss vom 9. Juli 2019 – EnVR 52/18 – OLG Düsseldorf → BGH-Urteil*

### Sachverhalt / Gerichtliche Entscheidung / Begründung

In dem wohl wirtschaftlich bedeutendsten Gerichtsurteil des Jahres 2019 bestätigte der BGH die Festlegung der Bundesnetzagentur zu den regulatorischen Eigenkapitalzinssätzen der Strom- und Gasnetze der 3. Regulierungsperiode.

Die Bundesnetzagentur legte am 5.10.2016 die Eigenkapitalzinssätze in Höhe von 6,91 % (Neuanlagen) bzw. 5,12 % (Altanlagen) fest und führte dabei grundsätzlich die Ermittlungssystematik der ersten und zweiten Regulierungsperiode fort. Eine Vielzahl von Netzbetreibern legte in der Folge Beschwerde gegen diese Festlegung ein. Im Mittelpunkt der Kritik stand dabei der Vorwurf, dass die Bundesnetzagentur die Zinssätze allein aus historischen Daten abgeleitet habe, ohne dabei die historischen Besonderheiten des aktuellen Kapitalmarktumfelds (Finanzkrise ab 2007, Euro-Staatsschuldenkrise ab 2010) zu berücksichtigen. Zudem hätte das Ergebnis einer ergänzenden Würdigung und Plausibilitätsprüfung unterzogen werden müssen.

Entscheidend für die nach Ansicht der Netzbetreiber zu niedrig bemessenen Eigenkapitalzinssätze ist die Ableitung der sogenannten Marktrisikoprämie auf Basis der von Dimson, Marsh und Staunton (DMS) alljährlich ermittelten historischen Datenreihen (Renditedifferenz zwischen Aktien und risikolosem Zinssatz). Die letztlich zugrunde gelegte Marktrisikoprämie in Höhe von 3,8 % basiert auf einem sehr langen Beobachtungszeitraum von 1900 bis 2015 und berücksichtigt dabei die kurzfristigen Sondereffekte und Verwerfungen am Kapitalmarkt in Form von sehr niedrigen, teils negativen risikolosen Zinssätzen und gestiegenen Risikoprämien naturgemäß nur sehr unzureichend.

Nachdem das OLG Düsseldorf die Festlegung der Bundesnetzagentur im Sinne der Netzbetreiber zunächst aufgehoben hatte (VI-3 Kart 319/16 vom 22.3.2018), bestätigte nun der BGH mit seiner Entscheidung vom 9. Juli 2019 das Vorgehen der Bundesnetzagentur. Der BGH räumt der Bundesnetzagentur einen weiten methodischen Gestaltungsspielraum ein. Die Methodenwahl kann demnach nur dann beanstandet werden, wenn der gewählte Ansatz von vornherein ungeeignet oder ein anderer Ansatz deutlich überlegen ist. Zudem verweist der BGH auf sich ausgleichende Effekte zwischen Markttri-

koprämie und risikolosem Basiszinssatz. Der in der Festlegung einbezogene Basiszinssatz in Höhe von 2,49 % ist als 10-Jahres-Mittelwert zu bestimmen und berücksichtigt – diesmal für die Netzbetreiber begünstigend – die negative Zinsentwicklung ebenfalls nicht in vollem Umfang.

### Bewertung / Handlungsoptionen

Die von der Bundesnetzagentur festgelegten und mit Beschluss des BGH nunmehr als rechtmäßig bestätigten Eigenkapitalzinssätze der 3. Regulierungsperiode haben eine enorme Tragweite im Hinblick auf den zugestandenen Gewinn des Netzbetriebs. Dies gerade auch vor dem Hintergrund, dass bei fortgeführter Anwendung der Berechnungssystematik der Bundesnetzagentur für die 4. Regulierungsperiode mit weiter sinkenden Zinssätzen zu rechnen ist (aus heutiger Sicht: 2,88 % für Altanlagen bzw. 4,63 % für Neuanlagen).

Die von der Bundesnetzagentur angewandte und vom BGH bestätigte Methode zur Ermittlung der Eigenkapitalzinssätze führt zunehmend zu methodischen Fragestellungen und sich verstärkenden Ungleichgewichten. Denn der für die 3. Regulierungsperiode noch festgestellte kompensatorische Effekt des höheren Basiszinssatzes wird absehbar nicht erneut durchschlagen, und die Diskrepanz zwischen der DMS Marktrisikoprämie (aktuell 3,65 %) und den diesbezüglich empfohlenen Bandbreiten des IDW im Rahmen von Unternehmensbewertungen (6 - 8 %) steigt.

Vor diesem Hintergrund erhalten auch die kommenden Kostenprüfungen gleichsam mehr Gewicht, da etwaige Kostenkürzungen der zu prüfenden Regulierungsperiode einen immer höheren Anteil des zugestandenen Gewinnanspruchs aufzehren werden. Insofern gewinnt die Vorbereitung und erfolgreiche Durchführung der anstehenden Kostenprüfungsrunde erheblich an Bedeutung. Ebenso ist unbedingt zu empfehlen, die Auswirkungen der Zinsentwicklung auf den für gewöhnlich zu erzielenden Gewinn der regulierten Netze zu ermitteln und ggf. auch in die Wirtschaftsplanung einfließen zu lassen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass mit der diskutierten BGH-Entscheidung nicht bereits sämtliche Verfahren abgeschlossen sind. So sind noch weitere (Muster-)Verfahren beim BGH anhängig und auch am OLG Düsseldorf wird noch eine Vielzahl von Beschwerdeverfahren passiv geführt. Zudem haben sich dem Vernehmen nach einzelne Beschwerdeführer bereits zu einer Fortsetzung des Verfahrens in Form einer Verfassungsbeschwerde entschieden. Vor diesem Hintergrund ist weiterhin auf Gleichbehandlungszusagen in den Beschlüssen zur Festlegung der Erlösobergrenzen sowie zur Genehmigung von Kapitalkostenaufschlägen hinzuwirken, um von einer möglichen späteren Änderung der Zinssätze partizipieren zu können. Selbstverständlich ist dann auch die Gefahr, dass niedrigere Zinssätze festgelegt werden, in die Entscheidungsfindung einzubeziehen.

### 3. Personalzusatzkosten des Dienstleisters

*BGH-Beschluss vom 12. November 2019 – EnVR 109/18 – OLG Düsseldorf → BGH-Urteil*

#### Sachverhalt / Gerichtliche Entscheidung / Begründung

Zu den gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile geltenden Kosten aus betrieblichen oder tarifvertraglichen Vereinbarungen zu Lohnzusatz- oder Versorgungsleistungen gehören nach einer früheren Rechtsprechung des BGH nur solche Personalzusatzkosten, die bei dem Netzbetreiber selbst entstehen (BGH-Beschluss vom 18. Oktober 2016 – EnVR 27/15).

Nach Ansicht des OLG Düsseldorf könne diese Voraussetzung auch dann erfüllt sein, wenn der Netzbetreiber Lohnzusatz- oder Versorgungsleistungen aufgrund einer Vereinbarung mit Dritten zu tragen habe, zum Beispiel aufgrund eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags. Auch ein abgeschlossener Dienstleistungsvertrag sei bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung mit einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vergleichbar. Dem Netzbetreiber seien somit nach Ansicht des OLG Düsseldorf die tatsächlich entstandenen Personalkosten in Rechnung gestellt worden, wodurch eine Zuordnung der Kosten zu den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten gerechtfertigt sei (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. September 2018 – VI-3 Kart 210/15 [V]).

Dieser Sichtweise hat der BGH widersprochen und die Anerkennungsfähigkeit von Personalzusatzkosten erneut sehr restriktiv ausgelegt. Zwar sei es zutreffend, dass der Netzbetreiber Personalzusatzkosten, die bei den Dienstleistern entstehen, im wirtschaftlichen Ergebnis zu tragen habe. Dies allein reiche aber nicht aus. Vielmehr sei es erforderlich, dass es sich auch tatsächlich um eigene Personalkosten des Netzbetreibers handelt.

#### Bewertung / Handlungsoptionen

Vor dem Hintergrund der neuerlichen höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Anerkennungsfähigkeit der Personalzusatzkosten steht die Organisationsstruktur eines Netzbetriebs im regulären Verfahren mit nicht unerheblicher Dienstleistungserbringung Dritter daher weiterhin auf dem Prüfstand. Den Nachteilen aus den Personalzusatzkosten sind mögliche Vorteile der Dienstleistungsbeziehung (Synergien, Strukturvorteile, ...) gegenüberzustellen. Im Ergebnis können Anpassungen der Organisationsstruktur hin zu einer Netzgesellschaft mit größerer Fertigungstiefe in Erwägung gezogen werden. Dann aber bestünde dringender Handlungsbedarf, denn die Erfolgswahrscheinlichkeit der Anerkennung von Personalzusatzkosten ist bei einer Umsetzung im Basisjahr am höchsten einzuschätzen.

## II. OLG-Urteile

### 1. Kapitalkostenaufschlag

*OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07. März 2019 – VI-5 Kart 49/18 (V) → OLG-Beschluss*

*OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07. März 2019 – VI-3 Kart 121/17 (V) → OLG-Beschluss*

*OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juni 2019 – VI-3 Kart 165/17 (V) → OLG-Beschluss*

#### Sachverhalt / Gerichtliche Entscheidung / Begründung

Mit dem seit der 3. Regulierungsperiode neu eingeführten Instrument des Kapitalkostenabgleichs ergaben sich in einigen wesentlichen Punkten unterschiedliche Auffassungen zur konkreten Umsetzung und Ermittlung der Antragswerte zum Kapitalkostenaufschlag. In insgesamt drei Beschlüssen bestätigte das OLG Düsseldorf erstinstanzlich die Vorgehensweise der Regulierungsbehörden in allen strittigen Punkten.

So hat das OLG Düsseldorf entschieden, dass die Kapitalkosten von Anlagegütern, die von einem Dienstleister aktiviert wurden, bei der Berechnung des Kapitalkostenaufschlags nicht zu berücksichtigen seien. Demnach werden die Vermögensgegenstände Dritter grundsätzlich unterschiedlich behandelt, da die Kapitalkosten eines Verpächters sehr wohl berücksichtigungsfähig sind. Eine derartige Differenzierung ergibt sich zumindest aus dem Wortlaut der Anreizregulierungsverordnung nicht. Nicht unerwähnt bleiben soll jedoch der Umstand, dass die Kapitalkosten des Dienstleisters regelmäßig auch nicht dem Kapitalkostenabzug unterliegen. Insofern erscheint die Regulierungspraxis zumindest in der ökonomischen Wirkung nachvollziehbar.

Der Senat bestätigte zudem die Rechtsauffassung der Regulierungsbehörden, dass für die Ermittlung der Kapitalkosten die Eigenkapitalzinssätze der 3. Regulierungsperiode maßgeblich seien. Netzbetreiber argumentierten zunächst, dass nach dem Wortlaut des § 10a Abs. 7 ARegV a.F. die „im Basisjahr geltenden Zinssätze“, also die im Basisjahr 2015 gültigen Zinssätze der 2. Regulierungsperiode, heranzuziehen seien. Mittlerweile hat der Verordnungsgeber den § 10a Abs. 7 ARegV dahingehend geändert, dass nun die „für die jeweilige Regulierungsperiode geltenden Zinssätze“ für die Ermittlung des Kapitalkostenaufschlags anzusetzen sind.

Auch das Vorgehen, als Jahresanfangsbestand der Restwerte der im Antragsjahr erwarteten Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse den vollen Wert der zu erwartenden Zugänge anzusetzen, ist nach Auffassung des OLG Düsseldorf nicht zu beanstanden. Die Fiktion eines Zugangs zum 1. Januar bei den Anschaffungs- und Herstellungskosten des Anlagevermögens führe dazu, dass der Netzbetreiber die Verzinsung für ein ganzes Jahr erhält, obwohl er die Neuanlage möglicherweise erst unterjährig tatsächlich aktiviert hat. Die hierfür vorhandenen Erwägungen würden sinngemäß auch für die Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse gelten.

Aus wirtschaftlicher Sicht besonders gewichtig war letztlich die Frage, ob auch die Kapitalkosten aus den sogenannten Übergangsjahren (Gas 2016/2017 und Strom 2017/2018) genehmigungsfähig sind und insofern einer

einmaligen Nachholung bei erstmaliger Antragstellung zugeführt werden können. Auch in diesem Punkt bestätigte das Gericht das Vorgehen der Regulierungsbehörde. Für die in den Jahren 2016 und 2017 entstandenen Kapitalkosten gelte, dass sie bereits in den Erlösobergrenzenbudgets der 2. Regulierungsperiode berücksichtigt seien. Investitionen, die in diesen Jahren getätigt wurden, würden von dem „alten“ System und dessen Instrumenten erfasst, wobei den Netzbetreibern die positiven Sockelbeträge als Innenfinanzierung für Ersatzinvestitionen auch für die Übergangsjahre zur Verfügung stünden.

Zu guter Letzt ist aus Sicht des OLG Düsseldorf ebenfalls nicht zu beanstanden, dass bei der Ermittlung der Verzinsungsbasis hinsichtlich der Anlagen im Bau bei der Mittelwertbildung als Jahresanfangswert der Wert Null anstelle des vollen Investitionswertes angesetzt wurde.

Die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof wurde zugelassen.

#### Bewertung / Handlungsoptionen

Die Genehmigung eines Kapitalkostenaufschlags ist nach § 10a ARegV i.V.m. § 4 Abs. 4 ARegV als Antragsverfahren ausgestaltet. Es gilt somit der sogenannte Antragsgrundsatz, d. h. die zuständige Regulierungsbehörde ist grundsätzlich nicht verpflichtet, einem Antragsteller einen höheren Betrag zu genehmigen als beantragt wurde. Daher sollte weiterhin bei strittigen Punkten diejenige Berechnungsvariante für den Kapitalkostenaufschlag gewählt werden, die zu einem höheren Wert führt.

Im Rahmen der jährlichen Erlösobergrenzenanpassung / Preisblattermittlung empfiehlt es sich, einen Kapitalkostenaufschlag gemäß der Sichtweise der genehmigenden Regulierungsbehörde und der Rechtsauffassung des OLG Düsseldorf abzubilden, um unnötige Mehrerlöse und damit zusammenhängende Rückstellungsbildungen in größerem Umfang zu vermeiden.

Auf Gleichbehandlungszusagen der Regulierungsbehörden in Genehmigungsbescheiden, welche auf noch nicht abschließend geklärte Umsetzungsfragen bzgl. des Kapitalkostenaufschlags basieren, ist hinzuwirken (z. B. Genehmigung des Regulierungskontos Gas 2018 ff.).

#### 2. Härtefallregelung aufgrund von Personalkostensteigerungen

*OLG Celle, Beschluss vom 23. April 2019 – 13 VA 6/16*

Sachverhalt / Gerichtliche Entscheidung / Begründung

Ein Stromverteilnetzbetreiber beehrte für die Jahre 2014 und 2015 die Anerkennung eines Härtefalls wegen erheblicher Personalkostensteigerungen gegenüber den im Rahmen des Ausgangsniveaus anerkannten Personalkosten des Basisjahrs 2011. Im konkreten Fall erhöhten sich die Personalkosten aufgrund von Neueinstellungen und Tarifanpassungen um rd. 600 T€ bzw. rd. 30 %. Dies führte insgesamt zu einer nahezu vollständigen Aufzehrung der zugestandenen Eigenkapitalverzinsung. Die

erforderlichen Neueinstellungen seien nach Angabe des Netzbetreibers insbesondere auf die gestiegenen regulatorischen Anforderungen in den Bereichen Marktkommunikation (GPKE), Messstellenbetrieb und Netzmanagement (Novellierungen von EEG und KWKG) zurückzuführen. Nachdem der Härtefallantrag durch die zuständige Regulierungsbehörde zunächst abgelehnt wurde, hatte die daraufhin eingelegte Beschwerde des Netzbetreibers vor dem OLG Celle teilweise Erfolg.

Nach Ansicht des Gerichts stellen die durch erhöhte regulatorische Anforderungen bedingten Personalkostensteigerungen ein unvorhersehbares Ereignis nach § 4 Abs. 4 Nr. 2 ARegV dar. Der Begriff „unvorhersehbares Ereignis“ sei ausdrücklich nicht allein auf solch außergewöhnliche Ereignisse wie bspw. Naturkatastrophen oder Terroranschläge begrenzt. Vielmehr kämen auch Umstände in Betracht, welche im Kostenprüfungsverfahren aufgrund des Zeitversatzes zu dem maßgeblichen Basisjahr nicht berücksichtigungsfähig waren. Hierbei spiele die tatsächliche Vorhersehbarkeit der Kostensteigerung keine Rolle. Auch wenn für den Netzbetreiber (wie hier vorliegend) die Kostensteigerungen tatsächlich bereits erkennbar waren, scheidet eine Anerkennung im Kostenprüfungsverfahren regelmäßig aus, da ein Plankostenansatz nach § 6 Abs. 3 ARegV unzulässig ist.

Soweit jedoch die Kostensteigerungen bereits durch spezielle Anpassungs- und Korrekturregelungen der ARegV erfasst sind, liegt nach Ansicht des Senats kein unvorhersehbares Ereignis vor. Tarifierhöhungen und steigende Beitragssätze für gesetzliche Sozialabgaben seien insofern durch die Anwendung des Verbraucherpreisindex in der Regulierungsformel bereits hinreichend berücksichtigt, sodass derartige Kostensteigerungen, sofern sie sich im üblichen Rahmen halten, dem Risikobereich des Netzbetreibers zuzurechnen sind.

Der BGH sah zuletzt in einer Steigerung der Verlustenergiekosten in Höhe von 50 % ein unvorhersehbares Ereignis (BGH-Beschluss vom 30. April 2013 – EnVR 64/10). Die prozentuale Steigerung einer Kostenposition bilde nach Auffassung des OLG Celle jedoch nicht den Maßstab. Vielmehr sei darauf abzustellen, inwieweit die aufgrund des betreffenden Ereignisses resultierende Kostensteigerung die zugestandene Eigenkapitalverzinsung aufzehre. Bei größeren Kostenpositionen, wie Personalkosten, kämen daher auch geringere prozentuale Steigerungen in Betracht.

Die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof wurde zugelassen.

#### Bewertung / Handlungsoptionen

Das Urteil des OLG Celle ist grundsätzlich zu begrüßen. Werden sowohl seitens der Gesetz- und Verordnungsgeber als auch durch die Regulierungsbehörden fortlaufend steigende Anforderungen an Datenmeldungen, Berichtspflichten und sonstige regulatorische Aufgaben an die Netzbetreiber herangetragen, so sind diese nicht per se dem Risikobereich der Netzbetreiber zuzuordnen. Es liegt indes in der Natur der Sache, dass eine Härtefallregelung



nur dann Anwendung findet, sofern ein Ereignis für sich genommen zu einer nicht bloß unerheblichen Kostensteigerung geführt hat. Vor diesem Hintergrund verbleibt die Härtefallregelung nach § 4 Abs. 4 ARegV eben ein in Ausnahmefällen anzuwendendes Instrument zur Kompensation von außergewöhnlichen und unvorhersehbaren Kosten-Besonderheiten.

Sofern der Netzbetreiber von erheblichen Kostensteigerungen betroffen ist, sollte unbedingt ein Härtefallantrag geprüft werden. Allerdings ist stets zunächst der regulatorischen Optimierung der Kostenprüfungen Vorrang zu geben. Versäumnisse im Rahmen der Kostenprüfungsverfahren können später nicht einfach, und schon gar nicht mit Rechtssicherheit, per Härtefallantrag korrigiert werden.

### 3. Festlegung zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor Gas rechtswidrig

*OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Juli 2019 – VI-3 Kart 721/18 (V) → OLG-Beschluss*

#### Sachverhalt / Gerichtliche Entscheidung / Begründung

Der generelle sektorale Produktivitätsfaktor (sogenannter Xgen) definiert für alle Netzbetreiber gleichermaßen eine allgemeine Kostensenkungsvorgabe, welche unabhängig von der jeweiligen individuellen Effizienz des Netzbetreibers jährlich zu erbringen ist. Der Produktivitätsfaktor wird dabei grundsätzlich aus der Abweichung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts vom gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt und der gesamtwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung (§ 9 Abs. 1 ARegV) ermittelt. Während die Höhe des Xgen für Gas- und Stromnetzbetreiber in den ersten beiden Regulierungsperioden durch den Ordnungsgeber auf jährlich 1,25 % (erste Regulierungsperiode) und 1,5 % (zweite Regulierungsperiode) festgelegt wurde, hat die Bundesnetzagentur den sektoralen Produktivitätsfortschritt ab der dritten Regulierungsperiode nach Maßgabe von Methoden, die dem Stand der Wissenschaft entsprechen, zu ermitteln.

Entsprechend hat die Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 21.02.2018 (Az.: BK4-17-093) den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für Gasnetzbetreiber in Höhe von 0,49 % festgelegt. Gegen diese Festlegung hatten zahlreiche Netzbetreiber Beschwerde eingelegt.

Am 10. Juli 2019 verhandelte das OLG Düsseldorf zunächst über die Rechtmäßigkeit des seitens der Bundesnetzagentur festgelegten generellen sektoralen Produktivitätsfaktors der dritten Regulierungsperiode Gas. Nach Auffassung des Gerichts beinhaltet die Festlegung der Bundesnetzagentur gravierende methodische Mängel und erhebliche Begründungsdefizite. Kritisiert wurde beispielsweise, dass die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung von den regulatorischen Vorgaben der GasNEV abweicht und stattdessen handelsrechtliche Grundsätze anwendet (Abschreibungen, Fremdkapitalzinsen). Das von der Bundesnetzagentur ermittelte Ergebnis sei zudem

nicht robust, sondern leide vielmehr unter erheblichen Schwankungen, je nachdem, welches Betrachtungsintervall zugrunde gelegt werde. Eine erhebliche Rolle hierbei spielt offenbar das Jahr 2006, welches für Verteilnetzbetreiber das erste Jahr der Netzkostenregulierung darstellt, in dem sich die Unternehmen allesamt neu aufgestellt, strukturiert und positioniert hätten. Vor diesem Hintergrund sei es nach Aussagen des Sachverständigen nicht überraschend, dass allein ein Ausschluss des Jahres 2006 den durchschnittlichen Xgen-Wert von +0,49 % auf -2,25 % absenkt. Erhebliche Zweifel im Hinblick auf die Robustheit der Ergebnisse bestünden schließlich auch bezüglich der unterschiedlichen Plausibilisierungsverfahren zwischen Strom und Gas.

Nach Einschätzung des OLG Düsseldorf erfolgte die Ermittlung des Produktivitätsfaktors somit in Teilen rechtswidrig, so dass die Festlegung aufgehoben und die Bundesnetzagentur zur Neubeschreibung verpflichtet wurde.

Die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof wurde zugelassen.

#### Bewertung / Handlungsoptionen

Gegen die Entscheidung des OLG Düsseldorf hat die Bundesnetzagentur erwartungsgemäß Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof erhoben. Solange jedoch keine höchstrichterliche und rechtskräftige Entscheidung vorliegt (mit welcher allgemein erst in 2021 gerechnet wird) ist die Bundesnetzagentur zunächst nicht zu einer Neufestlegung des Produktivitätsfaktors Gas verpflichtet. Insofern sind Netzbetreiber, welche Beschwerde gegen die Ermittlung des Xgen eingelegt haben, angehalten, bei allen hiermit verbundenen Festlegungen der Regulierungsbehörden (Erlösberggrenzenbescheid Gas, Regulierungskonto Gas ab 2018 etc.) auf eine Gleichbehandlungszusage hinzuwirken. Sofern die Regulierungsbehörde keine Gleichbehandlungszusage abgibt, ist zwingend fristgerecht auch gegen diese Festlegung Beschwerde einzulegen. Nur so können Netzbetreiber von einer späteren ggf. positiven BGH-Entscheidung profitieren.

Im Rahmen der jährlichen Erlösberggrenzenanpassung und Netzentgeltermittlung empfehlen wir den Ansatz des festgelegten Werts in Höhe von 0,49 %, ggf. ergänzt um einen entsprechenden Hinweis im Bericht nach § 28 GasNEV auf das noch laufende Gerichtsverfahren.

### 4. Besonderheiten des Basisjahrs / Kapitalkostenabzug

*OLG Schleswig, Beschluss vom 26. September 2019 – 53 Kart 4/18*

#### Sachverhalt / Gerichtliche Entscheidung / Begründung

Im Rahmen der Kostenprüfung sind gemäß § 6 Abs. 2 ARegV jene Kosten, welche dem Grunde oder der Höhe nach auf einer Besonderheit des Basisjahrs beruhen, bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus nicht zu berücksichtigen. In der Regulierungspraxis wurden daher regelmäßig die Kosten des Basisjahrs mit dem durchschnittlichen Kostenniveau der Vorjahre verglichen. Lag dieser



Durchschnittswert unter den Kosten des Basisjahrs, wurden die Kostenansätze vielfach als Besonderheit des Basisjahrs eingestuft und auf den Durchschnittswert gekürzt.

Mit der Rechtmäßigkeit dieser Vorgehensweise beschäftigte sich das Schleswig-Holsteinische OLG in seinem Beschluss vom 26. September 2019. Das OLG stellte dabei fest, dass eine Besonderheit des Basisjahrs nicht allein deshalb vorliegt, weil eine Kostenposition im Basisjahr höher ausfällt als in den Vorjahren. Vielmehr liege es in der Natur der Sache, dass einzelne Kosten des Netzbetreibers von Jahr zu Jahr in gewissem Umfang schwanken. Eine Hochrechnung aus den Vorjahren oder etwa eine Mittelwertbildung sieht die ARegV nicht vor. Die Annahme einer Besonderheit einer Kostenposition setzt daher nach Ansicht des Gerichts einen „nicht unerheblichen Ausreißer“ voraus. Im konkreten Streitfall sah das Gericht in einer Kostensteigerung von 2014 auf 2015 um 11 % keine ausreißerartige Erhöhung vorliegen.

Zudem beschäftigte sich das OLG Schleswig erstmalig auch mit der Frage, ob im Rahmen des Kapitalkostenabzugs die Berechnung der Restwerte der Baukostenzuschüsse und Hauanschlusskostenbeiträge ebenfalls der Übergangsregelung nach § 34 Abs. 5 ARegV (kein Kapitalkostenabzug für Kapitalkosten der Investitionen nach 2007) zu unterwerfen ist. Zum Nachteil der Netzbetreiber bestätigte das OLG Schleswig die Vorgehensweise der Regulierungsbehörde. Nach Ansicht des OLG ist Sinn und Zweck der Regelung so zu verstehen, dass der gesamte Funktionsmechanismus des Kapitalkostenabzugs ausgesetzt werden solle und demnach nicht nur die Investitionskosten, sondern eben auch die Baukostenzuschüsse und Hauanschlusskostenbeiträge eingefroren werden sollen.

Ebenfalls entschieden wurde, dass grundsätzlich sämtliche Fremdkapitalzinsaufwendungen dem Kapitalkostenabzug zu unterwerfen sind, und zwar auch dann, wenn diese in keinem sachlichen Zusammenhang mit den anzusetzenden kalkulatorischen Restbuchwerten stehen.

## Bewertung / Handlungsoptionen

Die Entscheidung des OLG Schleswig verdient bezüglich der Besonderheiten im Basisjahr Zustimmung. Durch das Gerichtsurteil dürfte es den Regulierungsbehörden künftig deutlich schwerer fallen, einzelne Kostenbestandteile als Besonderheit des Basisjahrs zu kürzen. Denn es muss nach Ansicht des Gerichts nachvollziehbar ein außergewöhnliches Einmalereignis vorliegen, um eine Kürzung zu begründen. Demnach wird die zuständige Regulierungsbehörde künftig konkrete Anhaltspunkte dafür aufzeigen müssen, dass die vom Netzbetreiber beantragten Kosten überhöht sind und eine Verschiebung in das Fotojahr vorgenommen wurde.

Insofern verbessert sich u.E. die Rechtsposition der Netzbetreiber im Rahmen der Kostenprüfung nicht unerheblich. Gleichwohl sollte weiterhin eine optimale Vorbereitung auf die Basisjahre und die Darstellung eines auskömmlichen Kostenniveaus des Netzbetriebs im Mittelpunkt der regulatorischen Bemühungen stehen. Denn wie auch das Gericht ausdrücklich betont, ist grundsätzlich auf die Kosten des Basisjahrs abzustellen. Liegen diese Kosten unterhalb der Vorjahre, muss auch weiterhin der Netzbetreiber diese Kostenschwankungen zu seinem Nachteil hinnehmen. Insofern sind eine Prognose der Netzkosten im Basisjahr und eine Simulation der Kostenprüfung durch die Regulierungsbehörde unbedingt zu empfehlen.

---

### **Ihre Ansprechpartner**

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

Tel.: +49 211 5235-158

[felix.hiltmann@infoplan.de](mailto:felix.hiltmann@infoplan.de)

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

Tel.: +49 211 5235-141

[thorsten.ressin@infoplan.de](mailto:thorsten.ressin@infoplan.de)

# Öffentliches Wirtschaftsrecht

## **OLG Hamburg | Grundsätzliche Zulässigkeit des Losentscheids**

Das OLG Hamburg (Beschl. v. 20.03.2020, 1 Verg 1/19) räumt Auftraggebern deutlich mehr Freiheiten ein, was einen Losentscheid betrifft, als zuletzt die Vergabekammer Baden-Württemberg (Beschl. v. 22.07.2019, 1 VK 34/19).

### 1. Entscheidung

Nach Auffassung des OLG Hamburg folge die grundsätzliche Zulässigkeit des Losentscheids aus der Natur der Sache, da bei einem Punktgleichstand schlichtweg keine

anderweitige Differenzierung möglich sei. In diesen Fällen entspreche gerade der Losentscheid den vergaberrechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz. Mangels konkreter gesetzlicher Vorgaben sei es dem Auftraggeber überlassen, im Rahmen der allgemeinen Vergaberechtsgrundsätze zu bestimmen, unter welchen Rahmenbedingungen der Losentscheid durchgeführt werden soll. Dabei sollten für alle Teilnehmer am Losentscheid die gleichen Chancen bestehen. Zudem sollte ein hinreichender und den Umständen nach angemessener Schutz vor Manipulationen gewährleistet sein.

Jedenfalls sei nach Auffassung des OLG Hamburg der Auftraggeber nicht verpflichtet, eine Vielzahl von Vergabekriterien zu kreieren, um die Gefahr des Punktgleichstands mehrerer Angebote von vornherein möglichst vollständig auszuschließen.

## 2. Kritik

Auch wenn das OLG Hamburg im konkreten Fall eine Entscheidung im Losverfahren für vergaberechtlich zulässig erachtet hat, sollte es sich hierbei nicht um einen „Freifahrtschein“ für Auftraggeber handeln. Der Losent-

scheid sollte stets Ultima Ratio bleiben. Wir empfehlen, die Zuschlagskriterien stets so zu formulieren und auszudifferenzieren, dass ein Punktgleichstand mehrerer Angebote möglichst ausgeschlossen werden kann.

---

### Ihr Ansprechpartner

**RA Dr. Julian Faasch**

Tel.: +49 211 5235-175

julian.faasch@es-rechtsanwalts-gesellschaft.de

# In eigener Sache

## WP Thomas Semelka verstärkt die Eversheim-Stuible Unternehmensgruppe ab dem 1. Juli 2020

**Wir freuen uns, einen ausgewiesenen Experten im Öffentlichen Sektor (inkl. Energieversorgung und ÖPNV) gewonnen zu haben.**

Herr WP Dipl.-Kfm. Thomas Semelka gehört ab dem 1. Juli 2020 der Geschäftsführung der EversheimStuible Treiber GmbH an. Er ist einer von wenigen Berufsträgern, die bereits das „Innenleben“ der Verwaltung einer deutschen Großstadt beruflich über mehrere Jahre in einer verantwortlichen Leitungsposition erlebt und gestaltet haben. Insofern freuen wir uns sehr, unseren Mandanten mit Herrn Semelka einen ausgewiesenen Experten und erfahrenen Praktiker im Öffentlichen Sektor an die Seite stellen zu können.

ES: Herr Semelka, zunächst möchten wir Sie herzlich willkommen heißen und uns für Ihre Bereitschaft zu einer kleinen Vorstellungsrunde bedanken. Sie haben erste berufliche Erfahrungen bei einer großen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft im Rahmen der Jahresabschlussprüfung von Stadtwerken und deren Beteiligungsunternehmen gesammelt, bevor Sie nach dem Bestehen des Steuerberaterexamens als Referent des Stadtkämmerers in den Dienst der Kommunalverwaltung der Stadt Essen eingetreten sind. Welche Erfahrungen konnten Sie bei der Stadt Essen sammeln?

TS: Als stellvertretender NKF-Projektleiter war ich mit der Erstellung der Eröffnungsbilanz zum 1. Januar 2007 der Stadt Essen fachlich betraut und habe als Leiter der Hauptbuchhaltung und stellvertretender Amtsleiter der Finanzbuchhaltung den Jahresabschluss, die Anlagenbuchhaltung und die Geschäftsbuchhaltung der Stadt Essen verantwortet. Schließlich habe ich als Projektleiter bei der Erstellung des ersten NKF-Gesamtabschlusses mitgewirkt und dabei die Stadt Essen im Modellprojekt „NKF-Gesamtabschluss“ des Landes Nordrhein-West-

falen vertreten. In dieser bewegenden Zeit der Umstellung konnte ich die gesamte Finanzwirtschaft einer großen Gebietskörperschaft, die gesetzlichen Grundlagen und Bestimmungen, die einschlägigen finanzwirtschaftlichen und technischen Prozesse, die Beziehungen zu den in den unterschiedlichen Bereichen tätigen Beteiligungsunternehmen (einschließlich deren Geschäftsmodelle und Rahmenbedingungen), aber vor allen Dingen die dahinterstehenden Menschen kennenlernen – eine spannende Zeit!

ES: Nach erfolgreichem Bestehen des Wirtschaftsprüferexamens sind Sie dann wieder auf die andere Seite des Schreibtisches, zurück in den Bereich der Wirtschaftsprüfung und Steuerberatung, gewechselt. Seit mehreren Jahren bringen Sie nun erfolgreich Ihre einschlägige Kompetenz im Öffentlichen Sektor als Wirtschaftsprüfer und Berater ein. Konnten Sie darüber hinaus Ihre Erfahrungen im Öffentlichen Sektor weitergeben und ausbauen?

TS: Da Stillstand bekanntermaßen Rückgang bedeutet, bleibe ich durch zahlreiche fachbezogene Aktivitäten auf der Höhe der Zeit. So bin ich als Mitverfasser zahlreicher Fachbeiträge zu Fragen des öffentlichen Steuerrechts sowie des Rechnungs- bzw. Haushaltswesens und der „Konzernrechnungslegung“ in Kommunen sowie als Autor in einer steuerrechtlichen Groß- und Standardkommentierung zu § 4 KStG (Betriebe gewerblicher Art) und zu § 8 Abs. 7 bis 9 KStG (steuerlicher Querverbund) tätig. Darüber hinaus referiere ich als Dozent zu diesen Themen bei einschlägigen Veranstaltungen und unterschiedlichen Bildungseinrichtungen (u. a. auch als ehemaliger Lehrbeauftragter der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung) und engagiere mich als Mitglied der IDW-Arbeitskreise „Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Haushaltswirtschaft“ und „Rechnungslegung und Prüfung von öffentlichen Verwaltungen“.

ES: Herr Semelka, beschreiben Sie doch bitte in wenigen Worten, was Sie an EversheimStuible schätzen und wie Sie sich in das Unternehmen einbringen möchten.

TS: Zunächst freue ich mich, bei der EversheimStuible Unternehmensgruppe die Weiterentwicklung der spannenden Prüfungs- und Beratungsfelder des Öffentlichen Sektors verantwortlich mitgestalten zu können. Ich bin davon überzeugt, gemeinsam mit den interdisziplinären EversheimStuible-Expertenteams unsere Kunden und Mandanten optimal bei den Herausforderungen für die öffentliche Hand unterstützen zu können. Gerade in der Zusammenarbeit von Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern, Ingenieuren, Rechtsanwälten und weiteren Experten können wir unseren Kunden und Mandanten in besonderer Weise ganzheitliche Lösungen aus einer Hand anbieten.

ES: Vielen Dank für das Gespräch. Wir sagen herzlich Willkommen bei EversheimStuible und wünschen Ihnen einen guten Start und viel Erfolg!

Herrn Semelka erreichen Sie ab sofort unter:



**WP Dipl.-Kfm. Thomas Semelka**  
Tel.: +49 211 5235-176  
thomas.semelka@es-treuberater.de

Gerne unterstützen wir Herrn Kiefmann auch weiterhin in seiner beruflichen Entwicklung und freuen uns, einen weiteren Steuerberater in unseren Reihen zu wissen.

Herrn Kiefmann erreichen Sie unter:



**StB M. Sc. Julian Kiefmann**  
Tel.: +49 211 5235-173  
julian.kiefmann@es-treuberater.de

### Steuerberaterexamen bestanden

Am 29. Mai 2020 hat unser Kollege, Herr M. Sc. Julian Kiefmann, das Steuerberaterexamen bestanden. Zu dieser Leistung wollen wir ihm an dieser Stelle sehr herzlich gratulieren. Bis zum Bestehen war es ein langer und beschwerlicher Weg, der Ausdauer, Disziplin, Verzicht und Engagement erforderte. Doch der Aufwand hat sich gelohnt. Mit 29 Jahren steht Herr Kiefmann gerade am Anfang seiner beruflichen Laufbahn und das bestandene Examen eröffnet ihm weitere Karriereperspektiven; dazu Julian Kiefmann:

*„Ich freue mich auf meine weitere berufliche Zukunft in einem familiären Team bei EversheimStuible. Der Mandantenschwerpunkt im Bereich der Stadtwerke und Kommunen passt hierbei sehr gut zu meiner ehrenamtlichen kommunalpolitischen Tätigkeit als Mitglied des Stadtrats in Bocholt. So kann ich meine berufliche Erfahrung in die kommunalpolitische Arbeit einbringen und profitiere auch beruflich von meinem Ehrenamt.“*

# Impressum

## EversheimStuible Unternehmensgruppe

**ES**

EversheimStuible Treiberater GmbH  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft

### Standort Düsseldorf

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

**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-treiberater.de](mailto:stuttgart@es-treiberater.de)

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

**ES**

EversheimStuible Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Stand: Juli 2020  
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**