



- Beschlusskammer 6 -

Bußgeldbescheid

Az.: BK6-12-057

In dem Ordnungswidrigkeitenverfahren

gegen:

Herrn Martin Richard Kristek, zu laden über: mk-group Holding GmbH, Dessauer Str. 2-4,
20457 Hamburg,

– Betroffener –

Verteidiger: Rechtsanwaltsgesellschaft BLTS, Kumpfmühler Str. 3, 93047 Regensburg

hat die 6. Beschlusskammer der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation,
Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn, gesetzlich vertreten durch ihren Präsidenten
Jochen Homann,

durch ihren Vorsitzenden Matthias Otte,
ihren Beisitzer Andreas Fixel
und ihren Beisitzer Jens Lück

am 03.06.2013 beschlossen:

1. Dem Betroffenen wird zur Last gelegt,
in Hamburg in der Zeit zwischen dem 26.03.2012 und dem 31.05.2013
als vertretungsberechtigtes Organ der mk-group Holding GmbH, die ihrerseits
vertretungsberechtigte Gesellschafterin der mk-power GmbH & Co. KG ist,
fahrlässig entgegen § 5 Satz 1 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) eine Anzeige nicht
vorgenommen zu haben,
indem er

die Anzeige der Aufnahme der Tätigkeit der Belieferung von Haushaltskunden mit
Energie durch die mk-Power Ihr Energiedienstleister GmbH & Co. KG jedenfalls aus
Unachtsamkeit nicht erstattete und dies auch nach entsprechender Anhörung durch die
Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 22.03.2012 an die mk-Power Ihr
Energiedienstleister GmbH & Co. KG (dort förmlich zugestellt am 26.03.2012) nicht
nachholte.

Dies stellt eine Ordnungswidrigkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 EnWG, § 9 Abs. 1 Nr. 1 und 2,
§ 10 OWiG dar.
2. Wegen der festgestellten Rechtsverletzungen wird ein Bußgeld in Höhe von

40.000 Euro

festgesetzt.
3. Der Betroffene hat die Verfahrenskosten zu tragen (§ 105 Abs. 1 OWiG i. V. m. § 464
Abs. 1, 464a Abs. 1, 465 Abs. 1, 472b Abs. 2 StPO). Die von dem Betroffenen zu
tragende Gebühr beträgt nach § 107 Abs. 1 OWiG **2.000 Euro**. Die notwendigen
Auslagen wegen Zustellungen mit Zustellungsurkunde in Höhe von **7 Euro** für die
Zustellung des Anhörungsschreibens und des Bußgeldbescheides an den
Bevollmächtigte des Betroffenen sind vom Betroffenen ebenfalls zu tragen (§§ 105
Abs. 1, 107 Abs. 3 OWiG i. V. m. § 464 Abs. 1 und 2 StPO).

A. Zahlungsaufforderung

Der Betroffene wird aufgefordert, spätestens zwei Wochen nach Rechtskraft dieses Bußgeldbescheides den zu zahlenden **Gesamtbetrag in Höhe von 42.007,00 Euro** auf das Konto der Bundeskasse Trier, IBAN: DE 81 590 000 00 00 590 010 20, bei der Deutschen Bundesbank, Filiale Saarbrücken, BIC MARKDEF1590, unter Angabe des Kassenzeichens 8000 9801 5990 zu zahlen.

Wenn der Betroffene zahlungsunfähig ist, hat er spätestens zwei Wochen nach Rechtskraft dieses Bußgeldbescheides der Bundesnetzagentur, schriftlich oder zur Niederschrift darzulegen, warum ihm die fristgerechte Zahlung nach seinen wirtschaftlichen Verhältnissen nicht zuzumuten ist (§ 66 Abs. 2 Nr. 2 lit. b OWiG).

Falls der Betroffene diese Zahlungsfrist nicht einhält und auch seine Zahlungsunfähigkeit nicht rechtzeitig darlegt, kann der fällige Betrag zwangsweise beigeschrieben oder Erzwingungshaft bis zur Dauer von sechs Wochen je Geldbuße, insgesamt nicht mehr als drei Monaten, angeordnet werden (§§ 95, 96, 99 OWiG; 98, 101 EnWG).

B. Beweismittel

Urkunden:

Verfahrensakte, Az. BK6-12-057

C. Begründung

I. Sachverhalt

1. Der Betroffene ist Geschäftsführer der mk-group Holding GmbH, die wiederum persönlich haftende Gesellschafterin der mk-power Ihr Energiedienstleister GmbH & Co. KG (nachfolgend: mk-power) ist. Geschäftszweck der mk-power ist ausweislich der Handelsregister-Eintragung „die Besorgung von attraktiven Angeboten rund um Strom und Gas“ sowie „umfangreich um das Thema Energiecontrolling, Energieeffizienz und Energiemanagement“ zu beraten.

Die mk-power bietet bundesweit mindestens seit dem 20.01.2012 den Abschluss von Verträgen zur Energieversorgung an. Nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der mk-power kommt zwischen ihr und dem Kunden ein Vertrag über die Versorgung des Kunden mit Licht, Kraft, Wärme und Kälte zustande, die die mk-power als „Nutzenergie“ bezeichnet. Die mk-power berechnet Privatkunden einen Preis von 19,9 ct/kWh elektrischer Energie und eine monatliche

Grundgebühr von 6,99 Euro inkl. Umsatzsteuer. Gewerbliche Kunden zahlen 19.5 ct/kWh elektrischer Energie und eine monatliche Grundgebühr von 7,99 Euro. Eine abrechnungsrelevante Messung von Licht, Kraft, Wärme oder Kälte erfolgt nicht. Die mk-power lässt sich im Rahmen dieser Verträge durch ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen die „Anlagen zur Erzeugung von Nutzenergie“ – also beispielsweise Leuchtmittel, Kühlschränke, Küchengeräte, Unterhaltungselektronik oder Computer, sowie „das Verbrauchsnetz des Kunden“ – also typischerweise die elektrische Verkabelung innerhalb des Hauses bzw. der Wohnung einschließlich von Schaltern und Steckdosen – beistellen. Laut Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist zur Vertragserfüllung eine „völlige Überlassung der Nutzung, insbesondere Steuerung etc., der Anlagen“ in „alleiniger Verantwortung (Betriebsführung)“ der mk-power erforderlich. Praktisch erfolgt die „Steuerung“ der Anlagen – also beispielsweise das Betätigen eines Lichtschalters – weiterhin durch den Kunden. Das Risiko des Anlagenbetriebs verbleibt laut Allgemeinen Geschäftsbedingungen beim Kunden. Er verpflichtet sich, weiterhin die Kosten für Instandhaltung und Betrieb zu übernehmen. mk-power zahlt dem Kunden 1 ct/kWh für die Nutzung des „Verbrauchsnetzes“, stellt ihm aber zugleich mindestens 1 ct/kWh für „Energiedienstleistungen“ in Rechnung.

Wörtlich heißt es in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Stand 20.01.2012) auszugsweise:

„Präambel

Ziel dieses Vertrages stellt die Reduzierung bzw. Optimierung des Energieverbrauches durch Energieeffizienzmaßnahmen, die Beschaffung der hierfür notwendigen Transparenz sowie die Belieferung mit Nutzenergie dar. Der Kunde betreibt in seiner Immobilie Licht- bzw. Beleuchtungs-, Kraft-, Wärme- und Kälteanlagen und das notwendige Verbrauchsnetz.

Die Vertragsparteien kommen überein, dass diese Anlagen inklusive des Netzes für die Herstellung und die Versorgung mit der von Care-Energy mk-power Ihr Energiedienstleister GmbH & Co.KG nach diesem Vertrag geschuldeten Leistung genutzt werden sollen.

[...]

1. Vertragsgegenstand

1.1. Care-Energy mk-power Ihr Energiedienstleister GmbH & Co.KG wird den Kunden nach Maßgabe dieses Vertrages mit Licht, Kraft, Wärme und Kälte, nachfolgend insgesamt als Nutzenergie bezeichnet, versorgen. Lieferbeginn ist der erste Tag des Folgemonats, in welchem der Vertrag rechtswirksam unterschrieben wird.

1.2. Der Kunde verpflichtet sich für die Dauer dieses Vertrages seinen Nutzenergiebedarf ausschließlich aus den von Care-Energy mk-power Ihr Energiedienstleister GmbH & Co.KG bereitgestellten Nutzenergien zu decken.

1.3. Zur Erfüllung der Versorgungsverpflichtung kommen die Vertragsparteien überein, dass die Anlagen zur Erzeugung von Nutzenergie sowie das Verbrauchsnetz des Kunden entgeltlich Care-Energy mk-power Ihr Energiedienstleister GmbH & Co.KG 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.

1.4. Der Umfang der Nutzenergieversorgung, die Care-Energy mk-power Ihr Energiedienstleister GmbH & Co.KG dem Kunden schuldet, ist durch die

Leistungsfähigkeit der Anlagen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses beschränkt. Der Kunde bestätigt, dass diese seinen Anforderungen genügen.

1.5. Die Beistellung der Anlagen erfolgt aus dem laufenden Betrieb heraus. Über den Zustand der Anlagen zum Zeitpunkt des Vertragsbeginns erstellt der Kunde zeitnah ein Statusprotokoll, das Vertragsbestandteil wird. Mindestinhalt dieses Statusprotokolls ist die Aufnahme der technischen Geräte, der technischen Daten und aller Zählerstände.

2. Liefer- und Leistungsumfang

2.1. Betrieb

2.1.1. Care-Energy mk-power Ihr Energiedienstleister GmbH & Co.KG weist darauf hin, dass zur Vertragserfüllung eine völlige Überlassung der Nutzung, insbesondere der Steuerung etc., der Anlagen in deren alleiniger Verantwortung (Betriebsführung) erforderlich ist. Das Risiko der Anlagenbetriebsführung verbleibt beim Kunden, d.h. er wird weiterhin die Kosten für die Wartung und Reparaturen übernehmen.

Care-Energy mk-power Ihr Energiedienstleister GmbH & Co.KG stellt dem Kunden bei Bedarf einen technischen Kundendienst zur Verfügung, welcher für die Störungsbehebung verantwortlich ist. Ebenso stellt Care-Energy mk-power Ihr Energiedienstleister GmbH & Co.KG eine 24-Stunden besetzte Störmeldezentrale zur Verfügung, in welche der Kunde anfallende Störungen melden kann. Die Leistung von Care-Energy mk-power Ihr Energiedienstleister GmbH & Co.KG in Sachen Störungsbehebung geht von Reparatur, Neuinstallation und Inbetriebnahme/Montage bis hin zur Neugerätebeschaffung, so dies der Kunde wünschen sollte.

2.1.2 Aufgabe des Kunden ist es, die Anlagen auf dem anerkannten Stand der Technik funktionstüchtig zu halten. Selbstverständlich muss der jederzeitige Zugang zu den Herstellungs- und Versorgungsanlagen und allen hierfür maßgeblichen Örtlichkeiten für das von Care-Energy mk-power Ihr Energiedienstleister GmbH & Co.KG eingesetzte Personal gewährleistet sein.

Der Kunde sichert zu, Care-Energy mk-power Ihr Energiedienstleister GmbH & Co.KG den jederzeitigen Zugang zu ermöglichen.

2.2. Übernahme des Effizienzrisikos

Care-Energy mk-power Ihr Energiedienstleister GmbH & Co.KG trägt das Effizienzrisiko bei der Umwandlung von Primärenergie in Nutzenergie. Hierzu werden die eingesetzten Primär- und Sekundärenergien, aber auch die effektiv erzeugte Nutzenergie möglichst zentral in geeigneter Form erfasst und durch Care-Energy mk-power Ihr Energiedienstleister GmbH & Co.KG statistisch ausgewertet.

[...]

4. Entgelt sowie Zahlungsweise

Care-Energy mk-power Ihr Energiedienstleister GmbH & Co.KG, oder deren Durchführungsgehilfe/n stellen dem Kunden für die Nutzenergie ab dem Lieferbeginn folgende Preise in Rechnung:

4.1. Energiedienstleistung

4.1.1 Standardpaket EDL

Nutzenergielieferung plus die oben näher beschrieben Leistungen, jedoch exkl. Arbeit- und Materialaufwand, welcher gesondert angeboten und verrechnet wird. Der Kunde ist angehalten sich im Bedarfsfalle an die mk-power Ihr Energiedienstleister GmbH & Co.KG zu wenden. Für dieses Standardpaket EDL, beträgt der Preis 1 Cent pro kWh elektrischer Energie.

4.1.2 Effizienzpaket EDL

Wie Punkt 4.1.1, jedoch erweitert um die Dienstleistungen Energieeffizienzberatung, Energiecontrolling, welche im Preis inkludiert sind. Für dieses Effizienzpaket EDL, beträgt der Preis 3 Cent pro kWh elektrischer Energie.

4.1.3 Komfortpaket EDL

Wie Punkt 4.1.1 und 4.1.2, jedoch erweitert um die Übernahme sämtlicher daraus resultierenden Kosten aus Arbeitsaufwand seitens mk-power Ihr Energiedienstleister GmbH & Co.KG bzw. deren Erfüllungsgehilfen. Für dieses Komfortpaket EDL, beträgt der Preis 6 Cent pro kWh elektrischer Energie.

[...]

4.3. Abrechnung

4.3.1 Die Energieverbrauchsabrechnung wird jeweils nach Übermittlung der Verbrauchsdaten vom zuständigen regionalen Netzbetrieb sowie unter Berücksichtigung der geleisteten Abschlagszahlung und der tatsächlich verbrauchten Energie erstellt. Unterzahlung und Überzahlung wird mit der Energieverbrauchsabrechnung verrechnet.

[...]“

Die mk-power lässt nach eigenen Angaben die Anlagen der Kunden durch ihre Konzernschwester mk-grid – Ihr Netzbetrieb GmbH & Co. KG betreiben. Wenn ein Kunde sich für das Angebot der Betroffenen entscheidet, meldet diese den Kunden bei dem bisherigen Energieversorger ab und die Care-Energy mk-grid – Ihr Netzbetrieb GmbH & Co. KG als neue Kundin und Anschlussnutzerin an.

Mit Wirkung zum 20.5.2013 änderte die mk-power die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dabei ergaben sich in den vorstehend zitierten Klauseln folgende Änderungen:

Im Punkt 1.2 wurde folgender Absatz angefügt:

„Der dafür notwendige Zukauf von Primär- und Sekundärenergieträgern, wie Strom, öl, Gas, Holz oder sonstige Energieträger ist nicht an diesen Energiedienstleistungsvertrag gebunden, sondern bedarf einer gesonderten Angebotserstellung und Beauftragung.“

Der Punkte 4.1.1 lauten nunmehr:

„4.1.1 Standardpaket EDL

Nutzenergielieferung plus die oben näher beschriebenen Leistungen, jedoch exkl. Arbeit- und Materialaufwand, welcher gesondert angeboten und verrechnet wird. Der Kunde kann sich im Bedarfsfalle an die mk-power Ihr Energiedienstleister GmbH & Co.KG zu wenden, ist jedoch berechtigt, jede Firma seiner Wahl zu beauftragen. Für dieses Standardpaket EDL, beträgt der Preis 1 Cent pro kWh elektrischer Energie.“

Ferner fügte die mk-power unter „3. Energiecontrolling“ unter anderem folgenden Satz in ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen ein:

„Die vorhandenen Mess- und Zähleinrichtungen wie Strom, Gas- und Wasserzähler bleiben in jedem Fall unverändert in Betrieb und auf den Namen des Kunden gemeldet. Somit verbleibt der Zählpunkt beim Kunden, um einen liberalen Lieferantenwechsel und die Sicherheit der gesetzlich regulierten Ersatzversorgung zu garantieren.“

Die mk-power bietet Verträge auf Grundlage der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bundesweit auch Haushaltskunden i. S. d. § 3 Nr. 22 EnWG an.

Die mk-power zeigte die Aufnahme der Belieferung von Haushaltskunden bei der Bundesnetzagentur nicht an.

Die Bundesnetzagentur leitete mit Schreiben vom 22.03.2012 gegenüber der mk-power ein Ordnungswidrigkeitenverfahren nach § 55 OWiG aufgrund einer vermuteten Zuwiderhandlung gem. § 95 Abs. 1 Nr. 2 EnWG ein. Die mk-power zeigte auch daraufhin nicht die Aufnahme der Belieferung von Haushaltskunden an.

Mit Schreiben vom 10.04.2012 beantragte die mk-power Akteneinsicht, welche ihr mit Schreiben der Bundesnetzagentur vom 13.04.2012 gewährt wurde.

Die mk-power erklärte in ihrer Stellungnahme vom 31.05.2012, eine Anzeigepflicht bestehe für sie nicht. Sie sei kein Energieversorgungsunternehmen, sondern lediglich ein Energiedienstleister und Contractor. Sie biete keine Belieferung mit Strom oder Gas an, sondern versorge ihre Kunden allein mit Nutzenergie. Dazu würde sie jeweils geeignete Primärenergie einsetzen und diese von der Care-Energy mk-grid – Ihr Netzbetrieb GmbH & Co. KG in Nutzenergie umwandeln lassen.

Auf ihrer Internet-Homepage (www.care-energy.de) veröffentlichte die Unternehmensgruppe des Betroffenen, zum Stichtag 26.04.2013 insgesamt 231.142 „zufriedene Kunden“ versorgt zu haben.

2. Mit Schreiben vom 26.04.2013, förmlich zugestellt am 29.04.2013, wurde dem Betroffenen persönlich Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Vorwürfen gegeben, unter Fristsetzung bis zum 27.05.2013. Eine inhaltliche Stellungnahme des Betroffenen erfolgte in dieser Frist nicht. Über seinen Verteidiger ließ der Betroffene mit einem auf den 24.05.2013 datierten Schreiben, bei der Bundesnetzagentur per Vorab-Fax am 28.05.2013 eingegangen, mitteilen, dass er Akteneinsicht und Fristverlängerung um mindestens drei Wochen ab Möglichkeit zur Akteneinsicht beantrage.

II. Rechtliche Würdigung

1. Allgemeine Verfahrensvoraussetzungen

Die Bundesnetzagentur ist nach §§ 95 Abs. 5, 54 EnWG in Verbindung mit § 36 Abs. 1 Nr. 1 OWiG die zuständige Behörde zur Durchführung von Ordnungswidrigkeitenverfahren wegen Verstößen gegen Vorschriften des EnWG.

Mit Schreiben vom 22.03.2012 wurde die mk-power zu dem Vorwurf angehört. Mit Schreiben vom 26.04.2013, förmlich zugestellt am 29.04.2013, wurde der Betroffene zu dem Vorwurf angehört.

Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde abgesehen.

2. Zum Vorwurf der unterlassenen Anzeige nach § 5 EnWG

Der Betroffene hat entgegen § 5 Satz 1 EnWG eine Anzeige nicht erstattet.

(1) Gemäß § 5 Satz 1 EnWG muss ein Energieversorgungsunternehmen, das Haushaltskunden mit Energie beliefert, die Aufnahme und Beendigung der Tätigkeit anzeigen. Die Anzeigepflicht entsteht mit der Aufnahme der Tätigkeit als Energielieferant. Spätester Zeitpunkt für die Anzeige ist der Lieferbeginn. Der Begriff der Belieferung mit Energie umfasst die gesamte leitungsgebundene Versorgung von Kunden im Sinne des § 3 Nr. 24 EnWG mit Elektrizität oder Gas.

(2) Der Betroffene hat die Aufnahme der Belieferung von Haushaltskunden mit Energie durch die mk-power der Bundesnetzagentur nicht angezeigt, obwohl die mk-power aufgrund schuldrechtlicher Vereinbarungen Haushaltskunden mit Energie beliefert.

Bei der mk-power handelt es sich um ein Energieversorgungsunternehmen im Sinne des § 3 Nr. 18 EnWG, das Letztverbraucher mit Energie beliefert.

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).

Die mk-power beliefert nach Ziff. 1.1. ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen ihre Kunden mit Elektrizität zur leitungsgebundenen Energieversorgung. Zwar bezeichnet sie die von ihr zu liefernde Energie als „Nutzenergie“, die sich aus Licht, Kraft, Wärme und Kälte zusammensetzt. Diese Bezeichnung des Vertragsgegenstands in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Betroffenen entspricht jedoch nicht dem eigentlichen Vertragsgegenstand und der gelebten Praxis der mk-power. Vielmehr stellen die Lieferverträge, die die mk-power unter Verwendung ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Fassung vom 20.1.2012 oder vom 20.5.2013 schließt, Stromlieferverträge dar.

Dies folgt bereits daraus, dass die mk-power ihren Kunden elektrische Energie in Rechnung stellt. Die Abrechnung erfolgt dementsprechend auf Grundlage der am Stromzähler erfolgten Messung von verbrauchter elektrischer Energie. Eine abrechnungsrelevante Messung der „Nutzenergie“ erfolgt nicht. Dies entspricht den gebräuchlichen Abrechnungsmodalitäten eines Stromlieferanten.

Der Kunde bezieht die elektrische Energie weiterhin mit Hilfe der dafür in seinem Gebäude oder Wohnung installierten Anlagen und nutzt die elektrische Energie unmittelbar zum Betrieb elektrischer Geräte. Zwar sehen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der mk-power in

Ziff. 1.3. vor, „dass die Anlagen zur Erzeugung von Nutzenergie sowie das Verbrauchsnetz des Kunden entgeltlich Care-Energy mk-power Ihr Energiedienstleister GmbH & Co. KG beigestellt werden“; das Eigentum verbleibt beim Kunden. Dies führt aber nicht dazu, dass die mk-power keine Stromlieferantin ist. Denn durch die „Beistellung“ ändern sich die tatsächlichen und ökonomischen Bedingungen der Elektrizitätsversorgung der betroffenen Kunden nicht.

Auch die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Ziff. 2.2.1. vorgesehene, „völlige Überlassung der Nutzung, insbesondere der Steuerung etc., der Anlagen in deren [Care-Energy mk-power Ihr Energiedienstleister GmbH & Co. KG] alleiniger Verantwortung“ führt zu keiner anderen Bewertung. Es kann offenbleiben, ob eine tatsächliche Steuerung der Anlagen durch die mk-power ihre Eigenschaft als Energielieferantin entfallen ließe. Denn tatsächlich hat diese Klausel erkennbar keine praktischen Konsequenzen. Vielmehr erfolgt die „Steuerung“ der „Anlagen zur Erzeugung von Nutzenergie“ – also beispielsweise das Betätigen eines Lichtschalters, das Einschalten der Mikrowelle oder das Umschalten eines Fernsehers – weiterhin durch die Kunden. Hinzu kommt, dass üblicherweise nicht alle elektrischen Verbrauchsgeräte darauf gerichtet sind, „Nutzenergie“ – also Licht, Kraft, Wärme oder Kälte – zu erzeugen. So erzeugen beispielsweise Computer in erster Linie Rechenleistung, die aber nicht zu den Vertragsgegenständen zählen.

Außerdem verbleibt nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Ziff. 2.1.1. „das Risiko der Anlagenbetreuung [...] beim Kunden, d. h. er wird weiterhin die Kosten für die Wartung und Reparaturen übernehmen“. Ferner ist es nach Ziff. 2.1.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen „Aufgabe des Kunden [...], die Anlagen auf dem anerkannten Stand der Technik funktionstüchtig zu halten.“ Der „Betrieb“ der Anlagen durch die mk-power bzw. durch ein mit ihr verbundenen Unternehmens beschränkt sich letztlich auf die Bereitstellung eines kostenpflichtigen Kundendienstes, einer „Störmeldezentrale“ und kostenpflichtiger Störungsbehebung, „so dies der Kunde wünschen sollte“ (Ziff. 2.1.1. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen).

Auch die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Ziff. 2.2. behauptete „Übernahme des Effizienzrisikos“ bestätigt die Feststellung, dass die mk-power als Energielieferantin tätig ist. Denn praktisch trägt nicht die mk-power das „Effizienzrisiko“, sondern allein der Kunde. Der Kunde hat zu entscheiden, ob er durch die Anschaffung effizienter Verbrauchsgeräte (beispielsweise LED-Leuchtmittel) seinen Verbrauch und damit seine Stromkosten senken möchte oder nicht. Das Vertragsverhältnis unterscheidet sich insoweit nicht von typischen Stromlieferverträgen. Die „Übernahme des Effizienzrisikos“ durch die mk-power beschränkt sich darauf, dass „die eingesetzten Primär- und Sekundärenergien, aber auch die effektiv erzeugte Nutzenergie möglichst zentral in geeigneter Form erfasst und durch Care-Energy mk-power Ihr Energiedienstleister GmbH & Co. KG statistisch ausgewertet“ wird (Ziff. 2.2. der Allgemeinen

Geschäftsbedingungen). Eine tatsächliche Übernahme von wirtschaftlichem oder technischem Risiko erfolgt dagegen nicht.

Vor diesem Hintergrund mag die Behauptung der mk-power, sie sei ein Energiedienstleister und Energiecontractor, nichts zu ändern. Denn jedenfalls ist die mk-power in den vorstehend beschriebenen Vertragsverhältnissen auch Stromlieferantin. Ob sie daneben oder zugleich auch die Tätigkeit der Energiedienstleistung oder des Energiecontractings wahrnimmt, ist für die Anzeigepflicht nach § 5 Satz 1 EnWG unerheblich. Im Übrigen unterscheidet sich die mk-power auch insofern nicht von typischen Stromlieferanten, die auch häufig zusätzlich Energiedienstleistungen anbieten.

Hinzu kommt, dass erklärter Geschäftszweck der mk-power auch die „Besorgung von attraktiven Angeboten rund um Strom und Gas“ ist, also keineswegs die Versorgung mit „Nutzenergie“ im Fordergrund steht.

Insgesamt erwecken die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Betroffenen den Eindruck, dass sie durch die Vorspiegelung eines reinen Contractingvertrags versucht, sich ihrer rechtlichen Verpflichtungen als Energielieferantin zu entziehen.

Die vorgenannten – die mk-power betreffenden – besonderen persönlichen Merkmale sind gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 und 3 OWiG auch auf den Betroffenen als Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der mk-power anzuwenden.

(3) Der Betroffene handelte hinsichtlich der unterlassenen Anzeige nach § 5 Satz 1 EnWG zumindest fahrlässig im Sinne des § 95 Abs. 1 EnWG. Fahrlässig handelt, wer die Sorgfalt, zu der er nach den Umständen und seinen persönlichen Fähigkeiten verpflichtet und imstande ist, außer Acht lässt. Der Betroffene hat diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen, die an einen für das zur Anzeige nach § 5 Satz 1 EnWG verpflichtete Unternehmen handelnden Geschäftsführer objektiv zu stellen ist, in dessen Pflichtenkreis die Erfüllung der Anzeigepflichten fällt. Jedenfalls aus Unachtsamkeit hat er die Aufnahme der Energiebelieferung nicht angezeigt.

Dem Betroffenen sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der mk-power bekannt. Ihm ist ebenfalls bekannt oder hätte unter Beachtung der notwendigen Sorgfalt bekannt sein können, dass die unter Verwendung dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen geschlossenen Verträge in der Sache Energielieferverträge darstellen. Spätestens durch die Anhörungsschreiben der Bundesnetzagentur vom 22.03.2012 wurde der Betroffene darauf hingewiesen, dass die mk-power Energie an Haushaltskunden liefert und die unterlassene Anzeige nach § 5 Satz 1 EnWG eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 EnWG darstellt. Es wurde mitgeteilt, dass wegen dieser Zuwiderhandlung die Beschlusskammer ein Bußgeldverfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten eingeleitet hat. Dennoch blieb der Betroffene untätig und prüfte die Einhaltung des § 5 Satz 1 EnWG offenbar nicht. Die bloße Lektüre der Norm hätte bereits genügt, um sich der entsprechenden Verpflichtung bewusst zu werden.

Auch eine gegebenenfalls vorliegende Unkenntnis der bestehenden Verpflichtung steht der Vorwerfbarkeit seines Handelns nicht entgegen. Eine solche stellt einen vermeidbaren Irrtum dar, der gemäß § 11 Abs. 2 OWiG die Vorwerfbarkeit nicht entfallen lässt. Der Betroffene hätte erkennen können, dass die Aufnahme der Energiebelieferung nach § 5 Satz 1 EnWG anzeigepflichtig ist. Spätestens mit dem Anhörungsschreiben der Bundesnetzagentur vom 22.03.2012 musste der Betroffene auch erkennen, dass die mk-power Energie liefert.

3. Bußgeldbemessung

3.1. Bußgeldrahmen

Dieser fahrlässige Verstoß des Betroffenen gegen die Anzeigepflicht aus § 5 Satz 1 EnWG kann als Ordnungswidrigkeit gemäß § 95 Abs. 2 Satz 1 EnWG in Verbindung mit § 17 Abs. 2 OWiG mit einem Bußgeld bis zu einer Höhe von 50.000 Euro geahndet werden.

3.2. Bußgeldbemessung im Einzelnen

Für die unterlassene Anzeige der Energiebelieferung ist ein Bußgeld in Höhe von 40.000 Euro angemessen. Bei der Bemessung dieses Bußgeldes wurde zugunsten des Betroffenen berücksichtigt, dass von einer fahrlässigen Tat auszugehen ist. Zum Nachteil des Betroffenen musste aber der Umstand einbezogen werden, dass die mk-power bereits über einen längeren Zeitraum von über einem Jahr und bundesweit die Belieferung mit Energie auf dem Markt anbietet und auch in erheblichem Umfang durchführt.

Die Geldbuße wird schließlich auch für ausreichend gehalten, zukünftig ein pflichtgemäßes Verhalten der Betroffenen sicherzustellen.

4. Verfahrenskosten, Gebühren und Auslagen

Die Kostenpflicht beruht auf den §§ 105 ff. OWiG in Verbindung mit §§ 464 Abs. 1 und 2, 464a, 465, 472b Abs. 2 StPO.

Rechtsbehelfsbelehrung

Dieser Bußgeldbescheid wird rechtskräftig und vollstreckbar, wenn kein Einspruch eingelegt wird. Der Einspruch kann innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung dieses Bußgeldbescheides schriftlich oder zur Niederschrift bei der Bundesnetzagentur, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn eingelegt werden (§ 67 OWiG).

Die Frist ist nur dann gewahrt, wenn der Einspruch vor Fristablauf bei der Bundesnetzagentur eingeht. Die Erklärung muss in deutscher Sprache abgefasst sein.

Ist der Einspruch zulässig, so prüft die Bundesnetzagentur, ob sie den Bußgeldbescheid aufrechterhält oder zurücknimmt. Zu diesem Zweck kann sie weitere Ermittlungen anstellen oder sie anordnen (§ 69 Abs. 2 OWiG). Im Rahmen der Prüfung des Einspruchs kann auch eine für die Nebenbetroffene nachteiligere Entscheidung getroffen werden.

Hält die Bundesnetzagentur den Bußgeldbescheid aufrecht, entscheidet das Oberlandesgericht Düsseldorf (Hausanschrift: Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf) über den Einspruch aufgrund einer Hauptverhandlung, ohne dabei an die im Bußgeldbescheid festgesetzte Höhe der Geldbuße gebunden zu sein. In diesem Falle kann das Gericht auch eine höhere Geldbuße festsetzen, wenn ihm dies nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung angemessen erscheint (§§ 71 OWiG, 411 Abs. 4 StPO; § 98 EnWG).

Das Gericht kann auch ohne Hauptverhandlung durch Beschluss entscheiden, wenn weder der Betroffene noch die Staatsanwaltschaft diesem Verfahren widersprechen. In diesem Fall darf das Gericht von der im Bußgeldbescheid getroffenen Entscheidung nicht zum Nachteil des Betroffenen abweichen (§ 72 OWiG).

Matthias Otte
Vorsitzender

Andreas Faxel
Beisitzer

Jens Lück
Beisitzer