



- Beschlusskammer 6 -

Beschluss

Az: BK6-07-008

In dem Verwaltungsverfahren

wegen der Untersagung der Energiebelieferung gemäß § 5 Satz 4 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)

der

ASCARD GmbH, Weinteichstraße 5, 04416 Markkleeberg, gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer Norbert Krohn, ebenda

– Betroffene –

hat die Beschlusskammer 6 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch ihren Vorsitzenden Achim Zerres,
ihre Beisitzerin Dr. Kathrin Thomaschki,
und ihre Beisitzerin Armasari Soetarto

am 26.06.2007 beschlossen:

1. Der Betroffenen wird die Ausübung ihrer geschäftlichen Tätigkeit insofern untersagt, soweit sich diese auf die Weiterbelieferung von Haushalts-Bestandskunden sowie die Gewinnung neuer Haushaltskunden im Sinne von § 3 Nr. 22 EnWG bezieht.

Der Betroffenen werden durch diese Untersagung insbesondere der zukünftige Abschluss von Stromlieferungsverträgen mit Haushaltskunden sowie jegliche Form von Werbe- und Vertriebsmaßnahmen untersagt, welche von der Betroffenen im Rahmen ihres haushaltskundenbezogenen Stromvertriebs bereits veranlasst worden oder welche für die Zukunft beabsichtigt sind.

2. Der Betroffenen wird ferner aufgegeben, die Gewinnung neuer Haushaltskunden über ihre Internetseiten www.pennystrom.de und www.ascard.net einzustellen und die entsprechenden Online-Auftritte insoweit zu löschen.

3. Der Betroffenen wird für den Fall, dass diese binnen einer Frist von zwei Wochen den unter Ziffern 1 und 2 tenorierten Verpflichtungen nicht nachkommt, bereits jetzt ein Zwangsgeld in Höhe von 50 000 EUR angedroht.

Gründe

I.

Die Betroffene betreibt unter der Firmierung „ASCARD GmbH“ seit Mitte 2002 ihren Geschäftsbetrieb am Gesellschaftssitz in 04416 Markkleeberg. Die Gesellschaft ist unter der Firmennummer HRB 19014 in das Handelsregister beim Amtsgericht Leipzig eingetragen. Alleiniger Geschäftsführer der Betroffenen ist Herr Rechtsanwalt Norbert Krohn. Der Unternehmensgegenstand der Betroffenen bezieht sich unter Bezugnahme auf den Handelsregisterauszug „auf die Herstellung und den Vertrieb von Stromerzeugungsanlagen sowie die Produktion und den Handel mit elektrischer Energie einschließlich aller damit zusammenhängender Geschäfte“.

1.

Die Betroffene erläutert und bewirbt das von ihr betriebene Geschäftsmodell auf Ihren Internetseiten www.ascard.net sowie www.pennystrom.de teilweise sehr umfangreich, lässt jedoch in erheblichem Umfang eine Nachvollziehbarkeit der Darstellungen vermissen. Auch die gegenüber der Bundesnetzagentur unternommenen Erklärungsversuche konnten nicht abschließend zu einer konturenscharfen Einordnung und Verständlichkeit des Geschäftsmodells der Betroffenen beitragen.

Grundlegend lässt sich das Geschäftsmodell der Betroffenen nach deren Darstellung einerseits in das Geschäftsfeld „Anlagenentwicklung und Anlagenbetrieb im Zusammenhang mit einer dezentralen Stromerzeugung“ sowie andererseits in den Direktvertrieb des in den dezentralen Anlagen produzierten Stroms einteilen.

Unter der Bezeichnung „ASCARD-Direktstrom-Konzept (ADK)“ gibt die Betroffene vor, so genannte „Direktstromanlagen“ für Liegenschaftseigentümer (z.B.: verbrauchsintensive Unternehmen, Kommunen, Verbundunternehmen sowie Privatabnehmer) zu planen, zu errichten und zu betreiben, mittels derer eine dezentrale Stromversorgung ohne Nutzung fremder Elektrizitätsnetze gewährleistet werden solle¹. Die von der Betroffenen entwickelte und von ihr als „zukunftsweisend“ bezeichnete Anlagentechnik, mit der bis zu 17.500 MWh/a produziert werden könnten, weise vielfache Vorteile im Vergleich zum konventionellen Betrieb von Kraftwerken auf². Da die dezentrale Stromerzeugung ohne die Verbrennung fossiler Energieträger erfolge und stattdessen „zum Antrieb der Generatoren auf die Nutzung der so genannten Luftstrahltechnik“ als regenerative Energiequelle zurückgegriffen werden könne, lasse sich durch das Geschäftsmodell eine besonders umweltfreundliche Stromerzeugung mit „NULL Emissionsbilanz“ verwirklichen³.

Überdies entfalte das Konzept auch aus betriebswirtschaftlicher Sicht seinen besonderen Nutzen. Mit der in der Anschaffung „vergleichsweise günstigen Direktstromanlage“ ließen sich die für die Nutzung fremder Netze ansonsten anfallenden Netznutzungsentgelte einsparen⁴. Darüber hinaus führe die Anwendung „neuester Anlagentechnik mit ihrem besonders hohen Wirkungsgrad“ dazu, dass der Aufwand für den Betrieb der dezentralen Stromerzeugungsanlage reduziert werden könne⁵.

Nach der Darstellung der Betroffenen böte ihr Geschäftsmodell im Ergebnis die „einmalige Chance“ zur Realisierung einer umweltfreundlichen und zugleich preisgünstigen Energieversorgung.

Neben der Planung, Herstellung und dem Betrieb dezentraler Stromerzeugungsanlagen im oben beschriebenen Sinne sieht die Betroffene ihr geschäftliches Betätigungsfeld auch darin, den in den dezentralen Anlagen produzierten überschüssigen Strom, der von den Direktabnehmern nicht verbraucht würde, im „Nebengeschäft“ an Drittkunden zu verkaufen.

¹ Vgl. http://49base01.com/ascardgroup/alpha_index.php?PHPSESSID=116fd0ba3d7e86223e7beb190d802d2e&link=100.

² Vgl. http://49base01.com/ascardgroup/alpha_index.php?PHPSESSID=df094796e9c0806cb45afd740c4c3b69&link=440.

³ Vgl. http://49base01.com/ascardgroup/alpha_index.php?PHPSESSID=116fd0ba3d7e86223e7beb190d802d2e&link=100.

Diesen zweiten Geschäftszweig bewarb die Betroffene seit Anfang 2006 auf der von ihr betriebenen Internetseite www.pennystrom.de intensiv⁶. Neben allgemeinen Informationen nutzte sie dieses Medium gleichfalls als Vertriebsweg, indem sie Sondervertragskunden und insbesondere Haushaltskunden im Sinne von § 3 Nr. 22 EnWG den Abschluss von Lieferungsverträgen mit Laufzeiten zwischen 12 Monaten und 8 Jahren antrug. Nach Vorstellung der Betroffenen sollte der Preis für „Privatkunden“ je nach Belieferungszeitraum und abgenommener Strommenge bei gleichzeitiger „Strompreis- und teilweise Bestpreisgarantie“ je kWh zwischen 18 und 12 Cent liegen⁷.

Seit Ende Februar 2007 sind die auf der Startseite des Internetauftritts www.pennystrom.de aufgeführten vier Energiepakete für Privatkunden mit dem Schriftzug „Ausverkauft“ versehen. Alle Pakete sind jedoch weiterhin sichtbar ausführlich mit grundlegenden Vertragsbedingungen (Laufzeit, Liefermenge, Grundgebühr, Incentives) und Preisen je Kilowattstunde erläutert, jedoch nicht mehr mit einem weiterführenden Link versehen⁸.

2.

Der Grad der Umsetzung des „ASCARD-Direktstrom-Konzepts (ADK)“ wird von der Betroffenen in einem an die Bundesnetzagentur gerichteten Schreiben vom 10. November 2006 wie folgt beschrieben:

Die auf der Internetseite www.ascard.net erläuterte „Direktstromanlage“ sei bislang noch nicht im Kundenbetrieb umgesetzt worden. Zwar verfüge die Betroffene über ein solches dezentrales „Kraftwerk“, die tatsächliche Inbetriebnahme sei jedoch bis zum Abschluss des Verfahrens vor der Bundesnetzagentur zunächst verschoben worden. Hinsichtlich des Vertriebs des Stroms aus den Direktstromanlagen gibt die Betroffene zugleich an, dass sie bereits Stromlieferungsverträge abgeschlossen habe. Trotz der bisher noch ausstehenden Inbetriebnahme der Direktstromanlagen sieht die Betroffene jedoch keine Notwendigkeit, Strombezugsverträge mit Dritten sowie Netznutzungsverträge mit Netzbetreibern abzuschließen.

⁴ Vgl. http://49base01.com/ascardgroup/alpha_index.php?PHPSESSID=7ce177422ebd58ad205bc7b48dd212a1&link=900.

⁵ Vgl. http://49base01.com/ascardgroup/alpha_index.php?PHPSESSID=116fd0ba3d7e86223e7beb190d802d2e&link=100.

⁶ Vgl. http://www.pennystrom.de/start_penny2007.php?tsid=4a9b3c83740260aec02bc709f220da80_1178284987&link=101.

⁷ Vgl. http://www.pennystrom.de/start_penny2007.php?tsid=17d7c9cd9279dedb281a5a42d7c7495c_1178190450&link=151.

⁸ Vgl. http://www.pennystrom.de/start_penny2007.php?tsid=4a9b3c83740260aec02bc709f220da80_1178284987&link=101.

3.

Die Bundesnetzagentur wurde erstmals im Sommer 2006 durch Pressemitteilungen auf die Betroffene und ihr Geschäftsmodell aufmerksam. Die ersten Überprüfungen ergaben, dass die Betroffene den von ihr seit Anfang 2006 auf der Internetseite www.pennystrom.de beworbenen Stromvertrieb, der überwiegend auf den Abschluss von Lieferverträgen mit Haushaltskunden abzielte, der Bundesnetzagentur gegenüber nicht anzeigt hatte, obwohl sie nach § 5 Satz 1 EnWG hierzu verpflichtet gewesen wäre.

Mit Schreiben vom 02. August 2006 wurde der Geschäftsführer der Betroffenen daher auf die sich aus § 5 Satz 1 EnWG ergebende Anzeigepflicht hingewiesen und zur Vornahme derselben unter Darlegung der personellen, technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie der Zuverlässigkeit der Geschäftsleitung bis zum 21. August 2006 aufgefordert.

Diese Frist ließ die Betroffene fruchtlos verstreichen. Erst nach abermaliger Aufforderung durch die Bundesnetzagentur meldete sich der Geschäftsführer der Betroffenen und teilte fernmündlich mit, dass die Betroffene die Strombelieferung von Letztverbrauchern faktisch noch nicht aufgenommen habe. Im nachfolgenden E-Mail-Schriftverkehr vom 30. August 2006 wurde seitens der Bundesnetzagentur klar gestellt, dass nicht erst der Beginn der physischen Strombelieferung, sondern schon die beabsichtigte Belieferung die Anzeigepflicht nach § 5 Satz 1 EnWG begründe. Ein solcher Belieferungswille manifestiere sich schon dadurch, dass die Betroffene auf ihrer Internetseite www.pennystrom.de gegenüber Haushaltskunden den Abschluss von Stromlieferungsverträgen offeriere.

Trotz gegenteiliger Ankündigung in der E-Mail vom 31. August 2006 ließ die Betroffene die von der Bundesnetzagentur gesetzte zweite Frist, bis spätestens zum 8. September 2006 die Anzeige nach § 5 EnWG zu übermitteln, abermals fruchtlos verstreichen. Vor diesem Hintergrund leitete die Beschlusskammer 6 mit Schreiben vom 08. September 2006 wegen unterlassener bzw. nicht rechtzeitiger Anzeige der Energiebelieferung ein Bußgeldverfahren nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 EnWG ein. Im Rahmen der in diesem Kontext erfolgten Anhörung teilte die Betroffene mit, dass eine Anzeige gegenüber der Bundesnetzagentur aufgrund der noch nicht tatsächlich aufgenommenen Strombelieferung an Haushaltskunden ihrer Auffassung nach nicht erforderlich gewesen sei.

Ungeachtet dessen ging am 13. September 2006 bei der Bundesnetzagentur schließlich die Anzeige der Betroffenen über die Belieferung von Haushaltskunden nach § 5 Satz 1 EnWG ein. Die Prüfung der Unterlagen offenbarte jedoch, dass die für die Darlegung der personellen, technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie der Zuverlässigkeit der Geschäftsleitung gemachten Angaben unvollständig und nicht ausreichend detailliert waren. So fehlte insbesondere der Jahresabschluss für das letzte abgeschlossene Geschäftsjahr und das nach § 30 Abs. 5 Bundeszentralregistergesetz für jedes Mitglied der Geschäftsführung dokumentierte Führungszeugnis des Geschäftsführers der Betroffenen.

Mit Schreiben vom 10. Oktober 2006 wurde die Betroffene seitens der Beschlusskammer 6 im Hinblick auf die Durchführung eines förmlichen Auskunftsverlangens nach § 69 EnWG angehört. Innerhalb des Anhörungsschreibens wurde der Betroffenen nochmals die Alternative der freiwilligen, bis zum 13. November 2006 zu erfüllenden Einreichung der noch fehlenden Unterlagen (unter anderem Vorlage des Jahresabschlusses für das letzte abgeschlossene Geschäftsjahr, Erläuterungen zum Geschäftsmodell, Angaben bezüglich der Anzahl der bereits abgeschlossenen Stromlieferverträge) aufgezeigt.

Mit Schreiben vom 10. November 2006 nahm die Betroffene zu den von der Bundesnetzagentur begehrten Auskünften Stellung. Die Betroffene teilte auf diesem Wege mit, dass sie bereits Energielieferverträge mit Letztverbrauchern abgeschlossen habe. Darüber hinaus erörterte die Betroffene ihr Geschäftsmodell, ohne jedoch ansatzweise die betriebswirtschaftlichen sowie insbesondere die technischen Grundlagen annähernd verständlich und nachvollziehbar darzulegen. Den Jahresabschluss für das letzte abgeschlossene Geschäftsjahr fügte die Betroffene abermals mit der Begründung nicht bei, dass sie aufgrund einer Vereinbarung mit dem Finanzamt derzeit keine Jahresabschlüsse anfertigen müsse. Eine entsprechende Vereinbarung als Nachweis legte die Betroffene dem Schreiben nicht bei.

Nach Auswertung aller Unterlagen leitete die Beschlusskammer 6 mit Anhörungsschreiben vom 13. Februar 2007 von Amts wegen das förmliche Untersagungsverfahren gegen die Betroffene nach § 5 Satz 4 EnWG ein. Hintergrund für diese Vorgehensweise war, dass aufgrund der ermittelten Sachlage erhebliche Zweifel an der technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Betroffenen bestehen und auch die Zuverlässigkeit ihrer Geschäftsleitung von der Betroffenen nicht hinreichend substantiiert dargelegt worden ist. Im Rahmen der Anhörung wurde der Betroffenen die mit diesem Beschluss angeordnete Untersagung sowohl in tatsächlicher als auch rechtlicher Hinsicht erläutert.

Mit Schreiben vom 21. Februar 2007 nahm die Betroffene ihre Anzeige zur Belieferung von Haushaltskunden „zurück“. Als Begründung für dieses Vorgehen gab die Betroffene an, dass sie aufgrund einer veränderten unternehmerischen Absicht nunmehr keine Strombelieferung von Haushaltskunden mehr vornehmen wolle. Gleichzeitig kündigte sie an, sämtliche Werbung und Angebote von ihrer Internetseite www.pennystrom.de entfernen zu wollen, ohne dass dieser Ankündigung Taten gefolgt wären. Vor dem Hintergrund dieser veränderten Geschäfts- und Vertriebsstrategie vertrat die Betroffene die Auffassung, dass der von der Beschlusskammer 6 angekündigte Untersagungsbeschluss nicht mehr geboten sei.

Hinsichtlich der weiteren Details wird auf die Verfahrensakte nebst der beiden Beiakten Bezug genommen.

II.

Gemäß § 54 Abs. 1 und 3 EnWG ist die Bundesnetzagentur zuständige Behörde für die Überwachung der Einhaltung der Vorschriften über die Anzeige der Energiebelieferung nach § 5 EnWG.

Die Bundesnetzagentur kann aufgrund von § 5 Satz 4 EnWG einem Energieversorgungsunternehmen, welches Haushaltskunden mit Energie beliefert, die Ausübung der Tätigkeit ganz oder teilweise untersagen, wenn die personelle, technische oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gewährleistet ist. Die genannten Voraussetzungen liegen im Falle der Betroffenen vor.

1.

Bei der Betroffenen handelt es sich um ein Energieversorgungsunternehmen, welches Haushaltskunden mit Energie beliefert.

Nach § 3 Nr. 18 EnWG ist Energieversorgungsunternehmen, wer als natürliche oder juristische Person Energie an andere liefert, ein Energieversorgungsnetz betreibt oder an einem Energieversorgungsnetz als Eigentümer Verfügungsbefugnis besitzt“. Der

Begriff der „Energie“ umfasst nach § 3 Nr. 14 EnWG Elektrizität und Gas im Rahmen leitungsgebundener Energieversorgung.

Eine Energiebelieferung liegt stets vor, wenn Strom oder Gas - ungeachtet eines vertraglichen Lieferverhältnisses – von einer natürlichen oder juristischen Person dem Kunden faktisch zum Verbrauch bereitgestellt wird. Daneben kommt über die tatsächliche Zurverfügungstellung hinaus auch normativ die Annahme einer Energiebelieferung im Sinne von § 3 Nr. 18 Var. 1 EnWG dann in Betracht, wenn das betreffende Unternehmen entsprechende Vorkehrungen getroffen hat, um als Energielieferant im Rechtsverkehr aufzutreten. Die zur Manifestation des Lieferungswillens erforderlichen Vorkehrungen bestehen insbesondere darin, dass entsprechende Vertriebsvorgänge, die auf den Abschluss von Energielieferungsverträgen gerichtet sind, vom betreffenden Unternehmen – für den Rechtsverkehr auch allgemein erkennbar – veranlasst worden sind⁹. Hat das betreffende Unternehmen hingegen die Aufnahme der Energiebelieferung lediglich unternehmensintern geplant oder vorbereitet, so scheidet es als Energielieferant im Sinne von § 3 Nr. 18 Var. 1 EnWG aus¹⁰.

Die Betroffene hat hier indes die Energiebelieferung nicht lediglich geplant oder gar nur vorbereitet. Vielmehr steht nach Inaugenscheinnahme der von der Betroffenen betriebenen Internetseiten www.ascard.net und insbesondere www.pennystrom.de fest, dass sie gemäß obigem Verständnis als Stromlieferant und somit als Energieversorgungsunternehmen im Sinne § 3 Nr. 18 EnWG im Rechtsverkehr auftritt. Die Betroffene vertreibt seit Anfang 2006 über ihren Online-Auftritt Strom an Sondervertrags- und vor allem Haushaltskunden. Diese Vertriebsaktivitäten haben ausweislich der Einlassung der Betroffenen dazu geführt, dass Haushaltskunden Stromlieferungsverträge mit ihr abgeschlossen haben. Allein aufgrund dieser vertraglichen Verpflichtungen ist die Betroffene bereits als Energieversorgungsunternehmen im Sinne von § 5 Satz 4 EnWG anzusehen.

2.

⁹ Im Ergebnis genauso *Salje*, Kommentar zum Energiewirtschaftsgesetz, Köln 2006, § 5, Rn. 6.

¹⁰ Vgl. *Salje*, aaO, § 3, Rn. 125.

Die von der Betroffenen unter ihrer Marke PENNYSTROM seit Anfang 2006 verfolgte Werbe- und Vertriebsstrategie zielt auch auf die Belieferung von Haushaltskunden ab. Der Begriff des Haushaltskunden ist in § 3 Nr. 22 EnWG legal definiert. Haushaltskunden sind demnach 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.

Die Betroffene bietet auf ihrer Internetseite www.pennystrom.de eine Strombelieferung von Letztverbrauchern bis zu einem Jahresverbrauch von 5.500 kWh an. Dieses Angebot entspricht sowohl nach Maß als auch nach Umfang den gesetzlichen Vorgaben in § 3 Nr. 22 EnWG.

3.

Nach Maßgabe obiger Ausführungen zur Energiebelieferung im normativen Sinne hat die Betroffene die Akquirierung von Haushaltskunden entgegen ihrer ursprünglichen Ankündigung auch noch nicht gänzlich eingestellt. Die mit „Ausverkauft“ versehenen Darstellungen der verschiedenen Energielieferungspakete auf den zitierten Internetseiten lassen nicht den Rückschluss zu, dass die Betroffene den Vertrieb an Haushaltskunden eingestellt habe, sondern suggerieren gegenüber dem unbefangenen Betrachter vielmehr, dass das zunächst verfügbare Kontingent von Energiepaketen aufgrund großen Erfolges vergriffen sei und in Kürze eine Neuauflage dieser Energiepakete bevorstehe. Diese Verhaltensweise der Betroffenen nährt damit im Wege der Gesamtbeurteilung den Verdacht, dass die gegenüber der Bundesnetzagentur gemachten Angaben, das Geschäftsmodell des Vertriebes an Haushaltskunden sei vollständig aufgegeben, lediglich zu dem Zweck erfolgten, um das drohende Bußgeldverfahren sowie das angekündigte Untersagungsverfahren abzuwenden.

4.

Die zur Ausübung ihrer Tätigkeit erforderlichen Merkmale der Leistungsfähigkeit sowie Zuverlässigkeit sind bei der Betroffenen nicht in erforderlichem Maße gewährleistet.

Ein Energieversorgungsunternehmen ist im Sinne dieser Vorschrift als leistungsfähig anzusehen, wenn es in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht auf Dauer und unter Beachtung der in § 1 und § 2 EnWG niedergelegten Ziele und Aufgaben die Belieferung von Haushaltskunden mit Energie sicherstellen kann¹¹.

a) Diesbezüglich ist es der Betroffenen nicht gelungen, den ihr obliegenden Nachweis technischer Leistungsfähigkeit zu erbringen.

Zur Konkretisierung dieses Merkmals ist darauf abzustellen, ob das betreffende Energieversorgungsunternehmen die technischen Voraussetzungen mitbringt, um die möglichst sichere Energieversorgung der von ihm belieferten Letztverbraucher gewährleisten zu können (§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 EnWG). Die zu stellenden Anforderungen bemessen sich dabei verständlicherweise auch nach dem vom Versorger verfolgten Geschäftsmodell.

Soll eine Energiebelieferung nach dem Geschäftsmodell des Versorgungsunternehmens allein durch reine Händlertätigkeiten erfolgen, also durch den Einkauf von Energie bei Erzeugern oder Großhändlern und durch den anschließenden Weiterverkauf an die Haushaltskunden, so sind die Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit des Versorgers ohne Zweifel auf dasjenige Maß zu reduzieren, welches für die sichere und reibungslose Abwicklung des Vertrags- und Bilanzierungsmanagements erforderlich ist.

So liegt der Fall auch nach Darstellung der Betroffenen hier aber gerade nicht. Die Betroffene wirbt vielmehr damit, eine Form von Erzeugungsanlagen zu betreiben, die ihr angeblich eine besonders schadstoffarme und zugleich günstige Möglichkeit der Stromerzeugung für Großkunden und auch Haushaltskunden ermögliche. Zwar sollen die Erzeugungsanlagen unmittelbar nur bei Großkunden zum Einsatz gebracht werden; der hierbei erzeugte und nicht direkt vom Großabnehmer verbrauchte Überschussstrom soll nach dem erklärten Geschäftsmodell der Betroffenen aber an Haushaltskunden weitervermarktet werden. Die Betroffene begründet den Vorzug ihres Geschäftsmodells also gerade mit überlegener, unter Zugrundelegung der einschlägigen Internetdarstellung geradezu revolutionärer, technischer Expertise auf dem Gebiet von Erzeugungsanlagen.

Die Bundesnetzagentur musste diesbezüglich jedoch feststellen, dass eine ausreichende und zuverlässige Versorgung der zu beliefernden Haushaltskunden unter Zugrunde-

¹¹ Vgl. *Salje*, aaO, § 5, Rn. 34, § 4, Rn. 87.

legung einer solchen neuartigen Technik nicht gewährleistet, ja geradezu ausgeschlossen ist.

Bereits bei Auswertung der technischen Beschreibungen auf der Homepage www.ascard.net drängt sich die Frage auf, aus welcher Energiequelle die nach dem „Ascard Direktstrom Konzept (ADK)“ angeblich funktionierenden Anlagen den Strom erzeugen. Nimmt man die dort zu findende Beschreibung ernst, wonach ein „elektrisch betriebenes Zwangskühlsystem“ einen Luftstrahl erzeugt, „der seine Strömungsenergie während des Arbeitsprozesses als Drehbewegung an den Rotor des Generators abgibt“, so muss eine solche Stromerzeugungsmethode wie ein perpetuum mobile anmuten, da vom Einsatz primärer Energieträger keinerlei Rede ist. Zugleich werden die für Haushaltskunden dargestellten Energiepakete mit dem Attribut „Strom: regenerativ, eigene Anlagen“ beworben, ohne dass überhaupt benannt wird, welche regenerative Energiequelle hierzu ausgenutzt werden soll. Bei technischer Betrachtung dürfte das so titulierte Luftstrahlkonzept mit der Nutzung regenerativer Energiequellen in keiner Weise in Einklang zu bringen sein.

Auch die Betroffene selbst blieb der Bundesnetzagentur auf deren Anfrage hin bislang jegliche detaillierte Erklärung schuldig, wie mittels einer angeblichen „Luftstrahltechnik“ Strom produziert werden kann.

Im Ergebnis drängt sich für die Behörde daher die Schlussfolgerung geradezu auf, dass die zur Begründung der günstigen Preise angeführten technischen Hintergründe der Erzeugung einer kritischen Betrachtung nicht standhalten können, da sie entweder naturwissenschaftlich nicht plausibel sind oder aber anderweitigen von der Betroffenen gemachten Angaben widersprechen.

Einen solchen Widerspruch enthielt auch das Vorbringen der Betroffenen, es würden bereits Haushaltskunden von ihr beliefert, jedoch seien noch keine Netznutzungsverträge mit Netzbetreibern abgeschlossen worden. Da die Direktstromanlagen nach Darstellung der Betroffenen nur bei Großkunden aufgestellt werden und die dortige Überschusserzeugung an Haushaltskunden in Form der günstigen Energiepakete weiter vermarktet werde, bedarf es zur Belieferung dieser Kunden aber zwingend des Abschlusses entsprechender Netznutzungsverträge, da die Nutzung des Netzes insofern unumgäng-

lich ist. Die Betroffene hat im Ergebnis keinen Vortrag geliefert, um auch diesen sich aufdrängenden Widerspruch zu entkräften.

b) Über diese technischen Aspekte hinaus konnte die Betroffene auch ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht darlegen.

Ein Energieversorgungsunternehmen ist als wirtschaftlich leistungsfähig im Sinne von § 5 EnWG einzustufen, wenn es über ausreichend finanzielle Ressourcen verfügt, um seinen eingegangenen und einzugehenden vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen. Voraussetzung für die Annahme der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eines am Beginn seiner Geschäftstätigkeit stehenden Energieversorgungsunternehmens ist demnach, dass es über ausreichend finanzielle Ressourcen wie Eigenkapital, Fremdkapital einschließlich Finanzausgaben Dritter verfügt, um zumindest die in den ersten Jahren gegebenenfalls auflaufenden Anfangsverluste auffangen zu können.¹² Das Energieversorgungsunternehmen hat seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nach § 5 Satz 3 EnWG selbst darzulegen. Dabei muss der Nachweis vor allem durch die bilanzielle Offenlegung des Vermögensstatus geführt werden, wobei hierzu gerade auch die Dokumentation zugesagter Betriebsmittelkredite, Bürgschaften, Finanz- und Geschäftspläne der nächsten fünf Jahre sowie die Möglichkeit, benötigtes neues Kapital sicher einzuwerben, gehört.

Die Betroffene hat der Beschlusskammer 6 lediglich die Eröffnungsbilanz vom 01. Juli 2006 vorgelegt, so dass eine breitere Analyse der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit unter Einbeziehung des gesamten Jahresabschlusses, d.h. auch der Gewinn- und Verlustrechnung sowie des Anhangs, mangels entsprechender Unterlagen nur bruchstückhaft möglich war. Die Auswertung der Eröffnungsbilanz selbst gab jedoch bereits Anlass für Zweifel am Vorliegen der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.

So hat die Behörde auf der Basis der vorliegenden Eröffnungsbilanz die allgemeinen betriebswirtschaftlichen Liquiditätskennzahlen ermittelt.

Für die Liquidität 1. Grades (Barliquidität), die den Anteil der flüssigen Mittel an dem kurzfristigen Fremdkapital angibt, wird – branchenabhängig – eine Quote von mindes-

¹² Vgl. *Salje* nennt beispielsweise einen Zeitraum von 5 Jahren, aaO, § 4, Rn. 93.

tens 10-20 % gefordert. Die Eröffnungsbilanz weist hier eine Quote von lediglich 6 % auf. Der gängige betriebswirtschaftliche Richtwert für die Liquidität 2. Grades (Anteil der Forderungen und der flüssigen Mittel an dem kurzfristigen Fremdkapital) liegt zwischen 100% und 120%. Dieser wird ausweislich der eingereichten Bilanz mit einem Wert von weniger als 10% erheblich unterschritten. Gleiches gilt für die Liquidität 3. Grades (Anteil, zu dem das kurz- und mittelfristige Fremdkapital durch das Umlaufvermögen gedeckt ist). Diese Kennzahl sollte mindestens 120% betragen, beläuft sich nach der Eröffnungsbilanz der Betroffenen jedoch auf weniger als 15%.

Zugleich ist der Beschlusskammer bewusst, dass die genannten Kennzahlen als Resultat der Auswertung einer Eröffnungsbilanz immer nur eine Momentaufnahme darstellen können und die finanzielle Situation eines Unternehmens kurz nach Aufnahme der Geschäftstätigkeit regelmäßig durch eine knappe Ressourcensituation gekennzeichnet ist. Dennoch lässt sich die Aussage treffen, dass die Betroffene ausweislich ihrer Eröffnungsbilanz in starkem Maße von externen Gläubigern abhängig war.

Dies wäre hinzunehmen, wenn hinter der Betroffenen Investoren stehen, die im Falle eines finanziellen Engpasses kurzfristig durch Nachschießen von Mitteln oder Abgabe einer Patronatserklärung der Betroffenen zur Seite treten könnten. Genau aus diesem Grund war die Betroffene auch mehrfach aufgefordert worden, entsprechende weitere Unterlagen wie beispielsweise Jahresabschlüsse vorzulegen, die geeignet gewesen wären, die aus der Eröffnungsbilanz ersichtlichen Liquiditätsmängel auszugleichen oder als unbedenklich erscheinen zu lassen. Hiervon hat die Betroffene aber keinen Gebrauch gemacht.

Vielmehr hat diese auf die Forderung nach Vorlage weiterer diesbezüglicher Informationen entgegnet, aufgrund einer Vereinbarung mit dem zuständigen Finanzamt sei sie von der Abgabe monatlicher Steuererklärungen sowie daraus resultierenden Jahresmeldungen befreit. Eine solche Vereinbarung kann eine GmbH als Formkaufmann nach § 6 Abs. 2 HGB jedoch grundsätzlich nicht von ihren handelsrechtlichen Buchführungspflichten nach §§ 238 ff. HGB entbinden. Diese Pflichten bestehen fortlaufend, unabhängig davon, ob in dem betreffenden Geschäftsjahr Umsätze getätigt wurden oder nicht. Sie umfasst insbesondere die Verpflichtung zur Aufstellung eines Jahresabschlusses gemäß §§ 242, 264 HGB.

Zum anderen hat auch die Auswertung des Geschäftsmodells insgesamt ergeben, dass die Betroffene nicht wirtschaftlich leistungsfähig im Sinne des Energiewirtschaftsgesetzes ist. Die Betroffene konnte während des gesamten Verfahrens nicht darlegen, wie sie die an sie vertraglich teilweise langfristig gebundenen Haushaltskunden (Vertragslaufzeiten bis zu 8 Jahren) sicher mit Strom versorgen will. Aus dem von der Betroffenen vorgelegten Geschäftsmodell war nicht zu erkennen, wie bei der derzeit lediglich angestrebten Realisierung der Stromerzeugung aus dezentralen Anlagen im Einzelnen die nach §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 EnWG gebotene und bei der Bewertung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auch zu beachtende Versorgungssicherheit dauerhaft gewährleistet werden soll. Die Betroffene scheint insbesondere keinerlei Vorsorgemaßnahmen für den Fall des Anlagenausfalls treffen zu wollen. Ausweislich ihrer eigenen Bekundungen will sie weder Ersatzanlagen zur Notversorgung vorhalten noch strebt sie den Vertragsabschluss mit leistungsfähigen Vorlieferanten an, um eine fortwährende und sichere Strombelieferung ihrer Haushaltskunden zu gewährleisten.

c) Die Betroffene hat schließlich auch erhebliche Zweifel an der Zuverlässigkeit ihrer Geschäftsleitung aufkommen lassen.

Zur Geschäftsleitung im Sinne von § 5 Satz 3 EnWG zählt im Falle einer GmbH deren Geschäftsführung. Eine Unzuverlässigkeit muss angenommen werden, wenn das in der Vergangenheit seitens der Geschäftsleitung gezeigte Verhalten berechtigten Grund zur Annahme gibt, dass diese das Energieversorgungsunternehmen nicht im Sinne der gesetzlichen Vorschriften führt und aufgrund dieser Geschäftsführungspraxis ein Schaden für die zu beliefernden Haushaltskunden nicht auszuschließen ist.

Die Geschäftsleitung der Betroffenen hat sich in der Vergangenheit mehrfach als unzuverlässig in obigem Sinne erwiesen. So bedurfte es seitens der Bundesnetzagentur des wiederholten schriftlichen Hinweises, dass die von der Betroffenen ausgeübte Tätigkeit der Versorgung von Haushaltskunden der Vornahme einer Anzeige gem. § 5 EnWG bedarf sowie zusätzlich der Einleitung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens, bis die Betroffene bereit war, die erforderlichen Unterlagen zum Nachweis von Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit zu übersenden.

5.

Aufgrund dieser Sachlage besteht nach Auffassung der Beschlusskammer in ausreichendem Maße Anlass für ein Einschreiten auf der Grundlage des § 5 Satz 4 EnWG.

Um den durch § 5 EnWG vom Gesetzgeber intendierten Schutz von Haushaltskunden in effizienter Weise zu gewährleisten, hat die Behörde stets zu entscheiden, welcher Grad einer drohenden Schädigung von Haushaltskunden erreicht werden muss, bis ein Einschreiten geboten ist. Die hierbei vorzunehmende Abwägung zwischen der Freiheit des Versorgungsunternehmens auf Marktbetätigung und dem Schutz potentiell betroffener Kunden musste vorliegend zu Lasten der Betroffenen ausfallen.

Zwar liegen der Behörde gegenwärtig noch keine unmittelbaren Beschwerden von Haushaltskunden vor, die darauf hindeuten, dass die Betroffene etwa im Gegenzug zur Berechnung und Kassierung der jeweiligen Paketpreise keine entsprechenden Energiemengen in die zur Versorgung der jeweiligen Haushaltskunden gehörenden Bilanzkreise einstellt. Allerdings liegt bereits eine Beschwerde eines als Geschäftskunde einzuschätzenden Endkunden über nicht erfolgte Stromlieferungen vor. Da sich im Hinblick auf die Gründe der Unzuverlässigkeit Geschäftskunden und Haushaltskunden nicht unterscheiden und die Betroffene behauptet, es würden bereits Haushaltskunden beliefert, lässt in Gesamtschau mit der zugleich gemachten Aussage, dass noch keinerlei Nutzungsverträge abgeschlossen worden seien, eine Versorgungsstörung bei betroffenen Haushaltskunden als nicht unwahrscheinlich erscheinen. Typischerweise fällt die Nichteinstellung erforderlicher Energiemengen bei den in größeren zeitlichen Abständen abgerechneten Haushaltskunden erst mit erheblichem zeitlichem Verzug auf. Ein entsprechendes Abwarten der Behörde bis zum Eintreffen einer größeren Zahl von Beschwerden seitens nicht korrekt beliefelter Letztverbraucher oder betroffener Netzbetreiber würde somit die Gefahr mit sich bringen, dass dann bereits ein großer Kreis von Kunden mit erheblichen Zahlungsbeträgen gegenüber der Betroffenen in Vorleistung gegangen ist und insoweit beträchtlichere finanzielle Schäden aufzuweisen hätten. Insofern ist ein baldiges Einschreiten geeignet und erforderlich, um finanzielle Schäden bei neu anzuwerbenden Haushaltskunden sowie Schäden durch die weitere sukzessive Berechnung von Paketen bei Bestandskunden abzuwenden.

Gleiches gilt in Bezug auf die von der Behörde angeordnete Reichweite der Verfügung. Die Untersagung der geschäftlichen Tätigkeit der Betroffenen in Bezug auf Haushaltskunden ist geeignet, um auf Seiten gegenwärtiger Bestandskunden und künftiger Neu-

kunden eine Schadensvertiefung bzw. Schadensentstehung bestmöglich zu verhindern. Unter Berücksichtigung der der Betroffenen zuvor in ausreichender Weise eingeräumten Gelegenheit, das Vorliegen der erforderlichen Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit noch nachzuweisen, war die Untersagung nunmehr erforderlich, da die Betroffene keinerlei weitere Bemühungen erkennen ließ, um entsprechende Bedenken der Behörde zu zerstreuen. Die Betroffene hat die Ausübung ihrer Tätigkeit insbesondere auch noch nicht beendet. Dies ist nur dann anzunehmen, wenn die Stromlieferung des letzten Haushaltskunden eingestellt worden ist, Lieferverhandlungen nicht mehr geführt werden oder alle erkennbaren Werbe- und Vertriebsmaßnahmen, die auf die Gewinnung neuer Haushaltskunden abzielen, nicht mehr ernsthaft verfolgt werden¹³. Entscheidend kommt es daher darauf an, dass sich mit der Beendigung der Strombelieferung für den Geschäftsverkehr der Wille des Energieversorgungsunternehmens nach außen hin manifestiert, in der Zukunft ernsthaft und nachhaltig keine Belieferung von Haushaltskunden mehr anzustreben.

In dieser Weise ist es auch erforderlich, die werblichen Aktivitäten auf den Internetseiten der Betroffenen zu untersagen und deren Löschung anzuordnen, soweit diese auf Haushaltskunden abzielen. Denn anknüpfend an die bereits oben darlegten Kriterien erstreckt sich die Energiebelieferung von Haushaltskunden im normativen Sinne nicht nur auf die tatsächliche Energiebereitstellung, sondern von ihr sind ebenfalls alle in diesem Zusammenhang für den Rechtsverkehr nach außen erkennbaren Werbe- und Vertriebsmaßnahmen erfasst. Dabei ist gerade auch zu berücksichtigen, wie die Vertriebsmaßnahmen gestaltet sind. Werden Haushaltskunden erst über einen entsprechenden Online-Auftritt zum Abschluss von Stromlieferungsverträgen aufgefordert (so genannte *invitatio ad offerendum*)¹⁴, so muss bereits ab diesem Zeitpunkt eine vom betreffenden Energieversorgungsunternehmen veranlasste und somit „*ausgeübte Tätigkeit*“ als von § 5 EnWG umfasst angesehen werden. Eine entgegenstehende Auslegung würde den Schutzzweck der Norm, den der Gesetzgeber mit der Neufassung von § 5 EnWG grundlegend verfolgen wollte, verkennen. Der Gesetzgeber wollte unter dem Eindruck zahlreicher Insolvenzen und Betrugereien von neu in den Markt eingetretener Energielieferan-

ten ab dem Jahre 1998 ungeeignete Marktteilnehmer, das heißt insbesondere leis-

¹³ Vgl. *Salje*, aaO, § 5, Rn. 24.

¹⁴ Vgl. *Heinrich* in Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 65. Auflage, München 2006, § 145, Rn. 2.

tungsunfähige Energieversorgungsunternehmen, von einer Belieferung von Haushaltskunden ausschließen.¹⁵ Das vorrangige Ziel des Gesetzgebers war es daher, private Haushaltskunden vor unseriösen Geschäftsmodellen zu schützen. Vor diesem Hintergrund muss es erst recht als zutreffend angesehen werden, dass der bereits für den Geschäftsverkehr erkennbare und insofern nach außen hin manifestierte Belieferungswille, der beispielsweise auch durch entsprechende Werbe- und Vertriebsmaßnahmen im Internet zum Ausdruck kommen kann, als „ausgeübte Tätigkeit“ im Sinne von § 5 Satz 4 EnWG zu bewerten ist.

6.

Auf der Grundlage von § 94 EnWG, § 13 Abs. 2 Satz 2 VwVG des Bundes erfolgt bereits in Verbindung mit dieser Verfügung die Androhung des Zwangsmittels. Da eine Beschwerde gegen die Grundverfügung keine aufschiebende Wirkung hat, § 76 Abs. 1 EnWG, ist eine Androhung von Zwangsmitteln möglich und im vorliegenden Falle auch geboten. Das bisherige, eher auf Zeitgewinn abzielende Verhalten der Betroffenen lässt nicht erwarten, dass sie ihren energiewirtschaftsrechtlichen Pflichten ohne entsprechende Druckmittel unverzüglich nachkommen würde. Die Zwangsgeldandrohung entfaltet insoweit den notwendigen wirtschaftlichen Druck, ohne der Betroffenen bei korrektem Verhalten zusätzliche Lasten aufzubürden. Der angedrohte Betrag von 50.000 EUR ist angesichts der ökonomischen Risiken für die Verbraucher und der damit korrespondierenden Versuchung der Betroffenen zur Fortsetzung ihres Verhaltens erforderlich und ausreichend.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann binnen einer Frist von einem Monats ab Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist schriftlich bei der Bundesnetzagentur (Hausanschrift: Tulpenfeld 4, 53113 Bonn) einzureichen. Es genügt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim Oberlandesgericht Düsseldorf (Hausanschrift: Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf) eingeht.

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwer-

¹⁵ Vgl. BT-DrS 15/3917, S. 50; *Salje*, aaO, § 5, Rn. 3

de Begründung muss die Erklärung, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.

Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegündung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung (§ 76 Abs.1 EnWG).

Achim Zerres
Vorsitzender

Dr. Kathrin Thomaschki
Beisitzerin

Armasari Soetarto
Beisitzerin