

- Beglaubigte Abschrift -



Oberlandesgericht Braunschweig

Im Namen des Volkes

Urteil

8 U 43/22
8 O 8572/19 Landgericht Braunschweig

Verkündet am 5. Oktober 2023

W., Justizobersekretärin
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

der **Seniorenheim 'I' B. GmbH & Co. KG**, vertreten durch deren Komplementärin,
die Seniorenheim J. Verwaltungs GmbH, diese vertreten durch deren
Geschäftsführer S. K. und A. J., ..., ...,

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte Dr. G., Dr. Z.-W. & Kollegen,,
Geschäftszeichen: ...

g e g e n

die **A. N. GmbH**, vertreten durch deren Geschäftsführer C. E., J. M. und R. S., ...,
...,

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

G. °Rechtsanwälte A. A. Steuerberater Partnerschaft mbB, ..., ...,
Geschäftszeichen: ...

hat der 8. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Braunschweig durch die Richterin am Oberlandesgericht x als Vorsitzende, den Richter am Oberlandesgericht Dr. y und den Richter am Oberlandesgericht z im schriftlichen Verfahren auf die bis zum Ende der Schriftsatzfrist am 31.08.2023 eingegangenen Schriftsätze für Recht erkannt:

I.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Braunschweig vom 13.05.2022 - Az. 8 O 8572/19 - teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte nicht berechtigt ist, für die seit dem 21.12.2016 bis zum 31.12.2022 entstandene Konzessionsabgabe für den Strombezug aus dem von der Beklagten betriebenen Netz für die Bezugsstelle ..., ... B. / D. mehr als 0,11 Cent je Kilowattstunde zu berechnen.

2.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II.

Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin 87 % und die Beklagte 13 %.

Von den Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin 14 % und die Beklagte 86 %.

III.

Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Beklagte kann die Vollstreckung wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

IV.

Die Revision wird zugelassen.

V.

Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird auf die Wertstufe bis 3.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe:

A.

Die Klägerin betreibt an der Einspeisungsstelle ... in ... B. / D. ein Blockheizkraftwerk (BHKW) mit einer Leistung von insgesamt 16,5 kW, das 1999 in Betrieb genommen wurde und durch das Strom produziert und in das Netz der Beklagten eingespeist wird. Gleichzeitig bezieht die Klägerin Strom aus dem Netz der Beklagten. Energieversorgerin ist die B.-Energy B. Versorgungs-Aktiengesellschaft & Co.KG in B. (im Folgenden: B. Energy). Messstellenbetreiberin ist die Elektromontagen B. GbR in K.. Während die Klägerin die Beklagte in erster

Instanz noch auf Zahlung von Leistungsvergütungen für die Zeit vom 01.01.2016 bis zum 30.06.2019 in Höhe von insgesamt 4.568,47 EUR nebst Zinsen in Anspruch genommen hatte, streiten die Parteien im Berufungsverfahren nur noch über die Höhe der Konzessionsabgabe nach der Konzessions-abgabenverordnung (KAV), welche von der Klägerin über ihren Energieversorger an die Beklagte zu zahlen ist (Feststellungsantrag zu 2.). Zur Begründung dieses Antrags hatte die Klägerin erstinstanzlich mit Schriftsatz vom 16.12.2019 (unter III., Seite 6 f., Bl. 7 f. d.A.) wie folgt vorgetragen:

"Bis zum 20.12.2016 hat die Beklagte aufgrund der Netznutzung zur Belieferung mit Strom eine Konzessionsabgabe gem. der Konzessionsabgabeverordnung (hinfort: KAV) unbeanstandet i.H.v. 0,11 Cent/kWh = 0,0011 €/kWh berechnet. Seit dem 21.12.2017 werden jedoch 1,32 Cent/kWh = 0,0132 €/kWh berechnet.

**Beweis: 1. Endabrechnung B. Energy 29.06.2017 in Kopie - Anlage K 7 -
2. Turnusabrechnung B. Energy 17.04.2018 in Kopie - Anlage K 8 -
3. Turnusabrechnung B. Energy 25.02.2019 in Kopie - Anlage K 9 -**

Die Abrechnung erfolgt durch die Beklagte zunächst gegenüber dem Energieversorger B. Energy aus B., wobei dieser aufgrund vertraglicher Vereinbarung die von der Beklagten berechnete Konzessionsabgabe der Klägerin gegenüber weiterberechnet. Gemäß Zif. 2.3 der Anlage 'PR' zum Energieversorgungsvertrag ist Preisbestandteil zwischen Energieversorger und Klägerin auch die an den zuständigen Netzbetreiber - der Beklagten - abzuführende Konzessionsabgabe. Im Falle des Bestreitens wird der Vertrag vorgelegt.

Bereits vor 2016 wird durch den Messstellenbetreiber der durch das BHKW der Klägerin eingespeiste Strom durch einen leistungsmessenden Zähler mit Maximalwertaufzeichnung (Pmax-Zähler) im RLM-Verfahren ermittelt und mit genauem Zeitstempel und konkreter Wirkleistung an die Beklagte weitergeleitet. Aus welchen Gründen auch immer, stellte die Beklagte zum 21.12.2016 willkürlich ohne Begründung auf die sogenannte SLP-Messung um und rechnete seither die höhere Konzessionsabgabe ab, ohne die gesetzlichen Vorgaben zu beachten. Tatsächlich sind jährlich Daten für die Einspeisung geliefert worden, wonach jeweils mehr als 30.000 kWh eingespeist und mind. 2 x 30 kW Leistungsspitze überschritten wurden.

Beweis: 1. Zeugnis des S. S., b.b.

**2. Protokolle sowie eine Bestätigung des Messstellenbetreibers
sowie weitere Zeugen werden im Bestreitensfall vorgelegt /
benannt**

Bei der Bestimmung der Konzessionsabgaben für Stromlieferungen ist vorrangig die Regelung des § 2 Abs. 7 KAV zu beachten. Danach gelten Stromlieferungen bis zu den in Satz 1 beschriebenen Grenzwerten, unabhängig von ihrer vertraglichen Ausgestaltung als Grundversorgungs- oder Sonderkundenvertrag, konzessionsabgabenrechtlich als Lieferungen an Tarifikunden. Erst mit Überschreitung der Grenzwerte ist zur Ermittlung der nach der KAV höchstzulässigen Konzessionsabgabe des § 1 Abs. 3 und Abs. 4 KAV abzustellen.

Die Tarifikundenfiktion besteht solange die gemessene Leistung nicht in mindestens zwei Monaten des Abrechnungsjahres 30 KW übersteigt und der Jahresverbrauch nicht mehr als 30.000 kWh beträgt. Bereits aus der Formulierung 'und' ergibt sich das Erfordernis des kumulativen Überschreitens dieser Leistungswerte. Voraussetzung für die Anwendung der 30-KW-Leistungsgrenze des § 2 Abs. 7 S. 1 KAV ist die Ermittlung einer 'gemessenen Leistung'.

Die Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

Beweis: wie zuvor"

Die Beklagte hat diesen Vortrag erstinstanzlich bestritten.

Wegen des Sach- und Streitstandes in erster Instanz wird ergänzend auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils (LGu, Seiten 3 und 4, Bl. 348, 349 d.A.) Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, soweit dies im Berufungsverfahren noch relevant ist:

Der Feststellungsantrag zu Ziffer 2. sei unbegründet. Ein Anspruch der Klägerin auf die Feststellung, dass die Beklagte nicht berechtigt sei, für die seit dem 21.12.2016

entstandene Konzessionsabgabe für die Stromeinspeisung in das von der Beklagten betriebene Netz durch das von der Klägerin mit der Einspeisestelle ..., ... B. / D. betriebene Blockheizkraftwerk mehr als 0,11 Cent je kWh zu berechnen, bestehe nicht. Die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes des § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV seien nicht erfüllt. Der Anwendungsbereich des § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV setze eine vom Netzbetreiber vorgenommene Messung voraus. Insoweit werde auf die Ausführungen in dem Beschluss des Kartellsenates des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 26.01.2021 - 16 U 125/20 -, veröffentlicht in juris, Bezug genommen. An einer solchen Messung der Beklagten als Netzbetreiberin fehle es. Eine Absenkung der Konzessionsabgabe finde daher nicht statt. § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV setze voraus, dass es sich bei den dort genannten Schwellenwerten um Größen handle, die für die Entgeltabrechnung ohnehin gemessen würden. Das ergebe sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem dort zum Ausdruck gekommenen Willen des Verordnungsgebers. Messungen des Nutzers oder Letztverbrauchers seien konzessionsabgabenrechtlich dagegen unbeachtlich. Aus diesem Grund komme es für die Frage, ob lediglich die geringere Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden zu zahlen sei, nicht darauf an, ob eine Messung durch einen Nutzer oder durch dessen Kunden eine Schwellenwertüberschreitung ergeben habe. Nur die vom Energieversorger selbst vorgenommene Messung sei konzessionsabgabenrechtlich relevant. Eine andere Auslegung des § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV sei auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil es nach deren Erlass zu einer Liberalisierung des Messstellenbetriebes dergestalt gekommen sei, dass der Netzbetreiber die Messungen nicht mehr selbst vornehmen müsse.

Wie zwischen den Parteien nunmehr unstreitig ist, ist die Konzessionsabgabe nicht für die Einspeisung von Strom in das Netz der Beklagten durch das von der Klägerin betriebene BHKW, sondern für den Bezug von Strom aus dem Netz der Beklagten zu zahlen. Auf den Schriftsatz der Klägerin vom 18.07.2022 (Bl. 383 d.A.) wird insoweit Bezug genommen.

Die Klägerin hat gegen das ihr am 18.05.2022 (Bl. 359 d.A.) zugestellte Urteil des

Landgerichts mit Schriftsatz vom 17.06.2022, bei dem Oberlandesgericht Braunschweig eingegangen am selben Tage (Bl. 364 d.A.), Berufung eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 17.07.2022, eingegangen am 18.07.2022 (Bl. 375 d.A.), begründet.

Die Klägerin verfolgt mit ihrer Berufung ihren Klageantrag zu 2. (Feststellungsantrag) - nach teilweiser Berufungsrücknahme - weiter. Sie rügt die Verletzung materiellen Rechts. Die Beklagte habe gegenüber dem Energieversorger der Klägerin, der Firma B. Energy, seit dem 21.12.2016 eine zu hohe Konzessionsabgabe berechnet. Der Energieversorger habe diese Abgabe gegenüber der Klägerin weiterberechnet, so dass die Klägerin letztlich mit zu hohen Konzessionsabgaben belastet worden sei. Entgegen der Annahme der Beklagten falle die Klägerin nicht unter die Tarifikundenfiktion des § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV, wonach Stromlieferungen aus dem Niederspannungsnetz (bis 1 Kilovolt) konzessionsabgabenrechtlich als Lieferungen an Tarifikunden gelten würden, es sei denn, die gemessene Leistung des Kunden überschreite in mindestens zwei Monaten des Abrechnungsjahres 30 KW und der Jahresverbrauch betrage mehr als 30.000 kWh. Die Klägerin erfülle die zuletzt genannten Voraussetzungen. Es werde deshalb eine Reduzierung der Konzessionsabgabe entsprechend den Regelungen der Konzessionsabgabenverordnung verlangt.

Zu Unrecht sei das Landgericht davon ausgegangen, dass § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV eine Messung durch den Netzbetreiber voraussetze. Das erstinstanzliche Gericht stütze diese Auslegung ausschließlich auf den Wortlaut der Verordnung, ohne die Liberalisierung des Strommarktes zu berücksichtigen. Das gesamte Konzessionsabgabenrecht sei vor der Liberalisierung des Strommarktes geschaffen worden. Aufgrund der Liberalisierung des Strommarktes habe der Nutzer nunmehr die Möglichkeit, seinen Messstellenbetreiber selbst auszuwählen. Hiervon habe die Klägerin Gebrauch gemacht. Aus diesem Grund sei § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV dahingehend auszulegen, dass es konzessionsabgabenrechtlich nur auf die Überschreitung der Grenzwerte, nicht aber auf eine Messung dieser Werte durch den Netzbetreiber ankomme. Durch die Tarifikundenfiktion des § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV habe verhindert werden sollen, dass durch die Vertragsgestaltung auf die Höhe der Konzessionsabgabe Einfluss genommen werden könne. Das

Konzessionsabgabenaufkommen habe durch die Vertragsgestaltung nicht verringert werden sollen. Für die Frage der Höhe der Konzessionsabgabe komme es daher allein auf die Messergebnisse an und nicht darauf, wer die Messungen durchgeführt habe. Es sei unerheblich, ob die Messungen vom Netzbetreiber selbst, einem Dritten oder dem Kunden vorgenommen worden seien. Allein auf den Wortlaut der Verordnung abzustellen, verbiete sich. Es sei nicht ersichtlich, dass der Ordnungsgeber angesichts der Liberalisierung des Strommarktes an dem Wortlaut der Verordnung habe festhalten wollen. Damit habe sich das Landgericht in seiner Entscheidung nicht auseinandergesetzt.

Der Feststellungsantrag sei auch zulässig. Das Ziel der Klägerin, eine Klärung der streitigen Rechtsfrage herbeizuführen, könne mit einer bloßen Leistungsklage nicht erreicht werden. Darüber hinaus sei zu erwarten, dass sich die Beklagte an ein für die Klägerin positives Feststellungsurteil halten werde. Eines Zahlungstitels bedürfe es daher nicht.

Die Klägerin regt an, die Revision zuzulassen, weil der Rechtsstreit Fragen aufwerfe, zu denen sich der Bundesgerichtshof noch nicht bzw. noch nicht abschließend geäußert habe. Streitig sei, ob für die Nichtanwendung der Tarifkundenfiktion des § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV nur eine Leistungsmessung überhaupt oder eine für die Entgeltabrechnung erforderliche Messung relevant sei. Das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht habe sich darauf festgelegt, dass nur eine für die Entgeltabrechnung erforderliche Messung relevant sein könne, während das Oberlandesgericht Celle den Standpunkt vertrete, dass die Ausnahmeregelung des § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV auch dann eingreife, wenn die jeweiligen Leistungswerte nicht "ohnehin" zur Abrechnung der Energielieferung oder des eigentlichen Netzentgeltes gemessen würden. Der Wortlaut der Verordnung enthalte insoweit keine Einschränkung; maßgeblich sei, dass die Leistung des Kunden "gemessen" wurde. Eine weitergehende Einschränkung dahingehend, dass nicht jede Messung ausreiche, sondern nur eine solche, die "ohnehin" auch sonst zu Abrechnungszwecken erfolgt wäre, sei der Regelung nicht zu entnehmen.

Die Klägerin beantragt daher,

das Urteil des Landgerichts Braunschweig vom 13.05.2022 - Az. 8 O 8572/19 - abzuändern und festzustellen, dass die Beklagte nicht berechtigt ist, für die seit dem 21.12.2016 bis zum 31.12.2022 entstandene Konzessionsabgabe für den Strombezug aus dem von der Beklagten betriebenen Netz für die Bezugsstelle ..., ... B.
/ D. mehr als 0,11 Cent je Kilowattstunde zu berechnen.

Die weitergehende Berufung hat die Klägerin auf Hinweis des Senates zurückgenommen (vgl. Sitzungsniederschrift vom 06.07.2023, Seite 2, Bl. 426 d.A.).

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das landgerichtliche Urteil unter Vertiefung und Wiederholung ihres erstinstanzlichen Sachvortrags. Zu Recht habe sich das Landgericht Braunschweig der Rechtsauffassung des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in seinem Beschluss vom 26.01.2021 - 16 U 125/20 - angeschlossen. Die Beklagte habe die danach erforderliche Messung nicht selbst durchgeführt. Messstellenbetreiberin sei ein anderes Unternehmen, welches im Auftrag der Klägerin die Messungen durchführe. Selbst wenn man der Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts Celle folgen würde, sei die Klage unbegründet. Der Messstellenbetreiber habe gegenüber der Beklagten in ihrer Eigenschaft als Netzbetreiberin ein Standardlastprofil für die Klägerin angemeldet. Im Übrigen habe der im Auftrag der Klägerin tätige Messstellenbetreiber der Beklagten keine Leistungswerte mitgeteilt. Die aus der Anlage K 19 ersichtlichen Leistungswerte stützten die Behauptung der Klägerin, dass eine Grenzwertüberschreitung vorliege, nicht. Auch das Oberlandesgericht Celle sei in dem dortigen Berufungsverfahren 13 U 24/19 letztlich zu dem Ergebnis gelangt, dass die Voraussetzungen des § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV nicht vorlägen, weil nicht festgestellt werden könne, ob die vorgetragene Leistungswerte zutreffend ermittelt worden seien. Die Klägerin habe Leistungswerte aber schon nicht vorgetragen.

Durch Beschluss vom 06.07.2023 hat der Senat mit Zustimmung beider Parteien gemäß § 128 Abs. 2 ZPO das schriftliche Verfahren angeordnet. Der Klägerin ist eine Schriftsatzfrist bis zum 03.08.2023 eingeräumt worden. Der Beklagten ist Gelegenheit gegeben worden, zu den Hinweisen des Senates vom 06.07.2023 und zu dem nachgelassenen Schriftsatz der Klägerin bis zum 31.08.2023 Stellung zu nehmen. Termin zur Verkündung einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren wurde auf Donnerstag, den 05.10.2023, 13:30 Uhr, bestimmt.

Mit Schriftsatz vom 08.07.2023, eingegangen am selben Tage (Bl. 429 d.A.), hat die Klägerin ihre Jahresstromabrechnungen für den Zeitraum von 2019 bis 2021 als Anlagen BK 3 bis BK 5 eingereicht. Danach habe die Klägerin im Zeitraum vom 21.12.2016 bis zum 31.12.2021 folgende Strommengen (aus dem Netz der Beklagten) bezogen:

21.12.2016 bis 31.12.2016	1.050 kWh
01.01.2017 bis 31.12.2017	35.600 kWh
01.01.2018 bis 31.12.2018	39.230 kWh
01.01.2019 bis 31.12.2019	39.780 kWh
01.01.2020 bis 31.12.2020	36.770 kWh
01.01.2021 bis 31.12.2021	37.280 kWh

Mit Schriftsatz vom 02.08.2023, eingegangen am selben Tage (Bl. 438 d.A.), hat die Klägerin den Strombezug für den Zeitraum vom 01.01.2022 bis zum 31.12.2022 mit 36.030 kWh angegeben. Die Beklagte hat die jährlichen Verbrauchsmengen der Klägerin mit Schriftsatz vom 28.08.2023 (Bl. 441 d.A.) unstreitig gestellt.

Mit Schriftsatz vom 08.07.2023 (Bl. 430 f d.A.) hat die Klägerin die jährlichen Leistungsspitzen für den Zeitraum von 2020 bis 2022 wie folgt mitgeteilt:

01.12.2020	Leistungswert (Max)	0,45 kW x 100 = 45 kW
05.01.2021	Leistungswert (Max)	0,46 KW x 100 = 46 kW

13.02.2021	Leistungswert (Max)	0,403 kW x 100 = 40,3 kW
05.10.2021	Leistungswert (Max)	0,423 kW x 100 = 42,3 kW
02.11.2021	Leistungswert (Max)	0,418 kW x 100 = 41,8 kW
25.01.2022	Leistungswert (Max)	0,468 kW x 100 = 46,8 kW
28.07.2022	Leistungswert (Max)	0,425 kW x 100 = 42,5 kW
26.08.2022	Leistungswert (Max)	0,438 kW x 100 = 43,8 kW
08.09.2022	Leistungswert (Max)	0,437 kW x 100 = 43,7 kW

Hinsichtlich der Leistungsspitzen in den Jahren 2017 bis 2020 hat sich die Klägerin auf die bereits erstinstanzlich mit Schriftsatz vom 12.03.2021 (Seite 3, Bl. 146 d.A.) und mit Schriftsatz vom 27.04.2021 (Bl. 148 f. d.A.) mitgeteilten Leistungswerte bezogen. In den genannten Zeiträumen hätten die Leistungsspitzen in mindestens zwei Monaten des jeweiligen Abrechnungsjahres jeweils 30 kW überschritten. Die Beklagte hat die behaupteten Leistungswerte mit Schriftsatz vom 28.08.2023 unstreitig gestellt.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

B.

Das Rechtsmittel hat Erfolg.

I.

Die Berufung der Klägerin ist zulässig, insbesondere form- und fristgemäß eingelegt und begründet worden. Der Zulässigkeit des Rechtsmittels steht nicht entgegen, dass die Klägerin ihren Klageantrag zu 2. im Berufungsverfahren nicht nur unwesentlich geändert hat. Begründet hat sie dies mit einer fehlerhaften Fassung des erstinstanzlichen Feststellungsantrags, der entsprechend zu berichtigen gewesen sei.

1.

Die Berufung ist nur zulässig, wenn der in erster Instanz erhobene Anspruch wenigstens teilweise weiterverfolgt wird (vgl. Zöller-Heßler, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 520 Rdn. 33). Die Zulässigkeit des Rechtsmittels der Berufung setzt nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung voraus, dass der Angriff des Rechtsmittelführers (auch) auf die Beseitigung der im vorinstanzlichen Urteil enthaltenen Beschwer gerichtet ist (vgl. BGH, Beschluss vom 29.09.2011 - IX ZB 106/11 - Rdn. 7, NJW 2011, 3653 und BGH, Beschluss vom 07.05.2003 - XII ZB 191/02, BGHZ 155, 21, 26). Das Rechtsmittel ist mithin unzulässig, wenn mit ihm lediglich im Wege der Klageänderung ein neuer, bislang nicht geltend gemachter Anspruch zur Entscheidung gestellt wird; vielmehr muss zumindest auch der in erster Instanz erhobene Klageanspruch wenigstens teilweise weiterverfolgt werden (ständige Rechtsprechung, vgl. BGH, Beschluss vom 29.09.2011 - IX ZB 106/11 - Rdn. 7, NJW 2011, 3653 und BGH, Beschluss vom 07.05.2003 - XII ZB 191/02, BGHZ 155, 21, 26). Die Erweiterung oder Änderung der Klage kann nicht alleiniges Ziel des Rechtsmittels sein, sondern nur auf der Grundlage eines zulässigen Rechtsmittels verwirklicht werden (vgl. BGH, Urteil vom 30.11.2005 - XII ZR 112/03 - Rdn.15, NJW-RR 2006, 442). Deshalb muss nach einer Klageabweisung das vorinstanzliche Begehren zumindest teilweise weiterverfolgt werden. Eine Berufung, welche die Richtigkeit der vorinstanzlichen Klageabweisung nicht in Frage stellt und ausschließlich einen neuen - bisher noch nicht geltend gemachten - Anspruch zum Gegenstand hat, ist unzulässig (vgl. BGH, Beschluss vom 29.09.2011 - IX ZB 106/11 - Rdn. 7, NJW 2011, 3653 und BGH, Urteil vom 22.11.1990 - IX ZR 73/90 - , NJW-RR 1991, 1279).

2.

Nach Maßgabe der vorstehenden Grundsätze ist die Berufung der Klägerin zulässig.

Bereits der ursprüngliche Feststellungsantrag zu 2. hatte die von der Beklagten berechnete Konzessionsabgabe zum Gegenstand, wobei die Klägerin beanstandete, dass sie seit dem 21.12.2016 eine höhere Konzessionsabgabe als 0,11 Cent je kWh zahlen müsse. Zur Begründung hat sich die Klägerin dabei unter anderem auf die Anlage K 9 (Bl. 43 d.A.) gestützt, bei der es sich um eine

Verbrauchsabrechnung der Beklagten handelt. Das Seniorenheim "J." Betriebs GmbH & Co.KG, ..., ... B., wird in dieser Rechnung vom 25.02.2019 als "Entnahmestelle" geführt. Daraus hätte geschlossen werden können, dass die Konzessionsabgabe nicht - wie im Klageantrag zu 2. ausgeführt - für die Stromeinspeisung in das Netz der Beklagten gezahlt wird, sondern für den Strombezug durch die Klägerin. Der Antrag war von der Klägerin versehentlich falsch gefasst worden und hätte berichtigt werden müssen, was in erster Instanz übersehen worden ist.

Bei dem im Berufungsverfahren mit Schriftsatz vom 18.07.2022 (Bl. 383 d.A.) angekündigten geänderten Klageantrag zu 2. handelt es sich daher nicht um einen neuen Klageantrag, sondern um eine bloße Korrektur des ursprünglichen Klageantrags. Eine Klageänderung liegt nicht vor.

II.

Die Berufung ist auch begründet.

1.

Die Klage ist zulässig.

Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung ihrer Unechtheit kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde (§ 256 Abs. 1 ZPO). Streitgegenstand einer Feststellungsklage kann daher nur ein (gegenwärtiges) Rechtsverhältnis oder die Frage der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde sein.

a)

Wie aus der Anlage K 9 ersichtlich ist, erfolgt die Berechnung der Konzessionsabgabe gegenüber der Klägerin nicht durch die Beklagte selbst, sondern durch den

Energieversorger B. Energy. Die Beklagte ist lediglich Netzbetreiberin. Sie berechnet die Konzessionsabgabe gegenüber der B. Energy, die sie dann gegenüber der Klägerin weiterberechnet. Gemäß Ziffer 2.3 der Anlage "PR" zum Energieversorgungsvertrag zwischen der Klägerin und B. Energy ist Preisbestandteil zwischen Energieversorger und Klägerin auch die an den zuständigen Netzbetreiber - die Beklagte - abzuführende Konzessionsabgabe. Zwischen der Klägerin und der Beklagten besteht in Bezug auf die Lieferung von Strom und die Zahlung der Konzessionsabgabe daher kein Rechtsverhältnis. Das streitige Rechtsverhältnis muss grundsätzlich zwischen den Parteien bestehen (vgl. Zöller-Greger, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 256 Rdn. 3 b). Der Bundesgerichtshof geht allerdings in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass auch ein Drittrechtsverhältnis Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann, falls dieses zugleich für die Rechtsbeziehungen der Parteien untereinander von Bedeutung ist und der Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Klärung hat (vgl. BGH, Urteil vom 05.05.2011 - VII ZR 179/10 - Rdn. 20, juris, und BGH, Urteil vom 16.06.1993 - VIII ZR 222/92 -, BGHZ 123, 44 sowie BGH, Urteil vom 25.02.1982 - II ZR 174/70 -, BGHZ 83, 122, 125). So verhält es sich hier. Die Berechnung der Höhe der Konzessionsabgabe durch die Beklagte gegenüber dem Energieversorger B. Energy ist aufgrund des Stromlieferungsvertrages zwischen der Klägerin und der B. Energy auch in diesem Rechtsverhältnis von Bedeutung, weil B. Energy die Konzessionsabgabe lediglich an die Klägerin "durchreicht". Dass die Konzessionsabgabe von der Beklagten nicht direkt gegenüber der Klägerin berechnet wird, lässt das Feststellungsinteresse der Klägerin nicht entfallen. Es besteht auch ein schutzwürdiges Interesse der Klägerin an der begehrten Feststellung, weil sie weiterhin Strom in das Netz der Beklagten einspeist und Strom über die B. Energy bezieht, so dass auch in Zukunft weitere Konzessionsabgaben anfallen werden. Die Erhebung einer Leistungsklage gegen die Beklagte kommt bereits deshalb nicht in Betracht, weil die Leistungsbeziehung nicht zwischen der Klägerin und der Beklagten, sondern zwischen der B. Energy und der Beklagten besteht. Die Beklagte berechnet die Konzessionsabgabe gegenüber dem Energieversorger, der sie dann gegenüber dem Kunden weiterberechnet. Die Gründe eines Leistungstitels erwachsen darüber hinaus nicht in Rechtskraft.

b)

Problematisch war der ursprüngliche Feststellungsantrag lediglich insoweit, als er sich nicht nur auf die Vergangenheit, sondern auch auf die Zukunft richtete. Einer im Vorgriff auf einen künftigen Sachverhalt erhobenen "vorbeugenden" Feststellungsklage fehlt grundsätzlich das Feststellungsinteresse (vgl. BGH, Urteil vom 04.12.2014 - III ZR 51/13 - Rdn. 4, BGHZ 203, 312). Insoweit hat die Klägerin den Feststellungsantrag auf den Zeitraum bis zum 31.12.2022 beschränkt und die weitergehende Berufung zurückgenommen.

2.

Die Feststellungsklage ist, soweit sie noch aufrechterhalten wurde, auch begründet.

Die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes des § 2 Abs. 7 der Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas (KAV) in der Fassung vom 07.07.2005 sind erfüllt.

§ 2 Abs. 7 KAV enthält eine sogenannte Tarfkundenfiktion, die folgenden Inhalt hat:

"1 Unbeschadet des § 1 Abs. 3 und 4 gelten Stromlieferungen aus dem Niederspannungsnetz (bis 1 Kilovolt) konzessionsabgabenrechtlich als Lieferungen an Tarfkunden, 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 Kilowattstunden. 2 Dabei ist auf die Belieferung der einzelnen Betriebsstätte oder Abnahmestelle abzustellen. 3 (...) 4 (...)"

Diese Regelung gilt unabhängig davon, ob die Kunden einen Sonderkundenvertrag abgeschlossen haben oder nicht. Tarfkunden oder solche, die unter die Tarfkundenfiktion fallen, müssen eine höhere Konzessionsabgabe zahlen als Sondervertragskunden und solche, die nicht unter die Tarfkundenfiktion des § 2 Abs. 7 KAV fallen.

In der obergerichtlichen Rechtsprechung ist streitig, durch wen und zu welchem Zweck die Messung durchgeführt werden muss.

a)

Das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht legt den Ausnahmetatbestand des § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV eng aus (vgl. Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht - Kartellsenat -, Beschluss vom 26.01.2021 - 16 U 125/20 -, juris). Die Abrechnung einer Sondervertragskunden-Konzessionsabgabe durch den Netzbetreiber anstelle der (höheren) Tarifkunden-Abgabe erfordere, dass es sich bei den in § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV genannten Schwellenwerten um Größen handle, die für die Entgeltabrechnung ohnehin gemessen würden. Das ergebe sich aus dem im Wortlaut der Vorschrift zum Ausdruck gekommenen Willen des Ordnungsgebers. Die beliebige Messung des Nutzers oder des Letztverbrauchers sei dagegen konzessionsabgabenrechtlich unbeachtlich. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass nach der Liberalisierung des Messstellenbetriebes die Messung nicht mehr notwendig durch den Netzbetreiber selbst zu erfolgen habe, sondern auch durch einen Dritten vorgenommen werden könne. Dass der Ausnahmetatbestand des § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV dadurch leerlaufe bzw. reduziert werde, sei hinzunehmen. Es sei Sache des Ordnungsgebers, die Konzessionsabgabenverordnung entsprechend anzupassen (vgl. Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht - Kartellsenat -, Beschluss vom 26.01.2021 - 16 U 125/20 -, juris).

b)

Das Oberlandesgericht Celle beurteilt diese Rechtsfrage anders. Auf den Hinweisbeschluss des Oberlandesgerichts Celle vom 17.02.2020 - 13 U 24/19 - (vorgelegt als Anlage BK 2, Bl. 412 bis 424 d.A.) wird insoweit Bezug genommen. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts Celle greift die Ausnahmeregelung des § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV auch dann ein, wenn die jeweiligen Leistungswerte nicht "ohnehin" zur Abrechnung der Energielieferung oder des eigentlichen Nutzungsentgeltes gemessen werden. Der Wortlaut der Verordnung enthalte insoweit keine Einschränkung. Maßgeblich sei hiernach allein, dass die Leistung des Kunden "gemessen" wurde. Eine weitergehende Einschränkung des Anwendungsbereichs der Ausnahmeregelung dahingehend, dass nicht jede Messung ausreichen solle, sondern nur eine solche, die "ohnehin" auch sonst zu

Abrechnungszwecken erfolgt wäre, sei diesem Umstand nicht zu entnehmen. Es sei vielmehr naheliegend, dass die Differenzierung darauf beruhe, dass bloße Schätzungen der Leistungswerte nicht ausreichen sollten, um zu einer Reduzierung der Konzessionsabgabe zu führen, wohingegen Verbrauchsmengen ohnehin grundsätzlich gemessen würden. Der Wortlaut der Regelung enthalte für die infrage stehende Einschränkung keine Anhaltspunkte. Der Wille des Verordnungsgebers sei diesbezüglich nicht eindeutig (wird ausgeführt). Gesetzesmotive, die im Gesetzeswortlaut keinen Ausdruck gefunden hätten, könnten die Auslegung nach Sinn und Zweck des Gesetzes ohnehin nicht binden (unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 05.10.2017 - I ZR 172/16 - Rdn. 40, juris). Das gelte auch für Verordnungen. Die in § 2 Abs. 7 Satz 1 Halbsatz 1 KAV geregelte Tarifikundenfiktion verfolge nach der Verordnungsbegründung (S. 5) den Zweck, eine Verringerung des Konzessionsabgabenaufkommens zu vermeiden, die darauf beruhe, dass der bisherige Versorger seine Verträge im Interesse seiner Kunden an niedrigeren Strompreisen in Sonderabnehmerverträge umwandle. Deshalb sollten Lieferungen im Niederspannungsnetz grundsätzlich unabhängig von ihrer sonstigen rechtlichen Ausgestaltung als Lieferungen an Tarifikunden gelten. Bei Überschreiten der genannten Grenzwerte liege kein nur unter Wettbewerbsaspekten nachvollziehbares Ausweichen aus der Tarif- in die Sondervertragskundenbelieferung vor. Es bestünden auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass ein solcher "typischer" Sondervertragskunde nur dann anzunehmen wäre, wenn Leistungswerte auch tatsächlich zum Zwecke der Abrechnung der Energielieferung bzw. des Netzentgeltes gemessen würden. Entscheidendes Differenzierungsmerkmal sei vielmehr neben dem Jahresverbrauch an Energie allein der tatsächliche Leistungsbedarf. Für ein solches Verständnis des § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV spreche auch dessen systematische Stellung. Während § 1 Abs. 3, 4 KAV grundlegend nicht auf das Abnahmeverhalten, sondern auf die vertragliche Ausgestaltung des Lieferverhältnisses abstellten, stelle § 2 Abs. 7 KAV eine Ausnahmeregelung hiervon dar, die konsequenterweise das Abnahmeverhalten berücksichtige, nicht aber die vertragliche Ausgestaltung des Lieferverhältnisses.

c)

Der vorstehende Meinungsstreit ist vorliegend entscheidungserheblich, weil die Messungen der Leistungsspitzen und der Verbrauchsmengen an Strom seit dem 21.12.2016 nicht mehr von der Beklagten (Netzbetreiberin) durchgeführt wurden, sondern - im Auftrag der Klägerin - von der Elektromontage B. GbR, also einem Dritten. Würde man der Rechtsauffassung des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts folgen, so käme die Ausnahmeregelung des § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV für die Klägerin bereits deshalb nicht zum Tragen, weil die Messungen nicht vom Netzbetreiber, sondern von einem Dritten durchgeführt worden sind.

Der Senat schließt sich der Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts Celle an. Die dortigen Erwägungen sind überzeugend. Die Konzessionsabgabenverordnung nimmt in § 2 Abs. 7 KAV nur auf die "gemessene Leistung des Kunden" und den "Jahresverbrauch" Bezug. Dies spricht aus Sicht des Senates dafür, dass es auf die tatsächlichen Werte ankommt und nicht darauf, von wem und aus welchem Anlass diese gemessen worden sind. Weitergehende Einschränkungen enthält der Wortlaut des § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV nicht. Welchen konkreten Anforderungen die Messung genügen muss, wird in der Konzessionsabgabenverordnung nicht festgelegt. Insbesondere wird nicht gefordert, dass es sich um eine Messung des Energieversorgers oder des Netzbetreibers zum Zwecke der Entgeltabrechnung handeln muss. Sinn und Zweck der Regelung gehen dahin, einem Missbrauch durch die Wahl einer Vertragsgestaltung vorzubeugen, welche das Konzessionsabgabenaufkommen willkürlich verringert. Mit der Regelung in § 2 Abs. 7 KAV wollte der Verordnungsgeber verhindern, dass Tarifkundenverträge bewusst in Sonderkundenverträge umgewandelt werden und dadurch den Gemeinden Konzessionsabgaben entgehen (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.). Aus diesen Gründen kann es nicht darauf ankommen, wer die Werte ermittelt hat und zu welchem Zweck.

Dass die Beklagte seit dem 21.12.2016 nicht mehr Messstellenbetreiberin und daher für die Messung nicht mehr verantwortlich ist, kann nicht dazu führen, dass die Klägerin unabhängig von tatsächlichen Leistungs- und Verbrauchswerten als

Tarifkundin behandelt wird und deshalb die höhere Konzessionsabgabe für Tarifkunden zahlen muss.

d)

Die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes des § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV sind im Streitfall erfüllt.

Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 28.08.2023 die von der Klägerin mitgeteilten Leistungswerte und die jährlichen Verbrauchsmengen an Strom unstreitig gestellt. Danach überstiegen die jährlichen Verbrauchsmengen im Zeitraum vom 01.01.2017 bis zum 31.12.2022 jeweils den Wert von 30.000 kWh. In der Zeit vom 21.12.2016 bis zum 31.12.2016 betrug der Verbrauch der Klägerin 1.050 kWh. Abzustellen ist jedoch auf den Gesamtverbrauch des Jahres 2016. Bis zum 20.12.2016 wurden die Verbrauchsmengen noch von der Beklagten gemessen. Da die Beklagte bis einschließlich 20.12.2016 unstreitig die geringere Konzessionsabgabe abgerechnet hat, ist davon auszugehen, dass im Jahr 2016 der Jahresverbrauch der Klägerin ebenfalls über 30.000 kWh lag. Die Beklagte hat den diesbezüglichen Vortrag der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 08.07.2023 (dort Seite 2 unten, Bl. 431 d.A.) nicht mehr bestritten. Danach lag der Jahresverbrauch der Klägerin an Strom in den Jahren 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021 und 2022 jeweils über 30.000 kWh, wie von § 2 Abs. 7 KAV vorausgesetzt.

Ebenso überstieg die gemessene Leistung der Klägerin im Zeitraum vom 21.12.2016 bis zum 31.12.2022 in mindestens zwei Monaten des jeweiligen Abrechnungsjahres den von § 2 Abs. 7 KAV vorausgesetzten Wert von 30 kW. Für den Zeitraum von 2017 bis 2020 hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 12.03.2021 folgende Leistungsspitzenwerte mitgeteilt, die die Beklagte im Berufungsverfahren unstreitig gestellt hat:

29.06.2017	Leistungswert (Max)	0,329 kW x 100 = 32,9 kW
31.08.2017	Leistungswert (Max)	0,319 kW x 100 = 31,9 kW
15.03.2018	Leistungswert (Max)	0,405 kW x 100 = 40,5 kW

09.06.2018	Leistungswert (Max)	0,383 kW x 100 = 38,3 kW
06.02.2019	Leistungswert (Max)	0,389 kW x 100 = 38,9 kW
06.06.2019	Leistungswert (Max)	0,451 kW x 100 = 45,1 kW
28.07.2020	Leistungswert (Max)	0,405 kW x 100 = 40,5 kW
15.08.2020	Leistungswert (Max)	0,371 kW x 100 = 37,1 kW

Mit Schriftsatz vom 08.07.2023 hat die Beklagte darüber hinaus folgende Leistungsspitzen mitgeteilt, die von der Beklagten unstreitig gestellt worden sind:

01.12.2020	Leistungswert (Max)	0,450 kW x 100 = 45,0 kW
05.01.2021	Leistungswert (Max)	0,460 kW x 100 = 46,0 kW
13.02.2021	Leistungswert (Max)	0,403 kW x 100 = 40,3 kW
05.10.2021	Leistungswert (Max)	0,423 kW x 100 = 42,3 kW
02.11.2021	Leistungswert (Max)	0,418 kW x 100 = 41,8 kW
25.01.2022	Leistungswert (Max)	0,468 kW x 100 = 46,8 kW
28.07.2022	Leistungswert (Max)	0,425 kW x 100 = 42,5 kW
26.08.2022	Leistungswert (Max)	0,438 kW x 100 = 43,8 kW
08.09.2022	Leistungswert (Max)	0,437 kW x 100 = 43,7 kW

Nicht bestritten hat die Beklagte auch den Vortrag der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 08.07.2023 (dort Seite 2 unten), wonach die Leistungsspitzenwerte im Zeitraum bis zum 20.12.2016 in mindestens zwei Monaten über 30 kW lagen, so dass die Voraussetzungen des § 2 Abs. 7 KAV auch im Zeitraum vom 21.12.2016 bis zum 31.12.2022 durchgehend erfüllt waren.

Soweit die Beklagte geltend macht, dass vor Ort keine Leistungsmessung (RLM) durch den im Auftrag der Klägerin tätigen Messstellenbetreiber, die Firma Elektromontagen B. GbR, durchgeführt und der Beklagten als Netzbetreiberin gemeldet worden sei, sondern lediglich ein Standardlastprofil, so kommt es darauf nicht an. Maßgeblich ist, ob die Klägerin die Schwellenwerte gemäß § 2 Abs. 7 KAV im streitgegenständlichen Zeitraum tatsächlich überschritten hat, was vorliegend unstreitig der Fall ist. Die (für die Klägerin ungünstigere) Tarifikundenfiktion greift im Streitfall daher nicht ein. Gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 1 KAV dürfen bei der Belieferung

von Sondervertragskunden mit Strom 0,11 Cent je Kilowattstunde nicht überschritten werden.

Der Feststellungsantrag der Klägerin ist für den Zeitraum vom 21.12.2016 bis zum 31.12.2022 daher begründet.

C.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1 Satz 1, 516 Abs. 3 Satz 1 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10 Satz 1, 709 Satz 2, 711 ZPO.

Gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO war die Revision gegen dieses Urteil zuzulassen, weil die entscheidungserhebliche Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dient (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO). Zu der entscheidungserheblichen Rechtsfrage werden von verschiedenen Oberlandesgerichten unterschiedliche Rechtsauffassungen vertreten, da sie höchstrichterlich noch nicht entschieden worden ist. Die Rechtsfrage dürfte sich zudem in einer unbestimmten Vielzahl von weiteren Fällen erneut stellen.

Die Festsetzung des Berufungsstreitwertes gründet sich auf § 3 ZPO i.V.m. § 41 Abs. 1 Satz 1 GKG analog, wobei der Senat einen Feststellungsabschlag von 20 % auf die von der Klägerin mitgeteilten Fehlbeträge berücksichtigt hat.

Vorstehende Abschrift
stimmt mit der Urschrift überein
und wird hiermit beglaubigt.
Braunschweig, 26.01.2024

W., Justizobersekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
des Oberlandesgerichts