

Auf ein Watt Blog

By PwC Deutschland | 19.05.2022

# Oberlandesgericht Celle zur Messung im Rahmen der Tarifkundenfiktion nach § 2 Abs. 7 KAV

**So nachvollziehbar und begrüßenswert die Ausführungen des OLG  
Celle in dieser umstrittenen Rechtsfrage sind, wird auch dieses  
Verfahren leider nicht zu einer höchstrichterlichen Klärung führen.**

**Das Oberlandesgericht (OLG) Celle vertritt in seinem Urteil vom 31. März 2022 (13 U 24/19) die Auffassung, dass ein Sondervertragskunde auch dann der Tarfkundenfiktion nach § 2 Abs. 7 Konzessionsabgabenverordnung (KAV) entkommt, wenn seine Leistungswerte nicht ohnehin vom Netzbetreiber zum Zwecke der Entgeltberechnung gemessen werden müssen und widerspricht damit dem OLG Schleswig-Holstein (**wir berichteten**). Auch eine geeichte Messung sei nicht zwingende Voraussetzung.**

Nach **§ 2 Abs. 7 Satz 1 KAV** gelten grundsätzlich Stromlieferungen aus dem Niederspannungsnetz 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 (kWh). Das bedeutet, dass für diese Stromlieferungen allgemein höhere Konzessionsabgaben erhoben werden dürfen. Es ist derzeit streitig, ob für die Nichtanwendung der Tarfkundenfiktion nur eine Leistungsmessung überhaupt oder eine für die Entgeltabrechnung erforderliche Messung relevant sei. Das OLG Schleswig-Holstein hatte sich in seinem Urteil darauf festgelegt, dass nur eine für die Entgeltabrechnung erforderliche Messung relevant sein könne, da der Verordnungsgeber in der **Begründung** zu § 2 Abs. 7 KAV ausgeführt habe, dass die Grenze nur anzuwenden sei, „wenn die vom Kunden beanspruchte Leistung ohnehin gemessen werde. Dabei sei die vom Versorgungsunternehmen allgemein angewendete Leistungsmessung entscheidend, typischerweise also die Viertelstundenmessung“.

Dieser Auffassung ist das OLG Celle dezidiert in einem früheren Hinweisbeschluss vom 17. Februar 2020, den es jetzt im Endurteil bestätigt, entgegengetreten. Schon der Wortlaut der Verordnung selbst enthalte keine solche Einschränkung. Zwar werde hinsichtlich des Leistungswert eine Messung verlangt, hinsichtlich des Jahresverbrauchs nicht. Hieraus lasse sich aber nur schließen, dass bloße Schätzungen der Leistungswerte nicht ausreichen sollten, während der Jahresverbrauch ohnehin grundsätzlich gemessen werden.

Der Wortlaut der Verordnungsbegründung seinerseits könne unterschiedlich ausgelegt werden. Es sei denkbar, dass Kunden aus § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV keinen Anspruch gegen das jeweilige Energieversorgungsunternehmen herleiten können sollten, die Leistungswerte überhaupt, oder auch nur häufiger als allgemein angewandt, zu messen. Zwar könne auch eine zusätzliche Einschränkung herausgelesen werden, deren Sinn erschlosse sich aber weder im Übrigen aus der Verordnungsbegründung noch aus sonstigen Umständen, so dass zumindest Zweifel bestünden, ob der Verordnungsgeber eine Regelung mit diesem Inhalt treffen wollte. Daher käme dem Umstand, dass der Verordnungswortlaut selbst keine Anhaltspunkte für eine diesbezügliche Einschränkung enthalte, gesteigerte Bedeutung zukomme.

Die Tarfkunden-Fiktion verfolge nach der Verordnungsbegründung den Zweck, eine Verringerung des Konzessionsabgabenaufkommens zu vermeiden, die darauf beruht, dass der bisherige Versorger seine Verträge im Interesse seiner Kunden an niedrigeren Strompreisen in Sonderabnehmerverträge umwandelt. Durch die Begrenzung dieser Fiktion habe der Verordnungsgeber nach der weiteren Begründung

sicherstellen wollen, dass Kunden im Niederspannungsnetz, die aus elektrizitätswirtschaftlicher Sicht gleichartig zu Kunden im Mittelspannungsnetz seien, nicht ungleich gegenüber diesen behandelt werden. Bei Überschreiten der genannten Grenzwerte liege kein nur unter Wettbewerbsaspekten nachvollziehbares Ausweichen aus der Tarif- in die Sondervertragsbelieferung vor, sondern das Überschreiten eines Grenzwertes aus der langjährigen elektrizitätswirtschaftlichen Praxis für die Abgrenzung beider Kundenbereiche. Es bestünden aber keine 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 dürfte vielmehr neben dem Jahresverbrauch allein der tatsächliche Leistungsbedarf sein.

Dass ein solches sachlich nicht begründetes Differenzierungskriterium nach dem Willen des Verordnungsgebers zu einer Erhöhung des Konzessionsabgabenaufkommens hätte führen sollen, sei nicht anzunehmen. Eine solche Erhöhung sei nach der Verordnungsbegründung gerade nicht beabsichtigt gewesen. Hierfür spreche schließlich auch die systematische Stellung von § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV. Während § 1 Abs. 3, 4 KAV grundlegend nicht auf das Abnahmeverhalten, sondern auf die vertragliche Ausgestaltung des Lieferverhältnisses abstellen, stellt § 2 Abs. 7 KAV eine Ausnahmeregelung hiervon dar, die konsequenterweise das Abnahmeverhalten berücksichtige, nicht aber die vertragliche Ausgestaltung des Lieferverhältnisses.

Weiter führt das OLG Celle aus, dass die notwendigen Feststellungen auch dann getroffen werden könnten, wenn diese im Einzelfall nicht durch geeichte Messgeräte gemessen worden seien. Auch wenn die Messung des Lastgangs durch ungeeichte Zähler und die Verwendung entsprechend gewonnener Messgrößen grundsätzlich im geschäftlichen Verkehr verboten sei, folge daraus kein Verwertungsverbot für diese Messergebnisse im Prozess. Bei geeichten Messgeräten spreche zwar eine tatsächliche Vermutung für die Richtigkeit der gemessenen Werte. Wenn sich feststellen lasse, dass die von einem Messgerät angezeigten Verbrauchswerte zutreffend seien, auch wenn das Gerät im Zeitpunkt der Ablesung nicht (mehr) geeicht sei, stehe der Umstand der fehlenden Eichung deshalb nicht dem Nachweis im Prozess entgegen, dass die abgelesenen Werte richtig seien.

So nachvollziehbar und begrüßenswert die Ausführungen des OLG Celle in dieser umstrittenen Rechtsfrage sind, wird auch dieses Verfahren leider nicht zu einer höchstrichterlichen Klärung führen. Zwar wollte das OLG Celle laut Hinweisbeschluss die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung zulassen, da es anders als das OLG Schleswig-Holstein der Auffassung war, dass im Hinblick auf diese Rechtsfrage in der Praxis Unsicherheit und ein grundsätzliches Klärungsbedürfnis bestehe, jedoch musste es die Klage im Ergebnis wegen einer Tatsachenfrage abweisen.

## **Ansprechpartner**

**Björn Jacob**

[Zu weiteren PwC Blogs](#)

## Keywords

Energiesteuerrecht, Konzession, Konzessionsabgabe, Messwesen und Eichwesen, Netzbetreiber, Netzentgelt, Stromnetz

## Contact



**Folker Trepte**

München

[folker.trepte@pwc.com](mailto:folker.trepte@pwc.com)



**Peter Mussaeus**

Düsseldorf

[peter.mussaeus@pwc.com](mailto:peter.mussaeus@pwc.com)