



zur Verfügung gestellt von  
**Dr. Reip & Köhler**  
Rechtsanwälte für Recht der  
Erneuerbaren Energien  
[www.NewEnergy-Law.de](http://www.NewEnergy-Law.de)

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

EnZR 57/09

Verkündet am:  
1. Februar 2011  
Bürk  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

KAV § 2 Abs. 4; StromStG § 10 in der Fassung des Art. 2 Nr. 4 Buchst. c des Gesetzes vom 23. Dezember 2002 (BGBl. I S. 4602)

Bei dem Grenzpreisvergleich nach § 2 Abs. 4 Konzessionsabgabenverordnung sind den vom Statistischen Bundesamt ermittelten Durchschnittserlösen aller Sondervertragskunden die von den einzelnen Stromabnehmern gezahlten Durchschnittspreise ohne Berücksichtigung von Stromsteuerermäßigungen gegenüberzustellen.

BGH, Urteil vom 1. Februar 2011 - EnZR 57/09 - OLG Stuttgart

LG Stuttgart

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Februar 2011 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf und die Richter Dr. Raum, Dr. Strohn, Dr. Löffler und Dr. Bacher

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 19. November 2009 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 41. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Stuttgart vom 28. Februar 2008 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Rechtsmittelverfahren hat die Klägerin zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin befasst sich mit der Herstellung von Glas. Den dafür benötigten Strom entnimmt sie dem von der Beklagten betriebenen Elektrizitätsversorgungsnetz. Nach dem zugrunde liegenden Netznutzungsvertrag ist die Klägerin als Sondervertragskundin verpflichtet, der Beklagten die Konzessionsabgaben anteilig zu erstatten, die diese an die Gemeinde zu entrichten hat. Die Beklagte stellte der Klägerin erstmals für das Jahr 2005 eine Konzessionsab-

gabe in Höhe von 116.054,27 € in Rechnung. Die Klägerin zahlte diesen Betrag unter Vorbehalt und verlangt ihn mit der Klage zurück.

2 Die Klägerin ist der Auffassung, die Konzessionsabgabe werde nach § 2 Abs. 4 Konzessionsabgabenverordnung (KAV) nicht geschuldet, weil der von ihr gezahlte Durchschnittspreis für den Strom unter dem Durchschnittserlös aus der Lieferung von Strom an alle Sondervertragskunden in dem maßgeblichen Jahr 2003 in Höhe von 6,28 Cent pro Kilowattstunde liege; bei der Ermittlung des von ihr geschuldeten Preises sei die ihr gemäß § 10 Stromsteuergesetz (StromStG) gewährte Stromsteuervergütung abzuziehen, so dass sich ein Durchschnittspreis in Höhe von 5,35 Cent pro Kilowattstunde ergebe. Die Beklagte ist dagegen der Ansicht, dass die Steuervergütung nicht von dem Strompreis abgezogen werden dürfe, und kommt so zu einem über dem Durchschnittserlös liegenden Preis in Höhe von 6,51 Cent pro Kilowattstunde.

3 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr bis auf einen Teil des Zinsanspruchs stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

#### Entscheidungsgründe:

4 Die Revision hat Erfolg und führt zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

5 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet (OLG Stuttgart, RdE 2010, 264):

6 Die streitentscheidende Frage, ob die Stromsteuervergütung im Rahmen der Berechnung nach § 2 Abs. 4 KAV von dem Strompreis, den der Sondervertragskunde tatsächlich gezahlt habe, abzuziehen sei oder ob die Stromsteuervergütung unberücksichtigt bleibe, sei durch Auslegung des § 2 Abs. 4 KAV zu beantworten. Der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte dieser Norm gäben

dafür keine Anhaltspunkte. Auch der Sinn und Zweck des § 2 Abs. 4 KAV lasse keine sicheren Rückschlüsse zu. Der systematische Zusammenhang der Norm spreche aber für einen Abzug der Stromsteuervergütung. Das Konzessionsabgabenrecht würde sonst dazu führen, dass der vom Gesetzgeber mit der Stromsteuerermäßigung bezweckte Erfolg vereitelt würde. Die zur Erhaltung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit angeordnete Stromsteuerermäßigung dürfe nicht durch eine damit einhergehende Konzessionsabgabe entwertet werden.

7 Auch eine verfassungskonforme Auslegung des § 2 Abs. 4 KAV spreche für die Berücksichtigung der Stromsteuervergütung. Andernfalls bestände nämlich eine Ungleichbehandlung der Sondervertragskunden im Verhältnis zu solchen Unternehmen, die zugleich Stromproduzenten seien und daher keine in den Strompreis eingepreiste Stromsteuer zu zahlen hätten.

8 II. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

9 Die Beklagte ist nicht nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB verpflichtet, die einbehaltene Konzessionsabgabe an die Klägerin zu erstatten. Der von der Klägerin entnommene Strom unterliegt entgegen der Ansicht des Berufungsgerechts der Konzessionsabgabepflicht nach § 2 Abs. 1, 3 KAV i.V.m. dem Wegenutzungsvertrag zwischen der Beklagten und ihrer Streithelferin, der Gemeinde B. . Die Beklagte hatte gemäß Nr. 9 des Netznutzungsvertrags der Parteien einen Anspruch gegen die Klägerin auf Ersatz der an die Gemeinde abgeführten Konzessionsabgabe. Eine Befreiung von der Konzessionsabgabepflicht nach § 2 Abs. 4 KAV hat nicht stattgefunden.

10 1. Nach § 2 Abs. 4 KAV dürfen Konzessionsabgaben für Lieferungen von Strom an Sondervertragskunden nicht vereinbart oder gezahlt werden, wenn deren Durchschnittspreis im Kalenderjahr je Kilowattstunde unter dem Durchschnittserlös je Kilowattstunde aus der Lieferung von Strom an alle Sondervertragskunden liegt. Maßgeblich ist dabei der vom Statistischen Bundesamt je-

weils für das vorletzte Kalenderjahr ermittelte Wert. Dieser so genannte Grenzpreis erfasst die gesamten von den Sondervertragskunden zu zahlenden Strompreise einschließlich der Netznutzungsentgelte, der Stromsteuer, der Konzessionsabgaben sowie der Ausgleichsabgaben nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz und dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz, nicht jedoch die Umsatzsteuer und die Stromsteuerermäßigung. Schuldner der Stromsteuer ist gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 StromStG im Regelfall das Energieversorgungsunternehmen, das den Sondervertragskunden mit Strom versorgt. Dieses kalkuliert die Stromsteuer in den Strom-Abgabepreis ein, so dass im wirtschaftlichen Ergebnis der Kunde die Stromsteuer zahlt. Gehört das versorgte Unternehmen zum Produzierenden Gewerbe i.S. des § 2 Nr. 2a, 3 StromStG - wie hier die Klägerin als Unternehmen des Verarbeitenden Gewerbes i.S. des Abschnitts D der Klassifikation der Wirtschaftszweige (WZ 2003) -, wird der Steuersatz für Strom, der zu betrieblichen Zwecken entnommen wird, für das hier maßgebliche Jahr 2005 nach § 9 Abs. 3 StromStG in der Fassung des Art. 2 Nr. 4 Buchst. c des Gesetzes vom 23. Dezember 2002 (BGBl. I S. 4602, im Folgenden: aF) ermäßigt und nach § 10 StromStG aF im Wege des sogenannten Spitzenausgleichs bis zu 95 % vergütet. Gläubiger des Anspruchs auf die Stromsteuervergütung ist gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 StromStG aF der Sondervertragskunde.

11 Die Frage, ob diese Stromsteuervergütung bei dem Grenzpreisvergleich nach § 2 Abs. 4 KAV von dem Durchschnittspreis des Unternehmens abzuziehen ist, beantwortet sich - wie das Berufungsgericht im Ausgangspunkt richtig gesehen hat - nach einer Auslegung dieser Norm. Die Auslegung führt aber - anders als das Berufungsgericht gemeint hat - zu dem Ergebnis, dass die Stromsteuervergütung nicht abzuziehen ist.

12 a) Dafür spricht schon der Wortlaut der Norm. Unter dem Begriff "Durchschnittspreis" wird in einer Rechtsnorm üblicherweise der Durchschnitt der Kaufpreise verstanden. Das ist hier der Betrag, den der Kunde an das Energieversorgungsunternehmen - bei Abschluss eines gesonderten Netznutzungsver-

trags teilweise an den Netzbetreiber und teilweise an den Stromversorger - für die Lieferung des Stroms zu zahlen hat. In diesem Preis ist die Stromsteuer entweder offen ausgewiesen - wie hier gemäß Nr. 9 des Netznutzungsvertrags der Parteien - oder jedenfalls kalkulatorisch enthalten.

13            b) Ein entgegenstehender Wille des Verordnungsgebers kann nicht festgestellt werden. Da die Konzessionsabgabenverordnung älter ist als das im Jahr 1999 in Kraft getretene Stromsteuergesetz, stellte sich die Streitfrage bei Verabschiedung der Konzessionsabgabenverordnung im Jahr 1992 noch nicht. Dass der Verordnungsgeber in der Folgezeit von einer Klarstellung abgesehen hat, lässt keinen Schluss auf einen dem zugrunde liegenden Willen zu.

14            c) Das am Wortlaut orientierte Auslegungsergebnis wird bestätigt durch den systematischen Zusammenhang der Norm.

15            Soll der individuelle Durchschnittspreis eines Kunden mit dem Durchschnittspreis aller Kunden verglichen werden, so ist das nur dann widerspruchsfrei möglich, wenn die Vergleichsgrößen nach denselben Maßstäben ermittelt werden. Entweder müssen sämtliche Stromsteuerermäßigungen sowohl aus dem individuellen Preis als auch aus dem Grenzpreis herausgerechnet werden, oder die Stromsteuerermäßigungen müssen bei beiden Preiskategorien unberücksichtigt bleiben. Würde dagegen die Stromsteuerermäßigung nur bei dem individuellen Durchschnittspreis des Kunden herausgerechnet werden, nicht aber auch bei dem vom Statistischen Bundesamt ermittelten Grenzpreis, wäre der Kunde ungerechtfertigt begünstigt. Sein "bereinigter" Preis würde dann mit den in den Grenzpreis eingeflossenen "unbereinigten" Preisen aller anderen Sondervertragskunden verglichen, was schon aufgrund der unterschiedlichen Berechnungsweisen zu einem relativ niedrigeren individuellen Preis führen würde. Damit wären im Ergebnis sämtliche Sondervertragskunden, die in den Genuss einer Steuerermäßigung kommen, zu Unrecht begünstigt.

16            Da die amtliche Statistik, auf die § 2 Abs. 4 KAV Bezug nimmt, den Durchschnittserlös unter Einbeziehung der Stromsteuer ausweist, wird die

"Neutralität" der Stromsteuer dadurch hergestellt, dass auch der Durchschnittspreis des einzelnen Unternehmens ohne Berücksichtigung der Stromsteuerermäßigung nach § 10 StromStG aF berechnet wird.

17 d) Dem steht der systematische Zusammenhang der Konzessionsabgabenverordnung mit den Regelungen des Stromsteuergesetzes nicht entgegen.

18 Durch die Stromsteuerermäßigung nach § 10 StromStG aF wollte der Gesetzgeber eine Beeinträchtigung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der besonders stromintensiven Betriebe des Produzierenden Gewerbes ausschließen (vgl. BT-Drucks. 14/40, S. 12; BT-Drucks. 15/21, S. 1; BVerfGE 110, 274 Rn. 78). Dieses Ziel wird durch die gebotene Auslegung des § 2 Abs. 4 KAV - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - nicht vereitelt. Das zeigt schon ein Vergleich der Höhe der Konzessionsabgabe mit der Höhe der Stromsteuerermäßigung. Als Konzessionsabgabe für die Belieferung mit Strom schulden die Sondervertragskunden gemäß § 2 Abs. 2 KAV 0,11 Cent netto pro Kilowattstunde. Die Stromsteuer beträgt dagegen bei dem nach § 9 Abs. 3 StromStG aF ermäßigten Steuersatz von 12,30 € pro Megawattstunde 1,23 Cent pro Kilowattstunde, wovon bis zu 95 % vergütet werden. Die Konzessionsabgabe beläuft sich also auf nur etwa ein Zehntel der maximalen Steuerermäßigung.

19 e) Die dem Wortlaut entsprechende Auslegung stimmt auch mit Sinn und Zweck des § 2 Abs. 4 KAV überein.

20 Konzessionsabgaben sind nach § 48 Abs. 1 Satz 1 EnWG Entgelte für die Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Versorgungsleitungen. Der Ordnungsgeber hat Unternehmen, deren Durchschnittspreise unter dem Durchschnittserlös aller Unternehmen bleiben, von der Konzessionsabgabe freigestellt, weil sie typischerweise nur die Hoch- und Höchstspannungsnetze in Anspruch nehmen, für die Verkehrsräume der Gemeinden in aller Regel nicht benutzt werden (BT-Drucks. 686/91, S. 17). Dabei hat er Ungenauigkeiten in Kauf genommen, weil

er die Konzessionsabgabepflicht nicht von der tatsächlichen Nutzung des Gemeindegebiets abhängig gemacht, sondern auf einen pauschalisierenden Maßstab abgestellt hat.

21           Dieser Maßstab muss dann aber auch gleichmäßig auf alle Sondervertragskunden angewendet werden, um Ungleichbehandlungen zu vermeiden. Eine Differenzierung nach dem Grad der Stromsteuerermäßigung verbietet sich damit. Denn sie stände in keinem Zusammenhang mit der Nutzung eines bestimmten Netzes.

22           f) Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung verstößt diese Auslegung des § 2 Abs. 4 KAV nicht gegen Art. 3 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1, Art. 105 oder Art. 110 GG. Dabei kann offen bleiben, ob es sich bei den Konzessionsabgaben um Sonderabgaben i.S. der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts oder jedenfalls um sonstige Abgaben handelt, die einer besonderen Bindung nicht nur an die Grundrechte, sondern auch an die grundgesetzliche Finanzverfassung unterliegen (vgl. BVerfGE 92, 91, 113 ff.; 110, 370, 387 ff.; 122, 316, 332 ff.). Denn jedenfalls verstößt § 2 Abs. 4 KAV in der Auslegung des Senats weder gegen den Grundsatz der Belastungsgleichheit noch gegen andere Grundrechts- oder Finanzverfassungsbindungen.

23           aa) Der Einwand der Revisionserwiderung, es verstoße gegen den Gleichheitssatz, wenn Sondervertragskunden, die den Strom von ausländischen Energieversorgungsunternehmen bezögen, ihre Durchschnittspreise ohne Stromsteuer ermitteln würden, ist nicht begründet.

24           Richtig ist allerdings, dass bei einem Strombezug von einem ausländischen Lieferanten nicht dieser, sondern der inländische Abnehmer nach § 7 Satz 2 StromStG die Stromsteuer schuldet. Damit stimmen in Fällen, in denen die Voraussetzungen für eine Stromsteuerermäßigung nach § 10 StromStG aF erfüllt sind, die Schuldnerstellung bei der Steuerentstehung und die Gläubigerstellung bei dem Steuererstattungsanspruch überein. Daraus kann entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung aber nicht der Schluss gezogen wer-



den, diese Abnehmer von importiertem Strom seien strukturell bevorzugt, weil bei ihnen keine Stromsteuer anfallt und ihr Durchschnittspreis i.S. des § 2 Abs. 4 KAV daher ohne Stromsteuer errechnet werde.

25 Die Stromsteuer entsteht auch bei Abnehmern von importiertem Strom gemäß § 7 StromStG mit der Entnahme von Strom, und diese Steuerschuld kann im Falle des § 10 StromStG aF nur nachträglich erlassen werden oder es kann die schon gezahlte Steuer erstattet werden. Das ergibt sich aus dem Umstand, dass die Höhe der Stromsteuerermäßigung nach § 10 StromStG aF von dem Umfang der Senkung des Arbeitgeberanteils an den Rentenversicherungsbeiträgen abhängt. Dieser Bemessungsfaktor steht abschließend erst nach Ablauf des Abrechnungsjahres fest. Dementsprechend ordnet § 18 Abs. 1 Stromsteuer-Durchführungsverordnung an, dass der Antrag auf Steuerermäßigung nach § 10 StromStG bis zum 31. Dezember des Folgejahres zu stellen ist. Wenn aber die Stromsteuer auch bei Abnehmern von importiertem Strom unabhängig von den Voraussetzungen des § 10 StromStG aF zunächst entsteht und erst nachträglich ermäßigt wird, ist auch bei der Anwendung des § 2 Abs. 4 KAV von einem Durchschnittspreis der Abnehmer von importiertem Strom einschließlich der Stromsteuer auszugehen.

26 Umgekehrt werden bei der Ermittlung des Durchschnittserlöses durch das Statistische Bundesamt die Preise der ausländischen Energieversorgungsunternehmen nicht berücksichtigt, wie sich aus § 3 Abs. 2, § 10 Abs. 2 Nr. 1 Energiestatistikgesetz ergibt. Damit ist die Berechnung des Durchschnittserlöses zwar unvollständig. Das wirkt sich aber bei dem Grenzpreisvergleich nicht zu Lasten der Unternehmen aus. Denn es liegt fern, dass die Preise für importierten Strom höher sind als die Strompreise der inländischen Anbieter.

27 bb) Ohne Erfolg bleibt auch der Einwand der Revisionserwiderung, es bestehe bei Nichtberücksichtigung der Stromsteuerermäßigung ein Ungleichgewicht zwischen Unternehmen, die den Strom kaufen, und solchen, die als

Eigenerzeuger i.S. des § 2 Nr. 2 StromStG den Strom zum Selbstverbrauch erzeugen.

28            Zwar wird bei einer Eigenerzeugung die Stromsteuer gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 StromStG - wiederum abweichend vom Regelfall - nicht von einem Energieversorgungsunternehmen, sondern von dem Eigenerzeuger geschuldet. Der Eigenerzeuger zahlt aber für den von ihm erzeugten Strom keinen Strompreis, der als Durchschnittspreis i.S. des § 2 Abs. 4 KAV herangezogen werden kann.

29            Falls Eigenerzeuger, wie die Revisionserwiderung geltend macht, auch für zugekauften Strom die Stromsteuer selbst schulden, ist die Stromsteuer aus denselben Gründen wie bei einem Bezug aus dem Ausland bei der Berechnung des Durchschnittspreises des Abnehmers zu berücksichtigen.

30            cc) Dass als Grenzpreis gemäß § 2 Abs. 4 Satz 2 KAV jeweils der für das vorletzte Kalenderjahr ermittelte Durchschnittserlös herangezogen wird, stellt die Belastungsgleichheit der Stromabnehmer ebenfalls nicht in Frage.

31            Diese Berechnungsweise kann zwar zu einer Belastung einzelner Sondervertragskunden führen, wenn die Stromsteuer in dem Erhebungsjahr höher

als in dem Vergleichsjahr ist. Denn dann steht einem relativ höheren individuellen Durchschnittspreis ein relativ geringerer Grenzpreis gegenüber. Diese Ungenauigkeit ist aber im Hinblick auf die praktische Durchführbarkeit des Grenzpreisvergleichs (zur möglichen Typisierung von Steuertatbeständen vgl. BVerfGE 110, 274 Rn. 58) verfassungsrechtlich unbedenklich.

Tolksdorf

Raum

Strohn

Löffler

Bacher

Vorinstanzen:

LG Stuttgart, Entscheidung vom 28.02.2008 - 41 O 191/07 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 19.11.2009 - 2 U 40/08 -