



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KVR 23/07

Verkündet am:
13. November 2007
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

Beteiligung der Bundesnetzagentur

EnWG § 33 Abs. 2, § 79 Abs. 2, § 88 Abs. 2

An dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren vor der Landesregulierungsbehörde und dem anschließenden Beschwerdeverfahren ist die Bundesnetzagentur beteiligt.

BGH, Beschluss vom 13. November 2007 – KVR 23/07 – OLG Naumburg

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. November 2007 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch, den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm sowie die Richter Dr. Raum, Prof. Dr. Meier-Beck und Dr. Kirchhoff

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur wird der Beschluss des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 16. April 2007 aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens übertragen wird.

Der Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 791.173,86 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Antragstellerin, die Stadtwerke W. GmbH, ist ein kommunales Unternehmen, das Elektrizität erzeugt, verteilt und mit elektrischem Strom Handel betreibt. Sie unterhält ein Stromnetz auf einer Fläche von ca. 90 km² und versorgt ca. 31.000 Einwohner. Die Stadtwerke haben bei der Antragsgeg-

nerin, dem Ministerium für Wirtschaft und Arbeit des Landes Sachsen-Anhalt als Landesregulierungsbehörde für Elektrizität und Gas, einen Antrag auf Genehmigung von Netzentgelten für das Jahr 2006 gestellt. Diesem Antrag hat die Landesregulierungsbehörde nur unter Auflagen entsprochen. Auf die hiergegen gerichtete Beschwerde der Antragstellerin hat das Beschwerdegericht den Bescheid der Antragsgegnerin aufgehoben und diese verpflichtet, den Antrag unter Beachtung der Rechtsauffassung des Beschwerdegerichts erneut zu bescheiden (OLG Naumburg RdE 2007, 168). Das Beschwerdegericht hat die Rechtsbeschwerde zugelassen.

- 2 Im Laufe des Beschwerdeverfahrens hat die Bundesnetzagentur gerügt, dass sie im Beschwerdeverfahren – wie vorher auch im Verwaltungsverfahren – nicht beteiligt worden war. Sie hat zugleich die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung beantragt. Diesem Antrag hat das Beschwerdegericht nicht entsprochen. Die Bundesnetzagentur greift die Endentscheidung des Beschwerdegerichts mit ihrer Rechtsbeschwerde an. Nach Auffassung der Bundesnetzagentur begründet ihre Nichteinbeziehung einen Verfahrensmangel, der zur Aufhebung der Sachentscheidung führen muss. Sowohl die Antragstellerin als auch die Antragsgegnerin, die ihrerseits keine Rechtsbeschwerde eingelegt haben, treten dem Rechtsmittel der Bundesnetzagentur entgegen.

II.

- 3 Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass die Bundesnetzagentur an dem Verfahren nicht zu beteiligen sei. In seiner Zwischenentscheidung vom 27. März 2007 (VersorgW 2007, 105), auf die das Beschwerdegericht in der angefochtenen Entscheidung Bezug nimmt, führt es dazu aus:

4

Die Notwendigkeit einer Beteiligung der Bundesnetzagentur ergebe sich nicht aus § 79 Abs. 2 EnWG. Regulierungsbehörde im Sinne dieser Bestimmung könne nicht nur die Bundesnetzagentur, sondern auch die Landesregulierungsbehörde sein. Die Regelung betreffe nicht Verfahren der vorliegenden Art, weil hier die Landesbehörden aufgrund einer bundesrechtlichen Kompetenzzuweisung tätig würden. Nur in den Fällen, in denen – wie in §§ 4, 36 Abs. 2 EnWG – das Gesetz selbst den Begriff der „nach Landesrecht zuständigen Behörde“ gebrauche, komme die Anwendbarkeit des § 79 Abs. 2 EnWG in Betracht. Dieses Ergebnis werde auch durch das Gesetzgebungsverfahren belegt. Nachdem zunächst eine alleinige Kompetenz der Bundesnetzagentur vorgesehen gewesen sei, sei es auf Initiative des Bundesrats im Vermittlungsverfahren zu der Kompetenzaufteilung auf Bundes- und Landesregulierungsbehörden gekommen. Eine Abstimmung werde durch die Informationspflichten der Landesbehörden nach §§ 60a, 64a EnWG ausreichend sichergestellt. Die Regulationssituation unterscheide sich auch von derjenigen im Kartellverfahren, die eine Beteiligung des Bundeskartellamts bei Verfahren vor der Landeskartellbehörde vorsehe. Die energiewirtschaftlichen Maßnahmen hätten eine wesentlich kürzere Geltungsdauer und könnten damit auch schneller korrigiert werden. Eine Beteiligung der Bundesnetzagentur lasse sich auch nicht aus einer analogen Anwendung des § 79 Abs. 2 EnWG herleiten. Es fehle insoweit eine planwidrige Regelungslücke. Da der Gesetzgeber im Interesse der Bewältigung der Verfahrensflut und zur Sicherstellung einer zeitnahen Entscheidung über die Entgelte eine Aufspaltung der Zuständigkeit bewusst vorgesehen habe und damit auch Abweichungen der Genehmigungspraxis der Landesregulierungsbehörde von derjenigen der Bundesnetzagentur in Kauf genommen habe, sei eine entsprechende Lücke jedenfalls nicht planwidrig.

III.

5 Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg.

6 1. Die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur ist zulässig.

7 a) Die Bundesnetzagentur ist beschwerdeberechtigt im Sinne des § 88 Abs. 1 EnWG. Danach steht die Rechtsbeschwerde der Regulierungsbehörde sowie den am Beschwerdeverfahren Beteiligten zu. Die Regelung über die Beschwerdeberechtigung in Rechtsbeschwerdeverfahren knüpft damit an die Regelung über die Beteiligung im Beschwerdeverfahren an. Dort sind nach § 79 Abs. 1 EnWG neben der Regulierungsbehörde als Antragsgegnerin der Beschwerdeführer und Dritte beteiligt, deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden und die von der Regulierungsbehörde beigezogen worden sind. Daneben ist auch die Regulierungsbehörde nach § 79 Abs. 2 EnWG an dem Verfahren beteiligt, wenn sich die Beschwerde gegen die Entscheidung einer nach Landesrecht zuständigen Behörde richtet. Regulierungsbehörde im Sinne des § 79 Abs. 2 EnWG – und damit auch im Sinne des § 88 Abs. 1 EnWG – ist die Bundesnetzagentur, wenn das Verfahren eine durch eine Landesbehörde getroffene Regulierungsentscheidung betrifft.

8 aa) Dieses Ergebnis wird durch die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift gestützt. Die Regelung des § 79 Abs. 2 EnWG ist im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zur Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes unverändert geblieben. Die Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes erfolgte nicht nur zeitgleich zur 7. GWB-Novelle, sondern hat sich im Hinblick auf die Ausgestaltung des Regulierungsverfahrens auch an kartellrechtlichen Grundsätzen orientiert. So ist die Vorschrift des Regierungsentwurfs zu § 79 EnWG der Regelung des § 67 GWB nachgebildet worden (BT-Drucks. 15/3917, S. 71). Nach

§ 67 Abs. 2 GWB ist im Beschwerdeverfahren gegen Entscheidungen der Landeskartellbehörde das Bundeskartellamt zu beteiligen. Da nach der Konzeption des Gesetzentwurfes der Bundesregierung die Bundesregulierungsbehörde für Elektrizität, Gas, Telekommunikation und Post die Regulierungsbehörde im Sinne des Gesetzes war, wollte der Entwurf eine Übereinstimmung mit der Rechtslage nach dem Kartellgesetz herstellen. Immer dann, wenn in energiewirtschaftsrechtlichen Verfahren eine nach Landesrecht zuständige Behörde gehandelt hat, sollte die (im weiteren Gesetzgebungsverfahren dann so umbenannte) Bundesnetzagentur beteiligt sein. Gesetzgeberisches Anliegen dieser Vorschrift war es, im energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren ebenso wie im Bereich des Kartellrechts (vgl. Karsten Schmidt in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 67 Rdn. 6) eine einheitliche Rechtsanwendung durch die Beteiligung der entsprechenden Bundesoberbehörde sicherzustellen.

9 Allerdings hat sich im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens die Zuständigkeitsverteilung in Regulierungssachen verändert. Nachdem zunächst der Bundesrat in seiner Gegenäußerung eine weitgehende Übertragung der Zuständigkeit auf die Landesbehörden verlangt hatte (BT-Drucks. 15/3917, S. 92 ff.), kam es im Vermittlungsausschuss zu der jetzt geltenden Regelung. Danach wurden Landesregulierungsbehörden geschaffen, denen die Entscheidungen in den Katalogsachen nach § 54 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 9 EnWG übertragen wurden, wenn Energieversorgungsunternehmen betroffen sind, an deren Elektrizitäts- und Gasverteilernetz weniger als 100.000 Kunden angeschlossen sind, soweit das Netz nicht über das Gebiet eines Landes hinausreicht. Obwohl der Bundesrat eine weitergehende Verlagerung der Zuständigkeiten nach diesem Gesetz auf die Länder befürwortete und zugleich ergänzende Regelungen über die gegenseitige Information vorschlug, ließ er die Regelung des § 79 Abs. 2 EnWG unbeanstandet. Auch im Vermittlungsverfahren, das zum jetzigen

Rechtszustand führte, kam es zu keiner Änderung des § 79 Abs. 2 EnWG. Dies bildet ein starkes Indiz dafür, dass eine an den Vorgaben des § 67 Abs. 2 GWB orientierte Regelung nach allgemeiner Meinung fortbestehen sollte. Eine Beteiligung der Bundesnetzagentur an dem Verfahren vor der zuständigen Landesbehörde war während des Gesetzgebungsverfahrens durchgängig vorgesehen. Schon der Referentenentwurf, der eine Zuständigkeit der Landesbehörden für eine Missbrauchsaufsicht bei den Energiepreisen schaffen wollte (§ 35 Abs. 1 des Entwurfs), enthielt Regelungen, die der Bundesregulierungsbehörde (jetzt: Bundesnetzagentur) sowohl im Verwaltungs- als auch im gerichtlichen Beschwerdeverfahren ein Beteiligungsrecht einräumte (§ 60 Abs. 3; § 74 Abs. 2 des Entwurfs). Auch wenn sich im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bundes- und Landesbehörden mehrmals geändert hatte, wurde in Anlehnung an die kartellrechtlichen Bestimmungen während des gesamten Gesetzgebungsverfahrens der Grundsatz nie aufgegeben, dass immer dann, wenn das Regulierungsverfahren von einer Landesbehörde durchgeführt wird, die zuständige Bundesoberbehörde beteiligt werden sollte.

- 10 bb) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts lässt sich die Beteiligungsregelung des § 79 Abs. 2 EnWG nicht auf die Verfahren beschränken, in denen die „nach Landesrecht zuständigen Behörden“ tätig werden. Dies sind die vom Beschwerdegericht genannten Verfahren nach §§ 4, 36 Abs. 2 EnWG sowie die Verfahren nach § 43 Abs. 1, § 45 Abs. 2 Satz 2 und § 49 Abs. 5 EnWG. Insoweit überträgt das Energiewirtschaftsgesetz der „nach Landesrecht zuständigen Behörde“ bestimmte Verwaltungskompetenzen. Diese Verfahren sind jedoch – worauf die Bundesnetzagentur zu Recht hinweist – keine Regulierungsverfahren im Sinne des § 75 EnWG. Sie betreffen die Genehmigung des Netzbetriebes (§ 4 EnWG), die Feststellung der Grundversorgungspflicht (§ 36 Abs. 2 EnWG), die Planfeststellung und Enteignung für Energieanlagen (§ 43

Abs. 1, § 45 Abs. 2 Satz 2 EnWG) sowie sicherheitstechnische Anforderungen (§ 49 Abs. 5 EnWG). Damit sind sie nicht von dem Beschwerdeverfahren nach §§ 75 ff. EnWG erfasst (Salje, EnWG, § 75 Rdn. 6). Dies war nach dem Regelungszustand aufgrund der Fassung des Entwurfs der Bundesregierung noch anders, weil dort für Entscheidungen der nach Landesrecht zuständigen Behörde gleichfalls der Rechtsweg zum Oberlandesgericht vorgesehen war (§ 75 Abs. 4 des Entwurfs – BT-Drucks. 15/3917, S. 31). Dies hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme beanstandet (BT-Drucks. 15/3917, S. 93) und verlangt, dass nur Regulierungsentscheidungen dem Beschwerdeverfahren mit dem Rechtsweg zu den Oberlandesgerichten unterfallen. Nachdem der Zusatz in § 75 Abs. 4 des Entwurfs im späteren Gesetzgebungsverfahren ersatzlos gestrichen wurde, ist nach dem Wortlaut des § 75 EnWG nunmehr eindeutig, dass das dort geregelte Beschwerdeverfahren sich ausschließlich auf Entscheidungen von Regulierungsbehörden bezieht.

- 11 Die vom Beschwerdegericht genannten Verfahren können deshalb keinen Anwendungsfall für die in diesem Verfahren vorgesehene Beteiligungsregelung bilden. Damit liefe § 79 Abs. 2 EnWG leer, wenn man die Vorschrift nur auf Entscheidungen anwenden wollte, in denen die „nach Landesgesetz zuständige Behörde“ entschieden hat. Deshalb kann dieses Tatbestandsmerkmal nur so verstanden werden, dass die „nach Landesrecht zuständige Behörde“ diejenige Behörde ist, die das Land aufgrund seiner Organisationshoheit beim Vollzug von Bundesgesetzen mit der Aufgabe einer Landesregulierungsbehörde betraut hat. Dies gilt durchgängig für die Verwendung des Begriffs innerhalb des Teils 8 des Energiewirtschaftsgesetzes, der das behördliche und gerichtliche Verfahren regelt. Da es hier nur um Regulierungsverfahren geht, bezeichnet die „nach Landesrecht zuständige Behörde“ immer die Landesregulierungsbehörde, wenn für diese besondere Regelungen geschaffen werden sollen (etwa § 69 Abs. 7

oder 8 EnWG). Wird der „nach Landesrecht zuständigen Behörde“ die „Regulierungsbehörde“ gegenübergestellt, muss damit die Bundesnetzagentur gemeint sein, die im Regulierungsverfahren originär zuständig ist (§ 54 Abs. 3 EnWG), soweit die Entscheidungskompetenz nicht ausdrücklich der Landesregulierungsbehörde zugewiesen ist. Da im Regulierungsverfahren nur von der Bundesnetzagentur oder den Landesregulierungsbehörden geführte Verfahren denkbar sind, es mithin keine weitere zuständige Behörde gibt, kann Regulierungsbehörde im Sinne des § 79 Abs. 2 EnWG deshalb nur – wie im Gesetzentwurf der Bundesregierung vorgesehen – die Bundesnetzagentur sein. Nur deren Beteiligung ergibt einen Sinn, weil die Landesregulierungsbehörde als Antragsgegnerin ohnehin an dem Beschwerdeverfahren beteiligt ist.

- 12 cc) Diese Auslegung ist auch systemgerecht, wenn man von der vom Gesetzgeber verfolgten Prämisse ausgeht, eine dem Kartellrecht nachgebildete Beteiligung auch im energiewirtschaftlichen Regulierungsverfahren zu schaffen, zumal beide Verfahren wegen der Sachnähe der jeweiligen Verfahrensgegenstände auch möglichst einheitlich strukturiert sein sollten. Versteht man die Bezeichnung „die nach Landesrecht zuständige Behörde“ in dem Sinne, dass damit die Behörde gemeint ist, die das Landesrecht als zuständige Landesregulierungsbehörde bestimmt, ergibt sich der erstrebte Gleichklang mit dem Regelungszustand im Kartellrecht. Nach § 66 Abs. 3 EnWG ist dann im Verfahren vor der Landesregulierungsbehörde die Bundesnetzagentur beteiligt; dies entspricht der Beteiligung des Bundeskartellamts im Verfahren vor den Landeskartellbehörden (§ 54 Abs. 3 GWB). Im Beschwerdeverfahren gegen Entscheidungen der Landesregulierungsbehörde ist die Bundesnetzagentur nach § 79 Abs. 2 EnWG zu beteiligen; dies entspricht der Beteiligung des Bundeskartellamts im Beschwerdeverfahren gegen Entscheidungen der Landeskartellbehörde (§ 67 Abs. 2 GWB). Schließlich folgt für das Rechtsbeschwerdeverfahren die

Beschwerdeberechtigung aus der Beteiligung am Beschwerdeverfahren; auch insoweit decken sich § 88 Abs. 1 EnWG und § 76 Abs. 1 GWB. Daraus ergibt sich, dass die jeweilige Bundesoberbehörde auch in der Lage ist, die Entscheidungen der Landesbehörde einer gerichtlichen Kontrolle zuzuführen und auch die Beschwerdeentscheidungen der Oberlandesgerichte durch das Rechtsbeschwerdegericht überprüfen zu lassen.

- 13 dd) Ein solches Verständnis der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bundes- und Landesregulierungsbehörde entspricht nicht nur der im Kartellrecht seit langem bestehenden Gesetzeslage; diese Auslegung erscheint auch aufgrund der Verzahnung der Entscheidungszuständigkeiten sinnvoll. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts und der Rechtsbeschwerdegegnerinnen (ebenso OLG Koblenz, Beschl. v. 10.4. 2007 – W 595/06 Kart) ändert hieran nichts, dass mit den Regelungen der §§ 60a, 64a EnWG Vorschriften geschaffen wurden, die im Verwaltungsverfahren eine einheitliche Handhabung der Regulierungsmaßstäbe sicherstellen sollen. So ist nach § 60a EnWG ein Länderausschuss zu bilden, um einen bundeseinheitlichen Vollzug zu sichern. Gemäß § 64a EnWG unterstützen sich die Bundesnetzagentur und die Landesregulierungsbehörden gegenseitig. Aufgrund dieser Regelungen mag ein (institutionalisierter) Austausch im Regulierungsverfahren gewährleistet sein. Dies reicht dennoch nicht aus, um die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung im Vollzug des Energiewirtschaftsgesetzes herbeizuführen. Weicht eine Landesregulierungsbehörde nämlich in der Rechtsanwendung ab, kann ein einheitlicher Gesetzesvollzug nur dadurch erreicht werden, dass es der Bundesnetzagentur über ihr Beteiligungsrecht ermöglicht wird, diese Entscheidung gerichtlich überprüfen zu lassen, gegebenenfalls auch im Rahmen einer Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof.

- 14 Ohne ein solches Beteiligungsrecht der Bundesnetzagentur wäre die Sicherstellung eines einheitlichen Gesetzesvollzugs in Regulierungssachen erheblich beeinträchtigt. Die Einheitlichkeit des Vollzugs hat wegen der Interdependenz der Netze eine herausragende Bedeutung. Die Grundlagen für die Entgeltkontrolle müssen übereinstimmen, weil sich nur so wettbewerbliche Strukturen bilden können. Die Umsetzung der Ziele der Regulierung wäre gefährdet, wenn sich eine unterschiedliche Regulierungspraxis und in der Folge Wettbewerbsverzerrungen entwickeln könnten.
- 15 Durch die Beteiligung der Bundesnetzagentur wird keine verfassungsrechtlich bedenkliche Mischverwaltung von Bundes- und Landesbehörden geschaffen. Da mit der Beteiligungsmöglichkeit keine Einvernehmens- oder Zustimmungserfordernisse verbunden sind und der Bundesnetzagentur keine Weisungsrechte gegenüber den Landesbehörden eingeräumt werden, bleiben die Länderzuständigkeiten unberührt. Es entsteht keine (gemeinsame) Zuständigkeit von Bund und Ländern. Der Bundesnetzagentur wird über ihr Beteiligungsrecht neben der Gelegenheit, sich im konkreten Landesregulierungsverfahren zu äußern, vor allem die Möglichkeit eröffnet, über eine gerichtliche Kontrolle der Entscheidungen der Landesregulierungsbehörden eine einheitliche Rechtsanwendung sicherzustellen. Ob die Entscheidungen der Landesregulierungsbehörden – anders als die Entscheidungen der Kartellbehörden – dabei möglicherweise nur für einen begrenzten Zeitraum wirken und sofort vollziehbar sind, ist demgegenüber – entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts – nicht von maßgeblicher Bedeutung.
- 16 b) Die am 7. Mai 2007 beim Beschwerdegericht eingegangene Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur ist statthaft. Das Beschwerdegericht hat die Rechtsbeschwerde uneingeschränkt zugelassen (§ 86 Abs. 1 EnWG). Da-

mit steht auch der bislang nicht am Verfahren beteiligten Bundesnetzagentur die Rechtsbeschwerde offen, weil sie rechtsbeschwerdebefugt ist.

17 c) Die Rechtsbeschwerdebefugnis der Bundesnetzagentur ist nicht verwirkt. Die Rechtsbeschwerdegegnerinnen leiten eine Verwirkung daraus her, dass die Bundesnetzagentur in Kenntnis der anhängigen Verfahren zu lange zugewartet habe, bis sie ihre Beteiligung konkret betrieben habe. Abgesehen davon, dass nicht feststeht, wann die Bundesnetzagentur von dem konkreten Verfahren Kenntnis erlangt hat, lässt sich aus dem Zeitpunkt, zu dem sich die Bundesnetzagentur beteiligt, grundsätzlich keine Verwirkung herleiten. Ein Beteiligungsrecht bedeutet nicht, dass die Bundesnetzagentur dieses auch in jedem Einzelfall durch aktive Teilnahme wahrzunehmen hätte. Ob und wann sich die Bundesnetzagentur an dem Verfahren der Landesregulierungsbehörde beteiligt, kann sie vielmehr grundsätzlich nach eigenem Ermessen bestimmen. Maßgebendes Kriterium hierfür ist ihre Aufgabe, einen einheitlichen Vollzug der Regulierung sicherzustellen. Die Bundesnetzagentur wird sich deshalb schon aus Gründen ihrer Arbeitskapazität im Regelfall nur dann an einem Regulierungsverfahren vor der Landesbehörde beteiligen, wenn dort wichtige Fragen zu entscheiden sind oder die Kohärenz der Rechtsanwendung berührt ist. Deshalb ist es grundsätzlich auch nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur sich erst im Rechtsbeschwerdeverfahren mit dem Ziel beteiligt, die aus ihrer Sicht abweichende oder fehlerhafte Entscheidung eines Oberlandesgerichts durch den Bundesgerichtshof überprüfen zu lassen.

18 2. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet. Sie führt zur Aufhebung der Entscheidung des Beschwerdegerichts und zur Zurückverweisung der Sache.

19

Die Nichtbeteiligung der Bundesnetzagentur erschöpft sich nicht nur in einer fehlenden Gewährung des rechtlichen Gehörs, die unter Umständen nachgeholt oder auf bestimmte Beschwerdepunkte gestützt werden könnte, zu denen die Bundesnetzagentur dann darzulegen hätte, was sie – abweichend von der Entscheidung des Beschwerdegerichts – ausgeführt hätte. Unabhängig davon, ob der Bundesnetzagentur ohne genaue Kenntnis des Akteninhalts ein entsprechender Vortrag im Rechtsbeschwerdeverfahren möglich und zumutbar wäre, führt das Unterlassen der Beteiligung der Bundesnetzagentur jedenfalls dann zur umfassenden Aufhebung, wenn die nicht beteiligte Bundesnetzagentur die Prozessführung der Landesregulierungsbehörde – wie hier – nicht genehmigt hat. Wie der Senat im Falle der unterbliebenen Beteiligung des Bundeskartellamts im Beschwerdeverfahren gegen eine Entscheidung der Landeskartellbehörde ausgeführt hat, liegt hierin in entsprechender Anwendung des § 551 Nr. 5 ZPO a. F. (jetzt: § 547 Nr. 4 ZPO; § 86 Abs. 4 Nr. 4 EnWG) ein absoluter Aufhebungsgrund, der zur umfassenden Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht zwingt (BGH, Beschl. v. 28.6.1983 – KVR 7/82, WuW/E 2010, 2011 – Taxi-Funk-Zentrale Kassel). Für das energiewirtschaftsrechtliche Rechtsbeschwerdeverfahren kann nichts anderes gelten. Auch insoweit greift der vom Senat angeführte Gesichtspunkt durch, dass im Rechtsbeschwerdeverfahren dieser Mangel in der Regel nicht mehr ausgeglichen werden kann und deshalb eine umfassende Aufhebung der Entscheidung des Beschwerdegerichts ohne Rücksicht darauf erfolgen muss, ob diese im Ergebnis richtig ist.

20 3. Die Sache ist deshalb an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens übertragen ist.

Hirsch

Bornkamm

Raum

Meier-Beck

Kirchhoff

Vorinstanz:

OLG Naumburg, Entscheidung vom 16.04.2007 - 1 W 25/06 (EnWG) -