



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

EnVZ 29/15

vom

7. Juni 2016

in dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 7. Juni 2016 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg und die Richter Prof. Dr. Strohn, Dr. Grüneberg, Dr. Bacher und Dr. Deichfuß

beschlossen:

Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde in dem Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. Juni 2015 wird zurückgewiesen.

Die Betroffene trägt die Kosten des Verfahrens über die Nichtzulassungsbeschwerde einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur.

Der Gegenstandswert des Verfahrens über die Nichtzulassungsbeschwerde wird auf 400.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

- 1           A. Die Betroffene bietet seit Anfang 2012 bundesweit die kombinierte Erbringung von Energiedienstleistungen und die Versorgung mit "Nutzenergie" an, worunter sie Licht, Kraft, Wärme und Kälte versteht.
  
- 2           Mit Bescheid vom 12. November 2014 gab die Bundesnetzagentur der Betroffenen auf, ihr spätestens bis 3. Dezember 2014 die Tätigkeit der Belieferung von Haushaltskunden mit Energie anzuzeigen. Zugleich drohte sie ihr für den Fall der nicht fristgerechten Erfüllung ein Zwangsgeld in Höhe von 400.000 Euro an.
  
- 3           Am 3. Dezember 2014 um 10:07 Uhr ging bei der Bundesnetzagentur ein Telefax ein, in dem die Betroffene die Aufnahme der Belieferung von Haushaltskunden in einem von der Bundesnetzagentur bereitgestellten und von ihr ausgefüllten Formular anzeigte. Die in dem Formular benannten Anlagen zur Darlegung der personellen, technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie zur Zuverlässigkeit der Geschäftsleitung lagen dieser Anzeige nicht bei.
  
- 4           Um 10:45 Uhr ging ein weiteres Telefax ein, in dem die Betroffene die Beendigung ihrer Tätigkeit anzeigte und mitteilte, eine abermalige Überprüfung habe ergeben, dass die angemeldete Geschäftstätigkeit beendet sei, weil keine Energielieferung durchgeführt werde.
  
- 5           Mit dem angefochtenen Bescheid vom 19. Dezember 2014 setzte die Bundesnetzagentur gegen die Betroffene das angedrohte Zwangsgeld in Höhe von 400.000 Euro fest. Zugleich drohte sie für den Fall, dass die Betroffene den

Verpflichtungen aus dem Beschluss vom 12. November 2014 weiterhin nicht nachkommt, ein weiteres Zwangsgeld in Höhe von 800.000 Euro an.

6 Die Beschwerde der Betroffenen gegen den angefochtenen Bescheid ist erfolglos geblieben. Das Beschwerdegericht hat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen. Dagegen wendet sich die Betroffene mit der Nichtzulassungsbeschwerde, der die Bundesnetzagentur entgegentritt.

7 B. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist zulässig, aber unbegründet.

8 I. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

9 Entgegen der Auffassung der Betroffenen hänge die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheids nicht davon ab, ob der Ausgangsbescheid vom 12. November 2014 rechtmäßig sei. Die Festsetzung des angedrohten Zwangsgelds sei rechtlich nicht zu beanstanden, weil die Betroffene die ihr in diesem Bescheid auferlegten Pflichten nicht erfüllt habe. Das am 3. Dezember 2014 übersandte Formular sei nicht ausreichend, weil es ohne die erforderlichen Anlagen übersandt worden sei und weil die Betroffene kurze Zeit später die Beendigung der Tätigkeit angezeigt habe.

10 II. Die Beschwerdeentscheidung hält den Angriffen der Nichtzulassungsbeschwerde stand.

11 1. Die Nichtzulassungsbeschwerde macht geltend, die Beschwerdeentscheidung sei schon deshalb rechtsfehlerhaft, weil der Ausgangsbescheid vom 12. November 2014 wegen offenkundig besonders schwerwiegender Fehler unwirksam sei.

12                   Damit zeigt die Nichtzulassungsbeschwerde weder einen Rechtsfehler noch einen Grund für die Zulassung der Rechtsbeschwerde auf.

13                   Nach § 44 Abs. 1 VwVfG ist ein Verwaltungsakt nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist. Die Nichtzulassungsbeschwerde zeigt nicht auf, dass das Beschwerdegericht seine Beurteilung, wonach der Ausgangsbescheid ungeachtet der rechtlichen Angriffe seitens der Betroffenen wirksam ist, auf einen hiervon abweichenden Obersatz gestützt hat.

14                   2. Die Nichtzulassungsbeschwerde macht geltend, die Bundesnetzagentur hätte im Rahmen einer pflichtgemäßen Ermessensausübung berücksichtigen müssen, dass die Betroffene der ihr auferlegten Verpflichtung mindestens teilweise nachgekommen sei.

15                   Diese Rüge vermag ebenfalls nicht zur Zulassung der Rechtsbeschwerde zu führen.

16                   Das Beschwerdegericht hat sich mit den genannten Gesichtspunkten befasst. Die Nichtzulassungsbeschwerde zeigt nicht auf, dass seine Beurteilung, wonach ein Ermessensfehler nicht vorliegt, auf der Anwendung eines unzutreffenden Obersatzes oder eines sonstigen revisionsrechtlich relevanten Rechtsfehlers beruht.

17                   3. Die Nichtzulassungsbeschwerde macht geltend, die Androhung eines weiteren Zwangsgelds verstoße gegen § 13 Abs. 6 Satz 2 VwVG.

18                   Damit zeigt sie ebenfalls keinen Grund für die Zulassung der Rechtsbeschwerde auf.

19                   Entgegen der Darstellung der Nichtzulassungsbeschwerde hat sich das Beschwerdegericht mit diesem Gesichtspunkt befasst. Es hat insoweit auf seinen Beschluss vom 9. Februar 2015 Bezug genommen, mit dem es den Antrag der Betroffenen auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zurückgewiesen hatte. In jenem Beschluss hatte es im Einzelnen dargelegt, dass von der Erfolglosigkeit eines Zwangsmittels im Sinne von § 13 Abs. 6 Satz 2 VwVG schon dann auszugehen ist, wenn dessen Androhung erfolglos geblieben ist. Diese Auffassung steht in Einklang mit der vom Beschwerdegericht zitierten Rechtsprechung und Literatur. Die Nichtzulassungsbeschwerde zeigt nicht auf, dass es abweichende Meinungen zu dieser Frage gibt oder dass ein sonstiger Grund dafür besteht, diese in einem Rechtsbeschwerdeverfahren näher zu behandeln.

20                   4. Ebenfalls ohne Erfolg macht die Nichtzulassungsbeschwerde geltend, die Höhe des festgesetzten Zwangsgelds sei unangemessen.

21                   Das Beschwerdegericht hat sich mit den Einwendungen der Betroffenen gegen die Höhe des Zwangsgelds befasst und insoweit ergänzend auf seinen Beschluss vom 9. Februar 2015 Bezug genommen. Die Nichtzulassungsbeschwerde zeigt nicht auf, dass diese Beurteilung auf einem unzutreffenden Obersatz oder einem sonstigen zulassungsrelevanten Rechtsfehler beruht.

- 22 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG, die Entscheidung über die Festsetzung des Gegenstandswerts auf § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG und § 3 ZPO.

Limperg

Strohn

Grüneberg

Bacher

Deichfuß

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 17.06.2015 - VI-3 Kart 3/15 (V) -