

## **OLG Celle, Urteil vom 02.06.2016, 13 U 21/16 (Kart)**

### **Tenor:**

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Oldenburg vom 26. Oktober 2015 abgeändert und die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird nachgelassen, die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe eines die vollstreckbare Forderung um 20 % übersteigenden Betrages abzuwenden, soweit nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit leistet, die die jeweils zu vollstreckende Forderung um 20 % übersteigt.

Die Revision wird zugelassen.

### **Tatbestand:**

I. Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Rückzahlung von Konzessionsabgaben in Anspruch.

Die Klägerin, eine Lieferantin von Energie, und die Beklagte sind durch einen Rahmenvertrag zur Netznutzung zum Zwecke der Belieferung von Anschlussnutzern mittels des Netzes der Beklagten mit elektrischer Energie vom 7./20. Juli 2009 miteinander verbunden (vgl. Anlage K 1, gesondert geheftet). Die von der Klägerin an die Beklagte zu entrichtenden Netzentgelte, die von der Beklagten an die Gemeinden weiterzuleitende Konzessionsabgaben enthalten, richten sich nach der Anlage 1 (Preisblätter Netznutzung) zu dem Lieferantenrahmenvertrag. Die Konzessionsabgaben sind im Normaltarif je nach Gemeindegröße gestaffelt.

Die Kunden der Klägerin - Tarifsonderkunden - haben die Möglichkeit, ihren Stromverbrauch nicht nur über einen Ein-Tarif-Zähler, sondern auch über einen sogenannten Zwei-Tarif-Zähler, der zwischen Hochtarif (HT) und Niedertarif (NT) differenziert, erfassen zu lassen. Mit dem sog. „Nachtstrom/DUO-Tarif“ können Kunden der Klägerin mit dem Niedertarif das sog. „Schwachlastfenster“ - üblicherweise zwischen 22:00 Uhr und 6:00 Uhr - nutzen.

Nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Beklagten bietet die Klägerin ihren Gewerbekunden etwa im Raum O. - in diesem Bereich ist für Strom, der nicht als Schwachlaststrom geliefert wird, eine Konzessionsabgabe von 1,99 Cent/kWh zu zahlen - auf der Grundlage eines Verbrauchs von 3.000 kWh den Hochtarif zum Preis von 20,74 € und den Niedertarif zum Preis von 19,92 €, jeweils zuzüglich Grundpreis von 8,40 €, und im Privatkundenbereich den Hochtarif zum Preis von 24,68 € und den Niedertarif zum Preis von 23,70 €, jeweils zuzüglich Grundpreis von 10,00 € im Monat, an (vgl. Bl. 46, 47 GA).

Die Beklagte berechnete der Klägerin für den „Nachtstrom/DUO-Tarif“ nicht die vergünstigte, sondern die Tarifkunden-Konzessionsabgabe für nicht als Schwachlaststrom gelieferten Strom zwischen 1,32 Cent pro kWh bis 1,99 Cent pro kWh (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 1b Konzessionsabgabenverordnung = KAV).

Den Differenzbetrag zu der vergünstigten Konzessionsabgabe verlangt die Klägerin von der Beklagten für den Zeitraum Februar 2010 und September 2014 (vgl. zu den Einzelheiten Anlage K 2) ersetzt.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die von der Beklagten vorgenommene Berechnung der Konzessionsabgaben sei unzutreffend. Diese seien nach Maßgabe von § 2 Abs. 2 Nr. 1a KAV zu berechnen, wonach der reduzierte Konzessionsabgabensatz vom 0,61 Cent pro kWh in Ansatz zu bringen sei. Sie habe ihrerseits - unstreitig - gegenüber ihren Kunden, die den „Nachtstrom/DUO-Tarif“ gewählt hätten, nur die reduzierte Konzessionsabgabe abgerechnet (Bl. 12 GA). Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, eine systemimmanente Voraussetzung einer besonderen Preisspreizung in der Form, dass die Preisdifferenz zwischen dem Normaltarif und dem „Nachtstrom/DUO-Tarif“ - bezogen auf den Bruttopreis inklusive Konzessionsabgabe - größer sein müsse als die Differenz zwischen den „normalen“ Konzessionsabgabensätzen für Tarifkunden und den niedrigeren Konzessionsabgaben in der Schwachlastzeit, gebe es nicht. Entsprechendes sei auch der - zwischenzeitlich außer Kraft getretenen - Bundestarifordnung Elektrizität (BTOElt), auf die sich die Kommunalabgabenverordnung beziehe, nicht zu entnehmen. Ein bestimmter Abstand zwischen den Arbeitspreisen in der Niedertarif- und Hochtarifzeit sei nicht vorgeschrieben. Entscheidend sei lediglich, dass zu Zeiten innerhalb des Schwachlastfensters ein Niedertarif angeboten werde, der getrennt vom Hochtarif gemessen und abgerechnet werde. Ein Schwachlasttarif sei nichts anderes als ein Tarif für die Schwachlastzeit, d.h. für Tageszeiten schwacher Leistungsanspruchnahme im Sinne von § 1 Satz 1 BTOElt. Darüber hinaus hat die Klägerin die Ansicht vertreten, zur Offenlegung ihrer Preiskalkulation nicht verpflichtet zu sein.

Die Beklagte ist dem entgegengetreten. Die Klägerin habe bereits nicht substantiiert dargelegt, dass sie überhaupt einen Tarif anbiete, der als Schwachlast- bzw. Niedertarif i. S. d. § 2 Abs. 2 Satz 1 KAV zu qualifizieren sei. Die bloße Behauptung, mit einem Zweit-Tarifzähler einen „Nachtstrom/DUO-Tarif“ anzubieten, genüge dafür nicht. Es fehlten Angaben zur Höhe und zur Zusammensetzung des Strompreises im Rahmen dieses Tarifes. Ferner lege die Klägerin nicht dar, inwieweit sich dieser Tarif von dem Hochtarif unterscheide. Es fehlten daher jegliche Angaben dazu, dass es sich bei dem „Nachtstrom/DUO-Tarif“ um einen Schwachlastarbeitspreis i. S. d. § 9 BTOElt oder einen entsprechenden zeitvariablen Tarif handle. Überdies sei schon fraglich, ob die Regelung des § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a KAV überhaupt auf Sonderkunden Anwendung findet. Jedenfalls könne ein Tarif nur dann als Schwachlasttarif bzw. zeitvariabler Tarif gelten, wenn er preislich deutlich niedriger liege als der Tarif für Strom, der nicht als Schwachlaststrom geliefert werde. Der Preisunterschied zwischen dem Hoch- und dem Niedertarif müsse dabei höher sein als die Differenz zwischen den Konzessionsabgaben für Schwachlaststrom und den Konzessionsabgaben für sonstige Stromlieferungen. Hintergrund sei, dass für die Kunden ein Anreiz habe geschaffen werden sollen, die Energieentnahme in die Schwachlastzeiten zu verlegen. Aus der Gesetzeslage vor Inkrafttreten der

Kommunalabgabenverordnung und deren Gesetzesbegründung ergebe sich, dass die Differenz zu der „normalen“ Konzessionsabgabe in voller Höhe an die Kunden weitergegeben werden müsse, um das Anreizsystem zur Verbrauchsverlagerung in lastschwächere Zeiten nicht auszuhöhlen. Demgegenüber sei eine Gewinnmaximierung des Netzbetreibers oder Lieferanten nicht vorgesehen. Die Tarife der Klägerin erfüllten diese Voraussetzungen gerade nicht. Der Preisunterschied zwischen dem von der Klägerin angebotenen Tarifen für Strom, der nicht als Schwachlaststrom geliefert werde, und dem Nachtstrom sei - insoweit unstrittig - geringer als die Differenz zwischen den Konzessionsabgaben für Schwachlaststrom und sonstigen Stromlieferungen.

Das Landgericht hat der Klage nach dem Hauptantrag stattgegeben und nur den als Nebenforderung geltend gemachten auf Ersatz der außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten abgewiesen. Die Konzessionsabgabe sei nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 KAV zu bemessen. Dabei sei die Vorschrift auch auf im Rahmen von Sonderverträgen belieferte Kunden anwendbar. § 2 Abs. 2 Nr. 1a KAV setze voraus, dass die Stromlieferung im Rahmen eines „*Sonderabkommens für Lieferung in lastschwachen Zeiten*“ oder eines „*Schwachlasttarifes*“ erfolge. Für die Prüfung, ob ein Schwachlasttarif vorliege, sei weiterhin auf die Vorschrift des § 9 BTO/Elt zurückzugreifen und dabei vor allem auf den Sinn und Zweck abzustellen, den der Verordnungsgeber der Konzessionsabgabenverordnung mit der Aufnahme der Regelung über den Schwachlasttarif verfolgt habe. Die Klägerin müsse daher einen Schwachlastarbeitspreis anbieten, der der Kostensituation in der Schwachlastzeit Rechnung trage, was vorliegend der Fall sei. Die Ansicht der Beklagten finde weder in der Kommunalabgabenverordnung noch in den Gesetzesmaterialien - auch nicht zur Bundestarifordnung Elektrizität - eine nachhaltige Stütze. Zwar diene die unterschiedliche Ausgestaltung der Tarife dem Zweck, einen Anreiz für die Verbraucher zur Nutzung des Stromes in Zeiten schwacher Leistungsanspruchnahme zu schaffen. Den Materialien zu § 9 BTO/Elt sei jedoch ausdrücklich zu entnehmen, dass für den Schwachlasttarif abweichend von der Vorgängervorschrift ein bestimmter preislicher Abstand zum Arbeitspreis des Pflichttarifes nicht mehr vorgeschrieben sei. Der Verordnungsgeber habe demnach bewusst darauf verzichtet, eine bestimmte Differenz zwischen den Tarifen zu verlangen. Aus den Materialien ergebe sich weiterhin explizit, dass es Aufgabe des jeweiligen Energieversorgungsunternehmens sei, die Höhe des Arbeitspreises für den Schwachlaststrom entsprechend den Lastverhältnissen und der Kostensituation zu kalkulieren. Abweichendes folge auch nicht aus den Bestimmungen der Kommunalabgabenverordnung - etwa § 5 KAV - oder aus § 40 Abs. 5 EnWG.

Dagegen wendet sich die Beklagte mit der Berufung, mit der sie ihren Klagabweisungsantrag weiterverfolgt und ihr erstinstanzliches Vorbringen wiederholt und vertieft. Ein Schwachlasttarif liege nur dann vor, wenn der Nettopreis - ohne die vom Lieferanten nicht beeinflussbaren Steuern, Umlagen und Abgaben, mithin auch Konzessionsabgaben - unter dem Nettopreis des Tarifs für Strom liege, der nicht als Schwachlaststrom geliefert werde. Die niedrigere Konzessionsabgabe des § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a KAV könne daher stets nur Folge, nie aber der Grund der Preisspreizung zwischen den Tarifen sein. Werde eine Preisspreizung allein durch die Berechnung geringerer Konzessionsabgaben seitens des Lieferanten, also nur im Rahmen des Bruttopreises erreicht, stelle dieser Niedrigtarif keinen Schwachlasttarif im Sinne der Vorschrift dar. Dies ergebe sich aus der Historie und dem Sinn und Zweck des § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a KAV. Dies werde auch nicht durch die

Verordnungsbegründung zur Bundestarifordnung Elektrik widerlegt. Aus der vom Verordnungsgeber gewählten Formulierung ergebe sich allein, dass der in der Vorgängervorschrift zu § 9 BTOElT vorgesehene bestimmte preisliche Abstand in Höhe von 25 % habe entfallen sollen. Der Verordnungsbegründung lasse sich vielmehr der Wunsch des Verordnungsgebers entnehmen, dass der Schwachlastarbeitspreis durch den Wegfall des prozentual festgelegten Mindestabstands noch geringer ausfalle und die Schwachlastregelung im Vergleich zu der Vorgängerregelung für die Stromkunden noch attraktiver mache. Sei der Preisunterschied wie bei dem Tarif der Klägerin zwischen den Bruttopreisen des Hochtarifs und des Schwachlasttarifs geringer als die Differenz der nach § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a und b KAV zu zahlenden Konzessionsabgabe, deute dies darauf hin, dass ein preislicher Abstand zwischen den Nettopreisen der Tarife nicht existiere. Die Einführung der Sonderregelung für Schwachlaststrom in § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a KAV belege auch, dass die durch sie geschaffene Differenz zur „normalen“ Konzessionsabgabe in voller Höhe an die Kunden weitergegeben werden müsse. Für den Netzbetreiber stelle die Konzessionsabgabe letztlich nur einen Durchlaufposten dar. Würde der Netzbetreiber bzw. Lieferant die Differenz zwischen der „normalen“ Konzessionsabgabe und der Schwachlastkonzessionsabgabe nicht an den Kunden weitergeben, sondern zur Gewinnmaximierung teilweise einbehalten, würde er zum Begünstigten der Regelung. Der Anreiz zur Energieeinsparung oder Steuerung des Energieverbrauchs müsse durch den vom Lieferanten gestalteten Tarif selbst gesetzt werden und nicht durch eine an anderer Stelle gesetzlich vorgesehene reduzierte Umlage oder Abgabe, die zusätzlich für jede gelieferte Kilowattstunde Strom zu zahlen sei und deshalb vom Lieferanten nicht beeinflusst werden könne.

Die Beklagte beantragt,  
das erstinstanzliche Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen, als die Beklagte verurteilt worden ist, an die Klägerin 30.387,51 € zuzüglich Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 27. September 2014 zu zahlen.

Die Klägerin beantragt,  
die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Die Gesetzesmaterialien zur Kommunalabgabenverordnung und zur Bundestarifordnung Elektrik stützten gerade die Auffassung der Klägerin, dass ein bestimmter Abstand zum Arbeitspreis des Pflichttarifs nicht mehr vorgesehen sei. Eine Preisspreizung sei auch nicht nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift des § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a KAV geboten. Sie erhöhe nicht den Anreiz der Kunden zur Verlagerung des Verbrauchs in lastschwache Zeiten. Entscheidend sei allein der Endpreis. Wie sich jener zusammensetze, unterliege der freien unternehmerischen Entscheidung. Die Differenz in den Konzessionsabgaben müsse auch nicht in voller Höhe an die Kunden weitergegeben werden. Schon die eigenen Berechnungen der Beklagten zeigten, dass der Schwachlastarbeitspreis der Klägerin günstiger sei als der Arbeitspreis im Hochtarif. Weiterer Vortrag, wie genau sich die Brutto- und Nettopreise des Niedrig- und Hochtarifs zusammensetzten und inwieweit die in lastschwachen Zeiten entstehenden geringeren Kosten in den Niedrigtarif eingepreist würden, sei nicht erforderlich.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachvortrags wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils einschließlich der dort wiedergegebenen erstinstanzlichen Anträge und die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

### **Entscheidungsgründe:**

II. Die Berufung der Beklagten hat Erfolg.

1. Der Klägerin steht ein Anspruch auf Rückzahlung von Konzessionsabgaben in Höhe von 30.387,51 € gegen die Beklagten gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB nicht zu.

a) Zahlt ein Drittlieferant an den Netzbetreiber für einen bestimmten Zeitraum Konzessionsabgaben und stellt sich später heraus, dass eine niedrigere Konzessionsabgabe geschuldet war, liegt der Fall einer „Überzahlung“ vor, weshalb der Drittlieferant im Ergebnis einen Anspruch auf Rückzahlung der zu viel gezahlten Konzessionsabgaben gem. §§ 812 ff. BGB hat (Theobald/Templin, in: Danner/Theobald, Energierecht, Band 2, § 2 KAV Rn. 120, 121). Dies gilt ungeachtet dessen, dass der Netzbetreiber die Konzessionsabgaben seinerseits nur an die Gemeinde weiterleitet, wozu er im Verhältnis zu dieser verpflichtet ist (vgl. Theobald/Templin, a. a. O., Rn. 121).

b) Die Beklagte hat die Konzessionsabgaben in der gezahlten Höhe zu Recht vereinnahmt.

aa) Gemäß § 48 Abs. 1 Satz 1 EnWG sind Konzessionsabgaben Entgelte, die von Energieversorgungsunternehmen für die Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet mit Energie dienen, zu entrichten sind. Gemäß § 48 Abs. 2 Satz 1 EnWG kann die Bundesregierung durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Zulässigkeit und Bemessung der Konzessionsabgaben regeln. Dies ist mit der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) geschehen.

§ 2 KAV regelt die Bemessung und zulässige Höhe der Konzessionsabgaben. Die Konzessionsabgabenverordnung unterscheidet dabei grundsätzlich zwischen Tarifikunden und Sondervertragskunden (§ 1 Abs. 3 und 4 KAV). Gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1a und b KAV dürfen bei der Belieferung von Tarifikunden folgende Höchstbeträge je Kilowattstunde nicht überschritten werden:

lit. a): bei Strom, der im Rahmen eines Schwachlasttarifs nach § 9 der Bundestarifordnung Elektrizität oder der dem Schwachlasttarif entsprechenden Zone eines zeitvariablen Tarifs (Schwachlaststrom) geliefert wird,

0,61 Cent,

lit. b): bei Strom, der nicht als Schwachlaststrom geliefert wird, in Gemeinden

bis 25.000 Einwohner, 1,32 Cent,

bis 100.000 Einwohner, 1,59 Cent,

bis 500.000 Einwohner, 1,99 Cent,

über 500.000 Einwohner 2,39 Cent,  
(...).

Gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 1 KAV dürfen bei der Belieferung von Sondervertragskunden Höchstbeträge von 0,11 Cent pro kWh nicht überschritten werden.

bb) Die Beklagte hat der Klägerin im Zusammenhang mit dem von ihr den Endabnehmern angebotenen „Nachtstrom/DUO-Tarif“ zutreffend nicht die geringere Abgabe für Schwachlaststrom in Höhe von 0,61 Cent pro kWh, sondern die Abgaben für den Normaltarif für die Belieferung von Tarifkunden, der zwischen 1,32 Cent und 1,99 Cent pro kWh liegt, berechnet.

(1) Dabei sind die Normsonderkundenverträge, die die Klägerin anbietet, genauso zu behandeln wie Verträge mit Tarifvertragskunden.

(a) Die Beklagte hat in erster Instanz geltend gemacht, die Schwachlastregelung in § 2 Abs. 2 Nr. 1a KAV sei vorliegend bereits deshalb nicht einschlägig, weil die Klägerin nicht als Grundversorgerin i. S. v. § 36 EnWG tätig werde, sondern mit ihren Kunden Sonderverträge i. S. v. § 1 Abs. 4 KAV schließe.

Dies hätte im Grundsatz zur Folge, dass die Konzessionsabgabe gem. § 2 Abs. 3 Nr. 1 KAV nur 0,11 Cent pro kWh betragen würde, der Differenzbetrag mithin noch deutlich größer wäre, als von der Klägerin verlangt.

(b) Die Konzessionsabgaben berechnen sich indes auch bei den von der Klägerin angebotenen Sonderverträgen nach § 2 Abs. 2 KAV.

Auf sie findet die in § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV geregelte sog. „Tarifkundenfiktion“ Anwendung.

Gem. § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV gelten unbeschadet des § 1 Abs. 3 und 4 KAV Stromlieferungen aus dem Niederspannungsnetz konzessionsabgabenrechtlich als Lieferungen an Tarifkunden, es sei denn, die gemessene Leistung des Kunden überschreitet in mindestens zwei Monaten des Abrechnungsjahres 30 Kilowatt und der Jahresverbrauch beträgt mehr als 30.000 kWh. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die mit den Konzessionsabgaben belegten Verträge der Klägerin bzw. der jeweils abgerechnete Verbrauch nicht innerhalb dieser Grenzwerte lagen, gibt es nicht. Dagegen spricht bereits, dass beide Parteien einvernehmlich davon ausgegangen sind, dass die Vorschrift des § 2 Abs. 2 KAV hier Anwendung findet. Unabhängig von der vertraglichen Ausgestaltung als Grundversorgungs- oder Sonderkundenvertrag werden Stromlieferungen konzessionsrechtlich als Lieferung an Tarifkunden behandelt (Theobald/Templin, a. a. O., § 2 Rn. 126). Erst mit Überschreiten der Grenzwerte ist zur Ermittlung der nach der Kommunalabgabenverordnung höchstzulässigen Konzessionsabgabe auf die Abgrenzung nach den allgemeinen Bestimmungen des § 1 Abs. 3 und 4 KAV abzustellen (Theobald/Templin, a. a. O.).

Bei der Ermittlung des Jahresverbrauchs werden gem. § 2 Abs. 7 Satz 3 KAV Stromlieferungen nach §§ 7 und 9 der Bundestarifordnung Elektrizität (BTO/Elt) sowie Stromlieferungen im Rahmen von Sonderabkommen für Lieferungen in lastschwachen

Zeiten nicht berücksichtigt; für diese Lieferungen gelten § 2 Abs. 2 Nr. 1a und Abs. 3 KAV. § 2 Abs. 3 KAV ist vorliegend aber nicht einschlägig.

Zwar wird vertreten, dass nach dem Außerkrafttreten der Bundestarifordnung Elektrizität Ende 2007 die Verweise in der Konzessionsabgabenverordnung nicht mehr als solche anwendbar sind. Soweit es Schwachlastzeiten weiterhin gibt, soll der Verweis auf die Bundestarifordnung Elektrizität als Verweis auf solche allgemeinen Tarife des Grundversorgers zu lesen sein, die der Sache nach den vormals in §§ 7 und 9 BTOEl aufgeführten Tarifen entsprechen (Theobald/Templin, a. a. O., Rn. 37, 140; Köhler/Lenz, in: RdE 2007, 338, 340 ff.). Da der Gesetzgeber es aus Anlass der Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes im Jahr 2005 unterlassen hat, den Verweis auf die Bundestarifordnung Elektrizität in der Kommunalabgabenverordnung anzupassen, spricht jedoch mehr dafür, die frühere Regelung weiterhin zur Auslegung heranzuziehen. Auch in der Folge hat der Gesetzgeber keinen Anlass gesehen, die Vorschrift des § 2 Abs. 7 Satz 3 KAV zu ändern.

§ 7 BTOEl bezog sich auf den Strombezug für elektrische Wärmepumpen und andere unterbrechbare Verbrauchseinrichtungen, wofür es vorliegend nicht geht, wohingegen § 9 BTOEl eine Schwachlastregelung beinhaltete. Ungeachtet der Frage, ob der „DUO-Tarif“ der Klägerin überhaupt unter die Schwachlastregelung subsumiert werden kann, ist nach der Liberalisierung des Strommarktes anzunehmen, dass die Vorschrift des § 2 Abs. 7 Satz 3 Fall 1 KAV nicht nur die Tarife des Grundversorgers erfasst (so aber Theobald/Templin, a. a. O., Rn. 140), sondern auch Sonderverträge wie die der Klägerin.

Mit der Regelung in § 2 Abs. 7 KAV wollte der Ordnungsgeber verhindern, dass Tarifkundenverträge bewusst in Sonderverträge umgewandelt werden würden und dadurch den Gemeinden Konzessionsabgaben entgingen (BR-Drs. 358/99, S. 5 f.). Vielmehr sollten unabhängig von ihrer sonstigen rechtlichen Ausgestaltung Lieferungen im Niederspannungsnetz als Leistungen an Tarifkunden gelten (BR-Drs. 358/99, a. a. O.). Es ist kein Grund ersichtlich, Verträge, die seit der Liberalisierung des Strommarktes von Unternehmen, die keine Grundversorger sind, angeboten werden, insoweit zu privilegieren. Jedenfalls handelt es sich bei den von der Klägerin angebotenen allgemeinen Tarifen, ersichtlich um keine „Sonderabkommen“, die - obgleich in der Kommunalabgabenverordnung nicht näher definiert -, wie die Bezeichnung schon impliziert, gesondert, d.h. individuell ausgehandelt werden müssen (vgl. dazu Theobald/Templin, a. a. O., Rn. 141, vgl. auch nachfolgend).

Trotz der missverständlichen Formulierung in § 2 Abs. 7 Satz 3 KAV ist daher anzunehmen, dass für Lieferungen, die den o.g. Umfang nicht überschreiten, die Regelung des § 2 Abs. 2 Nr. 1a KAV und nicht die des Abs. 3 der Vorschrift gilt.

In Anbetracht der besonders hervorgehobenen Gleichbehandlung der Netznutzer im Konzessionsabgabenrecht und der Wettbewerbsneutralität der Konzessionsabgaben (vgl. BR-Drs. a. a. O.), kann der Verweis auf § 2 Abs. 2 Nr. 1a KAV nur dann einen Sinn ergeben, wenn er auch auf Sonderkundenverträge wie die vorliegenden anwendbar ist. Nach der Intention des Ordnungsgebers ging es mit Schaffung der Konzessionsabgabenverordnung vor allem darum, die Konzessionsabgaben den Gemeinden zu erhalten, auch wenn sich aufgrund der Energierechtsreform und der damit verbundenen Entflechtung des

Strommarktes ihr Anspruch künftig gegen mehrere Energieversorgungsunternehmen richtete (vgl. BR-Drs. 358/99, S. 3). Dies spricht dafür, dass im Bereich der Lieferungen bis 30.000 kWh Konzessionsabgaben gem. § 2 Abs. 2 KAV, mithin auch solche gem. lit. a, gewollt waren. § 2 Abs. 3 KAV kann demgegenüber nur auf Lieferungen im Rahmen von Sonderabkommen Anwendung finden.

Wollte man hingegen unter den Begriff „Sonderabkommen“ alle Verträge mit Sondervertragskunden fassen, liefe der Verweis auf § 2 Abs. 2 Nr. 1a KAV leer. Es ist jedoch fernliegend, dass der Ordnungsgeber dies beabsichtigt hat. Anderenfalls könnten Stromversorgungsunternehmen stets ohne weiteres eine Verminderung der Konzessionsabgaben erreichen, was der Ordnungsgeber gerade hat vermeiden wollen. Es überzeugt daher nicht, wenn vertreten wird, dass mit „Sonderabkommen“ alle Sonderkundenverträge gemeint seien (Theobald/Templin, a. a. O., Rn. 141; Köhler/Lenz, a. a. O.).

(2) Ein Schwachlasttarif im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 1a KAV ist vorliegend jedoch nicht gegeben.

(a) § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a KAV nimmt insoweit auf § 9 BTOElt oder die dem Schwachlasttarif entsprechenden Zone eines zeitvariablen Tarifs Bezug. Wie oben ausgeführt, kann die Vorschrift, auch wenn sie außer Kraft getreten ist, zur Auslegung der Kommunalabgabenverordnung weiter herangezogen werden.

§ 9 BTOElt regelte, dass Elektrizitätsversorgungsunternehmen für Tageszeiten schwacher Leistungsanspruchnahme (Schwachlastzeit) einen Schwachlastarbeitspreis anzubieten hatten, der der Kostensituation in diesen Zeiten Rechnung tragen musste.

Hintergrund der Schwachlastregelung ist es, den Kapazitätsüberhang der Kraftwerke zu lastschwachen Zeiten zu nutzen (Theobald/Templin, a. a. O., Rn. 32). Die Pflicht zur ununterbrochenen Stromlieferung, um den jeweiligen Bedarf der Gesamtheit der Kunden zu decken, zwingt das Energieversorgungsunternehmen dazu, seine gesamte Organisation auf die Höchstlast in einem einzigen Augenblick im Jahr einzustellen (Tegethoff/Büdenbender/Klinger, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, Stand: Juni 2000, § 4 BTOElt Rn. 3, Anlage B 4). Dies bedeutet zugleich, dass die Kapazitäten teilweise oder überwiegend nicht ausgeschöpft werden, obwohl die damit verbundenen festen Kosten weiterhin anfallen. Es liegt im Interesse des Energieversorgungsunternehmens, Verbrauchsspitzen und damit verbundene Kosten zu vermeiden. Mittels Preisdifferenzierung durch festgelegte zeitliche Vorgaben für die Stromabnahme kann das Energieversorgungsunternehmen Einfluss auf das zeitliche Abnahmeverhalten nehmen und dadurch seine Kostenstruktur positiv beeinflussen (vgl. Tegethoff/Büdenbender/Klinger, a. a. O., Rn. 4-6).

Die Reform der Bundestarifordnung Elektrizität sollte daher durch stärkere Verbrauchsabhängigkeit der Strompreise die finanziellen Anreize für einen rationellen und sparsamen Umgang mit Strom stärken (BR-Drs.493/89, Seite 19). Die Vorschrift des § 9 BTOElt wurde eingeführt, um die Schwachlastregelung für einen größeren Kundenkreis interessant zu machen und stärkere Anreize zur Verlagerung von Stromanwendungen in

lastschwache Zeiten, insbesondere in die Nacht, zu schaffen (BR-Drs. a. a. O., Seite 19 und 33). Die Energieversorgungsunternehmen waren danach gehalten, für Schwachlastzeiten einen Schwachlastarbeitspreis anzubieten (BR-DRS 493/89, Seite 34).

(b) § 2 Abs. 2 Nr. 1a KAV kann auch nach Außerkrafttreten der Bundestarifordnung Elektrik nicht dahin verstanden werden, dass es für das Vorliegen eines Schwachlasttarifs genügt, dass - so die Klägerin - innerhalb des Schwachlastfensters ein Tarif angeboten wird, der getrennt von Hochtarif gemessen und angerechnet wird und dessen Arbeitspreis nur in irgendeiner Form geringer sein muss als der „Normaltarif“, mithin auch den Bruttopreis betreffen kann. Vielmehr muss sich die Preisdifferenz, wie die Beklagte vertritt, in einem geringeren Nettopreis niederschlagen.

Zwar lässt sich dem Wortlaut von § 9 BTO/Elt zu der Frage, ob auf den Bruttopreis, d.h. den Preis inklusive der vom Versorgungsunternehmen bzw. Stromlieferanten nicht beeinflussbarer Kosten wie Steuern, Umlagen und Abgaben, oder auf den Nettopreis abzustellen ist, nichts Eindeutiges entnehmen. Es ist aber naheliegend, dass der Schwachlasttarif nur auf die Nettokosten bezogen sein kann und die niedrigere Konzessionsabgabe Folge des vergünstigten Tarifs ist und nicht dessen Auslöser, was möglich wäre, wollte man nur irgendeinen Abstand zwischen den Bruttotarifen verlangen.

Dem steht insbesondere nicht entgegen, dass der Verordnungsgeber bei Einführung des § 9 BTO/Elt, der § 10 Elektrotarifordnung (ElekTarifO, gültig bis 31. Dezember 1989) ersetzte, anders als bei der Vorgängerregelung einen bestimmten preislichen Abstand zum Arbeitspreis des Pflichttarifes nicht mehr vorgesehen hat (vgl. BR Drs. 493/89, S. 34, Anlage B 5 im Anlagenband der Beklagten).

§ 10 Abs. 2 ElekTarifO lautete:

*„Der Schwachlasttarif ist für tägliche Zeiten schwacher Leistungsbeanspruchung anzubieten; diese Zeiten legt das Elektrizitätsversorgungsunternehmen nach Maßgabe der Belastungsverhältnisse seiner elektrischen Anlagen in den Tarifbedingungen fest. Der Arbeitspreis muss um mindestens 25/100 unter dem Arbeitspreis im Tarif II [Anmerkung: Der Tarif II bezieht sich auf einen von zwei vom Elektrizitätsversorgungsunternehmen anbietende Grundpreistarife (vgl. § 1 Abs. 2 Satz 1 ElekTarifO)] liegen.“*

Auch wenn der Verordnungsgeber mit der Neuregelung bewusst darauf verzichtet hat, eine bestimmte Differenz zwischen den Tarifen vorzuschreiben, lässt dies die Folgerung, es genüge, lediglich die reduzierte Konzessionsabgabe an den Verbraucher weiterzugeben, ohne dass sich dies in den Nettopreisen des Stromunternehmens widerspiegeln müsse, nicht zu.

Die Formulierung in § 2 Abs. 2 Nr. 1a KAV, wonach für Strom, der im Rahmen eines Schwachlasttarifs geliefert wird, Konzessionsabgaben von 0,61 Cent pro kWh zu zahlen sind, spricht bereits dafür, dass die Abgabenprivilegierung erst durch den Nettotarif ausgelöst wird. Die niedrigere Konzessionsabgabe des § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a KAV ist mithin nur Folge und nicht Grund der Preissenkung. Ohnehin liegt es fern, dass eine Abgabenvergünstigung bereits dadurch erzwungen werden kann, dass sie in einem „Niedertarif“ vorweggenommen wird, was im Ergebnis einen Zirkelschluss beinhaltet.

Dem entspricht, dass es in der Verordnungsbegründung zu § 9 BTOElt weiter heißt, Schwachlastzeiten seien bei den einzelnen Energieversorgungsunternehmen unterschiedlich ausgeprägt. Auch weil die Schwachlastregelung künftig häufiger angewendet werden würde, sei es notwendig, den Arbeitspreis entsprechend den Lastverhältnissen und der Kostensituation *des jeweiligen Energieversorgungsunternehmens* (Hervorhebung durch den Senat) zu kalkulieren (BR-Drs. 493/89, S. 34). Bereits dies impliziert, dass es bei der Bemessung des Arbeitspreises auf die an den Nettokosten orientierte individuelle Kostensituation des einzelnen Unternehmens ankommen muss und sich der Schwachlastpreis nicht an den allgemeinen Konzessionsabgaben zu orientieren hat. Erst dieser Tarif wird konzessionsabgabenrechtlich begünstigt.

Es liegt daher näher, dass die Neufassung des § 9 BTOElt gegenüber der Vorgängernorm durch die Abschaffung eines bestimmten Preisabstands lediglich eine Benachteiligung von einzelnen Energieversorgungsunternehmen durch starre Vorgaben verhindern sollte.

Durch die Schwachlastregelung sollte - wie schon gesagt - in erster Linie der Stromverbrauch in lastschwache Zeiten verlagert werden, um Lastspitzen abzubauen und möglichst zur Einsparung von Kraftwerks- und Netzkapazitäten beizutragen (vgl. BR-Drs. 493/89, Seite 35). Dem ausdrücklichen Ziel, einen stärkeren Anreiz für einen Verbrauchsverlagerung in lastschwache Zeiten zu schaffen (vgl. BR-Drs. 493/89, Seite 33), wird vor allem dadurch Rechnung getragen, dass der Preis nicht nur die günstigere Konzessionsabgabe abbildet, sondern gerade auch die günstigere Kostensituation des Energieversorgers weitergibt. Dabei ist auch zu bedenken, dass sich der Preis für den Schwachlaststrom und die Kostenstruktur des Energieversorgungsunternehmens wechselseitig (positiv) beeinflussen, wohingegen die Energieversorgungsunternehmen auf die - ebenfalls in den Arbeitspreis einfließenden - Steuern, Umlagen und Abgaben einschließlich Konzessionsabgaben gerade keinen Einfluss haben. Das Verbrauchsverhalten der Stromabnehmer in lastschwachen Zeiten soll sich zwar positiv auf die Kostensituation des Unternehmens auswirken, Intention des Verordnungsgebers war es jedoch ersichtlich nicht, mit der Regelung zugleich einen Gewinnmaximierung der Energieversorgungsunternehmen allein auf Kosten der Gemeinde zu erreichen. Vielmehr sollten den Gemeinden auch in Anbetracht der Energierechtsreform die Konzessionsabgaben erhalten bleiben, obgleich sich der Anspruch künftig gegen mehrere Energieversorgungsunternehmen richtete (BR-Drs. 358/99, S. 3).

Insgesamt kann daher gerade nicht angenommen werden, dass einer Mindestpreisspreizung beim Schwachlasttarif der mittlerweile bestehende Wettbewerb auf dem Strommarkt entgegensteht.

Wäre die Auffassung der Klägerin richtig, würde der Anreiz zur Verlagerung des Verbrauchs nicht durch einen an den geringeren Kosten des Energieversorgungsunternehmens in der Schwachlastzeit orientierten Tarif geschaffen, sondern könnte durch die unterschiedlich hohen Konzessionsabgaben, die je nach Gemeindegröße schwanken, zumindest mitbestimmt werden.

Der Vergleich mit der vor Erlass der Kommunalabgabenverordnung bestehenden Regelung - der Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und

Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände (KAE) - bestätigt die hier vertretene Auslegung. Gem. § 2 Abs. 1b KAE wurde die Höhe der Konzessionsabgaben allein durch das prozentuale Verhältnis zwischen den eingenommenen Entgelten und der Größe der Gemeinde bestimmt. Je geringer der Stromtarif war, desto geringer fiel folglich auch die Konzessionsabgabe aus. Mithin konnte erst ein günstigerer Nettotarif die Abgabenprivilegierung auslösen.

Zwar ist mit Erlass und Inkrafttreten der Kommunalabgabenverordnung im Jahr 1992 dieses rein prozentuale Verhältnis zwischen Tarif und Konzessionsabgabe aufgehoben und durch Festbeträge ersetzt worden. Dies hatte jedoch den Grund, dass das Konzessionsabgabenaufkommen bis zu diesem Zeitpunkt in vollem Umfang an den Preissteigerungen der Vergangenheit für Strom und Gas teilgenommen hatte, die zum Teil durch Umwelt- und Sicherheitsauflagen, öffentliche Abgaben oder Ölkrisen bedingt waren, und ein weiterer Anstieg - durch die damals geplante CO<sub>2</sub>- Abgabe - bevorstand (vgl. BR-Drs. 686/91, Seite 9, Anlage B 7). Um zu verhindern, dass die Konzessionsabgaben durch eine weitere Verteuerung des Stroms noch stärker steigen würden, hat sich der Verordnungsgeber dazu entschlossen, im Interesse der Verbraucher das Abgabenvolumen zu begrenzen und möglichst zurückzuführen (vgl. BR-Drs. 686/91, Seite 10). Die Umstellung der Abgaben auf Festbeträge je kWh und damit das Abkoppeln von der Preisentwicklung wird daher als Kernstück der Reform bezeichnet.

Bei der Bemessung der Festbeträge hat sich der Verordnungsgeber aber an der bisherigen Regelung orientiert. Die Festbeträge sind auf der Grundlage der damals geltenden Prozentsätze - bezogen auf die bundesweiten Durchschnittserlöse - festgelegt worden (vgl. BR-Drs. 686/91, Seite 11), was zeigt, dass sich an dem Ansatzpunkt im Grundsatz nichts geändert hat. Insbesondere lässt sich der Anlage zur Bundesrats-Drucksache 686/91 („Beschluss des Bundesrates“) - „Änderungen und Entschließung zur Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas - KAV“ - entnehmen, dass sich die damals angesetzten Konzessionsabgaben für Strom im Rahmen eines Schwachlasttarifs an dem damals geltenden Arbeitspreis für Stromlieferungen ausrichteten, mithin sich die Festpreise auf 10 % dieser Arbeitspreise beliefen. So lag der Arbeitspreis für Stromlieferungen im Schwachlasttarif damals bei etwa 12 Pfennig pro kWh, was dazu führte, dass der Festpreis gem. § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a KAV auf 1,2 Pfennig festgesetzt wurde (vgl. Seite 2 des Beschlusses). Dies zeigt, dass die bis dahin bestehende prozentuale Regelung lediglich auf einem bestimmten Niveau „eingefroren“ worden ist. Dies hatte den Grund, den Schwachlaststrom nicht stärker mit Abgaben zu belasten, um den gewünschten Anreiz zur Verlagerung von Stromanwendungen in lastschwache Zeiten nicht zu behindern (vgl. Anlage zur BR-Drs. 686/91, a. a. O.). An der Anknüpfung an den Nettopreis, der dann mit einer günstigen Abgabe belegt wurde, hat sich hingegen nichts geändert. Die heutigen Sätze in der Kommunalabgabenverordnung beinhalten nur eine Anpassung an den Euro.

Zu Recht hat die Beklagte daraus gefolgert, dass die Einführung der Festbeträge nach der Kommunalabgabenverordnung für den Schwachlasttarif nicht dessen Auslöser war, sondern vielmehr an bereits bestehende Schwachlasttarife anknüpfte.

(c) Zutreffend hat die Beklagten darauf hingewiesen, dass die Differenz zwischen den von der Klägerin angebotenen Hoch- und Niedrigtarifen geringer ist als die Differenz zwischen

den Konzessionsabgaben für Schwachlaststrom und denen für Strom, der nicht als Schwachlaststrom geliefert wird. So beträgt im Bereich der Stadt O. die Differenz zwischen den beiden Tarifen [exklusive Grundpreis] nur 0,98 €, was weniger ist als die Differenz der normalerweise zu zahlenden Konzessionsabgabe bei einer Stadt mit Einwohnern bis zu 500.000 Personen in Höhe von 1,99 € und der Konzessionsabgabe für Schwachlaststrom in Höhe von 0,61 €, die sich auf 1,38 € beläuft. Dies bedeutet, dass die Klägerin nur einen Abzug im Bereich der Bruttopreise gemacht haben kann, zumal sie selbst vorgetragen hat, ihren Kunden die niedrigere Konzessionsabgabe berechnet zu haben (vgl. dazu auch nachfolgend). Der günstigere Preis kann sich daher allein aus der geringeren Konzessionsabgabe gespeist haben. Aus der vorstehend aufgezeigten Preisdifferenz folgt zugleich, dass die Klägerin bei dem Niedrigtarif im Ergebnis netto sogar höhere Preise kalkuliert haben muss als bei dem Hochtarif.

(d) Für ein abweichendes Ergebnis gibt es auf der Grundlage des Vortrags der Klägerin, die die Zusammensetzung ihrer Preise nicht hat darlegen wollen, keinen Anhaltspunkt. Die Klägerin hat lediglich vorgetragen, dass Kunden, die den Nachtstrom/DUO-Tarif gewählt haben, eine geringere Konzessionsabgabe in Höhe von 0,0061 Cent pro kWh (=0,61 Cent pro kWh) berechnet worden sei. Aus den Anlagen über die abgerechneten Konzessionsabgaben (K 2 im Anlagenband der Klägerin) und den beispielhaft vorgelegten - teilweise geschwärzten - Rechnungen (Anlagenkonvolut K 3) lassen sich ebenfalls keine weitergehenden Erkenntnisse gewinnen. Nach dem oben dargestellten Rechenbeispiel ist im Übrigen auch nicht anzunehmen, dass eine weitere Offenlegung der Kalkulation zu abweichenden Erkenntnissen führen würde.

(e) Auch § 4 Abs. 2 KAV (vom Landgericht versehentlich als § 5 Abs. 2 KAV bezeichnet) steht dem hier gefundenen Ergebnis nicht entgegen. Danach sind in dem Fall, dass bei Versorgungsgebieten mit mehreren Gemeinden das Versorgungsunternehmen und eine Gemeinde vereinbaren, dass für die Belieferung von Stromtarifabnehmern keine Konzessionsabgaben oder niedrigere als die in den §§ 2 und 8 KAV zulässigen Beträge gezahlt werden, die Entgelte für den Netzzugang und die allgemeinen Tarife in dieser Gemeinde entsprechend herabzusetzen. In der Regelung kommt - im Gegenteil - der allgemeine Gedanke zum Ausdruck, dass der Verbraucher (und nicht das Energieversorgungsunternehmen, für die Konzessionsabgaben - wie gesagt - letztlich nur ein durchlaufender Posten sind) als derjenige, der das Entgelt im Ergebnis zu zahlen hat, in vollem Umfang von gekürzten oder sogar entfallenen Konzessionsabgaben profitieren soll (vgl. dazu auch BR-Drs. 686/91, Seite 13, 20 f.). Dass dies bei der Lieferung von Schwachlaststrom im oben genannten Sinne anders sein könnte, ist nicht ersichtlich. Die vorstehend wiedergegebene Verordnungsbegründung enthält insoweit lediglich eine allgemeingültige Selbstverständlichkeit.

(f) Mangels Kenntnis der Kalkulation der Klägerin kann vorliegend dahinstehen, ob sich der Schwachlasttarif im vorstehend angenommenen Sinn nicht nur marginal, etwa um 1 Cent, vom Normaltarif unterscheiden darf, sondern - was jedoch aufgrund der hier angestellten Überlegungen naheliegen dürfte - der tatsächlichen Kostensituation des Energieversorgungsunternehmens angepasst sein muss.

2. Aus vorstehend genannten Gründen kommt ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gem. § 32 Abs. 1 und Abs. 3, § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EnWG ebenso wenig in Betracht.

3. Mangels Hauptanspruch steht der Klägerin ferner ein Zinsanspruch gem. § 280 Abs. 2, § 286, § 288 BGB nicht wenig zu. Es kann daher offenbleiben, ob das Landgericht der Klägerin zu Recht Zinsen auf die Hauptforderung in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz - zuerkannt hat. Ungeachtet dessen wäre der Zinssatz nicht gem. § 288 Abs. 2 BGB, sondern gem. § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB zu berechnen gewesen, denn bei dem auf Bereicherungsausgleich gerichteten Anspruch der Klägerin handelt es sich nicht um eine Entgeltforderung, d.h. eine auf Zahlung eines Entgelts für die Lieferung von Gütern oder die Erbringung von Dienstleistungen gerichtete Gegenleistung (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 2010 - XII ZR 10/08, juris Rn. 23; Urteil vom 10. Juni 2010 - VIII ZR 259/09, juris Rn. 10 ff.; Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Aufl., § 286 Rn. 27).

III.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. Der Senat hat die Revision gem. § 543 Abs. 2 ZPO wegen grundsätzlicher Bedeutung der Angelegenheit zugelassen. Die hier entschiedene Frage, wann ein Schwachlasttarif vorliegt, wird in einer Vielzahl weiterer Rechtsbeziehungen zwischen Stromlieferanten und Netzbetreibern eine Rolle spielen.

[Verfahrensgang: vorgehend LG Oldenburg (Oldenburg), 26. Oktober 2015, Az: 9 O 242/15]