



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 62/17

Verkündet am:
29. Januar 2019
Bürk
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Januar 2019 durch die Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck und Dr. Raum sowie die Richter Dr. Bacher, Dr. Deichfuß und Dr. Schoppmeyer

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde wird der Beschluss des 2. Kartellsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 26. Juli 2017 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 4. September 2017 insoweit aufgehoben, als die Bundesnetzagentur darin unter Aufhebung der Ausgangsentscheidung verpflichtet worden ist, die Betroffene hinsichtlich der Berücksichtigung von Verbindlichkeiten aus Gewinnabführungsverträgen beim Abzugskapital neu zu bescheiden.

Im Umfang der Aufhebung wird die Beschwerde gegen den Bescheid der Bundesnetzagentur vom 22. Januar 2013 zurückgewiesen.

Die Betroffene trägt die Kosten der Rechtsbeschwerdeinstanz einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur. Hinsichtlich des Beschwerdeverfahrens verbleibt es bei der vom Beschwerdegericht getroffenen Kostenentscheidung.

Der Gegenstandswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 2.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

- 1 A. Die Betroffene betreibt ein Gasverteilernetz, das ihre Muttergesellschaft an sie verpachtet hat. Mit Beschluss vom 22. Januar 2013 hat die Bundesnetzagentur in Wahrnehmung der Aufgaben der Landesregulierungsbehörde die Erlösbergrenzen für die zweite Regulierungsperiode niedriger als von der Betroffenen begehrt festgesetzt.

- 2 Mit ihrer Beschwerde hat sich die Betroffene dagegen gewandt, dass die Bundesnetzagentur Neuanlagen, die im Basisjahr erstmals aktiviert wurden, im Jahresanfangsbestand mit Null angesetzt, Umlaufvermögen nur in Höhe von einem Zwölftel des Jahresumsatzes anerkannt und Verbindlichkeiten aus Gewinnabführungsverträgen sowie vereinnahmte Baukostenzuschüsse als Abzugskapital berücksichtigt hat. Das Beschwerdegericht hat die Bundesnetzagentur hinsichtlich der Neuanlagen und der Verbindlichkeiten aus Gewinnabführungsverträgen zur Neubescheidung verpflichtet.

- 3 Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde wendet sich die Bundesnetzagentur gegen die Verpflichtung zur Neubescheidung hinsichtlich des Abzugs von Verbindlichkeiten aus Gewinnabführungsverträgen. Die Betroffene tritt dem Rechtsmittel entgegen.

- 4 B. Die zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet und führt zur Zurückweisung der Beschwerde in dem noch anhängigen Umfang.

5

I. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung, soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren von Interesse, im Wesentlichen wie folgt begründet:

6 Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur seien die am Bilanzstichtag bestehenden Verbindlichkeiten aus Gewinnabführungsverträgen nicht beim Abzugskapital zu berücksichtigen. Solche Verbindlichkeiten seien in § 7 Abs. 2 GasNEV nicht aufgeführt. Sie könnten auch nicht als sonstige Verbindlichkeiten aufgrund zinsloser Überlassung von Mitteln angesehen werden, weil sie mit dem betriebsnotwendigen Eigenkapital und dem Betrieb des Netzes nichts zu tun hätten, sondern ihre Quelle allein in der Sphäre der das Netz betreibenden Gesellschafter untereinander hätten. Für den Anspruch auf Verzinsung des eingesetzten Kapitals sei es unerheblich, ob die Gesellschaft die mit dem Kapital erwirtschafteten Gewinne aufgrund eines Gewinnabführungsvertrags abführen müsse oder ob ihre Gesellschafter frei über die Ausschüttung entscheiden dürften. Es möge sein, dass bilanzmäßig auch Verbindlichkeiten aus einem Ergebnisabführungsvertrag zum Abzugskapital gezählt würden. Da die Gasnetzentgeltverordnung aber nur auf das betriebsnotwendige Vermögen abstelle, seien auch beim Abzugskapital nur Verbindlichkeiten zu berücksichtigen, die aufgrund des Betriebs des Netzes und nicht auf Gesellschafterebene entstanden seien.

7 II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Rechtsbeschwerde nicht stand.

8 1. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist die angefochtene Entscheidung allerdings nicht nach § 88 Abs. 2 EnWG und § 547 Nr. 6 ZPO aufzuheben.

9 Nach der Rechtsprechung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes ist eine bei Verkündung noch nicht vollständig abgefass-

te Entscheidung nicht mit Gründen versehen, wenn diese nicht innerhalb von fünf Monaten nach Verkündung schriftlich niedergelegt werden (GmSOGB, Beschluss vom 27. April 1993 - GmS-OGB 1/92, BVerwGE 92, 367, 371). Diese Konstellation ist im Streitfall nicht gegeben.

10 Das Beschwerdegericht hat im Anschluss an die mündliche Verhandlung vom 18. März 2015 keine Entscheidung verkündet. Es hat vielmehr erst am 26. Juli 2017 - nach Erteilung eines Hinweises und ergänzender Stellungnahmen der Beteiligten - den angefochtenen Beschluss gefasst und den Beteiligten zeitnah zugestellt. Damit hat es zwar gegen § 81 Abs. 1 EnWG verstoßen, wonach über die Beschwerde grundsätzlich auf Grund mündlicher Verhandlung zu entscheiden ist. Dies füllt aber den Tatbestand des § 547 Nr. 6 ZPO nicht aus.

11 § 547 Nr. 6 ZPO und entsprechende Vorschriften in anderen Verfahrensordnungen sollen gewährleisten, dass die schriftlich abgefassten Gründe mit den Gründen übereinstimmen, die nach dem Ergebnis der auf die mündliche Verhandlung folgenden Beratung für die richterliche Überzeugung und für die von dieser getragene Entscheidung maßgeblich waren (GmSOGB, BVerwGE 92, 367, 371). Zu einer diesbezüglichen Diskrepanz kann es nur dann kommen, wenn zwischen der Entscheidungsfällung und der schriftlichen Abfassung der Gründe ein längerer Zeitraum liegt, nicht aber, wenn das Gericht erst lange Zeit nach der mündlichen Verhandlung eine Entscheidung fällt und zeitnah begründet (BAG, Urteil vom 9. Februar 1994 - 2 AZR 666/93, NJW 1995, 75).

12 Aus der von der Rechtsbeschwerde zitierten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich nichts Abweichendes. Danach ist eine an Verkündung statt zugestellte Entscheidung nicht mit Gründen versehen, wenn das Gericht eine Entscheidung, deren Tenor es innerhalb der in § 116 Abs. 2 VwGO normierten Frist von zwei Wochen zur Geschäftsstelle gegeben hat, nicht innerhalb von fünf Monaten mit Gründen versieht (BVerwG, Beschluss vom 20. September 1993 - 6 B 18/93, NJW 1994, 273; Beschluss vom 11. Juni

2001

- 8 B 17/01, NVwZ 2001, 1150). Dies ist folgerichtig, weil auch in dieser Konstellation ein großer zeitlicher Abstand zwischen der Entscheidungsfällung und der schriftlichen Begründung besteht. Ein solcher Abstand besteht im Streitfall indes nicht.

13 2. Zu Unrecht ist das Beschwerdegericht jedoch zu dem Ergebnis gelangt, die Verbindlichkeiten aus den Gewinnabführungsverträgen seien nicht als Abzugskapital zu behandeln.

14 a) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts ist die Behandlung als Abzugskapital nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Verbindlichkeiten nicht in Zusammenhang mit betriebsnotwendigem Eigenkapital stehen.

15 Bei der Ermittlung des für die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung maßgeblichen Eigenkapitals sind gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 GasNEV zwei Schranken zu berücksichtigen. Nach Halbsatz 1 Nr. 1 bis 4 dürfen Gegenstände des Anlage- und Umlaufvermögens jeweils nur insoweit berücksichtigt werden, als sie betriebsnotwendig sind. Von dem so ermittelten betriebsnotwendigen Kapital sind nach Halbsatz 2 das Abzugskapital und das verzinsliche Fremdkapital abzuziehen.

16 Hierbei ist ein innerer Zusammenhang zwischen Eigenkapital und Abzugskapital nicht erforderlich. Wie der Senat bereits entschieden hat, ist Abzugskapital nach Maßgabe von § 7 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 GasNEV zum Beispiel auch insoweit zu berücksichtigen, als sein Betrag den Betrag des betriebsnotwendigen Eigenkapitals übersteigt, so dass im Ergebnis ein negativer Kapitalbetrag anzusetzen ist (BGH, Beschluss vom 3. März 2009 - EnVR 79/07,

RdE 2010, 19 Rn. 44 f. - SWU Netze; Beschluss vom 25. April 2017 - EnVR 57/15, RdE 2017, 340 Rn. 36 - SWL Verteilungsnetzgesellschaft mbH).

- 17 Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerdeerwiderung steht der Berücksichtigung von Abzugskapital im Streitfall deshalb nicht entgegen, dass dessen Höhe den Betrag des als betriebsnotwendig anerkannten Umlaufvermögens übersteigt. Nach der Rechtsprechung des Senats kann ein hoher Betrag des Abzugskapitals zwar dazu führen, dass ein höherer Betrag für das notwendige Umlaufvermögen anzusetzen ist (BGH, Beschluss vom 3. März 2009 - EnVR 79/07, RdE 2010, 19 Rn. 33 - SWU Netze). Der Netzbetreiber hat die Notwendigkeit des Umlaufvermögens aber auch in dieser Konstellation konkret darzulegen. Wenn sein diesbezügliches Vorbringen den dafür geltenden Anforderungen nicht oder nicht in vollem Umfang entspricht, hat dies nicht zur Folge, dass Abzugskapital in entsprechender Höhe unberücksichtigt zu bleiben hat.
- 18 b) Die Behandlung als Abzugskapital hängt ferner nicht davon ab, ob die zu Grunde liegende Überlassung von Kapital betriebsnotwendig war.
- 19 Eine Unterscheidung anhand dieses Kriteriums ist im Wortlaut von § 7 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 GasNEV nicht vorgesehen. Sie würde auch nicht dem Sinn und Zweck der Vorschrift entsprechen.
- 20 Der Abzug von zinslos überlassenem Kapital soll verhindern, dass ein Netzbetreiber eine Eigenkapitalverzinsung für Mittel erhält, für deren Bereitstellung ihm keine Kosten in Form von Zinsen entstehen. Dieser Ausschluss muss auch - und erst recht - gelten, wenn die Überlassung der betreffenden Mittel für den Betrieb des Netzes nicht erforderlich ist.
- 21 c) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerdeerwiderung führt auch der Umstand, dass die Pflicht zur Gewinnabführung auf gesellschafts-

rechtlicher Grundlage beruht, nicht dazu, dass es an dem erforderlichen Netzbezug fehlt.

22 Der für die Berücksichtigung im Zusammenhang mit § 7 GasNEV erforderliche Netzbezug besteht schon dann, wenn die abzuführenden Gewinne aus dem Netzbetrieb stammen. Dass diese Voraussetzung im Streitfall erfüllt ist, zieht auch die Rechtsbeschwerdeerwiderung nicht in Zweifel.

23 d) Ein Abzug ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Verbindlichkeiten auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage beruhen und bei einem nicht zur Gewinnabführung verpflichteten Netzbetreiber nicht anfallen würden.

24 Die Regelung in § 7 Abs. 1 und 2 GasNEV differenziert nicht danach, auf welcher rechtlichen Grundlage eine Kapitalüberlassung erfolgt. Ausschlaggebend ist vielmehr, wie der Senat in anderem Zusammenhang bereits entschieden hat, ob es sich um eine Vermögensposition handelt, in der sich eine (zinslose) Überlassung von Kapital durch Dritte widerspiegelt (BGH, Beschluss vom 17. Oktober 2017 - EnVR 23/16, RdE 2018, 77 Rn. 19 - SW Kiel Netz GmbH). Diese Voraussetzung kann auch bei Mitteln erfüllt sein, die dem Netzbetreiber auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage überlassen werden.

25 Der Umstand, dass die Mittel bei einem Unternehmen, das nicht durch einen Gewinnabführungsvertrag gebunden ist, als Eigenkapital anzusehen wären, führt für sich gesehen nicht dazu, dass sie bei Bestehen eines solchen Vertrags in gleicher Weise zu qualifizieren sind. Die rechtliche Qualifikation hängt 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 muss sich die Be-

troffene gegebenenfalls auch insoweit festhalten lassen, als sie ihr in einzelnen Beziehungen zum Nachteil gereichen.

26 e) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts begründen die Pflichten aus den Gewinnabführungsverträgen eine Verbindlichkeit im Sinne von § 7 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 Nr. 5 GasNEV.

27 Wie bereits oben aufgezeigt wurde, ist als Verbindlichkeit im Sinne dieser Vorschriften jede Vermögensposition anzusehen, in der sich eine (zinslose) Überlassung von Kapital durch Dritte widerspiegelt (BGH, Beschluss vom 17. Oktober 2017 - EnVR 23/16, RdE 2018, 77 Rn. 19 - SW Kiel Netz GmbH). Diese Voraussetzung ist in der Konstellation des Streitfalls erfüllt. Die aus den Gewinnabführungsverträgen Berechtigten sind zwar Gesellschafter der Betroffenen. Dennoch handelt es sich bei den abzuführenden Gewinnen nicht um Eigenkapital, weil diese der Gesellschaft nicht auf Dauer zur Verfügung stehen.

28 Wie die Rechtsbeschwerde zutreffend geltend macht, beruhen die in der Bilanz als Verbindlichkeiten ausgewiesenen Forderungen aus den Gewinnabführungsverträgen auf in der Vergangenheit erwirtschafteten Gewinnen, die noch nicht an die Gesellschafter ausgekehrt worden sind. Solche Mittel stehen den Gesellschaftern zu. Diese haben zwar die Möglichkeit, sie in Eigenkapital umzuwandeln. Wenn sie die Gesellschaft aber schon vorab in einem Gewinnabführungsvertrag dazu verpflichtet haben, die Gewinne zeitnah auszukehren, steht indes schon am Bilanzstichtag fest, dass das betreffende Kapital der Gesellschaft nicht auf Dauer erhalten bleiben wird. Ähnlich wie Guthaben auf Gesellschafter-Privatkonten (dazu BGH, Beschluss vom 10. November 2015 - EnVR 26/14, RdE 2016, 70 Rn. 23 ff.- Stadtwerke Freudenstadt II) sind solche Mittel deshalb nicht als notwendiges Eigenkapital im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 GasNEV anzusehen, sondern als kurzfristige und zinslose Überlassung.

Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerdeerwiderung ergibt sich eine abweichende Beurteilung nicht deshalb, weil vor dem Ende eines Geschäftsjahrs nicht ohne weiteres beurteilt werden kann, ob ein Gewinn anfällt und weil dem Netzbetreiber ein erzielter Gewinn im Falle eines Gewinnabführungsvertrags nicht dauerhaft zur Verfügung steht. Diese beiden Umstände sprechen vielmehr erst recht dafür, in der Bilanz ausgewiesenes Kapital, das auf solchen Gewinnen beruht, bei der kalkulatorischen Verzinsung des Eigenkapitals für die Folgejahre unberücksichtigt zu lassen.

30 f) Die Mittel stehen zinslos zur Verfügung.

31 Entgegen der Auffassung der Betroffenen sind die Verbindlichkeiten nicht deshalb als verzinslich anzusehen, weil die Gewinne innerhalb von zwei Wochen nach Feststellung des Jahresabschlusses an die Berechtigten abzuführen sind. Maßgeblich ist vielmehr, ob die Betroffene für den Zeitraum bis zur Abführung Zinsen schuldet. Letzteres ist nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Bundesnetzagentur nicht der Fall.

32 g) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerdeerwiderung steht dieses Ergebnis nicht in Widerspruch zum Zweck der Anreizregulierung.

33 Der angestrebte Anreiz zu einer zusätzlichen Steigerung der Effizienz ergibt sich daraus, dass der Netzbetreiber - und im Falle der Ausschüttung dessen Gesellschafter - daraus resultierende Gewinne behalten darf. Hieraus kann nicht abgeleitet werden, dass erzielte Gewinne auch bei der kalkulatorischen Verzinsung des Eigenkapitals für nachfolgende Jahre zu berücksichtigen sind.

34 C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG, die Festsetzung des Gegenstandswerts auf § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG und § 3 ZPO.

35 Für das Beschwerdeverfahren, verbleibt es bei der vom Beschwerdegericht ausgesprochenen Kostenaufhebung. Der Wert des mit der Rechtsbeschwerde weiterverfolgten Begehrens fällt im Vergleich zum Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens nicht wesentlich ins Gewicht.

Meier-Beck

Raum

Bacher

Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Deichfuß ist erkrankt und
kann deshalb nicht unterschreiben.

Meier-Beck

Schoppmeyer

Vorinstanz:

OLG Jena, Entscheidung vom 26.07.2017 - 2 Kart 2/13 (2) -