



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

EnZR 32/16

Verkündet am:
20. Juni 2017
Bürk
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Schwachlasttarif

KAV § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a

§ 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a KAV setzt voraus, dass der Tarif für die Abnahme innerhalb der Schwachlastzeit auch ohne rechnerische Einbeziehung der Konzessionsabgabe einen geringeren Arbeitspreis vorsieht als für die Abnahme in den übrigen Zeiträumen.

BGH, Urteil vom 20. Juni 2017 - EnZR 32/16 - OLG Celle
LG Oldenburg

ECLI:DE:BGH:2017:200617UENZR32.16.0

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Juni 2017 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg und die Richter Dr. Grüneberg, Dr. Bacher, Sunder und Dr. Deichfuß

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 2. Juni 2016 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin beliefert Abnehmer in dem von der Beklagten betriebenen Elektrizitätsverteilernetz mit Strom. Sie bietet unter anderem als "Nachtstrom/Duo" bezeichnete Tarife an, bei denen der Arbeitspreis pro Kilowattstunde für die Abnahme zu bestimmten Tageszeiten (in der Regel zwischen 22 und 6 Uhr) für Privatkunden um 0,98 Cent (23,70 statt 24,68) und für Gewerbekunden um 0,82 Cent (19,92 statt 20,74) niedriger ist als für die Abnahme im übrigen Zeitraum.

- 2 Die Beklagte kalkuliert die nach den vertraglichen Vereinbarungen von der Klägerin zu tragenden Konzessionsabgaben für die nach diesen Tarifen belieferten Kunden mit dem in § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b KAV vorgesehenen Satz von 1,99 Cent je Kilowattstunde. Die Klägerin hält stattdessen den in § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a KAV für Schwachlaststrom vorgesehenen Satz von 0,61 Cent pro Kilowattstunde für einschlägig und begehrt deshalb Rückzahlung des darüber hinaus entrichteten Nutzungsentgelts für den Zeitraum von Februar 2010 bis September 2014.

- 3 Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 30.387,51 Euro nebst Zinsen verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Dagegen wendet sich die Klägerin mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, der die Beklagte entgegentritt.

Entscheidungsgründe:

4 Die zulässige Revision ist unbegründet.

5 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung (RdE 2016, 407) im
Wesentlichen wie folgt begründet:

6 Die Beklagte habe die Konzessionsabgaben in der gezahlten Höhe zu
Recht vereinnahmt. Die zu beurteilenden Tarife der Klägerin seien nicht als
Schwachlasttarif im Sinne von § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a Fall 1 KAV an-
zusehen. Auch nach Außerkrafttreten der Bundestarifordnung Elektrizität genü-
ge es nicht, wenn innerhalb des Schwachlastfensters ein Tarif angeboten wer-
de, der getrennt vom Hochtarif gemessen und angerechnet werde und dessen
Arbeitspreis nur in irgendeiner Form geringer sei als der Normaltarif. Vielmehr
müsse sich die Preisdifferenz in einem geringeren Nettopreis niederschlagen.
Diese Voraussetzung sei im Streitfall nicht erfüllt.

7 II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung stand.

8 1. Die beiden im Streitfall zu beurteilenden Tarife sind nicht als
Schwachlasttarif im Sinne von § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a Fall 1 KAV an-
zusehen.

9 § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a KAV nimmt zur Definition des Begriffs
"Schwachlasttarif" auf § 9 Abs. 1 Satz 1 der Bundestarifordnung Elektrizität
(BTOElt) Bezug. Nach dieser Vorschrift, die mit Ablauf des 30. Juni 2007 außer
Kraft getreten ist, haben Elektrizitätsversorgungsunternehmen für Tageszeiten
schwacher Leistungsanspruchnahme (Schwachlastzeit) einen Arbeitspreis

anzubieten, der der Kostensituation in diesen Zeiten Rechnung tragen muss. Diese Voraussetzungen sind im Streitfall nicht erfüllt.

- 10 a) Mangels abweichender tatsächlicher Feststellungen des Berufungsgerichts ist für die revisionsrechtliche Beurteilung allerdings zugunsten der Klägerin davon auszugehen, dass es im Zeitraum zwischen 22 und 6 Uhr typischerweise zu einer eher geringen Leistungsanspruchnahme kommt und dieser Zeitraum deshalb als Schwachlastzeit im Sinne von § 9 Abs. 1 Satz 1 BTOElt anzusehen ist.
- 11 b) Zu Recht hat das Berufungsgericht die Anwendung von § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a KAV zusätzlich davon abhängig gemacht, dass der Tarif für die Abnahme innerhalb der Schwachlastzeit einen geringeren Arbeitspreis vorsieht als für die Abnahme in den übrigen Zeiträumen.
- 12 aa) Die Regelung in § 9 BTOElt in der seit 1. Januar 1990 geltenden Fassung, auf die § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a KAV Bezug nimmt, diene dem Zweck, einen stärkeren Anreiz zur Verbrauchsverlagerung in lastschwache Zeiten zu bieten (BR-Drucks. 493/89 S. 33 f.).
- 13 Anders als § 10 Abs. 2 Satz 2 BTOElt in der von 1. April 1980 bis 31. Dezember 1989 geltenden Fassung, der eine Unterschreitung um mindestens 25 Prozent vorschrieb, sah § 9 BTOElt für den Schwachlasttarif zwar weder eine Obergrenze noch einen Mindestabstand zum Normaltarif vor, weil der Verordnungsgeber die Lastverhältnisse und die unterschiedliche Kostensituation der einzelnen Versorgungsunternehmen als zu unterschiedlich einschätzte (BR-Drucks. 493/89 S. 34). Dennoch lag auch der Neuregelung die Erwägung zu Grunde, dass der Arbeitspreis in Schwachlastzeiten niedriger ist als in den übrigen Zeiträumen. Als Anreiz zugunsten einer Verbrauchsverlagerung in Schwachlastzeiten kommen typischerweise finanzielle Vorteile für den Abnehmer in Betracht. Ein Versorgungsunternehmen, das zugleich Netzbetreiber ist,

wie dies während der Geltung von § 9 BTOElt den Regelfall darstellte, kann solche Vorteile bei einer kostenbasierten Tarifgestaltung typischerweise schon deshalb anbieten, weil die auf Schwachlastzeiten entfallenden Netzkosten bei einer an der Jahreshöchstlast orientierten Kostenverteilung geringer sind als die auf sonstige Zeiträume entfallenden Kosten.

14 bb) Diese Erwägung liegt auch § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a KAV zu Grunde.

15 Die auf einen Vorschlag des Bundesrats zurückgehende Vorschrift dient dem Zweck, eine erhebliche Verteuerung des Schwachlaststroms und eine daraus resultierende Behinderung des energie- und umweltpolitisch erwünschten Anreizes zur Verlagerung von Stromanwendungen in lastschwache Zeiten zu vermeiden (Anlage zu BR-Drucks. 686/91 (Beschluss), S. 2). Eine solche Behinderung befürchtete der Verordnungsgeber für den Fall, dass die damals vorgenommene Umstellung der Konzessionsabgaben von einem prozentual nach dem Arbeitspreis bemessenen zu einem festen Betrag dazu geführt hätte, dass für Schwachlastlieferungen eine Konzessionsabgabe in derselben Höhe anfällt wie für Lieferungen im übrigen Zeitraum. Abweichend vom Entwurf der Bundesregierung, der den in § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a KAV festgelegten, je nach Gemeindegröße zwischen 2,6 und 4,69 Pfennig (nunmehr 1,32 bis 2,39 Cent) pro Kilowattstunde liegenden Höchstbetrag für alle Lieferungen an Tarifkunden vorgesehen hatte (BR-Drucks. 686/91 S. 2), wurde der Höchstbetrag für Schwachlastlieferungen deshalb auf 1,2 Pfennig (nunmehr 0,61 Cent) pro Kilowattstunde reduziert (Anlage zu BR-Drucks. 686/91 (Beschluss), S. 2). Beide Beträge entsprachen damals zehn Prozent des durchschnittlichen Arbeitspreises für die Belieferung in den jeweiligen Zeiträumen (für Schwachlastzeiten: Anlage zu BR-Drucks. 686/91 (Beschluss), S. 2, für die übrigen Zeiträume: BR-Drucks. 686/91 S. 15).

- 16 cc) Die Aufhebung der Bundestarifordnung Elektrizität hat nicht zu einer grundsätzlichen Veränderung dieser Zielsetzung geführt.
- 17 Schon bei Inkrafttreten von § 2 KAV bestand allerdings nicht mehr die Gewähr dafür, dass der Preisvorteil für Schwachlasttarife unverändert fortbestehen oder sogar noch anwachsen würde. Die Fixierung der Höchstsätze für die Konzessionsabgaben und das Fehlen einer Obergrenze für den Arbeitspreis für Schwachlastlieferungen eröffneten vielmehr die Möglichkeit, dass sich die Preisdifferenz verringert. Ein Tarif, bei dem der Arbeitspreis in Schwachlastzeiten nur unwesentlich niedriger oder sogar höher ist als in sonstigen Zeiträumen, stünde dennoch in Widerspruch mit der Zielsetzung der Vorschrift, weil er eine Verlagerung des Verbrauchs in Schwachlastzeiten nicht fördern, sondern unter Umständen sogar einen umgekehrten Anreiz schaffen würde.
- 18 dd) Die Trennung zwischen Netzbetrieb und Lieferung und die Abkehr von einer rein kostenbasierten Kalkulation der Lieferpreise haben an dieser grundlegenden Zielrichtung nichts geändert.
- 19 Dabei kann dahingestellt bleiben, ob eine Abnahme in Schwachlastzeiträumen für den Stromlieferanten zu Kostenvorteilen bei der Beschaffung oder Erzeugung der gelieferten Energie führen kann. Kostenvorteile können sich trotz der Trennung von Netzbetrieb und Lieferung jedenfalls im Hinblick auf die Netznutzung ergeben. Entgegen der Auffassung der Revision können solche Vorteile auch einem Lieferanten entstehen, der nicht zugleich Netzbetreiber ist. Eine Verringerung der Netzkosten kann zu einer Verringerung der vom Lieferanten zu zahlenden Netzentgelte führen und damit dessen Spielraum für eine attraktive Preisgestaltung gegenüber seinen Kunden erhöhen.
- 20 Vor diesem Hintergrund ist die Zielsetzung des § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a KAV trotz der geänderten Rahmenbedingungen nicht gegenstandslos geworden. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob und in welchem Umfang ein

Lieferant den Arbeitspreis für den Schwachlastzeitraum auch unter den neuen Rahmenbedingungen noch auf der Grundlage der ihm entstehenden Kostenvorteile kalkulieren kann oder muss. Eine Tarifgestaltung, bei der die Verlagerung der Abnahme in die Schwachlastzeit für den Kunden finanzielle Anreize bietet, ist jedenfalls weiterhin möglich. Deshalb fallen weiterhin nur solche Tarife unter den Tatbestand der Vorschrift, die einen hinreichenden Anreiz bieten.

21 c) Ebenfalls zu Recht ist das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass der Preisvorteil für die Abnahme in der Schwachlastzeit jedenfalls höher sein muss als die Differenz zwischen den pro Kilowattstunde anfallenden Konzessionsabgaben.

22 aa) Wie bereits oben aufgezeigt wurde, dient § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KAV dem Zweck, Anreize für die Verlagerung von Stromanwendungen in lastschwache Zeiten nicht zu behindern.

23 Diese Zielrichtung setzt, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, voraus, dass der Lieferant schon unabhängig von der Ausgestaltung der Konzessionsabgabe die Möglichkeit hat, solche Anreize durch eine entsprechende Differenzierung des Arbeitspreises zu setzen. Die zusätzliche Differenzierung bei der Höhe der Konzessionsabgabe dient dazu, den für den Lieferanten bestehenden Spielraum nicht zu stark einzuschränken, nicht aber dazu, einen solchen Spielraum erst zu schaffen.

24 bb) Entgegen der Auffassung der Revision führt der Umstand, dass ein Lieferant theoretisch nicht gezwungen ist, die anfallenden Konzessionsabgaben in voller Höhe in die Kalkulation seiner Preise einfließen zu lassen, nicht zu einer abweichenden Beurteilung.

25 Eine Preisgestaltung, bei der die Differenz zwischen den Arbeitspreisen die Differenz zwischen den unterschiedlichen Sätzen für die Konzessionsabga-

be nicht übersteigt, führt unabhängig von der konkreten Kalkulationsmethode zu dem Ergebnis, dass ein Anreiz zur Abnahme in lastschwachen Zeiten nur innerhalb des mit § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KAV geschaffenen Spielraums gesetzt wird. Dies steht in Widerspruch zu der oben aufgezeigten Zielsetzung der Vorschrift.

26 cc) Ob dasselbe Ergebnis auch aus § 4 Abs. 2 KAV abzuleiten ist, bedarf keiner Entscheidung.

27 Aus der genannten Vorschrift, die den Fall betrifft, dass eine von mehreren zu einem Versorgungsgebiet gehörenden Gemeinden keine oder unterhalb der Höchstsätze liegende Konzessionsabgaben erhebt, kann jedenfalls nicht der Gegenschluss gezogen werden, dass ein Tarif abweichend von der Zielsetzung des § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a KAV auch dann als Schwachlasttarif im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist, wenn der Preisunterschied die aufgrund der unterschiedlichen Konzessionsabgabe mögliche Differenz nicht übersteigt.

28 d) Wie hoch der Preisunterschied mindestens sein muss, bedarf im Streitfall keiner Entscheidung, weil die von der Klägerin angebotenen Tarife schon die genannte Mindestvoraussetzung nicht erfüllen.

29 Der von der Klägerin in Rechnung gestellte Preis pro Kilowattstunde weist nach den insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nur eine Preisdifferenz von 0,98 bzw. 0,82 Cent auf. Dies ist weniger als die Differenz zwischen den unterschiedlichen Konzessionsabgabesätzen. Der kalkulierte Preis ohne Konzessionsabgabe liegt, wie auch die Revision nicht verkennt, für Schwachlastzeiten folglich sogar höher als für den übrigen Zeitraum.

30 2. Entgegen der Auffassung der Revision gilt für einen zeitvariablen Tarif im Sinne von § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a Fall 2 KAV nichts anderes.

31 a) Mit der Einbeziehung von Schwachlasttarifen und zeitvariablen Tarifen trägt § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a KAV der in § 9 Abs. 1 Satz 2 BTOElt vorgesehenen Möglichkeit Rechnung, anstelle eines Schwachlasttarifs einen nach Tages-, Wochen- oder Jahreszeiten (Zeitzonen) gestaffelten Arbeits- oder Leistungspreis gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 BTOElt anzubieten, der zu einem gleichwertigen Ergebnis führt. Im Zusammenhang mit der Konzessionsabgabe hat der Ordnungsgeber zwischen diesen beiden Tarifgestaltungen gerade keine Differenzierung vorgenommen, sondern für beide Fälle denselben Abgabensatz vorgesehen.

32 Dies deckt sich mit dem Zweck der Vorschrift. Die Erreichung des mit ihr angestrebten Ziels, die energie- und umweltpolitisch erwünschten Anreize für eine Verlagerung von Stromwendungen in lastschwache Zeiten nicht zu behindern, setzt unabhängig von der sonstigen Ausgestaltung des Tarifs voraus, dass der Arbeitspreis für Schwachlastzeiten hinreichend attraktiv ist. Demgemäß wird auch in den Materialien zu § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a KAV (Anlage zu BR-Drucks. 686/91 (Beschluss) S. 2 f.), der der Unterstützung dieses Anreizes dient, nicht zwischen Schwachlasttarifen und zeitvariablen Tarifen differenziert.

33 b) Entgegen der Auffassung der Revision ergibt sich aus § 40 Abs. 5 EnWG keine abweichende Beurteilung.

34 Nach § 40 Abs. 5 Satz 1 EnWG haben Lieferanten grundsätzlich einen Tarif anzubieten, der einen Anreiz zu Energieeinsparung oder Steuerung des Energieverbrauchs setzt. Als hierfür geeignet sind nach § 40 Abs. 5 Satz 2 EnWG insbesondere lastvariable oder tageszeitabhängige Tarife anzusehen.

- 35 Diese Vorschrift greift zwar die in § 9 Abs. 1 BTOElt vorgesehene Differenzierung zwischen Schwachlasttarifen und zeitvariablen Tarifen nicht ausdrücklich auf. Als tageszeitabhängiger Tarif im Sinne von § 40 Abs. 5 Satz 2 EnWG kommen aber sowohl ein Schwachlasttarif im Sinne von § 9 Abs. 1 Satz 1 BTOElt als auch ein zeitvariabler Tarif im Sinne von § 9 Abs. 1 Satz 2 BTOElt in Betracht. Schon angesichts dessen hatte der Verordnungsgeber keinen zwingenden Anlass, den Wortlaut von § 2 Abs. 2 KAV an die vom Gesetzgeber gewählte Diktion anzupassen, zumal er - ebenso wie § 40 Abs. 5 EnWG - für beide Tarifgestaltungen dieselbe Regelung vorsieht.
- 36 c) Angesichts dessen genügen die beiden im Streitfall zu beurteilenden Tarife auch dann nicht den Anforderungen von § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a KAV, wenn sie nicht nur nach Schwachlastzeiten und sonstigen Zeiträumen im Sinne von § 9 Abs. 1 Satz 1 KAV, sondern darüber hinaus nach weiteren Zeitzeonen im Sinne von § 4 Abs. 1 Satz 2 BTOElt differenzieren würden - wofür es nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen allerdings ohnehin keine Anhaltspunkte gibt.
- 37 3. Entgegen der Auffassung der Revision bedarf es nicht der Einholung einer Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union.
- 38 Dabei kann dahingestellt bleiben, ob eine vertraglich vereinbarte Vergütung für die Nutzung öffentlicher Verkehrswege überhaupt als Verpflichtung im Sinne von Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG (ABl. EU L 211 S. 55) angesehen werden kann. Eine gesetzliche Regelung, nach der der Höchstsatz einer solchen Vergütung geringer ist, wenn die maßgebliche Stromlieferung in einem Zeitraum geringer Netzauslastung erfolgt und deshalb zu einem günstigeren Arbeitspreis abgerechnet wird, dient jedenfalls zweifelsfrei der Versorgungssicherheit und der Optimierung des Stromverbrauchs, weil

sie zu einer gleichmäßigen Nutzung des Netzes und zur Verhinderung von Engpässen beiträgt. Auch im Übrigen ist nicht ersichtlich, dass die Regelung in § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a und b KAV in Widerspruch zu Vorgaben der Richtlinie stehen könnte.

39 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Limperg

Grüneberg

Bacher

Sunder

Deichfuß

Vorinstanzen:

LG Oldenburg, Entscheidung vom 26.10.2015 - 9 O 242/15 -

OLG Celle, Entscheidung vom 02.06.2016 - 13 U 21/16 (Kart) -