



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESCHLUSS

In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht L., die Richterin am Oberlandesgericht F. und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. K. auf die mündliche Verhandlung am 17.06.2015

b e s c h l o s s e n:

Die Beschwerde der Betroffenen gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 12.11.2014 (BK6-14-159) sowie der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Betroffene.

Der Beschwerdewert wird auf 50.000,00 Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

G r ü n d e:

A.

Die Betroffene gehört zu den rechtlich selbständigen Unternehmen der C. Unternehmensgruppe (zuvor m-group), die unter der Marke „C.“ verschiedene Leistungen und Dienstleistungen im Energiebereich anbietet. Zum Juni 2014 erfolgte ihre Umfirmierung von „m.-p.“ in C..

Zu der Unternehmensgruppe gehören neben der Betroffenen u.a. die U. (zuvor m.-e.) sowie die C.-NI. (zuvor m.-g.). Die U. ist ein Versorger für Primärenergie. Sie verfügt über Bilanzkreise in den vier deutschen Regelzonen und bietet u.a. die Belieferung mit elektrischer Energie an. Komplementärin der Unternehmen ist die C.-H. (zuvor m.-g.-H.).

Die Betroffene bietet bundesweit seit Anfang 2012 die kombinierte Erbringung von Energiedienstleistungen und die Versorgung u.a. von Haushaltskunden mit Licht, Kraft, Wärme und Kälte an, die sie als „Nutzenergie“ bezeichnet. Die Energiedienstleistungen können auch unabhängig von der Belieferung mit Nutzenergie in Anspruch genommen werden.

Auf ihrer Homepage beschrieb die Betroffene im Februar 2015 ihr Geschäftsmodell selbst wie folgt:

Ein Energiedienstleister wie C. ist KEIN Strom- oder Gasversorger, bzw. Strom- oder Gaslieferant. C. schließt einen Energiedienstleistungsvertrag mit Ihnen ab, welcher eine Vielzahl von Services, Produkten und Dienstleistungen umfasst. Als Kunde von C. als Energiedienstleister, erhalten Sie eine Menge an Vorteilen. Ein Vorteil ist, dass Sie zu speziellen Konditionen Strom und Gas erhalten. Ein kleiner Leistungsbeweis gefällig? Buchen Sie unseren Energiedienstleistungsvertrag und wir beschaffen Ihnen Ökostrom zum Preis von x Cent/kWh für Privatkunden // x Cent/kWh für Gewerbekunden zzgl. x Euro monatliche Grundgebühr für Privatkunden // x Euro monatliche Grundgebühr für Gewerbekunden, für die ersten 90 Tage zum Kennenlernen.

Im Unterschied dazu verzichtete die Betroffene im Rahmen in der im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung online zugänglichen Selbstdarstellung auf Bezugnahmen zur Strombeschaffung und die dafür geltenden Tarife in Preis pro Kilowattstunde.

Dort hieß es wörtlich:

Ein Energiedienstleister wie C. ist KEIN Strom- oder Gasversorger, bzw. Strom- oder Gaslieferant. C. schließt einen Energiedienstleistungsvertrag mit Ihnen ab, welcher eine Vielzahl von Services, Produkten und Dienstleistungen rundum den Energiekonsum umfasst. Als Kunde von C. als Energiedienstleister, erhalten Sie eine Menge an Vorteilen. Ein Vorteil ist, dass sich bei Abschluß des Energiedienstleistungsvertrages Ihre Kosten in Bezug auf Strom sofort um einen Cent pro kWh reduzieren.

Die Ausführungen unter der Frage „Weshalb ist C. KEIN Strom- und Gaslieferant sondern Energiedienstleister?“ waren im Vergleich zur früheren Darstellung im Februar 2015 ebenfalls modifiziert worden.

So hieß es noch im Februar 2015:

C. sorgt dafür, dass die benötigte Grundenergie pünktlich und zum vereinbarten Preis zur Verfügung steht **und kauft die Menge von Strom und Gas**, welche Sie aus dem Netz beziehen müssen und nach unseren Effizienzmaßnahmen und womöglich vor Ort Produktionen (z.B. Photovoltaik bei Ihnen vor Ort) immer noch übrig bleiben, ausschließlich bei zugelassenen und zertifizierten Lieferanten von Strom und Gas **ein**, welche über alle notwendigen Zulassungen verfügen.

Damit Sie keinerlei Mehraufwändungen haben, ist C. **Ihr einziger Vertragspartner und Zentralregulierungsstelle, sämtliche Lieferanten stellen ihre Rechnungen an C., C. rechnet mit Ihnen ab – zentral und direkt (Hervorhebungen durch den Senat).**

Dagegen wurde im Juni 2015 auf der Homepage nicht mehr darauf abgestellt, dass C. Grundenergie selbst bei Lieferanten einkauft. Ferner wurden die Kunden bzw. Interessenten darüber belehrt, was zu tun sei, wenn Lieferanten sich unmittelbar an sie wenden. Die vergleichbaren Passagen lauteten wörtlich:

C. sorgt dafür, dass die benötigte Grundenergie pünktlich und zum vereinbarten Preis zur Verfügung steht. **Die Energie wird ausschließlich von zugelassenen Energieversorgern direkt geliefert.....**

Damit Sie keinerlei Mehraufwändungen haben, ist C. Ihr einziger **energiedienstleistender** Vertragspartner und Zentralregulierer. Sämtliche Lieferanten stellen ihre Rechnungen an C., C. rechnet direkt und zentral mit Ihnen ab. **Sollte ein Lieferant mit uns keinen Zentralregulierungsvertrag haben und Ihnen direkt die Rechnung zusenden, senden Sie uns diese bitte zur Verbuchung einfach zu, wir kümmern uns um den Rest....** (Hervorhebung durch den Senat).

Unter den Frequently Asked Questions (FAQ) wurde auf der Homepage der Betroffenen im Juni 2015 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Betroffene Strom einkauft und transportiert und der einzige Vertragspartner des Kunden sei. Als Antwort auf die Frage: „Wie ist Contracting bei der C. aufgebaut“ wurde das Vertragskonstrukt wie folgt beschrieben:

Die C. **kauft** Ökostrom in der Direktvermarktung und transportiert diesen mittels des Fahrplans, der für alle Energieunternehmen erstellt wird, durch alle Übertragungsnetze bis zum Anschluss des Kunden. Hinter dem Zähler des Kunden sitzt im Hausnetz des Kunden die m.-g., welche den Strom in die gewünschte Nutzenergie umwandelt, also aus Ökostrom oder auf Wunsch auch anderen Energieträgern Licht, Kraft, Wärme oder Kälte macht. M.-g. liefert die Nutzenergie an unseren Energiedienstleister C., der die Kunden **vertragsgemäß versorgt** und abrechnet. **C. ist der einzige Vertragspartner des Kunden**; der Kunde **schließt mit C. einen Energiedienstleistungsvertrag zur Lieferung von Nutzenergie** und weiterer Energiedienstleistungen. (Hervorhebungen durch den Senat)

Ähnliche Ausführungen enthielt auch die im Juni 2015 online noch zugängliche Infobroschüre der Betroffenen. Dort hieß es wörtlich:

Contracting

Perfekte Verbindung von Kundenservice und Umweltschutz

Zentraler Unterschied zwischen Contracting und Stromversorgung ist der Liefergegenstand. Ein herkömmlicher Stromversorger liefert Strom, es ist ihm meist gleichgültig wie dieser produziert wird. Beim Contracting liefern die Unternehmen der „C.“ dem Kunden das, was er wirklich braucht: Licht, Kraft, Wärme und Kälte. Bei „C.“ wird diese Nutzenergie direkt beim Kunden aus garantiert 100 % Ökostrom produziert. Dazu liefert zunächst ein Energieversorger, meist die U. Ökostrom durch das Netz zum Zähler des Kunden.

Diesen Ökostrom erhält am Zähler des Kunden die C.. Sie wandelt ihn im Hausnetz des Kunden im Auftrag der C. in die vom Kunden gewünschte Nutzenergie um. Immer zuverlässig, immer dann, wenn der Kunde es will und immer möglichst sparsam. Legt der Kunde einen Schalter um, liefert sein Vertragspartner C. ihm Nutzenergie in Form von Licht, das gleiche gilt für den Kühlschrank und die Heizung. In der Praxis ändert sich für den Kunden zunächst nichts....

Ausweislich der Erläuterungen der Betroffenen in ihren Schriftsätzen vom 15.01.2015 und 11.03.2015 sieht das Geschäftsmodell der Betroffenen für den Strombereich vor, dass der Kunde einen Energiedienstleistungsvertrag abschließt, der neben der Nutzenergielieferung die Erbringung verschiedener sog. Energiedienstleistungen beinhaltet. Zur Erfüllung ihrer Vertragspflichten bedient sich die Betroffene danach ver-

schiedener Energieversorgungsunternehmen sowie der C.-NI. Die Energieversorger stellen die für die Endkundenversorgung benötigte Energiemenge bereit. Als Energielieferant war unstrittig bis vor kurzem die zur Unternehmensgruppe gehörende U. tätig. Gemäß der Angaben der Betroffenen im Beschwerdeverfahren sowie der im Juni 2015 auf ihrer Homepage zugänglichen Informationen wird die Grundenergie nunmehr ausschließlich von externen Versorgern bezogen, im Strombereich im Wesentlichen von der im September 2014 gegründeten E..

Die Betroffene versorgt nach eigenen Angaben ca. x. Kunden, davon rund 85 % Haushaltskunden, mit Nutzenergie. Die Gesamtanzahl an Kunden ist nach Auskunft der Betroffenen seit längerem konstant. Abgängen in Höhe von monatlich rund x. Kunden stehen Zugewinne in dieser Größenordnung gegenüber.

Gemäß den Regelungen unter Ziffer 1.3, 1.5 und 2.1.1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der im Juni 2015 online zugänglichen Fassung stellen die Kunden der Betroffenen die Anlagen zur Erzeugung von Nutzenergie sowie das Verbrauchernetz entgeltlich bei. Die C.-NI. wandelt nach der Darstellung der Betroffenen sodann Primärenergie in Nutzenergie um. Die Kosten für die Erbringung von Energiedienstleistungen werden pro kWh elektrischer Energie berechnet.

Bis vor kurzem stellte die Betroffene auf ihrer Homepage verschiedene Tarife vor, die die Abrechnung der gelieferten Energiemengen auf Basis einer Grundgebühr sowie eines Arbeitspreises pro Kilowattstunde auf der Grundlage der von dem zuständigen Netzbetreiber übermittelten Verbrauchs- und Ablesedaten vorsahen. Das auf der Homepage zugängliche Tarifangebot im Februar 2015 gliederte sich in die Tarife „K.“, „R.“, „P.“, „S.“ und „H.“. Neben einer Grundgebühr zwischen x Euro (bzw. bis zu 30 % Ersparnis im Tarif „S.“) und x Euro wurde dort ein Preis je Kilowattstunde zwischen x Cent (Tarif R. und P.) und x Cent (Tarif K.) ausgewiesen.

Im März und April 2015 wandte sich die Betroffene mit Anschreiben an ihre Bestandskunden, in denen sie jeweils einen Vergleich zwischen den Kosten für den Bezug von Ökostrom durch den günstigsten Versorger im Wohngebiet der Kunden und einem Bezug durch die Betroffene mittels der Tarife „K.“ und „R.“ unter Zugrundelegung des prognostizierten Verbrauchs vornahm. In den Anschreiben wies die Betroffene für den Tarif „K.“ ebenfalls einen Preis pro Kilowattstunde in Höhe von x Cent

sowie variierende Preise pro Kilowattstunde im Tarif „R.“ aus. In den Anschreiben heißt es:

Schönen guten Tag,

... denn wir haben der E. in diesem Jahr den Auftrag erteilt, die Versorgung mit Ökostrom für Sie sicherzustellen.

Auf den folgenden Seiten zeigen wir Ihnen als Ihr Energiedienstleister auf, wie wir mit dem von uns neu gewonnenen Partner E. bei der Beschaffung von Ökostrom Ihre Kosten für Sie senken können....

Für Sie als Kunde, der **uns mit der Beschaffung von Ökostrom beauftragt hat**, wird es in Zukunft noch günstiger.

Unsere Marktanalyse auf Basis Ihres Verbrauchs ...ergab für Ihren Standort folgendes Ergebnis: ...

In unserem R.arif wären Ihre Kosten:...

Im **vereinbarten K.tarif sind Ihre Kosten:**

... (Hervorhebungen durch den Senat).

Kopien der rund x Anschreiben - 16 Paletten mit jeweils zwischen 70 und 80 nicht foliierten Aktenordnern, transportiert und gelagert in einem Seecontainer - übersandte die Betroffene Anfang Juni 2015 an die Bundesnetzagentur, die eine Weiterleitung dieser Unterlagen an den Senat veranlasste.

Im Juni 2015 gab die Betroffene auf ihrer Homepage Preise pro Kilowattstunde nur noch für die sogenannten „S.pakete“ „T.angebot“ und „H.“ an. Hinweise auf die oben beschriebenen Tarife fanden sich dagegen nicht mehr.

Wortlaut und Inhalt der auf der Homepage zugänglichen AGB wurden in dem Zeitraum zwischen Februar 2015 und Juni 2015 ebenfalls verändert.

In der Präambel hieß es noch im Februar 2015 auszugsweise:

Ziel dieses Vertrages stellt die Reduzierung bzw. Optimierung des Energieverbrauches durch Energieeffizienzmaßnahmen, Energiekostenoptimierung durch die Beschaffung der hierfür notwendigen Energieträger, der Schaffung von Transparenz durch permanente Energiekontrolle, sowie die Belieferung mit Nutzenergie dar. Der Kunde betreibt in seiner Immobilie Licht -

bzw. Beleuchtungs -, Kraft -, Wärme - und Kälteanlagen und das notwendige Verbrauchsnetz....

In der dem Senat vorliegenden Fassung aus Juni 2015 wurde in der Präambel dagegen ausdrücklich auf die „Belieferung mit Nutzenergie **durch Contracting gem DIN 8930 Teil 5** abgestellt (Hervorhebung durch den Senat). Zugleich wurde ergänzend darauf hingewiesen, dass es sich „in den Einzelfällen hierbei um Energiespar-Contracting, Energieliefer-Contracting, Finanzierungs-Contracting und Betriebsführung-Contracting“ handele.

Auch bei der Beschreibung des Vertragsgegenstandes kam es zu zwischenzeitlichen Modifizierungen. Während es im Februar 2015 hieß:

1. Vertragsgegenstand

1.1. C. wird den Kunden nach Maßgabe dieses Vertrages mit Licht, Kraft, Wärme und Kälte, nach folgend insgesamt als Nutzenergie bezeichnet, versorgen....

enthielten die im Juni 2015 online zugänglichen AGB wiederum einen Hinweis auf die Versorgung mit Nutzenergie „durch Contracting“.

Im Hinblick auf die vorgesehene Beistellung wurden die AGB nicht verändert. Insofern hieß es übereinstimmend:

1.2. Zur Erfüllung der Versorgungsverpflichtung kommen die Vertragsparteien überein, dass die Anlagen zur Erzeugung von Nutzenergie sowie das Verbrauchsnetz des Kunden entgeltlich C. beigestellt werden. In diesem Zusammenhang erklärt der Kunde, dass er über die Anlagen uneingeschränkt Verfügungsberechtigt ist. Das Eigentum an den Anlagen bleibt von dem vorliegenden Vertrag unberührt.

Zum Liefer- und Leistungsumfang trafen die AGB folgende Regelungen:

2.1 Betrieb

2.1.1. C. weist darauf hin, dass zur Vertragserfüllung eine völlige Überlassung der Nutzung, insbesondere der Steuerung et cetera, der Anlagen in deren alleiniger Verantwortung (Betriebsführung) erforderlich ist. Die Bedienung und Verwendung der Verbrauchsgeräte verbleibt weiterhin beim Kunden. Das Risiko der Anlagenbetreuung verbleibt beim Kunden, d.h. er wird weiterhin die Kosten für die Wartung und Reparaturen übernehmen. C. stellt dem Kunden bei Bedarf einen technischen Kundendienst zur Verfügung, welcher für die Störungsbehebung verantwortlich ist. Ebenso stellt C. eine 24-Stunden besetzte Störmeldezentrale zur Verfügung, in welche der Kunde anfallende Störungen melden kann. Die Leistung von C. in Sachen Störungsbehebung wird von Reparatur, Neuinstallation und Inbetriebnahme/Montage bis hin zur Neugerätebeschaffung, so dies der Kunde wünschen sollte.“

Dabei wurde die im Juni 2015 zugängliche Fassung der Ziff. 2.1.1. um folgenden Satz ergänzt:

„Den Betrieb und die Bewirtschaftung des Versorgungsnetzes – das Contracting – beauftragt C. an ein darauf spezialisiertes Contractingunternehmen. C. ist in keinem Fall selbst der Contractor sondern unabhängiger Energiedienstleister und Zentralregulierer.“

Die weiteren – im Vergleich zur früheren Fassung unveränderten – Bestimmungen der Ziff. 2 lauteten:

2.1.2 Aufgabe des Kunden ist es, die Anlagen auf dem anerkannten Stand der Technik funktionsstüchtig zu halten. Selbstverständlich muss der jederzeitige Zugang zu den Herstellung und Versorgungsanlagen und allen hierfür maßgeblichen Örtlichkeiten für das von C. eingesetzte Personal gewährleistet sein. Der Kunde sichert zu, C. den jederzeitigen Zugang zu ermöglichen.

2.2 Übernahme des Effizienzrisikos

C. trägt das effiziente Risiko bei der Umwandlung von Primärenergie in Nutzenergie. Hierzu werden die eingesetzten Primär und Sekundärenergien, aber auch die effektive erzeugte Nutzenergie möglichst zentral in geeigneter Form erfasst und durch C. statistisch ausgewertet.“

Eine maßgebliche inhaltliche Änderung erfuhr dagegen Ziffer 3. Während die frühere Version noch die Realisierung der Beschaffungskonzepte ausdrücklich auf eigene Rechnung der Betroffenen vorsah:

2.3 Beschaffung/Energiekosten Optimierung

C. sorgt und entwickelt für den Kundenpassbeschaffungskonzepte für Strom, Brenn und Treibstoffe und realisiert diese im Falle einer Beauftragung durch den Kunden zentral reguliert im fremden Namen und auf eigene Rechnung. Die für die Sicherstellung der Qualität notwendigen Einkaufsrichtlinien sind gesondert veröffentlicht.“

wurde diese Formulierung ersetzt und wie folgt ergänzt (folgende Hervorhebungen jeweils durch den Senat):

....realisiert diese eigenständig, **zentralreguliert und in Vollmacht**. ... **C. beauftragt dazu einen Lieferanten von Strom-, Brenn- und Treibstoffen die Energieträger direkt an die Abnahmestelle (Zählpunkt, Messstelle) zu liefern oder an einem vereinbarten Punkt zur Entnahme bereitzustellen (Tankstelle)**. C. ist in keinem Fall selbst der Lieferant/Versorger von Energieträgern (Strom, Brenn- und Treibstoffe) sondern unabhängiger Energiedienstleister und Zentralregulierer.

Die Bestimmungen zu Entgelt und Zahlungsweise wurden jeweils um den letzten hervorgehobenen Halbsatz ergänzt:

3.1 Energiedienstleistung

3.1.1 S.paket...

Nutzenergielieferung plus die oben näher beschriebenen Leistungen, jedoch exkl. Arbeits- und Materialaufwand ..., welcher gesondert angeboten und verrechnet wird.

Der Kunde kann sich im Bedarfsfalle an die C. wenden, ist jedoch berechtigt, jede Firma seiner Wahl zu beauftragen. Für dieses S.paket ... beträgt der Preis x Cent (netto) pro kWh elektrischer Energie, **welche aus Transparenzgründen als Berechnungsbasis vereinbart wird.**

3.1.2 E.paket...

Wie Punkt 3.1.1, jedoch erweitert um die Dienstleistungen Energieeffizienz Beratung, Energiecontrolling, welche im Preis inkludiert sind. Für dieses E.paket ..., beträgt der Preis x (netto) Cent pro kWh elektrischer Energie, **welche aus Transparenzgründen als Berechnungsbasis vereinbart wird.**

3.1.3 K.paket ...

Wie Punkt 3.1.1 und 3.1.2, jedoch erweitert um die Übernahme sämtlicher daraus resultierenden Kosten aus Arbeitsaufwand seitens C. bzw. deren Erfüllungsgehilfen. Für dieses K.paket ..., beträgt der Preis x Cent (netto) pro kWh elektrischer Energie, **welche aus Transparenzgründen als Berechnungsbasis vereinbart wird.**

Die frühere Ziffer 3.1.4 wurde durch Ziffer 3.4 ersetzt und durch die hervorgehobenen Angaben ergänzt:

3.1.4 beschaffte Energieträger

C. verrechnet **auf Basis der von Lieferanten direkt gelieferten Energieträger wie Strom, Brenn- und Treibstoffe** zu den **durch diesen** gesondert veröffentlichten Preisen, die für den Kunden beschafften Energieträger wie Strom, Brenn und Treibstoffe, **als Energiedienstleister und Zentralregulierer. C. ist in keinem Fall selbst der Lieferant/Versorger von Energieträgern (Strom, Brenn- und Treibstoffe).**

Unverändert wies die Betroffene im Juni 2015 unmittelbar im Anschluss an ihre AGB unter der Überschrift „Transparenz“ darauf hin:

Aus Gründen der Transparenz führen wir hier die AGB unserer Lieferanten für Strom und Gas an, welche in unserem Auftrag und auf unsere Rechnung Strom und Gas zu den von uns betreuten Abnahmestellen liefern. ...

Nachdem die Betroffene die Belieferung von Haushaltskunden gegenüber der Bundesnetzagentur nicht angezeigt hatte und auch für die anderen Gesellschaften der Unternehmensgruppe eine solche Anzeige nicht erfolgt war, leitete die Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 22.03.2012, zugestellt am 26.03.2012, gegenüber dem Geschäftsführer der Komplementärin der Betroffenen ein Ordnungswidrigkeitenverfahren nach § 55 OWiG aufgrund einer vermuteten Zuwiderhandlung gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 EnWG ein. Dieser machte geltend, dass die Betroffene der Anzeigepflicht nach § 5 S. 1 EnWG nicht unterliege, da sie kein Energieversorgungsunternehmen, sondern lediglich ein Energiedienstleister und Contractor sei. Sie versorge ihre Kunden mit Nutzenergie und nicht mit Strom oder Gas. Dazu setze sie geeignete Primärenergie ein und lasse diese in Nutzenergie umwandeln.

Mit Bußgeldbescheid vom 3. März 2013 setzte die Bundesnetzagentur gegen den Geschäftsführer der Komplementärin der Betroffenen wegen der Nichtanzeige der Geschäftstätigkeit nach § 5 S. 1 EnWG im Zeitraum von März 2012 bis Mai 2013 ein Bußgeld in Höhe von 40.000 Euro fest. Den hiergegen gerichteten Einspruch vom 3. Juni 2013 nahm er zurück, so dass der Bußgeldbescheid rechtskräftig wurde.

Unter dem 21.10.2014 leitete die Beschlusskammer 6 der Bundesnetzagentur gegen die Betroffene ein Aufsichtsverfahren gemäß § 65 EnWG wegen Verstoßes gegen die Anzeigepflicht nach § 5 S. 1 EnWG ein. Mit dem angegriffenen Beschluss vom 12.11.2014 verpflichtete sie die Betroffene, ihr gegenüber bis spätestens zum 03.12.2014 die Tätigkeit der Belieferung von Haushaltskunden mit Energie anzuzeigen (Tenorziffer 1). Zugleich drohte sie der Betroffenen für den Fall, dass sie dieser Verpflichtung nicht fristgerecht nachkommt, ein Zwangsgeld in Höhe von 400.000 Euro an (Tenorziffer 2).

Mit Telefax vom 03.12.2014, eingegangen bei der Beschlusskammer um 10:07 Uhr, übersandte die Betroffene eine ausgefüllte Version des von der Bundesnetzagentur für Anzeigen nach § 5 EnWG bereitgestellten Formulars und zeigte darin die Aufnahme der Tätigkeit an. Die nach dem Formular erforderlichen Anlagen zur Darlegung der personellen, technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie zur Zuverlässigkeit der Geschäftsleitung lagen der Anzeige nicht bei. Mit Telefax vom

selben Tag, bei der Beschlusskammer eingegangen um 10.54 Uhr, zeigte die Betroffene sodann mit folgendem Hinweis die „Beendigung der Tätigkeit“ an:

Seit 03.12.2014 – eine abermalige Überprüfung der Geschäftstätigkeit ergab, dass die angemeldete Geschäftstätigkeit beendet ist, da keine Energielieferung gem. EnWG durch das Unternehmen durchgeführt wird.

In einer Pressemeldung vom selben Tag teilte die Betroffene mit:

C. beugt sich dem Beschluss der Bundesnetzagentur/Der beschlussmäßigen Auflage zur Anzeige gemäß § 5 EnWG wurde nachgekommen.

C. ermöglicht Bundesnetzagentur gesichtswahrende Beendigung des fortgesetzten Versuchs, das Unternehmen zur Anmeldung als Stromlieferant zu nötigen.

Ein Kompromiss, bei dem beide Seiten Recht gehabt haben [...]

Wir gehen davon aus, dass die BNetzA mit diesem Triumph der formalen Betrachtung über die Realität zufrieden ist. Für uns war es bei der Lösung des Konflikts von größter Bedeutung, dass die Spitze der BNetzA, die mit ihrer frühen inhaltlichen, wenn auch falschen Festlegung in dieser Angelegenheit immer wieder die Öffentlichkeit gesucht hat, am Ende der von ihr gesetzten Frist die gewünschte Meldung von C. öffentlich bekannt geben kann.

Mit Beschluss vom 19.12.2014 (BK6-14-159) wurde gegen die Betroffene das angeordnete Zwangsgeld in Höhe von 400.000 EUR festgesetzt und für den Fall, dass sie der Verpflichtung aus dem Beschluss vom 12.11.2014 nicht bis zum 23.01.2015 nachkommt, wurde ein weiteres Zwangsgeld in Höhe von 800.000 EUR angedroht. Den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der dagegen erhobenen Beschwerde hat der Senat mit Beschluss vom 09.02.2015 (VI-3 Kart 3/15) zurückgewiesen. Mit Beschluss vom 02.03.2015 setzte die Bundesnetzagentur das angeordnete weitere Zwangsgeld in Höhe von 800.000 Euro fest. Dagegen hat die Betroffene ebenfalls Beschwerde eingelegt. Dieses Verfahren wird vor dem Senat unter dem Aktenzeichen VI-3 Kart 76/15 geführt.

Mit der gegen den streitgegenständlichen Beschluss vom 12.11.2014 gerichteten Beschwerde, hinsichtlich derer sie zudem die Anordnung der aufschiebenden Wirkung begehrt, macht die Betroffene geltend, dass eine Anzeigepflicht nicht bestehe. Die Voraussetzungen des § 5 S. 1 EnWG träfen nicht auf sie zu, so dass sie nicht zur Anzeige der Energiebelieferung von Haushaltskunden verpflichtet sei. In ihren Schriftsätzen vom 15.01. und 11.03. 2015 führt sie aus, dass sie kein Energieversor-

gungsunternehmen, sondern als Energiedienstleister ein Energiecontractor und Facilitymanager sei. Sie biete unter anderem die Versorgung des einzelnen Privatkunden mit Nutzenenergie an. Dazu werde durch gesonderte Lieferverträge mit verschiedenen Anbietern die jeweils geeignete Primärenergie eingesetzt, die sodann von einem weiteren Vertragspartner in Nutzenergie umgewandelt werde. Für die Umwandlung der an der Anschlussstelle bezogenen elektrischen Energie in Nutzenergie sowie die Bewirtschaftung des kundenseitig bereitgestellten Stromnetzes sei die C.-NI. als ihre Erfüllungsgehilfin zuständig. Diese vertragliche Gestaltung sei nicht gewählt worden, um einer etwaigen Anmeldepflicht bzw. der Einordnung als Energieversorger zu entgehen, sondern diene allein dem Zweck, die von einem externen Energieversorger gelieferte Energie dem Endverbraucher nach der Durchführung umfangreicher Energieeffizienz-Verbesserungsmaßnahmen in Form von Nutzenergie zur Verfügung zu stellen.

Der Auffassung der Bundesnetzagentur, wonach „Nutzenergie“ nichts anderes als ein bloßes Konstrukt sei und die Beschwerdeführerin „herkömmliche elektrische Energie“ liefere, sei entgegen zu treten. So werde mit Blick auf die europäische Energieeffizienzrichtlinie deutlich, dass eine Energieumwandlung in Nutzenergie erfolge, deren Effizienz die Mitgliedstaaten zu fördern hätten. Aus der Richtlinie ergebe sich, dass es sehr wohl möglich sei, das lediglich infolge des im Wege des Einsatzes der Energiedienstleistung umgewandelte Produkt der Nutzenergie bereitzustellen. Nichts anderes folge aus der bundesgesetzlichen Umsetzung der Richtlinie. Die Definition der „Energiedienstleistung“ in § 2 Nr. 6 EDL-G erfasse die von der Betroffenen bei den Endkunden vorgenommenen Leistungen.

Zu keiner Zeit habe sie Haushaltskunden mit Primärenergie beliefert. Vertragsgegenstand sei ausschließlich die Belieferung mit Nutzenergie in Form von Licht, Wärme, Kälte oder Kraft, die Betriebsführung, die Überwachung der Umwandlungseffizienz, die Tätigkeit eines Strom-, Gas -, Wasser- und Heizungsinstallateurs mit Servicevertrag, ein Elektrowarenhandel und die Energieberatung.

Die Bundesnetzagentur habe im Rahmen des Aufsichtsverfahrens keine aktuellen Ermittlungen durchgeführt, sondern sich ausschließlich auf die im Ordnungswidrigkeitsverfahren vermeintlich festgestellten Umstände beschränkt. Somit sei ihr entgangen, dass sich die Unternehmensorganisation der Betroffenen fortentwickelt und diese sich vollständig aus der Energieversorgung zurückgezogen habe. Sie trete so-

wohl im Innenverhältnis zu den Energieversorgern als auch im Außenverhältnis zu den Kunden ausschließlich als Energiedienstleisterin auf, insbesondere kommuniziere sie offen und transparent, dass nicht sie selbst die Stromversorgung durchführe, sondern insbesondere die E. als externes Versorgungsunternehmen diese Leistungen erbringe. Die zur Begründung der Anzeigeverpflichtung herangezogene Argumentation der Bundesnetzagentur, wonach ein Unternehmen der C.-Unternehmensgruppe Strom an die Betroffene weiterleite, sei somit nicht mehr haltbar.

Mit Schriftsatz vom 03.06.2015 behauptet die Betroffene, dass es im Verhältnis zu den Endkunden vor allem und lediglich um die Frage der Kostenoptimierung, nicht jedoch auch um eine solche der Versorgung in einer Lieferkette gehe. Die Betroffene handele in Vollmacht des Kunden und schließe für ihn Verträge mit einem Versorger ab, der dies wiederum unter duldender Bevollmächtigung der Betroffenen akzeptiere, die im Zuge des Energiedienstleistungsvertrages die Funktion der Zentralregulierung mit Delkrederehaftung übernehme. Da zwischen „verkaufen“ und „verrechnen“ ein klarer Unterschied bestehe, sei sie nicht Lieferantin. Zudem sei auch „verkaufen“ nicht mit „liefern“ gleichzusetzen, so dass eine werbliche Vermarktung nicht dem Liefern gleichzusetzen sei. Es sei somit unerheblich, ob sie – worauf die Bundesnetzagentur abstelle - als Dienstleisterin ein Neukundenangebot zu einem speziellen Preis anbiete. Sie liefere keinen Strom, sondern schließe Verträge für Kunden ab und Sorge dafür, dass das konzernexterne Energieversorgungsunternehmen die Belieferung tatsächlich durchführe. Dieses gehe aus den an die Bundesnetzagentur übersandten und nunmehr dem Senat vorliegenden rund x Kundenanschreiben hervor. Die Bundesnetzagentur habe diese Unterlagen im Rahmen ihrer Amtsermittlungspflicht zu prüfen und im Hinblick auf jeden Kunden zu klären, wer Haushaltskunde sei und wer jene in den Unterlagen ersichtlichen Kunden mit elektrischer Energie und Erdgas versorge.

Die Betroffene beantragt,

1. den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 12.11.2014 (BK 6 - 14 - 159) aufzuheben.
2. die aufschiebende Wirkung der Beschwerde anzuordnen.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen und den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung abzulehnen.

Bei der Betroffenen handele es sich um ein Energieversorgungsunternehmen, das Haushaltskunden gegen Geld mit Strom beliefere, wobei Maßgröße für die Abrechnung der am Stromzähler des Kunden abzulesende Verbrauch in Kilowattstunden sei. Es sei für den Tatbestand des § 5 EnWG unerheblich, ob und in welchem Umfang die Beschwerdeführerin selbst durch ein anderes, gegebenenfalls auch außerhalb der C.-Unternehmensgruppe stehendes Unternehmen beliefert werde. Gleichfalls unerheblich sei, ob und in welchem Umfang die Beschwerdeführerin neben der Belieferung von Haushaltskunden mit elektrischer Energie weitere Dienstleistungen erbringe. Maßgeblich sei, dass sie jedenfalls auch Elektrizität auf eigene Rechnung verkaufe. Eine Umwandlung in Nutzenergie finde tatsächlich nicht statt. Insoweit handele es sich um eine unwirksame, bewusste Falschbezeichnung des Produkts Strom zur Umgehung von an die Lieferung von Strom anknüpfenden Rechtspflichten

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang der Bundesnetzagentur sowie das Protokoll der Senatssitzung vom 17.06.2015 Bezug genommen.

B.

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet. Damit bleibt auch der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ohne Erfolg.

I. Der angegriffene Beschluss ist aus den mit den Verfahrensbeteiligten in der mündlichen Verhandlung im Einzelnen erörterten Gründen rechtmäßig.

1. Die Bundesnetzagentur ist für den Erlass der in dem Beschluss vom 12.11.2014 getroffenen Entscheidungen formell zuständig und materiell ermächtigt.

Die Zuständigkeit ergibt sich aus § 54 Abs. 1 EnWG. Die unter Ziffer 1 ausgesprochene Verpflichtung, die Tätigkeit der Belieferung von Haushaltskunden mit Energie

anzuzeigen, beruht auf § 65 Abs. 2 i.V.m. § 5 S. 1 EnWG. Danach ist die Bundesnetzagentur als zuständige Aufsichtsbehörde berechtigt, bei Zuwiderhandlungen gegen die Bestimmungen des EnWG Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorzuschreiben. Hinsichtlich des unter Ziffer 2 angedrohten Zwangsgeldes folgt die Ermächtigung aus §§ 94 EnWG, 6 VwVG.

Die formellen Anforderungen sind ebenfalls erfüllt.

Die Beschlusskammer hat die Betroffene gemäß § 67 EnWG angehört und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt. Mangels besonderer Regelungen im EnWG richtet sich die Handlungsfähigkeit der Betroffenen als Kommanditgesellschaft nach den allgemeinen Vorschriften des § 12 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG. Danach kann die Betroffene Verfahrenshandlungen nur durch ihre gesetzlichen Vertreter vornehmen. Indem die Bundesnetzagentur die C.-H. als Komplementärin der Betroffenen zum Zweck der Anhörung angeschrieben hat, hat sie die Betroffene im Sinne des § 67 EnWG angehört.

2. Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der unter der Tenorziffer 1 erlassenen Verpflichtung, die Tätigkeit der Belieferung von Haushaltskunden mit Energie gemäß § 5 S. 1 EnWG anzuzeigen, war auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung abzustellen, denn bei der Anzeigeverpflichtung handelt es sich um einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung (vgl. Roesen/Johanns, in: Berliner Kommentar, 3. Aufl., § 83, Rdn. 23). Im maßgeblichen Zeitpunkt lagen die Voraussetzungen der §§ 5 S. 1 EnWG, 65 Abs. 1 S. 1, 2 EnWG vor. Es ist somit für die Entscheidung des Streitfalls unerheblich, dass die C.-Unternehmensgruppe unmittelbar nach Schluss der mündlichen Verhandlung Informationen veröffentlichte, wonach aus der E. die CC. geworden sei und die Aufgaben der Betroffenen von der C.-M. übernommen würden.

Gemäß § 65 Abs. 1 S. 1, 2 EnWG kann die Bundesnetzagentur Unternehmen verpflichten, ein Verhalten abzustellen, das den Bestimmungen des EnWG entgegensteht und hierzu alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen vorschreiben, die gegenüber der festgestellten Zuwiderhandlung verhältnismäßig und für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich sind. Die Betroffene ist der ihr obliegenden Verpflichtung nach § 5 EnWG weder vor noch nach Erlass des angegriffenen Beschlusses nachgekommen. Die unter der Tenorziffer 1 ausgesprochene Verpflichtung

ist angesichts des Unterlassens der Betroffenen auch erforderlich und verhältnismäßig.

2.1. Bei der Betroffenen handelt es sich um ein Energieversorgungsunternehmen im Sinne des § 3 Nr. 18 EnWG, das der Anzeigepflicht gemäß § 5 S. 1 EnWG unterliegt. Der Begriff des Energieversorgungsunternehmens nach § 3 Nr. 18 EnWG umfasst Energielieferanten, Netzbetreiber sowie Eigentümer von Energieversorgungsnetzen. Unter „Energie“ sind Elektrizität und Gas, soweit sie zur leitungsgebundenen Energieversorgung verwendet werden, zu verstehen (§ 3 Nr. 14 EnWG).

2.1.1. Die Betroffene hat im maßgeblichen Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Haushaltskunden mit Primärenergie beliefert.

Ihr im Beschwerdeverfahren mit den Schriftsätzen vom 15.01. und 11.03.2015 erhobener Einwand, zur Anzeige nach § 5 EnWG nicht verpflichtet zu sein, da sie lediglich als Energiedienstleister und Facilitymanager die Versorgung des einzelnen Privatkunden mit – so wörtlich – „vertraglich geschuldeter Nutzenergie“ anbiete, geht fehl. Das Vorbringen der Betroffenen, die Kunden nicht mit Energie im Sinne des § 3 Nr. 18 EnWG, sondern mit Nutzenergie (Licht, Kraft, Wärme, Kälte) zu versorgen, wobei die jeweils geeignete Primärenergie (Strom, Gas, Öl, Kohle) eingesetzt und von der C.-NI. als Netzbetreiber in Nutzenergie umgewandelt werde, entspricht weder für den Strom- noch für den Gasbereich den tatsächlichen Verhältnissen. Zudem ergibt auch die Auslegung der zwischen den Kunden und der Betroffenen geschlossenen Vereinbarungen, dass diese Energie und nicht von der C.-NI. umgewandelte Nutzenergie an die Kunden liefert.

2.1.1.1. Physikalisch ist „Nutzenergie“ von „Primärenergie“, „Sekundärenergie“ und „Endenergie“ zu unterscheiden: Primärenergie ist die direkt in den Energiequellen vorhandene Energie, die durch einen mit Verlusten behafteten Umwandlungsprozess in Sekundärenergie umgewandelt wird. Die Sekundärenergie, die nach weiteren Verlusten beim Verbraucher in Form von Brennstoffen oder elektrischer Energie anlangt, bezeichnet man als Endenergie. Endenergie ist zu unterscheiden von der Nutzenergie, bei der es sich nur um denjenigen Anteil der Endenergie handelt, der dem Verbraucher direkt zur Verfügung steht bzw. benötigt wird. Formen der Nutzenergie sind Kraft, Wärme zur Raumheizung, Kälte zur Raumkühlung und Licht zur Beleuchtung.

Durch Übertragungs- und Umwandlungsverluste ist die Nutzenergie immer geringer als die am Übergabepunkt gemessene Endenergie. Eine Belieferung mit Nutzenergie setzt demnach denklöglich voraus, dass die Umwandlung in Kraft, Wärme, Kälte und Licht vor der Übergabe an den Kunden erfolgt.

Entgegen der formalen Vertragsgestaltung, dem Vorbringen der Betroffenen im Rahmen des Beschwerdeverfahrens sowie der Angaben in ihrer Infobroschüre wird die an den Übergabepunkt gelieferte elektrische Energie jedoch nicht im Netz des Kunden durch die C.-NI. in Nutzenergie umgewandelt. Die Ausführungen der Betroffenen, wonach die C.-NI. den Ökostrom erhalte und im Hausnetz des Kunden umwandle, entsprechen nicht den realen physikalischen Abläufen. Zwar sehen die Vertragsbedingungen eine „Beistellung“ der Anlagen zur Erzeugung von Nutzenergie sowie des Verbrauchernetzes des Kunden zwecks Umwandlung von Energie in Kraft, Wärme, Kälte und Licht im Hausnetz des Kunden vor. Zugleich vermittelt die Betroffene den Kunden, dass diese nicht Strom und Gas, sondern Licht, Kraft, Kälte und Wärme benötigten und Strom und Gas nur eingesetzt würden, um diese Produkte zu erzeugen.

Insoweit handelt es sich aber um eine reine Fiktion, die mit der – physikalischen - Lebenswirklichkeit nicht in Einklang zu bringen ist. Bei dem Einsatz und der Umwandlung von Energie handelt es sich um tatsächliche, physikalische Vorgänge, die nicht durch vertraglich bestimmte Fiktionen determiniert werden können. Tatsächlich übt die C.-NI. keinerlei Einfluss auf die Netze der Kunden aus und führt keine realen Umwandlungsprozesse durch. Eine faktische Überlassung der Kundenverbrauchernetze an die C.-NI. findet nicht statt. Dieses räumt die Betroffene in den im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung öffentlich zugänglichen Informationen selbst ein: In ihrer Infobroschüre betont sie nicht nur, dass Nutzenergie fließe, sobald der Kunde den Schalter umlege bzw. Heizung und Kühlschrank bediene. Sie weist darüber hinaus ausdrücklich darauf hin, dass „sich in der Praxis für den Kunden zunächst nichts ändert“.

In dem Parallelverfahren VI-3 Kart 76/15 legt die Betroffene sogar ausdrücklich dar, dass sich die „tatsächlichen und ökonomischen Bedingungen der Elektrizitätsversorgung nicht ändern“ und gesteht damit zu, dass die vermeintliche Umwandlung von Primärenergie in Nutzenergie eine reine Fiktion darstellt. Dieses folgt auch aus Ziffer 2.1.1 der AGB, wonach die Bedienung und Verwendung der Verbrauchsgeräte beim

Kunden verbleibt und dieser auch das Risiko der Anlagenbetriebsung trägt. Soweit es dort zugleich heißt, dass eine „völlige Überlassung der Nutzung, insbesondere der Steuerung etc.“ erforderlich sei, würde dies jedoch voraussetzen, dass der Kunde gerade nicht selbst weiterhin seine Gerätschaften bedient. Eine gleichzeitige Bedienung durch den Kunden bei Überlassung der Nutzung an die C.-NI. ist logisch ausgeschlossen: entweder bedient der Kunde seine Geräte oder diese werden durch die C.-NI. betrieben. Dieser offensichtliche Widerspruch bei der Vertragsgestaltung belegt, dass eine Ausübung der tatsächlichen Verfügungsgewalt durch die C.-NI. nicht beabsichtigt ist, sondern nach wie vor allein der Kunde die Sachherrschaft über die Gerätschaften zur Erzeugung von Nutzenergie und sein Verbrauchsnetz ausübt.

2.1.1.2. Bei der vorgesehenen „Beistellung“ handelt es sich ebenfalls um eine reine Fiktion ohne praktische Konsequenzen. Dies legt bereits die Begriffswahl nahe: In den AGB und den öffentlich zugänglichen Informationen ist nicht die Rede von einer Überlassung des Besitzes oder der tatsächlichen Sachherrschaft, sondern von einer dem deutschen Recht nicht bekannten „Beistellung“. Es wird bewusst von der Verwendung inhaltlich eindeutig bestimmter Rechtsbegriffe abgesehen und stattdessen ein Begriff gewählt, hinsichtlich dessen Inhalts es an einem übereinstimmenden und einheitlichen Verständnis mangelt. Ob und ggfs. welche konkreten rechtlichen und tatsächlichen Folgen mit einer „Beistellung“ verbunden sind, ist unklar.

Auf der Grundlage des Vorbringens der Betroffenen und der von ihr autorisierten Angaben zu ihrem Geschäftsmodell ist somit schon nicht feststellbar, dass und wie die C.-NI. die ihr im Rahmen der Vertragskonstruktion zugewiesene Funktion als Erfüllungsgehilfin, die Energie im Hausnetz des Kunden in Nutzenergie umwandelt, faktisch ausübt. Die Nutzung und Steuerung der Endgeräte im Haushalt der Kunden finden allein durch den jeweiligen Endkunden statt. Die C.-NI. hat weder die tatsächliche Sachherrschaft über die ihr beigestellten Verbrauchsgeräte noch führt sie reale Umwandlungsmaßnahmen durch.

Auch der Wille des Kunden geht allein dahin, die sich in seinem Haushalt befindenden Gerätschaften selbst zu steuern und zu bedienen. Trotz der vorgesehenen „Beistellung“ des Verbrauchsnetzes verbraucht allein der Kunde und nicht die C.-NI. die am Übergabepunkt bezogene elektrische Energie durch den von ihm veranlassten Gebrauch. Bei der durch Betätigung der Gerätschaften eingesetzten Energie handelt es sich indes Endenergie und nicht um Nutzenergie. Diesen tatsächlichen Gegebenheiten

ten entsprechend findet ausweislich der zugänglichen Informationen und der Regelungen in den AGB auch keine Messung und Abrechnung der Nutzenenergieeinheiten statt. Zwar ist im Rahmen des noch im Februar 2015 angebotenen Tarifs „P.“ der Einsatz eines sog. Smart Meters vorgesehen. Allerdings wird die Funktion dieses Geräts nur vage dahingehend beschrieben, dass es den tatsächlichen Energieverbrauch anzeige. Eine Abrechnung von Nutzenenergieeinheiten wird davon bereits nicht erfasst. Vielmehr sichert sich die Betroffene unter Ziffer 8.1 der AGB des Energiedienstleistungsvertrags die Berechtigung, für Abrechnungszwecke die Messdaten der Netzbetreiber, Grundversorger, Messstellenbetreiber oder einem die Messung durchführenden Dritten zu erhalten. Diese messen jedoch nicht die Nutzenergie-, sondern die am Übergabepunkt bezogenen Endenenergieeinheiten, so dass eine Abrechnung des Nutzenergieverbrauchs ausscheidet.

Die Betroffene hat weder im Rahmen des Beschwerdeverfahrens noch in den allgemein zugänglichen Informationen den vermeintlich durch die C.-NI. vorgenommenen Beistellungs- und Umwandlungsvorgang plausibel dargestellt und erläutert. Darauf, dass es insoweit an einem nachvollziehbaren Vortrag der Betroffenen mangelt, hat die Bundesnetzagentur im Laufe des Beschwerdeverfahrens mehrfach hingewiesen. Auch die Hinweise der Betroffenen auf die Energieeffizienz-Richtlinie 2012/27/EU vom 25.10.2012 ersetzen konkrete, plausible und nachvollziehbare Angaben dazu, in welcher Form im Hausnetz des Kunden vor Übergabe der Nutzenergie ein Umwandlungsprozess durch die C.-NI. vorgenommen wird, nicht. Allein der Umstand, dass die Richtlinie in Art. 2 Nr. 32 den Begriff der „Nutzwärme“ definiert, vermag erkennbar nicht zu belegen, dass die C.-NI. eine Umwandlung in Nutzwärme durchführt. Auch aus den in Art. 3 genannten Energieeffizienzzielen lassen sich keine tragfähigen und belastbaren Rückschlüsse für die rechtliche Bewertung des Liefergegenstandes im Streitfall gewinnen. Die Angaben der Betroffenen beschränken sich durchgehend auf die reine Behauptung, dass eine solche Umwandlung stattfindet, ohne die zugrunde liegenden technischen und physikalischen Vorgänge im Einzelnen zu beschreiben.

Für den Gasbezug gilt gleichfalls, dass der Verbrauch des am Übergabepunkt bezogenen Erdgases direkt und unmittelbar durch den vom Kunden veranlassten Heizvorgang erfolgt. Zur Deckung seines Heiz- oder Wärmebedarfs bezieht der Kunde nicht bereits umgewandelte Nutzenergie, sondern aus Primärenergie gewonnene

Endenergie. Insoweit bleibt die Betroffene ebenfalls jede nachvollziehbare Erläuterung des Umwandlungsprozesses von Erdgas in Wärme schuldig.

2.1.2. Für den Geschäftsbereich „Strom“ ist darüber hinaus festzustellen, dass elektrische Endenergie nicht nur tatsächlich geliefert wird, sondern auch den vertraglich geschuldeten Liefergegenstand bildet.

Nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt der mit den Bestandskunden geschlossenen Energiedienstleistungsverträge ist die Betroffene verpflichtet, den Kunden elektrische Endenergie und nicht umgewandelte Nutzenergie zu liefern. Den Aufträgen zwischen den Kunden und der Betroffenen liegen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Energiedienstleistungen (AGB) zugrunde. Auch wenn diese während der Dauer des Beschwerdeverfahrens angepasst und dahingehend umgestaltet wurden, dass die zuvor vorhandenen ausdrücklichen Bezüge auf die Lieferung von bzw. die Versorgung mit Primärenergie nunmehr fehlen bzw. durch andere Formulierungen ersetzt worden sind, sind die auf die Umwandlung in Nutzenergie gerichteten Vereinbarungen unabhängig von den vorgenommenen Modifizierungen dahingehend auszulegen, dass Liefergegenstand tatsächlich Endenergie in Form elektrischer Energie sein soll.

Zwar vereinbaren die Kunden und die Betroffene nach dem Wortlaut der Ziffer 1.1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Lieferung von Nutzenergie, bestehend aus Licht, Kraft, Wärme und Kälte. Entgegen diesem vermeintlich eindeutigen Wortlaut ist der erkennbare Wille der Kunden jedoch darauf gerichtet, diejenige Energieform zu erhalten, die ihm den selbständigen Gebrauch der in seinem Haushalt vorhandenen Geräte ermöglicht. Hierzu benötigt der Kunde, der seine Geräte selbstständig steuert und betreibt, elektrische Energie und nicht lediglich Licht, Kraft, Wärme oder Kälte. Haushaltsgeräte wie Wasch- und Spülmaschine, Fernseher und Computer sind nur mit elektrischer Energie und nicht mit den Formen der Nutzenergie zu betreiben. Soweit den Kunden in den Informationen der Betroffenen suggeriert wird, dass sie nur Nutzenergie benötigen, entspricht dies den realen physikalischen Gegebenheiten nicht.

Aus der Sicht der Kunden soll das Produkt geliefert werden, das den Betrieb ihrer Verbrauchsgeräte ermöglicht. Ob es sich dabei um Nutzenenergie oder eine andere Energieform handelt, spielt für die Kunden keine Rolle. Für sie ist allein von Bedeutung, dass der Strom weiterhin „aus der Steckdose kommt“ und fließt, sobald sie den

Stecker umlegen. Dieses Vorstellungsbild bedient die Betroffene auch, indem sie in ihrer Infobroschüre ausdrücklich darauf hinweist, dass sich faktisch für die Kunden nichts ändere und in Ziffer 2.1.1. der AGB darauf verweist, dass die Bedienung und Verwendung der Verbrauchsgeräte weiterhin beim Kunden verbleibt. Übernahme sie dagegen tatsächlich das Verbrauchsnetz und die Steuerung der Gerätschaften zwecks Umwandlung der Energie in Nutzenergie, wäre damit eine tiefgreifende Änderung der Lebensverhältnisse der Kunden verbunden.

Auch nach dem äußeren Erscheinungsbild der vertraglichen Vereinbarungen mit der Betroffenen erwarten die Kunden die Lieferung von Strom. Bei den in der Vergangenheit von der Betroffenen angebotenen sogenannten kombinierten Tarifen bestellten sie Energie zu einer monatlichen Grundgebühr nebst einem Arbeitspreis pro Kilowattstunde. Zwar sind auf der aktuellen Homepage die noch im Februar 2015 angebotenen Tarife „K.“, „R.“, „P.“, „S.“ und „H.“, für die neben einer Grundgebühr ein Preis je Kilowattstunde ausdrücklich ausgewiesen wurde, nicht mehr abrufbar und es wurde im Juni nur noch für ein sogenanntes „T.angebot“ neben einer Grundgebühr ein ausdrücklicher Preis in Cent für „Strom“ angegeben. Ob die Betroffene derzeit neue Kunden noch im eigenen Namen mit Energie beliefert, ist jedoch für die rechtliche Bewertung der zum maßgeblichen Entscheidungszeitpunkt bestehenden Kundenbeziehungen unerheblich. Mit der weit überwiegenden Mehrheit der im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung belieferten Kunden hat die Betroffene die bis zur Umgestaltung der Homepage beworbenen Tarife vereinbart. Dies ergibt sich insbesondere aus dem Inhalt der im März und April 2015 versandten Kundenanschriften. In einer Vielzahl dieser vom Senat im Rahmen einer sehr ausführlich durchgeführten und dokumentierten Stichprobe überprüften rund x Anschriften wird darauf abgestellt, dass der angeschriebene Kunde einen „K.-Tarif“ mit vereinbart habe und vereinbarungsgemäß x Cent pro Kilowattstunde Energie entrichte.

Die Abrechnungsform der mit einem Großteil der Bestandskunden vereinbarten Tarife ist typisch für Lieferung elektrischer Energie. Dies gilt insbesondere für die Abfrage des bisherigen Energiebedarfs, die dazu dient, die Höhe der Abschlagszahlungen zu ermitteln. Zudem erfolgt die Abrechnung auf der Grundlage der dem zuständigen Netzbetreiber übermittelten Verbrauchs- und Ablesedaten und nicht auf der Grundlage von Verbrauchsdaten der C.-NI..

Dass in der zuletzt veröffentlichten Fassung der AGB wiederholt darauf hingewiesen wurde, die Abrechnung in Kilowattstunden erfolge aus Transparenzgründen, steht dem nicht entgegen. Dies ist nach dem objektiven Empfängerhorizont eines durchschnittlichen Stromkunden als Hinweis auf eine Selbstverständlichkeit, nämlich eine transparente Abrechnung nach der in Betracht kommenden Abrechnungseinheit zu verstehen. Diesem Hinweis ist dagegen nicht zu entnehmen, dass für die vertraglich geschuldete Lieferleistung auch andere Abrechnungseinheiten in Betracht kämen, weil es sich bei dem geschuldeten Liefergegenstand nicht um Strom handele.

Da die Betroffene mangels realer Einwirkungs- und Umwandlungsmöglichkeiten zur Lieferung von Nutzenergie tatsächlich gar nicht in der Lage ist, entspricht die Belieferung mit elektrischer Energie schließlich auch ihrem Willen. Die vermeintliche Eindeutigkeit der AGB steht einer Auslegung der für die Bestimmung des Vertragsgegenstandes maßgeblichen Willenserklärungen nicht entgegen. Der nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien den Vertragsinhalt bildende Gegenstand kann nicht durch eine – auch nicht übereinstimmend gewählte – Falschbezeichnung geändert werden. Stehen der Wortlaut und Zweck der Vereinbarungen in Widerspruch zueinander, ist dem übereinstimmend Gewollten – Lieferung elektrischer Energie - mittels Auslegung Vorrang vor der Falschbezeichnung zu verschaffen.

2.2. Die Betroffene ist schließlich auch als Energielieferantin im Sinne des § 3 Nr. 18 EnWG zur Anzeige der Energielieferung nach § 5 S. 1 EnWG verpflichtet.

2.2.1. Wer als Energielieferant anzusehen ist, hängt nicht von dem physikalisch-technischen Durchleitungsvorgang und damit von der tatsächlichen Leistungserbringung ab; maßgeblich ist vielmehr die Übernahme der Versorgungspflicht aufgrund schuldrechtlicher Vereinbarungen (vgl. Säcker, in: Berliner Kommentar, 3. Aufl., § 5 Rdn. 10, 11; Hermes, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl., § 5 Rdn. 5, 7; Schex, in: Kment, EnWG, § 5 Rdn. 3; aA Danner/Theobald § 5 Rdn. 15, wonach Energielieferant der tatsächliche Leistungserbringer sei). Für die Anknüpfung der Anzeigepflicht an die vertragliche Belieferungspflicht spricht die ratio des § 5 EnWG. Die dort normierte Anzeigepflicht dient dem Schutz von Haushaltskunden vor Energiehändlern, die nicht über die notwendige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfügen (vgl. BT-Drs. 15/3917 S. 50). Auch aus der Definition in § 3 Nr. 22 EnWG, wonach Haushaltskunden Letztverbraucher sind, die Energie „kaufen“, folgt, dass für den Be-

griff der „Lieferung an Haushaltskunden“ nicht der physikalisch-technischen Durchleitungsvorgang, sondern die Übernahme der schuldrechtlichen Versorgungspflicht maßgeblich ist.

2.2.2. Entgegen ihrem erstmals mit Schriftsatz vom 03.06.2015 geltend gemachten Vorbringen, sie schließe nur in Vollmacht der Kunden für diese Verträge mit Energieversorgern, ist festzustellen, dass die Betroffene selbst und nicht das in ihrem Auftrag und auf ihre Rechnung die Energie bereitstellende Unternehmen sich im Verhältnis zu den Kunden vertraglich zur Versorgung mit Energie verpflichtet hat.

2.2.2.1. Dies ergibt sich bereits aus Ziff. 1.1 und 3 der AGB des sog. Energiedienstleistungsvertrages, wonach die Betroffene den Kunden mit Nutzenergie gegen Entgelt „versorgt“. Dass die Nutzenergielieferung der Betroffenen vergütet wird, folgt ausdrücklich aus Ziff. 3. Dort wird jeweils das Entgelt aufgegliedert in den für die Dienstleistung anfallenden Preis „zuzüglich Nutzenergielieferung“. Daraus wird hinreichend deutlich, dass an die Betroffene die in Kilowattstunden abgerechnete Nutzenergielieferung zu zahlen ist. Dass die Betroffene gegenüber den Kunden die Versorgungspflicht übernommen hat, folgt auch aus der Regelung unter Ziff. 1.2 der AGB. Soweit es dort heißt, „zur Erfüllung der Versorgungspflicht kommen die Vertragsparteien überein“, folgt daraus eindeutig, dass die Betroffene und nicht ein unbenanntes drittes Unternehmen die vertraglichen Verpflichtungen – darunter die Versorgung mit Energie - übernommen hat. Insoweit ist unschädlich, dass in den AGB nicht ausdrücklich die Rede davon ist, dass die Energie „gekauft“ bzw. „geliefert“ wird. Der Begriff der „Versorgung“ erfasst für den Energiesektor die schuldrechtliche Verpflichtung, Energie gegen Entgelt bereitzustellen bzw. zu liefern.

Auch in der Präambel des Vertrages tritt die Betroffene dem Kunden als Vertragspartnerin entgegen. Soweit dort „auf die Beschaffung der notwendigen Energieträger“ und die „Lieferung mit Nutzenergie“ abgestellt wird, fehlt jeder Hinweis darauf, dass diese zentralen Vertragspflichten nicht die Betroffene als Ansprechpartner des Kunden und Aussteller der AGB treffen sollen. Dieses ist auch dem Verweis auf ein Contracting gem. DIN 8930“ nicht zu entnehmen. Schließlich lässt auch der Hinweis auf die AGB der Strom- und Gaslieferanten für den Interessenten wie den Kunden nur den Schluss zu, dass die Betroffene als seine Vertragspartnerin für die Versorgung mit Strom und Gas entsteht. Dort heißt es ausdrücklich, dass die Lieferanten der Betroffenen in deren Auftrag und auf deren Rechnung Energie zu den Abnahmestellen

liefern. In der im Februar 2015 online noch zugänglichen Beschreibung ihres Geschäftsmodells versicherte die Betroffene ausdrücklich, einziger Vertragspartner der Kunden zu sein. Dass dieser Hinweis nunmehr fehlt, ist unerheblich. Wie bereits ausgeführt, hat ein Großteil der im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung versorgten Bestandskunden Verträge auf der Basis der früheren Angaben abgeschlossen. Die Übernahme einer entsprechenden vertraglichen Verpflichtung zur Versorgung mit sogenannter „Nutzenergie“ entspricht auch der eindeutigen, an potentielle Kunden gerichteten Darstellung in den im Juni 2015 online noch zugänglichen FAQ, wo ausdrücklich und unmissverständlich darauf abgestellt wird, dass der Kunde mit der Betroffenen einen Energiedienstleistungsvertrag zur Lieferung von Nutzenergie und weiterer Energiedienstleistungen abschließt und diese den Kunden vertragsgemäß versorgt. Zudem erläuterte die Betroffene unter den FAQ, dass ein Vertrag nicht online, sondern nach einer Beratung vor Ort durch einen Mitarbeiter der C. und durch diesen vermittelt abgeschlossen werden könne. Da die Betroffene Berater zwecks Abschluss von Verträgen autorisiert und entsendet, wirkt der durch diese Berater vermittelte Vertragsschluss für und gegen die Betroffene.

Aus der Gesamtschau der AGB sowie der von der Betroffenen stammenden Informationen zu ihrem Geschäftsmodell und ihrer Geschäftspraxis ergibt sich demnach, dass die Betroffene gegenüber ihren Kunden eine vertragliche Versorgungs-, Liefer- oder Beschaffungspflicht im Sinne des § 5 S. 1 EnWG übernommen hat. Diesem Befund steht nicht entgegen, dass der Liefergegenstand in den AGB als Nutzenergie bezeichnet wird. Den mit der Energielieferung verbundenen gesetzlichen Verpflichtungen kann sich die Betroffene nicht durch eine Umetikettierung des Vertrags- und Liefergegenstandes in Nutzenergie entziehen.

2.2.2.2. Die Einlassungen der Betroffenen, die nunmehr in Abrede stellt, Energie im eigenen Namen zu verkaufen, stehen in Widerspruch zu ihrem bisherigen Vortrag, wonach sie die Versorgung mit der „vertraglich geschuldeten“ Nutzenergie übernehme. Entweder schuldet sie die Lieferung von bzw. die Versorgung mit Nutzenergie oder sie schließt als Vertreterin der Endkunden Verträge über die Lieferung von Strom mit Energieversorgern.

Das Vorbringen der Betroffenen, sie trete nur als Bevollmächtigte der Kunden beim Abschluss von Verträgen mit Versorgern auf, lässt sich aber nicht nur mit den frühe-

ren Einlassungen nicht in Einklang bringen, sondern entspricht auch nicht dem Inhalt der AGB. Dort ist an keiner Stelle der erforderliche ausdrückliche Hinweis aufgenommen, dass der Kunde die Betroffene bevollmächtigte, mit einem Energieversorger Verträge über die Lieferung von Energie namens und auf Rechnung des Kunden zu schließen.

Es kann dahinstehen, ob die Betroffene gegenwärtig und für die Zukunft keine Verträge über die Lieferung von Energie mit Haushaltskunden abschließt. Jedenfalls hat sie mit den im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung versorgten Kunden auf der Basis ihrer AGB Lieferverträge über die Versorgung mit „Nutzenergie“ im eigenen Namen abgeschlossen. Dies gilt unabhängig davon, welche Fassung den Verträgen zugrunde zu legen ist. Die Übernahme der schuldrechtlichen Verpflichtung entfällt nicht aufgrund des in der modifizierten Fassung der Ziffern 2.3 und 3.4 aufgenommenen Hinweises, dass es sich bei der Betroffenen nicht um den Lieferanten von Energieträgern, sondern nur um den Zentralregulierer handele. Im Zusammenhang mit den unmittelbar im Anschluss an die AGB erfolgenden Ausführungen, wonach Lieferanten im Auftrag der Betroffenen Energie an die Abnahmestellen der Kunden liefern, folgt für den Kunden daraus nur, dass die benötigte Energie zwar nicht unmittelbar von der Betroffenen stammt, jedoch von dieser beschafft wird. Dass die Betroffene nicht die zur Energieversorgung verpflichtete Vertragspartei sein soll, ergibt sich auch nicht aus dem Begriff des „Zentralregulierers“. Dadurch bestärkt und bestätigt die Betroffene lediglich die Vorstellung des Kunden, mit einem einzigen Ansprechpartner zu tun zu haben.

2.2.2.3. Eine Vertragskonstruktion, bei der die Betroffene als Bevollmächtigte der Haushaltskunden wie des Versorgers auftritt, bedürfte zu ihrer Wirksamkeit zudem der Bevollmächtigung der Betroffenen durch externe Energieversorger, in ihrem Namen und auf ihre Rechnung Verträge mit Kunden der Betroffenen abzuschließen. Dass solche Bevollmächtigungen existieren, hat die Betroffene - auch auf entsprechende Hinweise in der mündlichen Verhandlung – nicht dargetan, sondern sich dort auf den Vortrag beschränkt, Bevollmächtigungen durch ihre Kunden vorlegen zu können. Ihrem schriftsätzlichen Vorbringen, in Duldungsvollmacht der Energieversorgungsunternehmen zu handeln, fehlt jede inhaltliche Substanz. So hat die Betroffene keinerlei konkrete Einzelheiten dazu vorgetragen, auf welcher tatsächlichen Basis welche Energieversorger den Abschluss von Verträgen durch die Betroffene dulden. Sie hat lediglich auf eine durch sie geführte Liste derjenigen Versorger verwiesen –

ohne diese vorzulegen -, für die sie derartige Verträge schließe. Dieses Vorbringen ersetzt jedoch nicht die Darlegung nachprüfbarer Einzelheiten zu den Umständen der Bevollmächtigung in konkreten Kundenbeziehungen.

Darüber hinaus ist auch nicht davon auszugehen, dass die Betroffene seitens ihrer Kunden bevollmächtigt worden ist, in ihrem Namen und für ihre Rechnung Energielieferverträge mit externen Energieversorgern abzuschließen. Vielmehr war eine solche ausdrückliche Bevollmächtigung in dem von der Betroffenen bislang beworbenen und präsentierten Vertragsmodell, insbesondere in den zugrunde liegenden AGB nicht nur nicht vorgesehen, sondern sie hätte dazu auch in evidentem Widerspruch gestanden.

Der Darstellung der Betroffenen, in Vertretung für die Kunden gehandelt und keine eigenen Versorgungspflichten übernommen zu haben, widerspricht auch der Inhalt der von ihr eingereichten Korrespondenz. Das an die Kunden versandte Anschreiben enthält keinerlei Hinweise darauf, dass nicht die Betroffene, sondern die den Strom bereitstellende E. oder ein anderer externer Versorger der Vertragspartner der Kunden im Hinblick auf die Energieversorgung ist. Im Gegenteil ist in sämtlichen, vom Senat stichprobenartig geprüften Anschreiben nur die Rede davon, dass der Kunde die Betroffene mit der „Beschaffung von Ökostrom beauftragt“ habe. Daraus ergibt sich mit hinreichender Deutlichkeit, dass ein Vertragsverhältnis – ausschließlich – zu der Betroffenen und nicht zu einem dritten Energieversorger besteht. Soweit die Betroffene – ohne dies konkret zu behaupten – glauben machen will, diese Bestandskunden hätten neben dem Energiedienstleistungsvertrag mit der Betroffenen einen weiteren Vertrag mit einem Energieversorger über die Belieferung mit Primärenergie abgeschlossen, hat sie auf den entsprechenden Hinweis in der mündlichen Verhandlung ihr Vorbringen weder konkretisiert noch die Vorlage entsprechender Verträge zwischen ihren Bestandskunden und externen Energieversorgern angeboten, in denen diese die Verpflichtung übernehmen, Energie zu liefern.

Vielmehr hat sie sich auf die Beantragung einer Schriftsatzfrist beschränkt, um „Vollmachten“ vorzulegen. Diesem Antrag war nicht stattzugeben. Zum einen fehlt es bereits an einem hinreichend konkreten Vorbringen zum erforderlichen Inhalt derartiger Vollmachten. So hat die Betroffene nicht dargelegt, dass die Letztverbraucher den vermeintlichen Vollmachten überhaupt entnommen konnten, einen Vertrag nicht mit der Betroffenen, sondern mit dritten Unternehmen abzuschließen. Die Vorstellung,

dass die Letztverbraucher die Betroffene bevollmächtigt haben sollen, in ihrem Namen und auf ihre Rechnung mit einem externen Versorger – den sie nicht selbst ausgewählt haben - Verträge abzuschließen, aus denen sie gegenüber diesem Unternehmen zur Zahlung verpflichtet sind, widerspricht zudem der Lebenserfahrung. Zum anderen kann jedoch auch durch die Vorlage von durch Kunden ausgestellter Vollmachten an die Betroffene, für sie Energie zu beschaffen, der Abschluss entsprechender Energielieferverträge zwischen ihnen und externen Versorgern nicht dargetan werden. Auch in Ansehung und unter Berücksichtigung dieses Vorbringens der Betroffenen ist weiterhin sie als diejenige anzusehen, die sich gegenüber ihren Kunden zur Energielieferung vertraglich verpflichtet hat.

2.2.3. Der Einordnung der Betroffenen als Energielieferantin im Sinne des § 3 Nr. 18 EnWG steht ausweislich der voranstehenden Ausführungen ferner nicht entgegen, dass sie ausweislich ihrer Einlassungen im Beschwerdeverfahren und den im Juni 2015 noch zugänglichen Informationen auf ihrer Homepage ausschließlich externe, d.h. außerhalb der Konzernstruktur stehende Unternehmen mit der Lieferung elektrischer Energie an die C.-NI. beauftragt. Dass die Betroffene elektrische Energie nicht mehr von einem zur Unternehmensgruppe gehörenden Schwesterunternehmen, sondern im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung jedenfalls hauptsächlich von der E. bezieht, ist für die rechtliche Bewertung ebenso wenig relevant wie der Umstand, dass die Kunden auch einen anderen Energieversorger wählen können.

Die Argumentation der Betroffenen, die Anzeigepflicht nach § 5 S. 1 EnWG treffe ausschließlich dasjenige Unternehmen, das in ihrem Auftrag elektrische Energie an die C.-NI. liefere und damit die tatsächliche Versorgung übernehme, geht fehl. Dasjenige Unternehmen, von dem die Betroffene die elektrische Energie bezieht, ist nach dem maßgeblichen schuldrechtlichen Versorgungsbegriff unabhängig davon, ob es zum Konzernverband der C. gehört, nicht als Energielieferant der mit der Betroffenen vertraglich verbundenen Haushaltskunden anzusehen.

In diesem Zusammenhang kann dahinstehen, ob auch Verkaufskommissionäre i.S.d. § 381 HGB der Anzeigepflicht unterliegen, weil sie mit dem Kunden den Kaufvertrag über die Energie schließen (so Salje, EnWG, § 5 Rdn. 11 f; aA Danner/Theobald, EnWG, § 5 Rdn. 15). Die Betroffene tritt nicht als Verkaufskommissionärin desjenigen Unternehmens auf, von dem sie Strom bezieht. Während Lieferanten Händler

sind, die Energie im eigenen Namen und auf eigene Rechnung kaufen und verkaufen, wickeln Verkaufskommissionäre den Vertrag zwar im eigenen Namen, nicht jedoch auf eigene Rechnung ab. Wie sich aus den voranstehenden Ausführungen ergibt, hat die Betroffene in den im maßgeblichen Zeitpunkt bestehenden Verträgen eine eigene vertragliche Versorgungspflicht gegenüber ihren Vertragspartnern übernommen. Jedenfalls im Rahmen der Abwicklung dieser bestehenden Verträge tritt die Betroffene nicht als Verkaufskommissionärin auf. Daran vermag der Umstand, dass in den modifizierten AGB ebenso wie in den Angaben auf ihrer Homepage (Stand Juni 2015) die früheren Hinweise auf den Kauf von Primärenergie in ihrem Namen und auf ihre Rechnung fehlen, nichts zu ändern.

2.2.4. Soweit die Betroffene ihre Haushaltskunden nach Maßgabe der voranstehenden Ausführungen mit Energie versorgt, ist sie nicht als reiner Energiedienstleister im Sinne des § 2 Nr. 5 EDL-G zu qualifizieren. Danach ist Energiedienstleister eine juristische Person, die Energiedienstleistungen oder andere Energieeffizienzmaßnahmen für Endkunden erbringt oder durchführt und dabei finanzielle Risiken trägt, wobei sich das Entgelt für die erbrachten Dienstleistungen ganz oder teilweise nach der Erzielung von Energieeffizienzverbesserungen richtet. Zwar bietet die Betroffene ausweislich ihrer Einlassungen im Beschwerdeverfahren und den Informationen auf ihrer Homepage durchaus Energiedienstleistungen – z.B. eine Energieberatung - an. Da sie darüber hinaus jedoch auch Haushaltskunden mit Energie beliefert, unterliegt sie insoweit der Anzeigepflicht nach § 5 EnWG. Diese Verpflichtung entfällt nicht deswegen, weil sie daneben Energiedienstleistungen anbietet.

2.3. Die Betroffene beliefert schließlich auch Haushaltskunden im Sinne des § 5 EnWG. Haushaltskunden sind gemäß § 3 Nr. 22 EnWG Letztverbraucher, die Energie überwiegend für den Eigenverbrauch im Haushalt oder für den einen Jahresverbrauch von 10.000 Kilowattstunden nicht übersteigenden Eigenverbrauch für berufliche, landwirtschaftliche oder gewerbliche Zwecke kaufen. Diese Voraussetzungen liegen im Hinblick auf den Großteil der Bestandskunden der Betroffenen vor. Nach ihren eigenen Angaben unterhält die Betroffene mit rund x Letztverbrauchern, wovon rund 85 % Haushaltskunden sind, sog. Energiedienstleistungsverträge, auf deren Grundlage sie die Kunden ausweislich der voranstehenden Ausführungen mit Energie versorgt.

2.4. Indem die Bundesnetzagentur die Betroffene förmlich verpflichtet hat, die Belieferung von Haushaltskunden mit Energie nach § 5 S. 1 EnWG anzuzeigen, hat sie das ihr durch § 65 Abs. 2 EnWG zustehende Ermessen beanstandungsfrei ausgeübt. Die der Regulierungsbehörde eingeräumte Ermessensentscheidung, ob sie ein Aufsichtsverfahren gegen die ihrer Aufsicht unterstehende Betroffene einleitet und welche Maßnahmen sie gegebenenfalls ergreift, ist nach den allgemeinen Grundsätzen gerichtlich nur daraufhin überprüfbar, ob die Behörde die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten, ihr Ermessen überhaupt nicht ausgeübt oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat. Angesichts des erheblichen öffentlichen Interesses an dem mit dem Energiewirtschaftsgesetz verfolgten Ziel, eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche und effiziente Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität sicherzustellen, liegt die Verfolgung von Verstößen gegen Vorschriften dieses Gesetzes grundsätzlich im öffentlichen Interesse (BGH, Beschl. v. 03.06.2014, EnVR 10/13). Dies gilt erst recht angesichts des durch § 5 EnWG verfolgten Schutzzwecks. § 5 EnWG dient dem Schutz der verlässlichen Versorgung von Haushaltskunden. Da die Norm eine reine Anzeigepflicht verbunden mit einer ex-post-Aufsicht statuiert, ist es für die Durchsetzung des mit der Norm verfolgten Zieles von erheblicher Bedeutung, dass die zuständige Regulierungsbehörde durch eine den Voraussetzungen des § 5 EnWG entsprechende Anzeige in die Lage versetzt wird, das Vorliegen der personellen, technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie der Zuverlässigkeit der Geschäftsführung eines Energieversorgers belastbar zu beurteilen. Das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der Anzeigepflichtung ist, worauf die Bundesnetzagentur zu Recht hinweist, umso höher, je mehr Haushaltskunden von dem Betroffenen Unternehmen versorgt werden. Angesichts des beträchtlichen Ausmaßes der betrieblichen Tätigkeit der Betroffenen ist die Entscheidung der Bundesnetzagentur, mittels einer Aufsichtsmaßnahme auf die Erfüllung der Anzeigepflicht zu drängen, nicht zu beanstanden.

3. Die unter Tenorziffer 2 des angegriffenen Beschlusses ausgesprochene Verpflichtung findet ihre Ermächtigung in §§ 94 EnWG, 6, 9 13 VwVG. Bei der Vornahme der Anzeige nach § 5 EnWG handelt es sich nicht um eine vertretbare Handlung, so dass als Zwangsmittel gemäß § 9 Abs. 1 lit. b) VwVG die Verhängung eines Zwangsgel-

des in Betracht kommt. Das Zwangsmittel ist angesichts des Umfangs der Vertriebstätigkeit der Betroffenen und dem sich im Falle der fehlenden Leistungsfähigkeit daraus für die Kunden ergebenden Gefährdungspotenzials dem Grunde und der Höhe nach angemessen. Die nicht geringe Höhe des angedrohten Zwangsgeldes gewährleistet, dass von dem angedrohten Zwangsmittel einerseits ein spürbarer Vollstreckungsdruck ausgeht. Andererseits bewegt sich das Zwangsgeld im unteren Bereich des gemäß § 94 S. 2 EnWG möglichen Rahmens, der zwischen 1000 EUR und 10 Millionen EUR liegt, und ist damit als maßvoll zu bewerten.

II. Neben der Entscheidung über die Beschwerde war eine Entscheidung über den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde zu treffen. Eine gesonderte frühere Entscheidung war angesichts der Zusicherung der Bundesnetzagentur, die Vollziehung des streitgegenständlichen Beschlusses bis zur Entscheidung des Senats auszusetzen, nicht geboten. Der Eilantrag der Betroffenen ist statthaft. Da die gegen den Beschluss erhobene Anfechtungsbeschwerde der Betroffenen gemäß § 76 Abs. 1 EnWG keine aufschiebende Wirkung hat, ist das Verfahren nach § 77 Abs. 3 Satz 4 i.V.m. Satz 1 Nr. 2 EnWG zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes eröffnet. Der Antrag hat in der Sache jedoch keinen Erfolg. Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde ist gemäß § 77 Abs. 3 Satz 4 i.V.m. Satz 1 Nr. 2 EnWG nur anzuordnen, wenn an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung ernstliche Zweifel bestehen (Abs. 3 Satz 1 Nr. 2) oder wenn ihre Vollziehung für den Betroffenen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte (Abs. 3 Satz 1 Nr. 3). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Wie sich aus den voranstehenden Ausführungen ergibt, ist der angegriffene Beschluss rechtmäßig.

Auch eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte liegt nicht vor. Eine Härte im Sinne der Vorschrift setzt schwerwiegende, nicht wieder gutzumachende Nachteile voraus. Die Unbilligkeit entfällt, wenn öffentliche Interessen an der Vollziehung überwiegen (Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 77 Rdn. 17). Umstände, die eine Existenzgefährdung der Betroffenen oder erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten infolge der Zwangsgeldzahlung nahelegen, sind weder ersichtlich noch konkret vorgetragen. Zudem besteht angesichts der gesetzgeberischen Grundentscheidung zugunsten der sofortigen Vollziehbarkeit von Ent-

scheidungen der Regulierungsbehörden ein erhebliches öffentliches Interesse an der Vollziehung.

C.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 EnWG.

Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse an der Aufhebung der Anzeigeverpflichtung bemisst der Senat auf der Grundlage seiner ständigen Rechtsprechung pauschal auf 50.000 €, da weder die unter Ziffer 1 begründete Anzeigeverpflichtung noch die unter Ziffer 2 erfolgte Zwangsgeldandrohung unmittelbare, derzeit zu beziffernde wirtschaftliche Nachteile begründen.

D.

Die Rechtsbeschwerde ist nicht gemäß § 86 Abs. 1 EnWG zuzulassen. Die aufgeworfenen Rechtsfragen haben weder eine über den Streitfall hinausgehende grundsätzliche Bedeutung noch ist eine Zulassung zur Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde ist die Nichtzulassungsbeschwerde gegeben. Diese ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist durch einen beim Oberlandesgericht Düsseldorf oder beim Bundesgerichtshof einzureichenden Schriftsatz binnen einem Monat zu begründen. Diese Frist beginnt mit der Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde und kann auf Antrag von dem Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts (Bundesgerichtshof) verlängert werden. Die Begründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Beschwerdeentscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Die Nichtzulassungsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

L.

F.

Dr. K.