



Landgericht Berlin

Im Namen des Volkes

Urteil

Geschäftsnummer: 2 O 340/16

verkündet am : 21.02.2018

In dem Rechtsstreit

Land Berlin,
vertreten d.d. Senatsverwaltung für Finanzen,
***,

Kläger,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte ***,-

g e g e n

die GASAG AG,
vertreten d.d. Vorstand ***,

Beklagte,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte ***,-

hat die Zivilkammer 2 des Landgerichts Berlin in Berlin - Charlottenburg, Tegeler Weg 17-21,
10589 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 24.01.2018 durch den Vorsitzenden Richter am
Landgericht *** und die Richter am Landgericht *** und ***

f ü r R e c h t e r k a n n t :

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages.

Tatbestand

Der Kläger nimmt die Beklagte im Wege der Stufenklage auf Auskunft über Berechnungsgrundlagen für die Höhe von Konzessionsabgaben für den Zeitraum vom 01.01.2009 bis zum 31.12.2014 und auf Zahlung der sich nach der Auskunft ergebenden vermeintlich rückständigen Konzessionsabgaben in Anspruch.

Der Kläger ist das Land Berlin, die Beklagte ist ein Energieversorgungsunternehmen mit Sitz in Berlin. Sie betreibt das Gasversorgungsnetz im Gebiet des Landes Berlin und ist seit 2009 örtlicher Grundversorger für Gas im Sinne des § 36 EnWG. Die Parteien sind verbunden durch einen mehrfach ergänzten Konzessionsabgabenvertrag aus dem Jahr 1993 (im Folgenden KV 1993), der in Kopie in Anlage K2 zur Akte gelangt ist. Mit diesem Vertrag räumte der Kläger der Beklagten das Recht zur Nutzung der öffentlichen Verkehrswege im Land Berlin für den Zeitraum vom 01.01.1994 bis zum 31.12.2013 ein. Der KV 1993 trat gemäß dessen § 16 am 01.01.1994 in Kraft und sollte nach Ablauf von 15 Jahre enden. Vorgesehen war eine Verlängerung um weitere fünf Jahre, sofern der KV 1993 nicht spätestens zwei Jahre vor Ablauf durch das Land Berlin gekündigt würde. Dieses Recht zur Wegenutzung wird zurzeit neu ausgeschrieben, das Netz jedoch weiter von der Beklagten betrieben. Über das Konzessionsverfahren ist ein Rechtsstreit der Parteien vor dem Kammergericht anhängig (2 U 5/15 Kart).

In Vorbereitung des KV 1993 erstellte die Arbeitsgruppe "Konzessionsvertrag" der Senatsverwaltung für Finanzen und der GASAG unter dem 08.09.93 die in Anlage B30 zur Akte gelangte "Problemskizze: Konzessionsabgabe". Dort hieß es unter anderem auf S. 7 unter "III. Sonderprobleme: Durchleitungslieferungen und Heizgas-Sonderverträge", dass Heizgas in Höhe von 4,5 Mrd. kWh als Sondervertragslieferung qualifiziert werde mit der Folge, dass der zulässige Höchstbetrag der Konzessionsabgabe nur 0,06 Pf/kWh betrage statt 0,79 Pf. Dieser Problembereich sei in der Revisionsklausel zum KV 1993 angesprochen. Ferner hieß es dort:

"SenFin hält die Behandlung von Heizgaskunden als Sondervertragskunden aus der Sicht des Konzessionsgebers für unbefriedigend und weist darauf hin, daß hinsichtlich der Behandlung von Heizgas im Haushaltsbereich zumindest längerfristig, insb. wenn sich die Konkurrenzsituation zum Öl ändert (CO-Steuer) Handlungsbedarf besteht."

Auf S. 12 war dann die später in § 15 KV 1993 aufgenommene Revisionsklausel abgedruckt. Zur Begründung unter Spiegelstrich 3 hieß es unter anderem:

"Da keine nachvollziehbaren Kriterien für die Qualifizierung von Lieferungen als Sondervertragslieferungen bestehen, muß ein Mechanismus geschaffen werden, der verhindert, daß die für den Konzessionsabgabenehmer infolge der gesetzlich zulässigen Höchstbeträge günstigeren Tariflieferungen in einem für den Konzessionsgeber nicht akzeptablen Maß in Sondervertragslieferungen undefiniert werden."

Als Begründung zum 4. Spiegelstrich hieß es:

“Da der Konzessionsgeber die Qualifizierung von Haushaltslieferungen als Sondervertragslieferungen nur vor dem Hintergrund der für Gas im Verhältnis zum Öl ungünstigen Konkurrenzsituation akzeptiert hat, muß die Möglichkeit einer Anpassung geschaffen werden, wenn sich diese Situation ändert.”

Die Parteien schlossen dann den KV 1993. Dieser enthielt unter anderem die folgende Regelung:

“§ 11 – Konzessionsabgabe

(1) Als Gegenleistung für die mit diesem Vertrag eingeräumten Rechte zahlt die GASAG an das Land Berlin eine Konzessionsabgabe für den Zeitraum nach dem 31. Dezember 1998.

(2) Für die Laufzeit des Vertrages beträgt die Höhe der Konzessionsabgabe in **Pfennig/kWh**:

jeweils im Jahre bis zum Ende der Laufzeit des Vertrages	1999	2000	2001	2002	2003
für die Versorgung von Tarifkunden ausschließlich für Kochen und Warmwasser §2 Abs. 2 Ziff. 2 a) KAV:	0,38	0,69	1,09	1,42	1,82
für die Versorgung von sonstigen Tarifkunden § 2 Abs. 2 Ziff. 2 b) KAV:	0,16	0,30	0,47	0,62	0,79
für die Versorgung von Sondervertragskunden §2 Abs. 3 Ziff. 2 KAV:	0,02	0,02	0,04	0,04	0,06

3) Abrechnungszeitraum ist das Geschäftsjahr. Die Abgaben werden in vorläufigen Vierteljahresraten für das jeweils vorangegangene Vierteljahr in vier gleichen Raten auf der Bemessungsgrundlage des Mengengerüsts des vorangegangenen Jahres gezahlt und endgültig nach Schluß des Geschäftsjahres abgerechnet. Differenzbeträge werden, außer im Falle des Verzugs, nicht verzinst. Die Richtigkeit der Abrechnung wird die die GASAG jährlich prüfende Wirtschaftsprüfungsgesellschaft im Rahmen der Prüfung des Jahresabschlusses testieren. Das Testat und die Berechnungsgrundlagen werden dem Land Berlin jeweils zur Kenntnis gegeben."

Danach sollte die Konzessionsabgabe erst ab dem Jahr 1999 gezahlt werden und sich stufenweise bis zum Jahr 2003 erhöhen. Ab dann entsprachen die Konzessionsabgabesätze den nach der seinerzeit geltenden Konzessionsabgabeverordnung zulässigen Höchstsätzen.

Die Anlage 2 zum KV 1993 enthielt die folgende "Stellungnahme":

“Die Konzessionsabgabe wurde gemäß der Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas (Konzessionsabgabenverordnung – KAV) vom 9. Januar 1992 festgelegt.”

In § 15 KV 1993 fand sich ferner die folgende Regelung:

“(1) Sollte in diesem Vertrag irgendeine Bestimmung aus materiellen oder formellen Gründen rechtsungültig sein oder werden, so sind die Vertragspartner sich darüber einig, daß die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen hierdurch nicht berührt wird,. Die Vertragspartner verpflichten sich, die ungültige Bestimmung durch eine im wirtschaftlichen Erfolg ihr nach Möglichkeit gleichkommende Bestimmung in gültiger Weise zu ersetzen.

(2) Sollten sich die wirtschaftlichen oder rechtlichen Verhältnisse, die für den Abschluß des Vertrages maßgebend waren, während der Vertragsdauer gegenüber dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses und gegenüber den zugrundegelegten Erwartungen nachhaltig so wesentlich ändern, daß die Erfüllung einzelner Bestimmungen dieses Vertrages für eine oder beide Vertragspartner unzumutbar oder unmöglich wird, ist jeder Vertragspartner berechtigt, eine Änderung dieser Vertragsbestimmungen zu verlangen, um sie den neuen Verhältnissen anzupassen.”

In Ziff. IV der Anlage 3 zum KV 1993 hieß es:

“Mit dem Abschluß der Umstellung auf Erdgas und mit der Überwindung der ausgeprägten Verlustphase setzt die Konzessionsabgabe 1999 ein. Das Ziel der Preisneutralität soll durch eine Staffelung der Abgabesätze für Haushaltsgas und sonstige Tariflieferungen erreicht werden.

Nach dem von der Arbeitsgruppe gefundenen Kompromiß zwischen den abweichenden Positionen der GASAG und der Senatsverwaltung für Finanzen setzt die Konzessionsabgabe 1999 ein und führt in fünf Stufen (21%, 38 %, 60 %, 78 %, 100 %) zu den Höchstbeträgen."

Im Jahr 1999, ab dem die Beklagte zur Zahlung von Konzessionsabgaben nach § 11 Abs. 2 KV 1993 verpflichtet war, bot die Beklagte entsprechend der Vorgaben der damaligen BTO Gas einen Kleinverbrauchs- und einen Grundpreistarif an. Der Kleinverbrauchstarif galt dabei für Verbrauchsmengen bis 2.500 kWh/a. Der Grundpreistarif galt für Verbrauchsmengen von 2.501 bis 7.000 kWh/a. Die weiteren Vollversorgungstarife (V 1, V 2 und VP) galten für Verbrauchsmengen oberhalb von 7.001 kWh/a. Hierzu wird auf das in Anlage B2 zur Akte gelangte Preisblatt der Beklagten ab 1. April 1999 verwiesen. Zwar war die BTO Gas aufgehoben, jedoch waren die Gasversorgungsunternehmen weiterhin verpflichtet, für den Bereich "Kochen und Warmwasserbereitung" jedermann zu allgemeinen Tarifen zu versorgen und diese Tarife auch öffentlich bekannt zu machen. Aus diesen Gründen behielt die Beklagte grundsätzlich ihr Tarifsystem mit den jeweiligen Mengengrenzen bei. Diese waren seinerzeit Grundlage für die Abrechnung der Konzessionsabgabe. Die mit dem Kleinstverbrauchtarif "K" versorgten Kunden mit einem Verbrauch von bis 2.500 kWh/a wurden als "Tarifkunden ausschließlich für Kochen und Warmwasser" eingestuft. Die mit dem Grundpreistarif "G" und einem Verbrauch von 2.501 bis 7.000 kWh/a belieferten Kunden wurden als "sonstige Tarifkunden" eingestuft. Alle anderen Kunden mit einem Verbrauch von über 7.000 kWh/a mit den Tarifen "V 1, V 2 oder VP" wurden als "Sondervertragskunden" eingestuft. Entsprechend dieser Tarifgestaltung rechnete die Beklagte die Konzessionsabgabe ab und erhielt hierfür Wirtschaftsprüferattest.

Mit Wirkung ab dem 1. April 2000 gestaltete die Beklagte ihr Preisgefüge und die Einteilung in Tarif- und Sondervertragskunden neu und stufte Kunden mit einem Verbrauch bis 3.000 kWh/a als Tarifkunden Kochen und Warmwasser (Konzessionsabgabe 0,93 ct/kWh) ein, Kunden mit einem Verbrauch von über 3.000 kWh/a als Sondervertragskunden..

Das Konzessionsabgabenaufkommen entsprach ab dem Jahr 2003 nicht den im KV 1993 prognostizierten Erwartungen. Statt der für das Jahr 2000 prognostizierten Werte von 36,9 Millionen DM (18,87 Millionen Euro) erhielt der Kläger in den Jahren 2003 und 2004 nur 6,8 Millionen Euro und 7,46 Millionen Euro.

Mit Schreiben vom 02.11.2004 (Anlage K16) teilte die Beklagte dem Kläger dieses Tarifgefüge mit und dass sie gar keine Grundversorgungstarife für die Benutzung von Gas ausschließlich zu Heizzwecken anbiete.

Mit Schreiben vom 02.07.2004 (Anlage B8) stellte der Kläger fest, dass die Beklagte für den Zeitraum vom 01.01.2003 bis 31.12.2003 keine Konzessionsabgaben für sonstige Tariflieferungen abgerechnet hatte. Darüber und über die Ableitung der Konzessionsabgabe aus den Tarifen der Beklagten sollte zwischen den Parteien ein Gespräch geführt werden. Dieses Gespräch fand im August 2004 statt, in dem die Beklagte die völlige Neugestaltung ihres Preisgefüges mit Wirkung ab dem 01.04.2000 und die Einteilung in Tarif- und Sondervertragskunden erläuterte. Dies und Gründe dafür stellte die Beklagte in ihrem Schreiben vom 02.11.2004 (Anlage K16) gegenüber dem Kläger dar. Die Beklagte erläuterte, dass wegen der Veränderung des Verbrauchsverhaltens aufgrund der Verschiebung der Nutzung des Gases für Kochen und Warmwasser hin zu Heizzwecken und der Abschaffung der BTO Gas eine Veränderung der Tarifstruktur notwendig geworden sei. Mit der Neuordnung der Gaspreise sei die für den Tarifbereich "Kochen und Warmwasser" maßgebliche Grenze von 2.500 kWh/a auf 3.000 kWh/a angehoben worden. Zugleich würden seitdem alle Gaslieferungen von mehr als 3.000 kWh/a dem Sondervertragsbereich zugeordnet werden. Der bisherige Tarifbereich "sonstige Tariflieferungen" sei entfallen. Hierzu wird auf die Anlage K16 verwiesen.

Dort stellte die Beklagte in einer Ausarbeitung auch den Berliner Gasmarkt dar. Danach war dieser durch den privaten Verbrauch von Gas zu Koch- und Heizungszwecken gekennzeichnet. Typische Sondervertragskunden wie große industrielle und gewerbliche Abnehmer fänden sich in Berlin – mit Ausnahme der Kraftwerke – kaum. So erläuterte die Beklagte in einem Schreiben vom 02.11.2004 an den Kläger die in Berlin bestehende Tarifstruktur von Gaskunden wie folgt:

“Für Berlin typisch sind Heizungsbedarfe von ca. 22.600 kWh/a in Ein- und Zweifamilienhäusern und ca. 9.700 kWh/a in Mehrfamilienhäusern. (...) Die Masse des Absatzes entfällt auf die Branchen Haushalte, Wohnungsbau sowie öffentliche Einrichtungen, während der Absatzanteil für den Bereich Gewerbe und Industrie eher gering ausfällt.”

Aufgrund der Umstellung fürchtete der Kläger eine Schmälerung des Konzessionsabgabenaufkommens und forderte von der Beklagten, die Berechnungsgrundlagen für die Konzessionsabgabe zu ändern. Dazu fand am 20.04.2005 ein Gespräch statt, in dem der Kläger eine Mengengrenze von 10.000 kWh/a für die Tarifgruppen Kochen und Warmwasser und sonstige Tariflieferungen vorstellte und die Beklagte zunächst 5.000 kWh/a anbot.

In der Folge weiterer Gespräche schlossen die Parteien dann am 01.05.2005/26.05.2005 die in Anlage K3 in Kopie zur Akte gelangte Nachtragsvereinbarung zum KV 1993 (im Folgenden NV 2005). Dort hieß es unter anderem:

“1. Der Berechnung der Konzessionsabgabe werden die in der Konzessionsabgabenverordnung genannten Tarifgruppen zugrunde gelegt. Für die Abrechnung der Tarifgruppe “Kochen und Warmwasser” gilt ein Mengenband von 0 bis 3000 kWh p.a. Für die Abrechnung der Tarifgruppe “sonstige Tariflieferungen” gilt ein Mengenband von 3.001 bis 6.000 kWh p.a., Sondervertragskunden werden ab 6.000 kWh p.a. im Rahmen der Regelungen der Konzessionsabgabenverordnung abgerechnet.

2. Der Abrechnungsmodus gemäß Ziffer 1 gilt vom Jahr 2004 an. Eine Erstreckung auf davorliegende Zeiträume ist ausgeschlossen.

3. Der unter Ziffer 1. beschriebene Abrechnungsmodus gilt für die gesamte Laufzeit des Konzessionsvertrages, es sei denn, die der Ermittlung der Konzessionsabgabe zugrunde liegenden gesetzlichen oder untergesetzlichen Regelungen führen zu einer Änderung der Abrechnungsmodalitäten.

4. Mit dieser Vereinbarung ist die Regelung der Ziffer c) der Anlage zum Konzessionsvertrag für die derzeit geltende Preisstruktur der GASAG erfüllt, es sei denn, es treten Änderungen nach Ziffer 3. ein.

5. Im Übrigen gelten die Regelungen des bestehenden Konzessionsvertrages unverändert fort.”

Mit Rückwirkung zum 01.01.2004 ordnete die Beklagte die von ihr im Berliner Konzessionsgebiet belieferten Kunden wie folgt als Tarif- oder Sondervertragskunden zu.

Für alle Kunden mit einem Verbrauch bis 3.000 kWh p.a. wurde die für Tarifkunden “Kochen und Warmwasser” geltende Konzessionsabgabe i.S.d. § 2 Abs. 2 Satz Nr. 2 lit. a KAV in Höhe von 0,93 ct/kWh abgerechnet. Bei einem Verbrauch zwischen 3.001 kWh p.a. und 6.000 kWh p.a. rechnete die Beklagte nach der Tarifgruppe “sonstige Tariflieferungen” i.S.d. § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 lit. b KAV in Höhe von 0,40 ct/kWh ab. Ab einem Verbrauch von 6.001 kWh p.a. wurde für sämtliche Kunden die für Sondervertragskunden geltende Konzessionsabgabe i.S.d. § 2 Abs. 3 Nr. 2 KAV in Höhe von 0,03 ct/kWh berechnet. Dies lässt sich in der Übersicht wie folgt darstellen:

Verbrauch	Tarifgruppe	
-----------	-------------	--

Kunden mit einem Verbrauch bis 3.000 kWh p.a.	Tarifkunden "Kochen und Warmwasser" § 2 Abs. 2 Satz Nr. 2 lit. a KAV i	0,93 ct/kWh
Verbrauch zwischen 3.001 kWh p.a. und 6.000 kWh p.a.	Tarifgruppe "sonstige Tarifierungen" i.S.d. § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 lit. b KAV	0,40 ct/kWh
Ab einem Verbrauch von 6.001 kWh p.a.	Sondervertragskunden i.S.d. § 2 Abs. 3 Nr. 2 KAV	0,03 ct/kWh

Die Zuordnung der Kunden als Tarif- oder Sondervertragskunden zum Zweck der Zahlung der Konzessionsabgaben nahm die Beklagte dabei ausschließlich nach Maßgabe der von den Kunden bezogenen Gasmengen und ohne Berücksichtigung der Einstufung des zugrundeliegenden (Liefer-)Vertragsverhältnisses als Tarif- oder Sondervertragskunde vor. Die Einordnung erfolgte jährlich aufgrund der Absatzstatistik der Beklagten, und wurde von den Wirtschaftsprüfern testiert (vgl. Wirtschaftsprüfungstestate "Berichte über die Abrechnung der Konzessionsabgabe" für den Zeitraum vom 01.01.2004 - - 31.12.2005, in Anlagen K4 und K5).

Bei einem Verbrauch von beispielsweise 6.500 kWh p.a. ordnete die Beklagte einen Kunden in dem entsprechenden Jahr (zum Beispiel 2004) automatisch als Sondervertragskunden ein und entrichtete lediglich die niedrige Sondervertragskunden-Konzessionsabgabe (0,03 ct/kWh). Verbrauchte derselbe Kunde im nächsten Jahr nur 5.900 kWh p.a., ordnete die Beklagte ihn ab dem Jahr 2005 als Tarifkunden (0,4 ct/kWh) ein.

Im Jahr 2005 beschloss der Gesetzgeber das Zweite Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts (im Folgenden 2. EnWRNG). Dieses änderte mit Wirkung zum 13.07.2005 das Energiewirtschaftsgesetz.

In § 113 EnWG hieß es:

"Laufende Wegenutzungsverträge, einschließlich der vereinbarten Konzessionsabgaben, bleiben unbeschadet ihrer Änderung durch die §§ 36, 46 und 48 im Übrigen unberührt."

§ 48 Abs. 2 EnWG lautete wie folgt:

"(2) Die Bundesregierung kann durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Zulässigkeit und Bemessung der Konzessionsabgaben regeln. Es kann dabei jeweils für Elektrizität oder Gas, für verschiedene Kundengruppen und Verwendungszwecke und gestaffelt nach der Einwohnerzahl der Gemeinden unterschiedliche Höchstsätze in Cent je gelieferter Kilowattstunde festsetzen."

Ferner enthielt das 2. EnWRNG in Art. 3 Abs. 40 Änderungen der KAV. Soweit hier von Interesse hieß es dort:

"§ 1 Anwendungsbereich

(3) Tarifkunden im Sinne dieser Verordnung sind Kunden, die auf Grundlage von Verträgen nach den §§ 36 und 38 sowie § 115 Abs. 2 und § 116 des Energiewirtschaftsgesetzes beliefert werden; Preise und Tarife nach diesen Bestimmungen sind Tarife im Sinne dieser Verordnung.

(4) Sondervertragskunden im Sinne dieser Verordnung sind Kunden, die nicht Tarifkunden sind."

§ 2 Bemessung und zulässige Höhe der Konzessionsabgaben

(1) Konzessionsabgaben dürfen nur in Centbeträge je gelieferter Kilowattstunde vereinbart werden.

(2) Bei der Belieferung von Tarifkunden dürfen folgende Höchstbeträge je Kilowattstunde nicht überschritten werden:

2.					
----	--	--	--	--	--

a) bei Gas ausschließlich für Kochen und Warmwasser in Gemeinden	bis 25 000 Einwohner	0,51 Cent,	b) bei sonstigen Tariflieferungen in Gemeinden	bis 25 000 Einwohner	0,22 Cent,
	bis 100 000 Einwohner	0,61 Cent,		bis 100 000 Einwohner	0,27 Cent,
	bis 500 000 Einwohner	0,77 Cent,		bis 500 000 Einwohner	0,33 Cent,
	über 500 000 Einwohner	0,93 Cent,		über 500 000 Einwohner	0,40 Cent.

Maßgeblich ist die jeweils vom statistischen Landesamt amtlich fortgeschriebene Einwohnerzahl.

(3) Bei der Belieferung von Sondervertragskunden dürfen folgende Höchstbeträge je Kilowattstunde nicht überschritten werden:

1. bei Strom 0,11 Cent,
2. bei Gas 0,03 Cent.

(4) Bei Strom dürfen Konzessionsabgaben für Lieferungen an Sondervertragskunden nicht vereinbart oder gezahlt werden, deren Durchschnittspreis im Kalenderjahr je Kilowattstunde unter dem Durchschnittserlös je Kilowattstunde aus der Lieferung von Strom an alle Sondervertragskunden liegt. Maßgeblich ist der in der amtlichen Statistik des Bundes jeweils für das vorletzte Kalenderjahr veröffentlichte Wert ohne Umsatzsteuer. Versorgungsunternehmen und Gemeinde können höhere Grenzpreise vereinbaren. Der Grenzpreisvergleich wird für die Liefermenge eines jeden Lieferanten an der jeweiligen Betriebsstätte oder Abnahmestelle unter Einschluß des Netznutzungsentgelts durchgeführt.

(5) Bei Gas dürfen Konzessionsabgaben für Lieferungen an Sondervertragskunden nicht vereinbart oder gezahlt werden,

1. die pro Jahr und Abnahmefall 5 Millionen Kilowattstunden übersteigen oder
2. deren Durchschnittspreis im Kalenderjahr unter 1,50 Cent je Kilowattstunde liegt, wobei dieser Preis im Verhältnis der Durchschnittserlöse des Versorgungsunternehmens aus der Belieferung von Sondervertragskunden im Jahr 1989 und im jeweiligen Kalenderjahr zu verändern ist. Für nach dem 1. Januar 1992 abgeschlossene Verträge ist der Durchschnittserlös je Kilowattstunde aus den Lieferungen von Gas an alle Letztverbraucher zugrunde zu legen und entsprechend zu verändern; maßgeblich ist der in der amtlichen Statistik des Bundes für das Jahr des Vertragsabschlusses veröffentlichte Wert ohne Umsatzsteuer.

Versorgungsunternehmen und Gemeinde können niedrigere Grenzmengen oder höhere Grenzpreise vereinbaren.

(6) Liefern Dritte im Wege der Durchleitung Strom oder Gas an Letztverbraucher, so können im Verhältnis zwischen Netzbetreiber und Gemeinde für diese Lieferungen Konzessionsabgaben bis zu der Höhe vereinbart oder gezahlt werden, wie sie der Netzbetreiber in vergleichbaren Fällen für Lieferungen seines Unternehmens oder durch verbundene oder assoziierte Unternehmen in diesem Konzessionsgebiet zu zahlen hat. Diese Konzessionsabgaben können dem Durchleitungsentgelt hinzugerechnet werden. Macht der Dritte geltend, auf seine Lieferungen entfielen niedrigere Konzessionsabgaben als im Durchleitungsentgelt zugrunde gelegt, so kann er den Nachweis auch durch das Testat eines Wirtschaftsprüfers oder vereidigten Buchprüfers gegenüber dem Netzbetreiber erbringen.

Im Jahr 2006 führten die Parteien Verhandlungen im Hinblick auf eine mögliche Ausübung eines Sonderkündigungsrechts des Klägers. In einer Besprechung am 23.01.2006 forderte der Kläger unter Bezugnahme auf die Neuregelung der KAV und des EnWG, dass als Tarifkunden

unabhängig vom jeweiligen Versorgungsvertrag alle Kunden mit einem Verbrauch bis 10.000 kWh/anzusehen seien. Hierzu wird auf die Anlage B12 verwiesen.

Im Zuge der weiteren Verhandlungen verständigten sich die Parteien dann darauf, die Mengengrenze für die Abgrenzung zwischen dem Tarifbereich "sonstige Tarifierungen" und "Lieferungen an Sondervertragskunden" beginnend mit dem Jahr 2006 stufenweise von 6.000 kWh/a auf 8.000 kWh/a im Jahr 2008 anzuheben.

In der Folge wurde der Senat von Berlin aufgrund der Senatsvorlage vom 03.11.2006 (Anlage B20) mit dem Beschlussvorschlag befasst, das Sonderkündigungsrecht im KV 1993 zum 31.12.2006 nicht auszuüben. In der Senatsvorlage hieß es unter anderem, dass die Beklagte ab dem Jahresbeginn 2009 bislang noch nicht erbrachte nach § 3 KAV 2005 zulässige Nebenleistungen erbringen werde und sich rückwirkend zu in den bisherigen Konzessionsverträgen nicht vorgesehenen Zahlungen verpflichten würde. Die "Konzessionsmehreinnahmen durch Neueinstufung der Sondervertragskunden der GASAG" wurden auf S. 3 der Senatsvorlage für die Jahre 2006 bis 2009 dargestellt. Diese finanziellen Leistungen - so hieß es in der Vorlage - würden dem Land Berlin bei einer Konzessionsneuvergabe verloren gehen, sie könnten nicht kompensiert werden. Unter "e) Fazit" hieß es außerdem:

"GASAG und ■■■ sind bereit, alle finanziellen Leistungen zu erbringen, die nach der Konzessionsabgabenverordnung bei einer Neuvergabe mit einem Netzbetreiber vereinbart werden dürfen. Zudem würden die Unternehmen rückwirkend ab dem 01.01.2006 über die bestehenden Verpflichtungen hinausgehende Zahlungen leisten. Diese zusätzlichen finanziellen Vorteile von insgesamt rd. 8,8 Mio € würden dem Land Berlin bei einer Kündigung verloren gehen; eine Kompensation durch neue Netzbetreiber ist rechtlich ausgeschlossen."...

Die Mehreinnahmen bei der Konzessionsabgabe bei Gas wurden in der Senatsvorlage auf 210.000,00 Euro für 2006, 375.000,00 Euro für 2007 und 885.000,00 Euro ab 2008 geschätzt.

In der Anlage 2 zur genannten Senatsvorlage wurden die Änderungen der alten und neuen Regelung mit der Beklagten tabellarisch gegenübergestellt. Dort hieß wie folgt:

Gegenstand	Bisherige Regelung	Neue Regelung
Konzessionsabgabe	Sonstige Tarifierungen bis 6.000 kWh p.a.; ab 6.001 kWh p.a. Sondervertragskunden	Ab Geschäftsjahr 2006 stufenweise Anhebung der "sonstigen Tarifierungen": 2006: bis 6.500 kWh, Mehreinnahme Berlin ca. 210 T € 2007: bis 7.000 kWh, Mehreinnahme Berlin ca. 375 T e Ab 2008: bis 8.000 kWh, Mehreinnahme Berlin ca. 885 T € p.a.
Konzessionsabgabe bei Durchleitungen für Dritte	keine	Verpflichtung der GASAG, den Netzbetreiber NBB Netzgesellschaft Berlin-Brandenburg GmbH & Co. KG dazu zu verpflichten, für Durchleitungen durch die Berliner Erdgasversorgungsnetze anfallende Konzessionsabgaben entsprechend der KAV einzuziehen und an das Land Berlin abzuführen.

Mit Schreiben vom 19.12.2006 teilte der damalige Senator für Finanzen der Beklagten mit, dass das Land Berlin unwiderruflich auf das in § 16 KV 1993 eingeräumte Sonderkündigungsrecht verzichtet. Hierzu wird auf die Anlage B13 verwiesen. Die Beklagte gab im Gegenzug zur Nichtausübung des in § 16 KV 1993 vorgesehenen Sonderkündigungsrechts unter dem

20.12.2006 die in Anlage K6 in Kopie zur Akte gelangte Erklärung zu "offenen Verhandlungspunkten" gegenüber dem Kläger ab (E 2006). Unter Ziff. 6 der E 2006 hieß es:

"Konzessionsabgabe

Die GASAG wird beginnend mit dem Geschäftsjahr 2006 bei der Abrechnung der Konzessionsabgabe im Tarifbereich "sonstige Tarifierungen" eine stufenweise Anhebung der für die Berechnung der Konzessionsabgabe maßgeblichen Liefermenge von 6.000 kWh auf 8.000 kWh vornehmen. Für das Jahr 2006 gilt eine Anhebung auf 6.500 kWh; für das Jahr 2007 auf 7.000 kWh und ab dem Jahr 2008 erfolgt die Abrechnung in diesem Tarifbereich für Mengen bis zu 8.000 kWh. Sollte zwischenzeitlich eine Änderung der Konzessionsabgabenverordnung wirksam werden, die diesen Tarifbereich berührt, so gilt diese Regelung anstelle der genannten Absprache vom Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens an."

Zu den weiteren Einzelheiten der E 2006 wird auf die Anlage K6 verwiesen.

Mit Rückwirkung zum 01.01.2006 ordnete die Beklagte daraufhin die von ihr im Berliner Konzessionsgebiet belieferten Kunden nach diesen angepassten Mengenbändern als Tarif- oder Sondervertragskunden ein und rechnete entsprechend die Gaskonzessionsabgaben gegenüber dem Kläger ab. Hierzu verweist der Kläger auf die Wirtschaftsprüfungstestate in den Anlagen K7 bis K14, auf die zu den Einzelheiten verwiesen wird. In den Testaten wird jedoch nur dargestellt, wie viele Kunden in die jeweiligen Mengenbänder "Tarifkunden Kochen und Warmwasser", "sonstige Tarifierungen", "Sondervertragskunden 8.001 kWh bis 5 Mio. kWh" und "Sondervertragskunden > 5 Mio. kWh" fallen. Die genaue Anzahl und Abnahmemenge der von der Beklagten belieferten Kunden und die für die Kundeneinstufung maßgebliche Ausgestaltung der jeweiligen Liefervertragsverhältnisse ergeben sich aus den Wirtschaftsprüferfestaten nicht. Andere Angaben stellte die Beklagte nicht zur Verfügung.

Alle vorgenannten Testate sowie die Testate für 2004 und 2005 in Anlagen K4 und K5 wiesen aus, dass die Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden nur ab einer Abnahmemenge von 6.001 kWh/a (2004 und 2005) und ab und dann später 6.500 kWh/a (2006), 7.000 kWh/a (2007) und 8.000 kWh/a (ab 2008) erhoben wurde.

Mit Wirkung zum 31.12.2006 kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 11.11.2006 sämtliche Sonderkundenverträge mit dem Tarif "Vario" und belieferte seit dem 01.01.2007 die Kunden im Rahmen der Grundversorgung gemäß § 36 EnWG. Hintergrund war ein später rechtskräftiges Urteil des Landgerichts Berlin (vom 19. Juni 2006 - 34 O 611/05 – juris), mit dem die in Sonderkundenverträgen der Beklagten enthaltenen Preisanpassungsklauseln für unwirksam erklärt wurden.

Die Umstellung erfolgte im Vertrauen darauf, dass sich der Kläger an die Mengengrenzvereinbarung halten würde.

Nach Inkrafttreten der § 1 Abs. 3 und 4 KAV im Jahr 2005 war die Vereinbarung von Mengengrenzen zur Bestimmung der Kundengruppen bei Gaslieferungen durchaus üblich.

Nach Erlass zweier Beschlüsse des Bundeskartellamts (Beschlüsse vom 03. Juni 2009, Az. B 10-71/08 und vom 16. September 2009, Az. B 10-11/09) wurde die energie- und kartellrechtliche Zulässigkeit von Mengengrenzvereinbarungen in Gaskonzessionsverträgen problematisiert, in der Literatur aber auch weiterhin angenommen.

Mit Beschluss vom 6. November 2012 – KVR 54/11 entschied der Bundesgerichtshof, dass bei Lieferungen Dritter an Letztverbraucher sich die Einstufung nach § 2 KAV 2005 nach dem Liefervertragsverhältnis zu richten habe und solche Vertragsverhältnisse als Sonderverträge einzustufen seien. Der Beschluss mit Gründen wurde im Mai 2013 veröffentlicht.

Der amtliche Leitsatz a) zu KAV § 1 Abs. 3, 4, § 2 Abs. 6 lautete:

1. Bei der für die Höchstsätze der Konzessionsabgaben bei Gaslieferungen maßgeblichen Abgrenzung von Tarifkunden und Sondervertragskunden nach § 1 Abs. 3, 4 KAV kommt es nicht auf das Abnahmeverhalten, sondern auf die vertragliche Ausgestaltung des Lieferverhältnisses an. (BGH, Beschluss vom 06. November 2012 – KVR 54/11 –, juris)

Zu den Einzelheiten des Beschlusses wird auf BGH, Beschluss vom 06. November 2012 – KVR 54/11 –, juris ("Gasversorgung Ahrensburg", vorgehend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Oktober 2011 – VI-3 Kart 1/11 (V) –, juris) verwiesen.

Unter Hinweis auf die vorgenannte Entscheidung des Bundesgerichtshofs rechnete die Beklagte ab dem Jahr 2013 für Lieferungen durch Drittlieferanten im Konzessionsgebiet Berlin nur noch die Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden, mithin 0,03 ct/kWh ab und wendete die vereinbarten Mengenbänder nicht mehr an. Für ihre eigenen Kunden hielt die Beklagte jedoch an den Mengenbändern fest.

Aufgrund der vorgenannten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs überprüfte der Kläger die von der Beklagten vorgelegten Wirtschaftsprüferstate und die in der Vergangenheit erfolgten Abrechnungen der Konzessionsabgabe und stellte fest, dass die Beklagte im Zeitraum 01.01.2009 - 31.12.2013 jeweils für nur rund 4 % der jährlichen konzessionsabgabepflichtigen Gasliefermenge eine hohe Tarifkunden-Konzessionsabgabe (Kochgas-Konzessionsabgabe bzw. Konzessionsabgabe für "sonstige Tariflieferungen") abgerechnet hatte. Für den weit überwiegenden Teil der gelieferten Gasmengen (> 95 %) hatte die Beklagte nur die niedrige Sondervertragskunden-Konzessionsabgabe abgeführt.

Den ganz überwiegenden Teil ihrer Haushaltskunden belieferte die Beklagte jedoch bis heute auf Grundlage eines Grundversorgungsvertrages. In einem Vermerk "Entwicklung der Konzessionsabgabe in Berlin ab 2014" (Anlage K 17, S. 1) teilte die Beklagte gegenüber dem Kläger noch Ende 2013 Folgendes mit:

"Historisch bedingt wird vom Grundversorger GASAG der weit überwiegende Teil (> 80 %) der Haushaltskunden in Berlin über Grundversorgungsverträge versorgt. (...) Für diese grundversorgten Kunden, die aufgrund der bisherigen Bänderregelung wegen ihres Jahresverbrauchs von mehr als 8.000 kWh/a eine KA von 0,03 ct/kWh zahlen, würde sich nach der Umstellung auf die Höchstsätze der KAV eine KA in Höhe von 0,4 ct/kWh ergeben. Dies würde wegen der erhöhten KA zu Mehrkosten von durchschnittlich 75 € netto je Kunde führen. In dieser Kundengruppe bestehen insgesamt rund mehr als 300.000 Verträge."

Der Kläger teilte der Beklagten nach Überprüfung der bisherigen Konzessionsabgabenabrechnungen mit, dass ihm womöglich ein Anspruch auf Nachzahlung zu niedrig gezahlter Konzessionsabgaben gegen die Beklagte zustehe. Der Kläger schlug vor, zunächst eine Vereinbarung darüber zu schließen, dass sich beide Parteien für bisher nicht verjährte Forderungen aus dem Konzessionsvertrag 1993 nicht auf die Einrede der Verjährung berufen werden. Bis zum Ende des Jahres 2013 konnte zwischen den Parteien jedoch keine Einigung erzielt werden. Im Dezember 2013 weigerte sich die Beklagte abschließend, eine Verjährungsverzichtsvereinbarung mit dem Kläger zu treffen.

Der Kläger beantragte dann am 31.12.2013 den Erlass eines Mahnbescheids über die Zahlung von Gaskonzessionsabgaben in Höhe von je 18 Millionen Euro für den Zeitraum vom 01.01.2009 bis zum 31.12.2009 und vom 01.01.2010 bis zum 31.12.2010 (Bd. I Bl. 4 der Akte) nebst Zinsen hierauf in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz für den Zeitraum vom 01.07.2010 bis zum 30.12.2013.

Der Mahnbescheid wurde antragsgemäß erlassen und der Beklagten am 14.01.2014 zugestellt. Die Beklagte legte am 28.01.2014 Widerspruch ein. Unter dem 29.01.2014 wurde der Kläger über den Widerspruch benachrichtigt.

Die Parteien vereinbarten sodann unter dem 22./28.01.2014 einen Verjährungsverzicht hinsichtlich sämtlicher Forderungen aus dem KV 1993 und seiner Nachträge aus den Jahren 2005 und 2006, die bis zum 31.12.2013 noch nicht verjährt waren. Dieser Verzicht war bis zum 31.10.2014 befristet. In der Vereinbarung hieß es u.a.:

“Die GASAG und das Land Berlin erklären hiermit gegenseitig, für alle sich aus dem zwischen ihnen geschlossenen Gaskonzessionsvertrag vom 24.09.1993 (Drucksache des Abgeordnetenhauses von Berlin 12/3684) einschließlich seiner Ergänzungsregelungen ergebenden bekannten und unbekanntem Ansprüche in Bezug auf die Zahlung der Gaskonzessionsabgabe bzw. den Ausgleich zu gering erhobener Konzessionsabgaben auf die Erhebung der Einrede der Verjährung bis zum 31.12.2014 zu verzichten. Dieser gegenseitige Verzicht auf die Einrede der Verjährung erfolgt hinsichtlich seitens der GASAG bzw. des Landes Berlin geltend gemachten Forderungen ohne jeweilige Anerkennung eines Rechtsanspruchs und bezieht sich auf sämtliche Forderungen, die bis zum 31.12.2013 noch nicht verjährt waren.”

Zu den Einzelheiten wird auf die Anlage K18R verwiesen.

Der KV 1993 endete dann vertragsgemäß mit Ablauf des Jahres 2013, allerdings betrieb die Beklagte auch danach das Gasversorgungsnetz im Land Berlin weiter und nutzte dafür die öffentlichen Verkehrswege im Land Berlin.

Die Beklagte gab am 03.02.2014 eine Interimserklärung gegenüber dem Kläger ab, mit der sie sich rückwirkend zum 01.01.2014 verpflichtete, die mit dem Kläger in dem zum 31.12.2013 beendeten Konzessionsvertrag vereinbarten Regelungen bis zum Ende des Jahres 2014 einzuhalten und ihre hieraus resultierenden Pflichten weiter zu erfüllen. Eine Klärung mit dem Kläger bezüglich der Rechtmäßigkeit der Höhe der nach dieser Erklärung zu zahlenden Konzessionsabgabe blieb davon gemäß Ziffer 2 der Erklärung ausdrücklich unberührt. Zu den Einzelheiten dieser Interimserklärung wird auf die Anlage K37 verwiesen.

Die Beklagte zahlte auch für das Jahr 2014 Konzessionsabgaben, deren Höhe sie anhand der Mengenbänder gemäß der E 2006 ermittelte. Hierzu wird auf das Wirtschaftsprüferstat in Anlage K38 verwiesen.

Mit Schreiben vom 27.08.2014 wandte sich der Kläger an die Beklagte und forderte diese auf, für den Zeitraum seit dem Jahr 2004 die Absatzstatistiken für die Belieferung von Kochgaskunden (§ 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 lit. a KAV), sonstige Tariflieferungen (§ 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 lit. b KAV) und Sondervertragskunden (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 KAV) für alle Gaslieferungen im Konzessionsgebiet des Klägers mit entsprechenden Verbrauchsmengenangaben zu übersenden.

Ferner forderte der Kläger die Beklagte mit diesem Schreiben auf, Auskunft über die durch die Beklagte im Zeitraum seit 2004 belieferten Kunden, die einzelnen Tarife und zugehörigen Tarifbedingungen, eine Erklärung zu deren Qualifizierung als Tarifkunden- oder Sondervertragskundenverhältnis sowie der Verbräuche in den einzelnen Tarifen zu erteilen. Zur Hilfestellung übersandte der Kläger insoweit auch eine bereits vorstrukturierte Tabelle, in die die Beklagte Teile der erbetenen Auskünfte eintragen sollte. Zu den Einzelheiten dieses Schreibens wird auf die Anlage K19 verwiesen. Mit Schreiben vom 29.09.2014 (Anlage K 10) lehnte die Beklagte gegenüber dem Kläger die entsprechende Bereitstellung der Daten ab.

Am 15./17.10.2014 schlossen die Parteien eine weitere Vereinbarung (Anlage K21) über den Verzicht auf die Erhebung der Einrede der Verjährung, die bis zum 31.10.2015 befristet war. Dort hieß es:

“Die GASAG und das Land Berlin erklären hiermit gegenseitig, für alle sich aus dem zwischen ihnen geschlossenen Gaskonzessionsvertrag vom 24.09.1993 (Drucksache des Abgeordnetenhauses von Berlin 12/3684) einschließlich seiner Ergänzungsregelungen ergebenden bekannten und unbekanntem Ansprüche in Bezug auf die Zahlung der Gaskonzessionsabgabe bzw. den Ausgleich zu gering erhobener Konzessionsabgaben auf die Erhebung der Einrede der Verjährung bis zum 31.12.2015 zu

verzichten. Dieser gegenseitige Verzicht auf die Einrede der Verjährung erfolgt hinsichtlich seitens der GASAG bzw. des Landes Berlin geltend gemachten Forderungen ohne jeweilige Anerkennung eines Rechtsanspruchs und bezieht sich auf sämtliche Forderungen, die bis zum 31.12.2013 noch nicht verjährt waren.

Weiter erklären die GASAG und das Land Berlin hiermit gegenseitig, auf alle Zinsansprüche für die in Ziff. 1 genannten Forderungen zu verzichten, die zwischen dem 01.11.2014 und dem Zeitpunkt der Einreichung einer Klage zur Klärung von Ansprüchen nach Ziff. 1, maximal aber dem 31.12.2015 entstehen.“

Mit Schreiben vom 22.09.2015 (Anlage K22) wandte sich der Kläger erneut an die Beklagte und forderte diese zur Erteilung von Auskünften zur Nachvollziehung der Konzessionsabgabenabrechnung für die Jahre 2004 bis 2014 auf. Die Beklagte lehnte mit Schreiben vom 30.11.2015 (Anlage K23) die Bereitstellung von Daten über das Wirtschaftsprüfertestat für das Jahr 2014 hinaus ab.

Die Parteien vereinbarten sodann am 15./19.10.2015 (Anlage K24) einen weiteren Verjährungseinredeverzicht bis zum 31.10.2016 hinsichtlich aller sich aus dem Konzessionsvertrag 1993 sowie der Nachträge aus den Jahren 2005 und 2006 ergebenden Ansprüche in Bezug auf die Zahlung von Gaskonzessionsabgaben. Dieser entsprach mit Ausnahme der neuen Laufzeit dem Verjährungsverzicht in Anlage K21.

Am 12.08.2016 beantragte der Kläger dann die Durchführung des streitigen Verfahrens (Bd. I Bl. 9). Die Verfahrensakte wurde am 16.08.2016 an das Landgericht Berlin abgegeben und ging dort am 23.08.2016 ein. Mit am 27.10.2016 beim Landgericht Berlin eingegangenen Schriftsatz begründete der Kläger seine geltend gemachten Ansprüche, erweiterte seine Klage um eine Auskunftsklage und auf den Zeitraum bis zum 31.12.2013 und stellte sein Klagebegehren insgesamt auf eine Stufenklage um. Die Anspruchsbegründungsschrift wurde der Beklagten am 02.11.2016 zugestellt (Zustellungsurkunde Bd. I Bl. 44 der Akte). Mit Schriftsatz vom 19.12.2017 (Bd. I Bl. 176f. der Akte) erweiterte der Kläger seine Klage auf das Geschäftsjahr 2014. Der Schriftsatz, der diese Klageerweiterung enthielt, wurde der Beklagten im Parteibetrieb am 19.12.2017 zugestellt (Sitzungsniederschrift, Bd. II Bl. 114 der Akte).

Der Kläger behauptet, die Parteien hätten bereits bei Abschluss des KV 1993 die höchstzulässigen Konzessionsabgaben vereinbart und dies sei auch bei den weiteren Vereinbarungen stets gewollt gewesen. Ein Verzicht auf Konzessionsabgaben sei nicht vereinbart worden. Hierzu verweist er auf die jeweiligen Vereinbarungen.

Ziel der NV 2005 und der E 2006 sei es gewesen, das tatsächliche Konzessionsabgabenaufkommen dem bei Abschluss des KV 1993 prognostizierten Konzessionsabgabenaufkommens anzunähern.

Der Kläger bestreitet, dass die Beklagte ihn über die Tarifumstellung 2007 informiert habe. Dies ergebe sich insbesondere nicht aus der lediglich internen E-Mail-Korrespondenz der Beklagten in Anlage B15. Von der tatsächlichen Tarifstruktur ab 01.01.2007 habe der Kläger keine Kenntnis gehabt.

Der Kläger behauptet, die Kundeneinstufung nach den Tarifgruppen der KAV 2005 sei ohne Mengengrenzen möglich. Hierzu bietet er zum Beweis Sachverständigengutachten an (Bd. I Bl. 117 bis 120) und verweist auf die ergänzende Stellungnahme in Anlage K32.

Der Kläger erklärt sich mit Nichtwissen dazu, dass eine Weitergabe der erhöhten Konzessionsabgaben an die Kunden nicht (mehr) möglich sei. Ferner erklärt er sich mit Nichtwissen dazu, dass auch heute noch alle Gasversorgungsunternehmen Mengengrenzvereinbarungen anwenden. Es sei vielmehr inzwischen bundesweite Praxis nach den Vorgaben der KAV abzurechnen. Hierzu bietet der Kläger zum Beweis Sachverständigengutachten an.

Der Kläger sei auch nicht acht Jahre lang untätig geblieben, bis er Ende 2013 den Mahnbescheid erwirkt habe. Die Darstellung der Beklagten, wonach die Nichtigkeit der Nachtragsvereinbarungen schon mit Inkrafttreten der KAV-Novelle am 13.07.2005 erkennbar gewesen sei und hätte geltend gemacht werden müssen, sei unzutreffend. Die Zulässigkeit der Vereinbarung von Mengengrenzen sei zunächst noch umstritten gewesen und erst durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs geklärt worden.

Der Kläger erklärt sich auch mit Nichtwissen dazu, dass die Beklagte die von ihr an den Kläger gezahlten Konzessionsabgaben stets und in gleicher Höhe an ihre Kunden abgewälzt habe.

Er bestreitet, dass es unmöglich sei, in der Vergangenheit belieferte Kunden zu identifizieren und eine Nachzahlung geltend zu machen.

Der Kläger erklärt sich mit Nichtwissen auch dazu, dass die Beklagte die herausverlangten Informationen nicht besitze und nicht beschaffen könne.

Der Kläger ist der Ansicht, die Beklagte habe ihm in den Jahren 2009 bis 2014 zu geringe Konzessionsabgaben gezahlt, weswegen ihm nun ein Anspruch auf (Nach-)zahlung höherer Konzessionsabgaben zustehe.

Die Klage sei zulässig. Zur Begründung seiner Forderungen aus dem Mahnbescheid dürfe der Kläger zunächst Auskunft von der Beklagten verlangen und habe die Klage insoweit auch erweitern dürfen.

Die KAV sei verfassungskonform. Es sei aber ohnehin zweifelhaft, ob dem angerufenen Gericht eine Verwerfungskompetenz zukomme. Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG liege nicht vor.

Der Kläger meinte zunächst, die Parteien hätten nicht vereinbart, dass Lieferungen an Tarifikunden oberhalb einer Jahresabnahmemenge von 8.000 kWh wie Sondervertragskunden abgerechnet werden. Die Vereinbarung sei vielmehr so zu verstehen, dass erst ab den vereinbarten Grenzen Sondervertragskunden mit der für sie geltenden Konzessionsabgabe abgerechnet würden, weswegen der Kläger abredewidrig von der Beklagten zu geringe Konzessionsabgaben erhalten habe.

Der Zahlungsanspruch ergebe sich aus § 11 Abs. 1 und 2 KV 1993 in Höhe des Differenzbetrages zwischen den bisher geleisteten Konzessionsabgaben und den nach der Einstufung anhand der Lieferverhältnisse geschuldeten Konzessionsabgaben. Die Beklagte sei verpflichtet, die Höchstsätze der KAV nach Einstufung anhand der Lieferverhältnisse zu zahlen.

Der Kläger meint, die NV 2005 und die E 2006 stellten bloße Regelungen des Abrechnungsmodus dar und seien nicht wirksam, da sie den Vorgaben der KAV 2005 widersprächen. Die Mengenbandregelungen seien daher in vollem Umfang nichtig. Hierzu verweist der Kläger auf die von ihm beauftragte rechtliche Stellungnahme des Prof. Dr. H••••. Zu den Einzelheiten dieser Stellungnahme wird auf die Anlage K25 und deren Ergänzungen in Anlage K32 und Anlage K39 verwiesen. Eine bloße Teilnichtigkeit komme nicht in Betracht, dies widerspreche dem Parteiwillen.

Die NV 2005 und die E 2006 seien außerdem so auszulegen, dass bloß Mengengrenzen vereinbart worden seien. Ein Verzicht auf Konzessionsabgaben gegenüber den höchstzulässigen Konzessionsabgabesätzen ergebe sich aus den Vereinbarungen nicht. Gegen die Annahme eines Verzichts des Klägers auf die Zahlung der höchstzulässigen Konzessionsabgabe sprächen auch haushaltsrechtliche Gründe.

Die Änderung der KAV zum 13.07.2005 habe zu einer Änderung der Abrechnungsmodalitäten im Sinne der Ziff. 3 NV 2005 geführt. Auch sonst habe § 113 EnWG zu einer Änderung des KV 1993 geführt.

Im Übrigen hätten die Parteien das Wegfallen der NV 2005 und der E 2006 bei Änderungen der zugrundeliegenden gesetzlichen Regelungen und einer daraus folgenden Änderung der Abrechnungsmodalitäten bereits in Ziff. 3 der NV 2005 sowie in Ziff. 6 der E 2006 vorgesehen.

Der Zahlungsanspruch sei nicht verwirkt. Zu den Einzelheiten dieses Vortrags wird auf Bd. I Bl. 147f. der Akte verwiesen.

Der Kläger geht davon aus, dass die korrekte Berechnung der Konzessionsabgabe zu einer erheblichen Nachzahlungsverpflichtung der Beklagten führe. Es sei davon auszugehen, dass die Beklagte mehr als 80 % der Haushaltskunden in Berlin über Grundversorgungsverträge versorge und dass die Mehrheit des Gasabsatzes in Berlin wegen des Fehlens großer Industriebetriebe auf die Branchen Haushalte, Wohnungsbau und öffentliche Einrichtungen entfalle (Anlage K 16). Die durch die Beklagte grundversorgten Kunden seien daher sämtlich als Tarifikunden i.S.d. § 1 Abs. 3 und Abs. 4 KAV einzustufen und entsprechend hätte für deren Belieferung auch die höhere Tarifikunden-Konzessionsabgabe gezahlt werden müssen.

Der Kläger habe zu keinem Zeitpunkt auf die Zahlung der höchstzulässigen Konzessionsabgabe verzichtet.

Der geltend gemachte Auskunftsanspruch ergebe sich aus § 11 Abs. 3 Satz 4 KV 1993, zumindest aber als Nebenpflicht aus dieser Regelung. Dieser Anspruch umfasse alle Berechnungsgrundlagen, die notwendig seien, um die korrekte Höhe der von der Beklagten geschuldeten Konzessionsabgaben nachvollziehen zu können. Grundlage seien im Hinblick auf die Ahrensburg-Entscheidung des Bundesgerichtshofs auch die für die Einstufung des Lieferverhältnisses notwendigen Daten und somit die jeweiligen Vertragsbedingungen. Ferner erforderlich sei die Mitteilung der auf die jeweiligen Verträge entfallenden Gesamtgasabnahmemengen im Konzessionsgebiet Berlin sowie die Kenntnis der von Befreiungstatbeständen erfassten Gasabnahmemengen. Außerdem zählten dazu die in den jeweiligen Wirtschaftsprüferfestaten in Bezug genommenen Absatzstatistiken. Diese Auskunftsansprüche seien fällig, denn die Geschäftsjahre und die jeweilige Prüfung der Jahresabschlüsse sei abgeschlossen, so dass die Konzessionsabgabenrechnung und die jeweiligen Testate vorzulegen seien.

Ihre Auskunftspflicht habe die Beklagte nicht erfüllt. Die Wirtschaftsprüferfestate seien fehlerhaft und ließen die Berechnungsgrundlagen nicht erkennen. Sie ließen die Zuordnung der Konzessionsabgaben nur nach den Abnahmemengen, nicht jedoch nach dem Lieferverhältnis zu, was nicht den Vorgaben der KAV entspreche.

Unabhängig von dem konkreten vertraglichen Anspruch aus § 11 Abs. 3 Satz 4 KV 1993 habe der Kläger ferner einen Anspruch gegen die Beklagte auf Auskunft über die mit dem Antrag zu Ziff. 1 geltend gemachten Informationen aus den Grundsätzen von Treu und Glauben nach § 242 BGB i. V. m. dem KV 1993 im selben Umfang.

Es bestehe auch eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass dieser Anspruch nicht vollumfänglich erfüllt worden sei und daher ein Anspruch auf Nachforderung bestehe, da die Beklagte einen Großteil der im Konzessionsgebiet Berlin von ihr belieferten Letztverbraucher fälschlicherweise statt mit der Tarifikunden-Konzessionsabgabe mit der deutlich niedrigeren Sondervertragskunden-Konzessionsabgabe abgerechnet habe.

Auch die weiteren Voraussetzungen für das Bestehen eines Auskunftsanspruches nach § 242 BGB lägen vor. Er, der Kläger, sei nicht in der Lage, seine Forderung auf Nachzahlung noch ausstehender Konzessionsabgaben ohne Herausgabe der erforderlichen Informationen und

Unterlagen zu beziffern. Der Beklagten dagegen sei es "unschwer" möglich, hierüber Auskunft zu erteilen, da sie über die notwendigen Informationen und Unterlagen selbst verfüge.

Der Kläger meint, der geltend gemachte Auskunftsanspruch ergebe sich auch aus § 259 Abs. 1 BGB.

Der Kläger ist weiter der Ansicht, die Mengengrenzvereinbarung könne nicht teilweise aufrechterhalten bleiben, für eine geltungserhaltende Reduktion sei mangels Regelungsgehalt einer verbleibenden Regelung kein Raum.

Der Anspruch auf Nachzahlung sei auch nicht verwirkt, das Verhalten des Klägers nicht treuwidrig. Dass die Beklagte womöglich höhere Konzessionsabgaben nicht mehr an ihre Kunden weiterreichen könne, sei unerheblich, die KAV enthalte hierzu keine Regelung und auch sonst sei keine Regelung ersichtlich, wonach die fehlende Möglichkeit der Weitergabe der Konzessionsabgaben an die Kunden deren Erhebung hindere.

Der Kläger ist der Ansicht, aus Ziff. 3 NV 2005 ergebe sich, dass die Parteien sich bereits bei Abschluss der Nachtragsvereinbarung bewusst und einig gewesen seien, dass die Abrechnung nach Mengenbändern nur insoweit und solange als vereinbart gelten solle, als diese nicht den für die Ermittlung der Konzessionsabgabe zu Grunde liegenden gesetzlichen oder untergesetzlichen Regelungen widerspreche.

Die Auskunftsanträge seien auch zulässig. Mit dem Antrag zu Ziff. 1 a) verfolge er, der Kläger, das Ziel, Kenntnis darüber zu erlangen, wie viele Kunden die Beklagte im streitgegenständlichen Zeitraum als Tarifikunden i.S.d. § 1 Abs. 3 KAV und wie viele Kunden sie als Sondervertragskunden i.S.d. § 1 Abs. 4 KAV beliefert habe. Er verlange insofern Auskunft über die Vertragsbedingungen der von der Beklagten verwendeten Gaslieferverträge. Für die Kundeneinstufung sei die Ausgestaltung der Verträge maßgeblich.

Zur Überprüfung und Berechnung der richtigen Konzessionsabgabenhöhe müsse er, der Kläger, zwischen Gaslieferungen an Kunden ausschließlich für Kochen und Warmwasser nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 lit. a) KAV und sonstigen Tariflieferungen nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) KAV unterscheiden. Es bestehe die Möglichkeit, dass die Beklagte die Unterscheidung zwischen Tariflieferungen für Kochen und Warmwasser und sonstigen Tariflieferungen nicht anhand spezifischer Vertragsbedingungen treffe.

Selbst wenn eine Kundenabgrenzung nach § 1 Abs. 3 und 4 KAV ausschließlich anhand der von der Beklagten übermittelten Vertragsbedingungen der Lieferverträge möglich sei, würde der Antrag zu Ziff. 1 a) hierdurch nicht unbestimmt.

Die Auskunftsansprüche seien auch nicht verjährt.

Weder der Auskunftsanspruch nach § 11 Abs. 3 Satz 4 KV 1993 noch der Auskunftsanspruch nach §§ 260, 242 BGB für das Jahr 2009 seien verjährt. Die Verjährungseinredeverzichtvereinbarungen gälten sowohl für den Zahlungsanspruch als auch für die zur Bezifferung des Zahlungsanspruches erforderlichen Auskunftsansprüche. Dass die Verjährungseinredeverzichtvereinbarungen für sämtliche in Betracht kommenden Ansprüche in Bezug auf die Zahlung der Gaskonzessionsabgabe und damit für Auskunftsansprüche zur Bezifferung der Leistungsansprüche gelten sollten, ergebe sich bereits aus ihrem Wortlaut.

Ferner komme eine eigenständige Verjährung der Auskunftsansprüche unabhängig vom Leistungsanspruch schon nicht in Betracht. Die Verjährung des Hilfsanspruchs folge der des Hauptanspruchs, solange anderenfalls die Realisierung des Hauptanspruchs vereitelt zu werden drohe. Vorliegend drohe die Realisierung des Hauptanspruchs vereitelt zu werden, sollten die Auskunftsansprüche früher verjähren als der Hauptanspruch. Der vertragliche und der gesetzliche Auskunftsanspruch dienten dem Zweck, die Richtigkeit der Konzessionsabgabenabrechnung

durch die Beklagte zu überprüfen und ggf. Nachforderungsansprüche auf Konzessionsabgaben geltend zu machen.

Nach Erweiterung seines Klagebegehrens auf das Geschäftsjahr 2014 beantragt der Kläger zuletzt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger für den Zeitraum vom 01.01.2009 bis 31.12.2014, aufgeschlüsselt nach Kalenderjahren, vollständig Auskunft zu erteilen
 - a. über Anzahl, Inhalt und Vertragsbedingungen der von ihr verwendeten Gaslieferverträge zur Belieferung von Letztverbrauchern und Weiterverteilern im Konzessionsgebiet Berlin,
 - b. über die Gasmengen in kWh, die sie an Letztverbraucher im Konzessionsgebiet Berlin geliefert hat,
 - c. über die Gasmengen in kWh der konzessionsabgabenbefreiten Lieferungen der Beklagten im Konzessionsgebiet Berlin,
 - d. welchen Gaslieferverträgen im Sinne der Antragsziffer 1.a jene Gasmengen der Antragsziffern 1.b und 1.c. jeweils zuzuordnen sind,
 - e. über den Inhalt der Absatzstatistiken, die sie ihrer Berechnung zur Zahlung der Konzessionsabgabe zu Grunde gelegt hat.
2. Die Beklagte wird verurteilt, einen nach der erteilten Auskunft zu Ziff. 1 zu ermittelnden Betrag nebst Zinsen an den Kläger zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet, sie habe den Kläger über die Tarifumstellung zum 01.01.2007 informiert.

Die Parteien hätten bei Abschluss des KV 1993 ein bestimmtes Konzessionsabgabevolumen angenommen. Mit den Mengengrenzvereinbarungen habe dieses Konzessionsabgabenaufkommen erhalten, nicht aber vervielfacht werden sollen. Der Kläger und die Beklagte hätten das sich aus den vertraglichen Vereinbarungen ergebende Konzessionsabgabenaufkommen als angemessene Gegenleistung für das vom Kläger eingeräumte Recht zur Nutzung des öffentlichen Straßenlandes angesehen. Die gesamte Vertrags- und Verhandlungshistorie zeige, dass es dem Kläger darum gegangen sei, dieses ursprünglich für angemessen gehaltene Konzessionsabgabenaufkommen zu sichern und sich unabhängig von der Tarifgestaltung der Beklagten zu machen. Die Beklagte habe sich diesem Wunsch gebeugt und deshalb den Mengengrenzvereinbarungen zugestimmt.

Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung.

Die Beklagte ist der Ansicht, die Klage sei bereits unzulässig.

Die Auskunftsanträge und der Zahlungsantrag seien zu unbestimmt, die mangelnde Bestimmtheit der Auskunftsanträge schlage auf den Zahlungsantrag durch. Der Zahlungsantrag sei auch deswegen unzulässig, weil er nicht angebe, auf welchem Weg der zu zahlende Betrag zu ermitteln sei, woraus sich die Differenz zu den bereits gezahlten Konzessionsabgaben ergeben solle und welche Zinsen auf welchen Betrag ab welchem Zeitpunkt gezahlt werden sollten. Dies erfülle nicht die Mindestanforderungen an einen Zahlungsantrag im Rahmen einer Stufenklage. Die Auskunftsanträge dienten auch nicht der Vorbereitung des Zahlungsantrags, die abgeforderten Auskünfte und Informationen seien dazu nicht geeignet.

Die Beklagte meint ferner, die Klage sei auch unbegründet.

Die Auskunftsansprüche für das Geschäftsjahr 2009 seien am 31.12.2013 verjährt und deswegen nicht vom Verjährungsverzicht der Beklagten umfasst. Die KAV 2005 sei verfassungswidrig. Selbst wenn die KAV 2005 nicht verfassungswidrig sei, sei sie auf den KV 1993 nicht anzuwenden.

Die Einteilung der Kunden gemäß § 1 Abs. 3 und 4 KAV sei ohne Einteilung nach Verbrauchsmenge unmöglich.

Auch wenn man von der Verfassungsmäßigkeit der KAV ausgehen wollte, handele es sich um Höchstpreisrecht. Soweit niedrigere als dort vorgesehene Konzessionsabgaben gezahlt worden seien, sei gegen die KAV nicht verstoßen worden. Soweit höhere als dort vorgesehene Konzessionsabgaben gezahlt worden seien, liege zwar ein Verstoß vor, dieser benachteilige den Kläger aber nicht, da er dann zu viel erhalten habe. Daraus könnten sich daher für den Kläger keine Ansprüche ergeben. Sofern teilweise gegen die KAV verstoßen worden wäre, ergäbe sich auch keinesfalls die Nichtigkeit der gesamten NV 2005 und der E 2006.

Zu den weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschrift des Termins am 24.01.2018 (Bd. II Bl. 114ff.) verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig, aber nicht begründet.

A. Der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten ist eröffnet und die Klage ist auch im Übrigen zulässig.

I. Der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten ist eröffnet.

Der Rechtsweg zu den Zivilgerichten ist eröffnet, § 13 GVG (vgl. hierzu OVG Lüneburg, Beschluss vom 12. Mai 2010 – 7 OB 26/10 –, Rn. 7, juris). Der Kläger nimmt die Beklagte auf Auskunft und später Zahlung sich aus der Auskunft ergebender erhöhter Konzessionsabgaben aus einem Konzessionsabgabenvertrag in Anspruch. Dabei handelt es sich um eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit, für die Rechtsweg zu den Zivilgerichten eröffnet ist.

1. Die rechtliche Qualifikation der Herrschaft der Gemeinden über das örtliche Wegenetz und der auf dessen Nutzung bezogenen rechtlichen Beziehungen von Gemeinden und Energieversorgungsunternehmen ist zwar umstritten (vgl. Britz/Hellermann/Hermes, Energiewirtschaftsgesetz, § 46 Rn. 59 mit weiteren Nachweisen zu beiden Auffassungen, beck-online). Der Bundesgerichtshof (vgl. BGHZ 37, 353, 354f.; 138, 266, 274; vgl. auch OVG Münster, NVwZ-RR 2012, 415) und die vorherrschende Literaturlauffassung (vgl. Wegner, in: BerlK-EnR, § 46 EnWG, Rn. 2; Theobald, in: Danner/Theobald, EnWG, § 46, Rn. 25; Huber in Kment, Energiewirtschaftsgesetz, 1. Auflage 2015, EnWG § 46 Rn. 27-28, beck-online) nehmen an, dass es sich um eine privatrechtliche, im Grundeigentum wurzelnde Rechtsposition der Gemeinden handele und dass folglich die Wegenutzungs- einschließlich der Konzessionsverträge insgesamt als privatrechtliche Verträge anzusehen seien. Dies wird allerdings bestritten (vgl. Britz/Hellermann/Hermes, Energiewirtschaftsgesetz, § 46 Rn. 59 m.w.N., beck-online).

2. Die Kammer geht jedoch mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs von einer bürgerlich-rechtlichen Qualifikation aus.

a) Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich oder bürgerlich-rechtlich ist, richtet sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird (vgl. BVerwGE ZP 550

129, 9, 10f. = NZBau 2007, 389 = NVwZ 2007, 820 = NJW 2007, 2275, m.w. Nachw.). Der Kläger macht hier in zweiter Stufe Ansprüche auf Zahlung höherer Konzessionsabgaben aus einem Konzessionsvertrag mit der Beklagten über die Wegenutzung für Gasleitungen geltend, die auf erster Stufe verlangte Auskunft dient nach dem Vorbringen des Klägers der Vorbereitung der Zahlungsanträge auf zweiter Stufe. Die Parteien streiten damit um Ansprüche aus einem Wegenutzungsvertrag im Sinne des § 46 Abs. 2 EnWG.

b) Nach der Legaldefinition in § 46 Abs. 2 EnWG sind qualifizierte Wegenutzungsverträge Verträge von Energieversorgungsunternehmen mit Gemeinden über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören (vgl. Huber in Kment, Energiewirtschaftsgesetz, 1. Aufl. 2015, § 46 Rn. 27-28, beck-online). Solch ein Vertrag liegt hier ohne weiteres vor (§ 2 Abs. 1 KV 1993, Anlage K2, Bl. 3).

c) Die Einräumung von Rechten zur Benutzung des Eigentums an Straßen richtet sich, wenn – wie hier infolge der regelmäßig unterirdischen Verlegung von Erdgasleitungen – der Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt wird, nach bürgerlichem Recht (vgl. z.B. § 23 Abs. 1 NWStrWG und § 8 Abs. 10 FStrG). Rechtstreitigkeiten betreffend die Benutzung von Straßen für Versorgungsleitungen sind bürgerlich-rechtliche Angelegenheiten. (vgl. BGHZ 37, 353, 355 = NJW 1962, 1817; BGHZ 138, 266, 274 = VIZ 1998, 397).

d) Ein Wegenutzungsvertrag nach § 46 EnWG zwischen der Gemeinde und einem Energieversorgungsunternehmen ist daher insgesamt dem bürgerlichen Recht zuzuordnen (vgl. BGHZ 15, 113, 116 = NJW 1955, 104; BGHZ 132, 198, 201 = NJW 1996, 1749; vgl. auch hierzu und zum Vorstehenden insgesamt OVG Münster, Beschluss vom 10. Februar 2012 – 11 B 1187/11 –, Rn. 9ff. m.w.N., juris; Huber in Kment, Energiewirtschaftsgesetz, 1. Aufl. 2015, § 46 Rn. 22, beck-online)

e) Ebenso unterfallen die auf der Grundlage solcher Wegenutzungsverträge von dem Energieversorgungsunternehmen für die Inanspruchnahme des Straßeneigentums an die jeweilige Kommune gezahlten Konzessionsabgaben dem Zivilrecht (vgl. BT-Drucks. 13/7274, 21; PraxKomm-EnWG/Gerbatsch/Walter § 48 Rn. 28; Huber in Kment, Energiewirtschaftsgesetz, EnWG, 1. Aufl. 2015, § 48 Rn. 7, beck-online). Konzessionsabgaben sind entgegen ihrer Bezeichnung als "Abgaben" nach allgemeiner Meinung keine "Abgaben" im Sinne des Abgabenrechts, sondern privatrechtliche Entgelte für die Benutzung öffentlicher Verkehrswege zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern mit Strom oder Gas in einem Gemeindegebiet. Die Vergütung steht der Stadt bzw. Gemeinde als Wegeeigentümerin zu, nicht aber auf Grund ihrer Stellung als Wegeherr für die Erteilung öffentlich-rechtlicher Genehmigungen (vgl. BGHZ 15, 113, 116 = NJW 1955, 104; BGH, NJW 1995, 3122, 3123; BGHZ 132, 198, 201 = NJW 1996, 3409 = DVBl. 1996, 801, 802.; OVG Münster, Urteil vom 7. Dezember 2011 – 11 A 341/09, BeckRS 2011, 56737 m.w. N.).

II. Das Landgericht Berlin ist örtlich und sachlich zuständig.

1. Die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Berlin ergibt sich bereits aus § 17 Abs. 1 Satz 1 ZPO, denn die Beklagte hat ihren Sitz in Berlin und damit im Bezirk des angerufenen Gerichts.

2. Die sachliche Zuständigkeit dürfte sich als ausschließlich aus § 102 Abs. 1 EnWG ergeben, im Übrigen aber jedenfalls streitwertabhängig gemäß §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG im Hinblick auf den Streitwert von 36 Mio. Euro bei Eingang der Akte des Mahnverfahrens am 23.08.2016.

a) Eine gemäß § 102 Abs. 1 EnWG erforderliche Rechtsstreitigkeit aus dem EnWG liegt bei Leistungsklagen dann vor, wenn die Anspruchsgrundlage eine Norm des EnWG oder des auf dem EnWG beruhenden untergesetzlichen Regelwerks ist (vgl. Hölcher in Britz/Hellermann/Hermes, Energiewirtschaftsgesetz, EnWG, 3. Auflage 2015, § 102 Rn. 11, beck-online). Die ratio des

Gesetzes, über die energiewirtschaftsrechtliche Sondermaterie nach Möglichkeit nur spezialisierte Gerichte oder Spruchkörper entscheiden zu lassen, greift unabhängig davon ein, ob die energiewirtschaftsrechtliche Regelung im EnWG selber oder in einer Verordnung verankert ist, die in Ausführung des Gesetzes erlassen wurde (vgl. Turiaux in Kment, Energiewirtschaftsgesetz, 1. Auflage 2015, § 102 Rn. 6, beck-online).

b) Dies kann jedoch ohnehin dahinstehen, da im Hinblick auf den Streitwert bei Eingang der Akte aus dem Mahnverfahren am 23.08.2016 (36 Mio. Euro) die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts auch streitwertabhängig ohne weiteres gegeben ist.

III. Die Auskunftsanträge auf erster Stufe sind entgegen der Ansicht der Beklagten zulässig.

Die gestellten Auskunftsanträge sind auch zulässig. Die Kammer hält die dagegen von der Beklagten geäußerten Bedenken nicht für durchgreifend.

1. Kommt es für die Einteilung der Kundengruppen nach der KAV darauf an, wie das Vertragsverhältnis zum Kunden ausgestaltet ist, dann ist es zulässig, diejenigen Informationen zu verlangen, die die Beurteilung des Vertragsverhältnisses zum Kunden ermöglichen. Es ist auch hinreichend bestimmt bzw. zumindest hinreichend bestimmbar, wenn die Mitteilung des Inhalts abgeschlossener Verträge und die Mitteilung der Anzahl dieser Verträge verlangt werden. Im Hinblick auf den vom Kläger mit der Auskunft verfolgten Zweck sind die Anträge somit hinreichend bestimmbar. Die Beklagte soll den Inhalt der von ihr in den streitgegenständlichen Jahren unterhaltenen Verträge mitteilen und die jeweilige Anzahl der Kunden, mit denen sie diese Verträge unterhielt und welche Abnahmemengen auf die jeweiligen Vertragstypen entfielen.

2. Auch das Verlangen auf Überlassung der Absatzstatistiken ist hinreichend bestimmbar. Als Berechnungsgrundlage stützen sich die jeweiligen Wirtschaftsprüfer-testate der streitgegenständlichen Jahre auf die dort angegebenen Absatzstatistiken, die den Angaben im jeweiligen Testat zu Grunde lagen. Ausweislich des Wirtschaftsprüfungstestats für das Geschäftsjahr 2009 in der Anlage K10 (S. 2) lagen den Berechnungen Absatzstatistiken der NBB, also des Netzbetreibers, sowie die Absatzstatistik der Beklagten zu Grunde. In dem Testat für das Geschäftsjahr 2010 (K11) wird keine der beiden Statistiken als Berechnungsgrundlage genannt. In den Testaten für 2011 (K12, S. 2), 2012 (Anlage K13 S. 2), 2013 (Anlage K14 S. 2), 2014 (Anlage K38 S. 2) wird jeweils die Absatzstatistik der NBB genannt. Der Antrag ist damit insoweit hinreichend bestimmbar, als deutlich wird, dass die Vorlage dieser Absatzstatistiken verlangt wird.

IV. Die Klage ist auch als Stufenklage zulässig.

Entgegen der Ansicht der Beklagten hält die Kammer die Klage auch in Form der Stufenklage für zulässig.

a) Selbst wenn keine Zahlungsansprüche bestünden, wie die Beklagte meint, führt dies nicht zur *Unzulässigkeit* der Stufenklage und auch nicht zur Unzulässigkeit der Auskunftsklage. Die Klage wäre vielmehr insgesamt unbegründet. Dass der Kläger mit seinem auf der ersten Stufe gestellten Auskunftsbegehren überhaupt nicht bezweckt, sein Leistungsbegehren auf der letzten Stufe hinreichend bestimmen zu können, sondern sich sonstige mit dieser Bestimmung nicht im Zusammenhang stehende Informationen über seine weitere Rechtsverfolgung verschaffen will, was die Unzulässigkeit der Stufenklage zur Folge hätte (vgl. BGH NJW 2000, 1645, 1646; 2002, 2952, 2953; 2011, 1815, 1816; MüKoZPO/Becker-Eberhard, 5. Auflage 2016, § 254 Rn. 7, beck-online), vermag die Kammer nicht festzustellen. Es ist für die Kammer letztlich nicht ersichtlich, auf welche andere Weise als mit den begehrten Auskünften, der Kläger in die Lage versetzt werden könnte, die geltend gemachten Ansprüche zu beziffern. Die Beklagte führt hierzu auch nichts an.

b) Die Stufenklage setzt lediglich voraus, dass das Unvermögen, eine bestimmte Leistung zu fordern, auf Unkenntnis gerade der Anspruchshöhe beruht (vgl. BGH NJW 2000, 1645, 1646; 2011, 1815 Rn. 8; 2012, 3722 Rn. 13) und die Auskunftsklage deren Ermittlung wenigstens

teilweise fördern könnte (vgl. BGH BeckRS 2016, 09347 Rn. 14ff. = MDR 2016, 700, vgl. hierzu insgesamt Forste in Musielak/Voit, ZPO, 14. Aufl. 2017, § 254 Rn. 3, beck-online). Dies ist hier aber der Fall. Die begehrte Auskunft kann die Ermittlung der Anspruchshöhe fördern, denn sie ermöglicht dem Kläger zumindest die Beurteilung, welche Abnahmemengen im Rahmen von Sonderverträgen bezogen worden sind und welche Abnahmemengen in der Grundversorgung. Dies wiederum fördert die Ermittlung der Anspruchshöhe auf der Grundlage des klägerischen Vorbringens, denn danach wären eine Vielzahl von Kunden, die im Rahmen der Grundversorgung beliefert werden, Kunden mit sonstigen Tarifierungen, für die – nach dem klägerischen Vorbringen – eine höhere Konzessionsabgabe geschuldet wäre. Mit den verlangten Angaben könnte der Kläger zumindest Grundversorgungs- und Sondervertragskunden trennen und so die Bezifferung seiner geltend gemachten Ansprüche zumindest teilweise fördern.

c) Die Stufenklage ist auch nicht etwa deswegen unzulässig, weil der Kläger bloß auf die in § 254 ZPO genannten Ansprüche beschränkt wäre. Entgegen dem Gesetzeswortlaut ist der Antrag auf der ersten Stufe nicht auf Rechnungslegung und Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses beschränkt; mit der Stufenklage können *alle* Informationsansprüche (auf Auskunft, Rechnungslegung, Rechenschaftslegung, Vorlage eines Bestandsverzeichnisses) verfolgt werden, auch der Auskunftsanspruch gemäß § 242 BGB (vgl. MüKoZPO/Becker-Eberhard, 5. Aufl. 2016, § 254 Rn. 9 m.w.N., beck-online, wohl auch ganz herrschende Meinung; Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, 32. Aufl. 2018, § 254 ZPO, Rn. 6; Foerste in Musielak/Voit, ZPO, 14. Auflage 2017 § 254 Rn. 2: “Im Wege der Stufenklage kann jedes Informationsrecht geltend gemacht werden.”).

Die geltend gemachten Informationsansprüche müssen letztlich nur der Beschaffung von (nicht unbedingt einmal abschließenden, vgl. BGH NJW 2017, 156) Informationen zur Bezifferung bzw. Spezifizierung eines Leistungsantrags dienen (vgl. Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, 32. Aufl. 2018, § 254 ZPO, Rn. 6). Dies ist hier jedoch – wie zuvor erörtert – der Fall.

d) Die Stufenklage ist auch nicht wegen mangelnder Bestimmtheit des Zahlungsantrags auf zweiter Stufe unzulässig, wie die Beklagte zu meinen scheint.

Da es sich um eine Stufenklage handelt, ist der Kläger gerade von einem bestimmten Leistungsantrag freigestellt (§ 254 ZPO: “...so kann die bestimmte Angabe der Leistungen, die der Kläger beansprucht, vorbehalten werden, ...”). Die Vorschrift lässt die Klage auf der letzten Stufe ohne einen bestimmten Antrag zu und macht damit, wie auch in ihrer systematischen Stellung im Gesetz zum Ausdruck kommt, gerade eine Ausnahme vom Erfordernis des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO (vgl. nur MüKoZPO/Becker-Eberhard, 5. Auflage 2016, § 254 Rn. 1, beck-online). Der Einwand der Beklagten ist wohl nur auf der Grundlage zu verstehen, dass diese davon ausgeht, dass keine Stufenklage vorliegt, da die begehrte Auskunft nicht zur Vorbereitung des Auskunftsanspruchs diene, was die Kammer jedoch vorstehend bereits verneint hat.

Erlaubt § 254 ZPO aber von einem bestimmten Antrag abzusehen, so ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen ein bestimmter Zinsantrag gestellt werden muss.

B. Die Klage ist jedoch nicht begründet.

Dem Kläger stehen die geltend gemachten Auskunftsansprüche nicht zu, da ihm nach dem zu Grunde zu legenden Prozessstoff schon die geltend gemachten Zahlungsansprüche dem Grunde nach nicht zustehen (I.). Aus diesem Grunde ist die Klage auch im Ganzen über alle Stufen abzuweisen (II.).

I. Dem Kläger stehen die auf zweiter Stufe anhängig und geltend gemachten Zahlungsansprüche schon dem Grunde nach nicht zu, so dass er auch keinen Anspruch auf die begehrten Auskünfte hat.

1. Dabei kommt es nicht darauf an, ob § 2 KAV verfassungsgemäß ist, ob die KAV in ihrer seit 2005 anzuwendenden Fassung auch hier anzuwenden ist und ob die KAV womöglich auch in ihrer bis zum 12.07.2005 geltenden Fassung der Vereinbarung der Parteien entgegenstand. Die Kammer kann dies alles unterstellen, ohne dass dem Kläger dem Grunde nach ein Zahlungsanspruch zustünde.

Ist § 2 KAV verfassungswidrig, ist er hier nicht anzuwenden mit der Folge, dass die Parteivereinbarung gilt. Daher muss die Kammer nicht über die Verfassungswidrigkeit der KAV entscheiden, obwohl sie entgegen der Ansicht des Klägers dazu befugt und berufen wäre (st. Rspr.; vgl. etwa BVerfGE 18, 52, 59; 68, 319, 325 f.; BVerfG, Beschluss vom 21. April 2015 - 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12, juris Rn. 93; vgl. hierzu und zum Vorstehenden insgesamt BGH, Urteil vom 04. November 2015 – VIII ZR 217/14 –, BGHZ 207, 246-296, Rn. 21ff.).

Denn es würde dann automatisch an einem Verstoß der Parteivereinbarung gegen die dann unanwendbare Regelung des § 2 KAV fehlen und die Parteivereinbarung wäre wirksam, zu beachten und anzuwenden. Dies hätte zur Folge, dass dem Kläger kein Anspruch auf Zahlung höherer Konzessionsabgaben zustünde.

2. Aber auch dann, wenn die KAV verfassungsgemäß und anzuwenden ist, stehen dem Kläger schon dem Grunde nach keine Ansprüche auf Zahlung höherer Konzessionsabgaben zu. Die KAV regelt nämlich Höchstpreisrecht (a), sodass nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Verstöße nur zu einer Teilnichtigkeit dagegen verstoßender Vereinbarungen und einer geltungserhaltenden Reduktion auf den zulässigen Preis führen (b). Diese Erwägungen gelten auch für das Geschäftsjahr 2014, mit dessen Beginn der KV 1993 ausgelaufen ist (c).

a) Die KAV regelt jedenfalls in §§ 2 und 3 KAV nach wohl ganz allgemeiner Ansicht Höchstpreisrecht (vgl. BGH, Urteil vom 07. Oktober 2014 – EnZR 86/13 –, Rn. 39ff. juris, zu § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV 2005 und zu dessen Charakter als Höchstpreisrecht; OLG München, Urteil vom 24. Mai 2012 – U 4936/11 Kart –, Rn. 45, juris; Theobald/Templin in Danner/Theobald, Energierecht, 94. EL Juli 2017 KonAV § 2 Rn. 11, Huber in Kment, Energiewirtschaftsgesetz, EnWG § 48 Rn. 12, beck-online; BK-EnR/Kermel § 48 Anh. § 1 KAV Rn. 2; Kalwa in Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 39. EL Mai 2017, Gaslieferverträge Rn. 20 m.w.N.; Gerbatsch/Walter, 2015, § 48 Rn.26; Büdenbender, Die Abgrenzung der Grundversorgungs-(Tarifversorgungs-)verträge, RdE 2011, 201, 203; Bulla, Grundversorgung und Sondervertragskunden, N&R 2012, 24, 26).

b) Die Vereinbarungen der Parteien in der NV 2005 und der E 2006 verstoßen gegen das Höchstpreisrecht in § 2 KAV, denn diese führen dazu, dass die in § 2 KAV geregelten Höchstsätze überschritten werden.

aa) Die Vereinbarung zur Abrechnung der Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden führt insoweit zu einer Überschreitung der Höchstsätze des § 2 KAV, als bei Sondervertragskunden erst bei einer Abnahmemenge von 6.001 kWh/a ein Satz von 0,03 ct/kWh abgerechnet wird. Dies widerspricht § 2 Abs. 3 Nr. 2 KAV 2005, wonach bei der Belieferung von Sondervertragskunden mit Gas ein Höchstbetrag von 0,03 ct/kWh nicht überschritten werden darf.

Bei der Bestimmung, ob es sich bei einem Kunden um einen Sondervertragskunden handelt, ist nämlich nicht auf das Abnahmeverhalten, sondern auf die Ausgestaltung des Lieferverhältnisses abzustellen (vgl. BGH, Beschluss vom 06. November 2012 – KVR 54/11 – Rn. 24, juris).

bb) Auch die weitere Regelung der Parteien verstößt gegen das Höchstpreisrecht der KAV.

Aaa) Der Begriff des Tarifkunden ist in § 1 Abs. 3 KAV 2005 definiert. Sonderkunde ist nach § 1 Abs. 4 KAV 2005, wer nicht Tarifkunde ist. Nach § 1 Abs. 3 KAV 2005 sind Tarifkunden Kunden, die nach den §§ 36 und 38 EnWG sowie den §§ 115 Abs. 2 und 116 EnWG beliefert werden. Tarifkunden i.S.d. KAV 2005 sind also zunächst Kunden in der Grund- und

Ersatzversorgung. Kunden der Grund- oder Ersatzversorgung können nach §§ 36, 38 EnWG nur Haushaltskunden sein. Der Begriff des Haushaltskunden ist in § 3 Nr. 22 EnWG definiert. Danach sind Haushaltskunden "Letztverbraucher, die Energie überwiegend für den Eigenverbrauch im Haushalt oder für den einen Jahresverbrauch von 10.000 kWh nicht übersteigenden Eigenverbrauch für berufliche, landwirtschaftliche oder gewerbliche Zwecke kaufen" (vgl. hierzu Albrecht in Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage 2013, § 9. Kommunale Wegerechte, Konzessionsverträge, Stromnetzübernahmen Rn. 200, beck-online).

Bbb) Die Parteiregelung in der NV 2005 und der E 2006 für die Tarifierungen ausschließlich für Kochen und Warmwasser führt ebenfalls dazu, dass Kunden, die Gas auch zu Heizzwecken abgenommen haben, deren Abnahmemenge aber unterhalb der vereinbarten Grenze lag, KAV-widrig mit der höheren Konzessionsabgabe abgerechnet werden können. Dies ist ebenfalls unzulässig, da danach eine höhere als nach der KAV zulässige Konzessionsabgabe abgerechnet werden kann.

cc) Die festgestellten Verstöße gegen das Höchstpreisrecht stellen einen Verstoß gegen ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB mit der grundsätzlichen Folge der Nichtigkeit dar (Aaa). Der Kläger darf sich auf den Nichtigkeitseinwand berufen (Bbb). Dies führt jedoch nicht zur Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrages (Ccc) und auch nur zur Nichtigkeit der Vereinbarungen in der NV 2005 und der E 2006, soweit damit die Höchstsätze der KAV 2005 überschritten werden (Ddd).

Aaa) Eine Überschreitung der Höchstsätze der KAV 2005 stellt grundsätzlich einen Verstoß gegen ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB dar.

(1) §§ 2 und 3 KAV 2005 sind Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 07. Oktober 2014 – EnZR 86/13 –, Rn. 39, juris, für § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV; Gerbatsch/Walter, 2015, § 48 Rn. 26; Büdenbender, Die Abgrenzung der Grundversorgungs-(Tarifversorgungs-)verträge, RdE 2011, 201, 203; Bulla, Grundversorgung und Sondervertragskunden, N&R 2012, 24, 26; OLG München, Urteil vom 24. Mai 2012 – U 4936/11 Kart –, Rn. 45, juris; Theobald/Templin in Danner/Theobald, Energierecht, 94. EL Juli 2017 KonAV § 2 Rn. 11, Huber in Kment, Energiewirtschaftsgesetz, EnWG § 48 Rn. 12, beck-online; BK-EnR/Kermel § 48 Anh. § 1 KAV Rn. 2; Kalwa in Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 39. EL Mai 2017, Gaslieferverträge Rn. 20 m.w.N.).

(2) Dass es sich bei der KAV 2005 um eine Rechtsverordnung handelt, steht dem nicht entgegen. Als Verbotsgesetz nach § 134 BGB kommt grundsätzlich jede Rechtsnorm im Sinne von Art. 2 EGBGB in Betracht. Hierunter fallen somit nicht nur durch die Parlamente des Bundes oder der Länder verabschiedete Gesetze im formellen Sinne, sondern auch Gesetze im (lediglich) materiellen Sinne, d.h. jede generell-abstrakte Rechtsregel mit Außenwirkung, welche verbindliche Vorschriften für das Verhalten der ihr unterworfenen Personen aufstellt. Ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB kann daher auch durch eine Rechtsverordnung oder eine Satzung ausgesprochen werden (vgl. BGH NJW 1986, 2360; NJW 2011, 2501, 2502; Arnold in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 134 BGB, Rn. 8; Kopp/Ramsauer, VwVfG § 59 Rn 9; Palandt/Ellenberger § 134 Rn ; Staudinger/Sack/Seibl (2017) BGB § 134, Rn. 16; BeckOK BGB/Wendtland, 43. Ed. 15.6.2017, BGB § 134 Rn. 5; BeckOGK/Vossler BGB § 134 Rn. 25, beck-online; MüKoBGB/Armbrüster, 7. Auflage 2015, § 134 Rn. 30, beck-online).

Bbb) Der Kläger darf sich entgegen der Ansicht der Beklagten auf den Nichtigkeitseinwand berufen.

(1) Eine nach § 134 BGB im öffentlichen Interesse, hier dem des Wettbewerbs um das Wegerecht zwecks Verbesserung der Versorgungsbedingungen und des Schutzes des Letztverbrauchers vor zu hohen Konzessionsabgaben, angeordnete Nichtigkeit kann allenfalls in ganz engen Grenzen durch eine Berufung auf Treu und Glauben überwunden werden (vgl. BGH, Urteil vom 1. August 2013 – VII ZR 6/13, ZIP 2013, 1918 Rn. 30 m.w.N.; BGHZ 199, 289 Rn. 118 f. - Stromnetz

Berkenthin). Die Voraussetzungen hierfür liegen schon im Hinblick auf die unklare Rechtslage in Folge des Vorgehens des Bundeskartellamts im Jahr 2009 (Gasversorgung Ahrensburg) und den folgenden Entscheidungen des OLG Düsseldorf (2011) und des BGH (2013) hierzu sowie der Diskussion der Zulässigkeit von Mengengrenzvereinbarungen in der Literatur nicht vor (vgl. zu solchen Überlegungen im Hinblick auf eine unklare Rechtslage BGH, Urteil vom 07. Oktober 2014 – EnZR 86/13 –, Rn. 60, juris).

(2) Im Allgemeinen ist die Berufung auf die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts ohnehin nicht rechtsmissbräuchlich. Der Einwand des Rechtsmissbrauches ist insbesondere nicht schon deshalb eröffnet, weil eine Rückabwicklung der vom anderen Teil erbrachten Leistung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich wäre. Andernfalls würde die gesetzlich angeordnete Sanktion der Nichtigkeit des Vertrages in einer Vielzahl von Fällen rechtlich wirkungslos bleiben. Die Berufung auf die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts verstößt insbesondere dann nicht gegen Treu und Glauben, wenn die Nichtigkeit dem Normzweck des verletzten Verbotsgesetzes entspricht (vgl. Nassall in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 134 BGB, Rn. 41). Dies ist hier aber der Fall. Der Ordnungsgeber hat die Konzessionsabgabensätze bewusst begrenzt und dies nicht nur im Hinblick auf die Parteien des Konzessionsvertrages, sondern auch im Hinblick auf den Wettbewerb, die generelle Begrenzung des seinerzeit stetig steigenden Konzessionsabgabenvolumens und die Letztverbraucher. Dieser Zweck würde jedoch unterlaufen, wenn hier die Berufung auf den Nichtigkeitseinwand – der ja mit den Argumenten der Beklagten für beide Parteien gleichermaßen gelten müsste – versagt würde.

Ccc) Der festgestellte Verstoß gegen ein Verbotsgesetz führt hier jedoch nicht zur Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrages.

(1) § 113 EnWG schließt eine Gesamtnichtigkeit gerade aus (vgl. Huber in Kment, Energiewirtschaftsgesetz, EnWG, 1. Aufl. 2015, § 113 Rn. 3, beck-online). Nach § 113 EnWG bleiben laufende Wegenutzungsverträge, einschließlich der vereinbarten Konzessionsabgaben, unbeschadet ihrer Änderung durch die §§ 36, 46 und 48 EnWG im Übrigen unberührt. Dann aber hat der Gesetzgeber mit dieser Vorschrift einer Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrages im Falle von Änderungen durch §§ 36, 46 und 48 EnWG und damit auch im Falle einer auf § 48 EnWG beruhenden Änderung der KAV gerade eine Absage erteilt.

(2) Eine Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrages ergibt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt des § 139 BGB. Danach ist bei Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn *nicht* anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.

Aaaa) Dies ist hier jedoch gerade nicht anzunehmen, denn die Parteien haben in § 15 Abs. 1 KV 1993 (Anlage K23, S. 5) eine salvatorische Klausel aufgenommen.

Eine solche salvatorische Klausel entbindet zwar nicht von der nach § 139 BGB vorzunehmenden Prüfung, ob die Parteien das teilnichtige Geschäft als Ganzes verworfen hätten. Sie weist aber demjenigen, der entgegen der Erhaltensklausel den Vertrag als Ganzes für unwirksam hält, hierfür die Darlegungs- und Beweislast zu (vgl. BGH, Urteil vom 07. Oktober 2014 – EnZR 86/13 –, Rn. 46, juris; BGH, Urteil vom 24. September 2002 - KZR 10/01, WuW/E DE-R 1031, 1032 - Tennishallenpacht; Urteil vom 29. September 2009 - EnZR 14/08, WuW/E DE-R 2921 Rn. 30 - Endschaftsbestimmung II).

Hier macht aber ohnehin keine Partei die Gesamtnichtigkeit des KV 1993 geltend. Der Kläger wendet sich nur gegen die Regelungen zu Mengenbändern in der NV 2005 und der E 2006. Die Beklagte nimmt dagegen sogar die volle Wirksamkeit des Vertrages für sich in Anspruch.

Bbbb) Aus § 134 BGB in Verbindung mit § 2 KAV 2005 kann sich aber auch sonst keine Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrages ergeben.

α) Die Vorschrift des § 2 KAV 2005 ist zwar ein gesetzliches Verbot, das über die dort festgelegten Sätze hinausgehende Konzessionsabgabebesätze verbietet (vgl. BGH, Urteil vom 07. Oktober 2014 – EnZR 86/13 –, Rn. 39ff. juris, zum Verbotscharakter des § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV 2005 und zu dessen Charakter als Höchstpreisrecht; Gerbatsch/Walter, 2015, § 48 Rn.26; Büdenbender, Die Abgrenzung der Grundversorgungs-(Tarifversorgungs-)verträge, RdE 2011, 201, 203; Bulla, Grundversorgung und Sondervertragskunden, N&R 2012, 24, 26).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteil vom 07. Oktober 2014 – EnZR 86/13 –, Rn. 39ff. juris; BGHZ 89, 316, 319 = NJW 1984, 722; BGHZ, 108, 147, 150 = NJW 1989, 2470, BGH, NJW 2008, 55; ebenso die wohl allgemeine Meinung im Schrifttum, vgl. nur MüKoBGB/Armbrüster, 6. Aufl., § 134 Rn. 63, 107; Erman, BGB, 14. Aufl., BGB, § 134 Rn. 49f.; jurisPK-BGB/Nassall, Stand: Okt. 2014, § 134 Rn. 157) führt ein Verstoß gegen Preisvorschriften jedoch nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrags, sondern in Anwendung der in § 134 Hs 2. BGB normierten Ausnahmeregelung nur zur Teilnichtigkeit der Preisabrede. An die Stelle der unzulässigen Preisvereinbarung tritt der gesetzlich zulässige Preis (vgl. BGH, Urteil vom 07. Oktober 2014 – EnZR 86/13 –, Rn. 39ff. juris; BGHZ 89, 316, 319 = NJW 1984, 722; BGHZ, 108, 147, 150 = NJW 1989, 2470, BGH, NJW 2008, 55; ebenso die wohl allgemeine Meinung im Schrifttum, vgl. nur MüKoBGB/Armbrüster, 6. Aufl., § 134 Rn. 63, 107; Erman, BGB, 14. Aufl., BGB, § 134 Rn. 49f.; jurisPK-BGB/Nassall, Stand: Okt. 2014, § 134 Rn. 157).

Nach diesen Grundsätzen hat der Bundesgerichtshof eine Mietzinsabrede nur insoweit für nichtig gehalten, als sie den nach § 5 WiStG höchstzulässigen Mietzins überstieg (vgl. BGHZ 89, 316, 320 f = NJW 1984, 722, 723; BGH NJW 2004, 1740 f; NJW 2005, 2156; NJW-RR 2006, 591; ebenso OLG Hamm WuM 1982, 302; LG Mannheim NJW 1977, 1729, 1731; LG Stuttgart NJW-RR 1993, 279; Erman/A Arnold § 134 Rn 50; Soergel/Hefermehl § 134 Rn 62, 63; Fleindl WuM 2013, 703, 711; diese Ansicht ist verfassungsgemäß, BVerfG NJW 1994, 993, vgl. auch BGH, Urteil vom 04. August 2000 – III ZR 158/99 –, BGHZ 145, 66-83, Rn. 25 zu Architektenhonorar und BGH, Urteil vom 11. Oktober 2007 – VII ZR 25/06 –, Rn. 15, juris, zu Kleingartenpacht).

β) Diese Rechtsprechung ist hier anzuwenden. Der Gedanke, dass sich das Verbot an beide Vertragspartner richtet und weder der Schutz des Klägers, der den überhöhten Preis fordert, noch der Schutz der den überhöhten Preis anbietenden Beklagten als Energieversorger die Aufrechterhaltung des Konzessionsvertrags geböten, überzeugt nicht.

αα) Zwar ist wohl in der Regel anzunehmen, dass ein Rechtsgeschäft nichtig sein soll, wenn sich ein Verbot gegen beide Vertragsparteien richtet (vgl. BGHZ, 115, 123, 125 = NJW 1991, 2955; BGHZ 143, 283, 287 = NJW 2000, 1186; Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl., § 134 Rn. 8). Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht ausnahmslos. Vielmehr kann sich gem. § 134 Hs. 2 BGB aus dem Gesetz, also aus Sinn und Zweck der Verbotsnorm, etwas anderes ergeben. Das ist bei preisrechtlichen Bestimmungen der Fall. Vorschriften des Preisrechts wollen nur die Vereinbarung eines unzulässigen Preises verhindern, nicht jedoch insgesamt das Rechtsgeschäft, auf das sich die Parteien geeinigt haben (vgl. Erman, § 134 BGB Rn. 49; MüKoBGB/Armbrüster, § 134 BGB Rn. 107). Dementsprechend hat der BGH in seiner Rechtsprechung zu Verstößen gegen preisrechtliche Vorschriften auch nicht darauf abgestellt, ob es sich um ein- oder zweiseitige Verbote handelt (vgl. etwa BGHZ 89, 316, 319 = NJW 1984, 722; BGHZ 108, 147, 150 = NJW 1989, 2470; BGH, NZBau 2008, 65 = NJW 2008, 55 Rn. 14; vgl. hierzu und zum Vorstehenden insgesamt BGH, Urteil vom 07. Oktober 2014 – EnZR 86/13 –, Rn. 39ff. juris).

ββ) Der Schutzzweck des § 2 KAV 2005 gebietet nichts anderes. Auch der Konzessionär, der durch die Vereinbarung einer nach Konzessionsabgabenrecht unzulässigen Leistungspflicht belastet ist, ist schutzbedürftig. Im Hinblick auf ihre marktbeherrschende Stellung bei der Konzessionsvergabe (vgl. BGHZ 199, 289= NZBau 2014, 514, 515 Rn. 16 - Stromnetz Berkenthin) besteht das grundsätzliche Risiko, dass Gemeinden versucht sein können, unangemessene Gegenleistungen für die Gewährung der Wegenutzungsrechte zu verlangen (vgl. Bachert, RdE 2006, 76, 78; Scholz/Stappert/Haus, RdE 2007, 106, 107). Zum Schutz des Konzessionärs ist es

deshalb nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geboten, den Konzessionsvertrag ohne die Verpflichtung zu einer unzulässigen Nebenleistung aufrechtzuerhalten (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 07. Oktober 2014 – EnZR 86/13 –, Rn. 42, juris). Dafür, dass im Falle vereinbarter überhöhter Konzessionsabgaben etwas anderes gelten soll, sieht die Kammer keine überzeugenden Argumente.

(3) Im Übrigen dient das Höchstpreisrecht der Konzessionsabgabenverordnung auch dem Schutz der Verbraucher vor überhöhten Netzentgelten, da der Konzessionär seinen Aufwand für die Einräumung der Wegerechte auf die Netzentgelte umlegen wird, was ebenfalls dagegen spricht, den Schutzzweck der KAV in der Weise zu verstehen, dass ein Verstoß zur Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrages führt (vgl. BGH, Urteil vom 07. Oktober 2014 – EnZR 86/13 –, Rn. 43, juris, zu einem Verstoß gegen § 3 Abs. 1 und 2 KAV 2005).

dd) Die festgestellten Verstöße führen nach alledem hier nur zur Teilnichtigkeit der Vereinbarungen der Parteien in der NV 2005 und der E 2006 und im Wege der geltungserhaltenden Reduktion zu deren Aufrechterhaltung in dem Umfang, in dem die Höchstsätze der KAV 2005 nicht überschritten werden, denn nichtig ist nach den unter vorstehend I. 2. C) bb) Ccc) erörterten Grundsätzen nur die Preisregelung der Parteien, dies jedoch auch nur insoweit, wie die Höchstsätze der KAV 2005 überschritten werden.

Aaa) Überzeugende Gründe, warum im Falle der Konzessionsabgaben grundsätzlich etwas anderes gelten sollte, vermag die Kammer nicht zu erkennen. Auch hier besteht kein Bedürfnis für eine Bestrafung in der Form, dass hier womöglich die Konzessionsabgaben zu Lasten der Beklagten oder im Ergebnis zu Lasten der Letztverbraucher, wenn sie denn noch belastet werden könnten, erhöht werden.

Die Nichtigkeit kann nicht weiter reichen als die tatbestandliche Erfüllung des Verbotsgesetzes. Was das Gesetz nicht verbietet, ist rechtmäßig und kann daher nicht der Nichtigkeitsfolge nach § 134 BGB anheim fallen (so auch BGH, Beschluss vom 11. Januar 1984 – VIII ARZ 13/83, BGHZ 89, 316, 321).

Bbb) Es ist auch nicht so, dass dieser Ansicht die Ahrensburg-Entscheidung des Bundesgerichtshofs entgegenstehe und die Kammer von deren Grundsätzen oder Obersätzen an dieser Stelle abweichen würde. Der Bundesgerichtshof hatte hierzu schlicht nichts zu entscheiden. Im dortigen Fall, wie er sich aus den veröffentlichten vorangegangenen Entscheidungen des Bundeskartellamts und des OLG Düsseldorf sowie aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs selbst ergibt, rechnete der Konzessionär Gaslieferungen Dritter im Wege der Durchleitung an Letztverbraucher erst ab einer Abnahmemenge 100.000 kWh/a als Sondervertragskunden ab. Das Bundeskartellamt gab dem dortigen Konzessionär auf, rückwirkend sämtliche Gaslieferungen Dritter im Wege der Durchleitung an Letztverbraucher als Lieferungen an Sondervertragskunden einzustufen. Dies hat der Bundesgerichtshof bestätigt. Die hier interessierende Frage der geltungserhaltenden Reduktion einer Preisabrede stellte sich überhaupt nicht.

Ccc) Der Kläger kann nicht damit gehört werden, dass die Vereinbarungen keine Preisregelungen darstellen, die Mengengrenzen allein unwirksam seien und deswegen die Höchstsätze der KAV gelten würden. Entgegen der Ansicht des Klägers haben die Parteien in der NV 2005 und der E 2006 nämlich Preisregelungen getroffen, die einer geltungserhaltenden Reduktion zugänglich sind.

(1) Die Parteien haben nach dem Inhalt der Vereinbarung und der unstrittigen Geschehnisse im Vorfeld eine Regelung getroffen, die auf das Konzessionsabgabeaufkommen einwirken sollte. Dieses Konzessionsabgabeaufkommen ist aber letztlich der Preis, den das Energieversorgungsunternehmen für die Wegenutzung zu entrichten hat, sodass eine Regelung, die diese Aufkommen verändert, automatisch auch eine Preisregelung ist.

Entgegen der Ansicht des Klägers handelt es sich auch nicht um einen bloßen Abrechnungsmodus, der von dem eigentlichen Preis, dem einzelnen Konzessionsabgabensatz, getrennt werden könnte. Dies zeigt sich an der folgenden Überlegung: Denkt man sich die Definition von Kundengruppen hinweg, so kann weder das Konzessionsabgabebefkommen im Ganzen noch im Einzelnen für bestimmte Abnahmemengen bestimmt werden. Wenn aber ein Element der Preisbestimmung nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass es an der Bestimmbarkeit des Preises fehlt, können die Elemente auch nicht getrennt betrachtet werden und bilden somit nur zusammen die Preisregelung.

(2) Der geltungserhaltenden Reduktion steht entgegen der Ansicht des Klägers auch nicht ein übereinstimmender Parteiwille entgegen, wonach die Parteien übereinstimmend und stets die Höchstsätze der KAV vereinbart haben und diese deswegen hier anzuwenden sind.

Aaaa) Den vom Kläger postulierten übereinstimmenden Parteiwillen vermag die Kammer schon nicht festzustellen. Die Beklagte hat dies bestritten und der Kläger hat für tatsächliche Umstände im Vorfeld oder bei Abschluss der NV 2005 und der E 2006, die darauf schließen ließen, schon nichts Näheres vorgetragen und auch keinen Beweis für solche Umstände angeboten. Für solche Umstände, die die vom Kläger favorisierte Auslegung einer Vereinbarung stützen, trägt aber der Kläger nach den allgemeinen Regeln die Darlegungs- und Beweislast.

Bbbb) Gegen einen solchen übereinstimmenden Parteiwillen spricht auch, dass der KV 1993 schon verschiedene Revisionsmöglichkeiten vorsah, das Konzessionsabgabebefkommen in beide Richtungen – nach oben und nach unten – zu ändern.

Cccc) Dagegen spricht weiter, dass der Kläger in den Verhandlungen eben gerade nicht darauf gedrungen hat, die Höchstsätze der KAV auszuschöpfen, obwohl ihm dies möglich gewesen ist. Ausweislich der unstreitig im Jahr 2004 dem Kläger übermittelten Ausarbeitung zum Berliner Gasmarkt waren seinerzeit für Berlin typische Heizungsbedarfe von ca. 22.600 kWh/a in Ein- und Zweifamilienhäusern und ca. 9.700 kWh/a in Mehrfamilienhäusern, dies waren damit typische Abnahmemengen im Bereich "sonstige Tariflieferungen". Hätte der Kläger – wie von ihm postuliert – die Höchstsätze der KAV ausschöpfen wollen, dann ist schlicht unverständlich, warum dann nicht diese Abnahmemengen bei der Eingruppierung der sonstigen Tariflieferungen in irgendeiner Form berücksichtigt worden sind. Der Kläger hat dies sogar versucht und ursprünglich eine Mengengrenze von 10.000 kWh/a vorgeschlagen, die Beklagte hatte jedoch nur 5.000 kWh/a vorgeschlagen. Wäre der übereinstimmende Parteiwille gewesen stets Höchstsätze zu erzielen, dann wäre wohl eine Einigung bei 10.000 kWh/a zu erwarten gewesen. Stattdessen haben die Parteien im Jahr 2005 vereinbart, dass bereits ab 6.001 kWh/a die Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden abgerechnet wird.

Dddd) Soweit der Kläger meint, in der NV 2005 sei mitnichten vereinbart worden, dass alle Kunden, die mehr als 6.000 kWh/a abnehmen wie Sondervertragskunden abgerechnet werden, was im Übrigen auch der KAV widerspreche, kann er damit nicht durchdringen.

α) Zum Einen führt auch dieses Verständnis des Klägers nicht zu einem Verstoß gegen das Höchstpreisrecht der KAV.

Denn die Regelung führt – auch nach dem Verständnis des Klägers – nicht dazu, dass für Tarifkunden eine *zu hohe* Konzessionsabgabe abgerechnet wird. Das Gegenteil ist der Fall, die Tarifkunden werden bei dem Verständnis des Klägers von dieser Regelung ab einer Abnahmemenge von 6.001 kWh/a nach der niedrigeren Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden abgerechnet. Dann aber fehlt es schon an einem Verstoß gegen das Höchstpreisrecht der KAV.

β) Zum Anderen ist die Regelung aber auch nicht so zu verstehen, wie der Kläger meint. Dafür sprechen gleich mehrere Gründe.

Zwar erlaubt der Wortlaut noch eine solche Auslegung, dass vereinbart worden sein könnte, dass *nur innerhalb der Gruppe* von Kunden, die einen Sondervertrag mit der Beklagten haben, erst ab der genannten Mengengrenze die Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden abgerechnet würde. Dies hätte zur Folge, dass alle anderen Lieferungen ohne Mengengrenze den anderen beiden Gruppen zuzuordnen wären.

Dafür, dass dies das übereinstimmende Verständnis der Parteien war und für tatsächliche Umstände, die diesen Schluss zulassen, hat der dafür darlegungs- und beweisbelastete Kläger jedoch keinen Beweis angeboten.

Die Systematik der Vereinbarung spricht auch deutlich dagegen. Es wird für zwei Kundengruppen jeweils ein Mengenband festgelegt, in dessen Rahmen die für diese Kundengruppen anzulegenden Konzessionsabgabensätze anzuwenden waren. Im letzten Halbsatz wäre nach Ansicht des Klägers dann davon abgewichen worden, indem geregelt worden wäre, dass es Sondervertragskunden auch im Mengenband 0 bis 6.000 kWh/a gibt, diese aber nicht als Sondervertragskunden abgerechnet werden. Dass dies entgegen der vorherigen Systematik im letzten Halbsatz anders geregelt worden sein soll, hält die Kammer für wenig naheliegend und wenig überzeugend.

Sollte gerade nicht vereinbart werden, dass oberhalb von 6.000 kWh/a alle Lieferungen zur Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden abgerechnet werden, dann wäre im Übrigen auch der mittlere Teil der Regelung völlig obsolet, wonach sonstige Tarifierungen bis 6.000 kWh/a mit dem in der KAV dafür vorgesehenen Konzessionsabgabensatz abgerechnet werden sollten. Dieser – im Übrigen mit der dann folgenden Untergrenze korrespondierenden – Obergrenze hätte es nicht bedurft, wenn die Parteien gerade nicht hätten vereinbaren wollen, dass auch Tarifierungen bei einer Abnahmemenge über 6.000 kWh/a mit der Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden abgerechnet werden sollen. Eine solche Obergrenze wäre überhaupt nicht erforderlich gewesen.

Auch weitere Indizien sprechen dafür, dass die Parteien gerade vereinbaren wollten, dass alle Lieferungen an Kunden ab einer Abnahmemenge von über 6.000 kWh/a als Lieferungen an Sondervertragskunden abzurechnen sind.

So hat die Beklagte zwischen 2004 und 2014 ausweislich der eingereichten Wirtschaftsprüfungstestate immer bei einer Abnahmemenge über 6.000 kWh/a und später 6.500, 7.000 und 8.000 kWh/a für *alle Lieferungen* die Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden abgerechnet und dies in den Testaten auch dargestellt. Dies hat der Kläger nach dem unwidersprochenen Vortrag der Beklagten auch zu keinem Zeitpunkt vor Klageerhebung beanstandet.

Dass auch der Kläger seinerzeit diese Vereinbarung genau so – und nicht wie nun im Rechtsstreit postuliert – verstanden hat, zeigt sich auch ganz deutlich an den Angaben in der Senatsvorlage vom November 2006 (Anlage B20). Dort heißt es in Anlage 2 in der tabellarischen Gegenüberstellung der alten und neuen Regelung:

Gegenstand	Bisherige Regelung	Neue Regelung
Konzessionsabgabe	Sonstige Tarifierungen bis 6.000 kWh p.a.; ab 6.001 kWh p.a. Sondervertragskunden	Ab Geschäftsjahr 2006 stufenweise Anhebung der "sonstigen Tarifierungen": 2006: bis 6.500 kWh, Mehreinnahme Berlin ca. 210 T € 2007: bis 7.000 kWh, Mehreinnahme Berlin ca. 375 T € Ab 2008: bis 8.000 kWh, Mehreinnahme Berlin ca. 885 T € p.a.

Auch der Kläger ist somit davon ausgegangen, dass die Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden erst ab einer Abnahmemenge von 6.001 kWh/a abgerechnet würde und die Änderung in einer stufenweisen Anhebung dieser Grenze bis zum Jahr 2008 liegen würde. Die Beklagte rechnete dann auch unstreitig unbeanstandet so ab.

Zwar kann das nachträgliche Verhalten von Vertragspartnern den bei Vertragsschluss zum Ausdruck gebrachten objektiven Gehalt der wechselseitigen Vertragserklärungen nicht mehr beeinflussen (vgl. BGH, Urteile vom 16. Oktober 1997 - IX ZR 164/96, WM 1997, 2305, 2306 und vom 23. März 2004 - XI ZR 114/03, WM 2004, 1083, 1084). Das nachvertragliche Verhalten kann aber Anhaltspunkte für den tatsächlichen Vertragswillen enthalten und daher für die Auslegung bedeutsam sein (vgl. BGH, Urteil vom 07. März 2017 – EnZR 56/15 –, Rn. 39 m.w.N., juris). Da hier kein klarer Wortlaut der Vereinbarung entgegensteht, sind die aufgezeigten nachvertraglichen Umstände für den Rückschluss auf den übereinstimmenden Parteiwillen bei Abschluss der NV 2005 und der E 2006 bedeutsam.

Hinzu kommt noch ein vorvertraglicher Umstand. Zum Zeitpunkt der NV 2005 und der Verhandlung der E 2006 hatte die Beklagte unstreitig nach ihrem Tarifgefüge keine sonstigen Tarifierungen, da sie mit allen Heizgaskunden Sonderverträge abgeschlossen hatte. Dass bei dieser Ausgangslage beide Parteien übereinstimmend eine Regelung treffen wollten, nach der sonstige Tarifierungen, die es unstreitig gar nicht gab, nach oben unbegrenzt mit der entsprechenden Konzessionsabgabe abgerechnet werden, liegt nicht nahe und erscheint wenig überzeugend.

Eeee) Auch der Verweis des Klägers darauf, dass in einer Vereinbarung niedrigerer Konzessionsabgabesätze als nach der KAV zulässig ein Verstoß gegen Haushaltsrecht gelegen hätte und deswegen von einer Vereinbarung solchen Gehalts nicht ausgegangen werden könne, greift nicht durch.

Der Kläger hat – wie sich aus dem jeweils unstreitigen Vorgeschehen zum Abschluss der NV 2005 und der E 2006 ergibt – eben gerade nicht die in den Vorverhandlungen vertretene Position zu einer Mengengrenze durchgesetzt, sondern sich insoweit mit je geringeren Grenzen mit der Folge eines geringeren als schon damals realisierbaren Konzessionsabgabebaufkommens begnügt. Dies zeigt deutlich, dass der Kläger seinerzeit durchaus zu Abstrichen von dem maximal realisierbaren Konzessionsabgabebaufkommen bereit war. Da der Kläger insoweit zu Abstrichen bereit war, kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der vermeintliche Wille, keine Abstriche vom maximal realisierbaren Konzessionsabgabebaufkommen zu machen nach außen für einen objektiven Empfänger hervorgetreten ist. Dies gilt umso mehr, als gemäß § 1 Abs. 3 KAV in Verbindung mit § 3 Nr. 22 EnWG und im Hinblick auf die dem Kläger bekannte Darstellung des Berliner Gasmarktes eine Mengengrenze für sonstige Tarifierungen von 10.000 kWh/a nahegelegen hätte, die der Kläger – obwohl 2004 einmal gefordert – zu keinem Zeitpunkt durchgesetzt hat, sondern sich mit geringeren Grenzen zufrieden gegeben hat.

Woraus ein objektiver Empfänger schließen soll, dass sein Vertragspartner keinesfalls auf (mögliche) Einnahmen verzichten möchte, wenn der Vertragspartner gleichzeitig eine Regelung abschließt, die bei ihrer vereinbarungsgemäßen Umsetzung genau dies zur Folge hat, nämlich dass er weniger erhält, als rechtlich zulässig wäre, erschließt sich der Kammer nicht.

Ferner liegt hier auch ein grundsätzlich unbeachtlicher Motivirrtum auf Seiten des Klägers vor. Auf Betreiben des Klägers wurden hier Vereinbarungen geschlossen, die objektiv gegen das Höchstpreisrecht der KAV verstießen. Diese Vereinbarungen wollte der Kläger, da er das wegen des Abschlusses von Sonderverträgen seitens der Beklagten hinter den Erwartungen zurückgebliebene Konzessionsabgabebaufkommen erhöhen wollte. Dass die mit diesem Motiv geschlossenen Vereinbarungen im Ergebnis dazu führten, dass der Kläger an anderer Stelle geringere Konzessionsabgabensätze erhielt, als er hätte erhalten können, ist dann ein bloßer Irrtum im Motiv.

Auch im Übrigen hätten etwaige Verstöße gegen haushaltsrechtliche Vorschriften keinen Einfluss auf das hier gefundene Ergebnis.

Vorschriften über die Aufstellung des Haushaltsplans sind keine Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB. Einer Gesetzesvorschrift kommt der Charakter eines Verbotsgesetzes nur zu, wenn das Gesetz sich nicht nur gegen den Abschluss des Rechtsgeschäfts wendet, sondern auch gegen seine privatrechtliche Wirksamkeit und damit gegen seinen wirtschaftlichen Erfolg (vgl. BGH, Urteil vom 24. April 2014 – VII ZR 164/13 –, BGHZ 201, 32-45, Rn. 10 m.w.N.).

Rechtsgeschäfte mit einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, die das öffentliche Haushaltsrecht missachten, können im Einzelfall allerdings sittenwidrig und damit gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein, wenn sie in krassem Widerspruch zum Gemeinwohl stehen und der Verstoß gegen haushaltsrechtliche Vorschriften beiden Seiten subjektiv zurechenbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 25. Januar 2006 - VIII ZR 398/03, NZBau 2006, 590 Rn. 28; Urteil vom 30. Januar 1967 - III ZR 35/65, BGHZ 47, 30, 36; Urteil vom 7. März 1962 - V ZR 132/60, BGHZ 36, 395, 398; OLG Dresden, Urteil vom 5. Januar 1998 - 17 U 1652/97, juris Rn. 41; OLG Naumburg, Urteil vom 19. Mai 1998 - 9 U 1189/97, juris Rn. 45). Umstände, die im vorliegenden Fall die Sittenwidrigkeit der NV 2005 und der E 2006 wegen Verstoßes gegen die Landeshaushaltsordnung Berlin begründen können und die beiderseitige subjektive Zurechenbarkeit, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich (vgl. zum Vorstehenden insgesamt BGH, Urteil vom 24. April 2014 – VII ZR 164/13 –, BGHZ 201, 32-45, Rn. 11).

(3) Der von der Kammer vorgenommenen geltungserhaltenden Reduktion der Preisabrede steht entgegen der Ansicht des Klägers nicht entgegen, dass die Parteien die unmittelbare Geltung der KAV im KV 1993 mit der NV 2005 und der E 2006 vereinbart hätten. Dass die Parteien eine Vereinbarung getroffen haben, nach der die Ermittlung der Konzessionsabgaben gemäß der Regelung in § 2 Abs. 2 KAV 2005 erfolgen soll, kann nämlich nicht festgestellt werden.

Aaaa) Der KV 1993 selbst enthält diesen Berechnungsmodus schon nicht und auch keinerlei Verweis darauf, dass die Ermittlung der Konzessionsabgabe nach den (jeweiligen) Regelungen der KAV erfolgen solle. Eine dynamische Verweisung oder überhaupt eine Verweisung fehlt.

Bbbb) Die NV 2005 führt ebenso wenig dazu, dass die Regelungen in § 2 Abs. 2 KAV 2005 zur Berechnung der Konzessionsabgaben zwischen den Parteien vereinbart worden sind. Es ist vielmehr so, dass danach eine ganz andere – nämlich die nun umstrittene Mengenbänderregelung – gelten soll. Die Geltungsdauer war für die gesamte Laufzeit des KV vereinbart, "...es sei denn die der Ermittlung der Konzessionsabgabe zu Grunde liegenden gesetzlichen oder untergesetzlichen Regelungen führen zu einer Änderung der Abrechnungsmodalitäten" (Ziff. 3 NV 2005).

Damit ist aber keine Aussage darüber getroffen, was in diesem Falle gelten soll. Die Parteien haben eine Regelung getroffen, dass im Falle der Änderung der KAV die Regelung nicht bis zum Ende der Laufzeit des KV 1993 gelten sollte. Was dann aber gelten sollte, haben die Parteien nicht geregelt. Im Hinblick auf § 15 KV 1993 und die Protokollnotiz dazu in der Anlage zum KV 1993 ist davon auszugehen, dass dann Raum für eine andere Regelung sein sollte. Eine solche andere Regelung haben die Parteien aber nach Inkrafttreten der KAV 2005 nicht getroffen, sondern es zunächst bei der Regelung der NV 2005 belassen.

Cccc) Die E 2006 (Anlage K6) führt auch nicht dazu, dass die Konzessionsabgaben zwischen den Parteien *aufgrund vertraglicher Vereinbarung* wie in § 2 Abs. 2 KAV 2005 abzurechnen sind. In der E 2006 ist unter Ziff. 6 "Konzessionsabgabe" ausgeführt, dass die Beklagte bei der Abrechnung der Konzessionsabgabe im Tarifbereich "sonstige Tariflieferung" bestimmte über den Zeitablauf steigende Mengengrenzen zu Grunde legen wird. Ferner hieß es:

"Sollte zwischenzeitlich eine Änderung der Konzessionsabgabeverordnung wirksam werden, die diesen Tarifbereich berührt, so gilt diese Regelung anstelle der genannten Absprache vom Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens an".

Dieser Änderungsvorbehalt kann sich schon gar nicht auf die KAV 2005 beziehen, denn diese war bei Abgabe der E 2006 schon über ein Jahr, nämlich seit dem 13.07.2005, in Kraft getreten. Dass hier aber ein Bezug auf vergangene Änderungen genommen werden sollte und von einem objektiven Empfänger der Erklärung so hätte verstanden werden können, erscheint ausgeschlossen. Dafür spricht nichts, insofern sind tatsächliche Umstände dafür auch gar nicht vorgetragen. Die Formulierung "Sollte zwischenzeitlich eine Änderung der Konzessionsabgabeverordnung wirksam werden..." (Hervorhebung nicht im Original) lässt nicht den Schluss zu, dass hier Änderungen gemeint sind, die bereits in der Vergangenheit wirksam geworden sind. Wäre dies beabsichtigt gewesen, hätte die Formulierung lauten müssen "sollte zwischenzeitlich ... wirksam geworden sein". Aber selbst dann wäre sehr fraglich, ob damit die Änderungen der KAV 2005 gemeint sein sollten, denn dass diese bereits wirksam waren, stand schon bei Abgabe der E 2006 im Hinblick auf das Inkrafttreten der KAV 2005 am 13.07.2005 außer Frage.

Eine Änderung der KAV hat es insoweit aber seitdem überhaupt nicht mehr gegeben, so dass eine geänderte Regelung der KAV auch nicht an die Stelle der Regelung der E 2006 getreten ist.

Im Übrigen war die in der E 2006 geregelte Einwirkung einer Änderung der KAV auf die E 2006 auf den Bereich der sonstigen Tarifierungen begrenzt. In der E 2006 hieß es nämlich:

"Sollte zwischenzeitlich eine Änderung der Konzessionsabgabeverordnung wirksam werden, die diesen Tarifbereich berührt, so gilt diese Regelung anstelle der genannten Absprache vom Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens an."

In der E 2006 ist aber nach ihrem übrigen Wortlaut nur der Bereich der sonstigen Tarifierungen angesprochen, sodass auf *vertraglicher Grundlage* auch nur eine Änderung der KAV in diesem Bereich auf die E 2006 hätte einwirken können. Die KAV ist insoweit aber seit Abschluss der E 2006 nicht geändert worden.

Ddd) Dies hat zur Folge, dass die Vereinbarungen der Parteien in der NV 2005 und der E 2006 insoweit aufrechtzuerhalten sind, als die Höchstsätze des § 2 KAV 2005 nicht überschritten werden.

(1) Soweit Kunden, die Gas nur zum Kochen und zur Warmwasserbereitung abnehmen, aber die vereinbarte Grenze überschreiten und daher nach der Parteiregelung gleichwohl als sonstige Tarifkunden eingestuft werden, ist dies nicht zu beanstanden, denn sie werden in der Folge mit einem niedrigeren Konzessionsabgabesatz abgerechnet als nach § 2 KAV 2005 zulässig wäre. Es ergibt sich somit hinsichtlich der Mengengrenze für die Abgrenzung von Tarifkunden und sonstigen Tarifierungen kein Anspruch des Klägers auf Zahlung höherer Konzessionsabgaben. Denn soweit die Parteivereinbarung wirksam ist, ermittelt sich die Konzessionsabgabe nach dieser Vereinbarung und somit nach den vereinbarten Mengengrenzen.

(2) Die vorstehenden Erwägungen gelten entsprechend für die Abgrenzung von sonstigen Tarifierungen und Sondervertragskunden. Gaslieferungen, die als sonstige Tarifierungen einzustufen wären, die vereinbarte Abnahmemenge aber überschreiten und daher mit der geringeren Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden belegt werden, führen nicht zu einer Überschreitung der nach der KAV zulässigen Höchstsätze, es ist vielmehr das Gegenteil der Fall.

(3) Dagegen spricht auch nicht das Argument, dass dann erst im Nachhinein etwaige Verstöße gegen Höchstpreisrecht festgestellt werden könnten. Dies ist dem System der Konzessionsabgabenermittlung der KAV nämlich von Anfang an immanent. Es stellt sich stets erst am Ende des Abrechnungsjahres heraus, ob Lieferungen an Letztverbraucher mit der richtigen Konzessionsabgabe abgerechnet worden sind. Stellt eine Kunde, der zuvor nur Gas zum Kochen und zur Warmwasserbereitung genutzt hat, auf Gasheizung um, so wäre danach nur noch die geringere Konzessionsabgabe für sonstige Tarifierungen fällig. Wechselt ein Kunde den

Gasversorger, so wird er zum Sondervertragskunden und wird bis zur Kenntnisnahme durch den Konzessionär mit der unzulässigen höheren Konzessionsabgabe für Tariflieferungen abgerechnet. Stellt sich am Ende des Abrechnungsjahres heraus, dass ein Letztverbraucher in der Grundversorgung einen den Jahresverbrauch von 10.000 kWh übersteigenden Eigenverbrauch für berufliche, landwirtschaftliche oder gewerbliche Zwecke hatte (vgl. § 3 Nr. 22 EnWG), dann stellt sich am Jahresende erst heraus, dass es sich nicht um einen Tarifkunden im Sinne des § 1 Abs. 3 KAV gehandelt hat. Denn gemäß § 1 Abs. 4 KAV sind alle Kunden, die keine Tarifkunden sind, Sondervertragskunden. In diesem Fall wären aber unzulässig zu hohe Konzessionsabgaben für Tariflieferungen oder sonstige Tariflieferungen abgerechnet worden.

c) Diese vorstehenden Erwägungen gelten auch für die Zeit nach Ablauf des KV 1993 am 31.12.2013, also für das Geschäftsjahr 2014, das Gegenstand der Klageerweiterung vom 19.12.2017 (Bd. I Bl. 176f. der Akte) ist. In § 48 Abs. 4 EnWG ist nämlich für den Fall des Ablaufs des Konzessionsvertrages geregelt, dass die vereinbarten Konzessionsabgaben weiter zu zahlen sind. Für das Jahr 2014 ist dies unabhängig davon, welche Fassung des § 48 Abs. 4 EnWG anzuwenden ist.

aa) Ist § 48 Abs. 4 EnWG in der vom 13.07.2005 bis zum 02.02.2017 geltenden Fassung anzuwenden, galt die Pflicht zur Fortzahlung jedenfalls für ein Jahr und damit für das nun auch streitgegenständliche Jahr 2014. § 48 Abs. 4 EnWG lautete nämlich wie folgt:

(4) Die Pflicht zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Konzessionsabgaben besteht auch nach Ablauf des Wegenutzungsvertrages für ein Jahr fort, es sei denn, dass zwischenzeitlich eine anderweitige Regelung getroffen wird.

bb) Nichts anderes ergibt sich für die Konzessionszahlungspflicht für das Geschäftsjahr 2014, wenn § 48 Abs. 4 EnWG in der seit dem 03.02.2017 geltenden Fassung anzuwenden ist. Danach gilt nämlich, dass die Pflicht zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Konzessionsabgaben auch nach Ablauf des Wegenutzungsvertrages bis zur Übertragung der Verteilungsanlagen auf einen neuen Vertragspartner nach § 46 Abs. 2 EnWG fortbesteht. Die Beschränkung auf ein Jahr ist damit entfallen und die Konzessionsabgaben sind auch dann jedenfalls für das Jahr 2014 fortzuzahlen gewesen.

d) Die Kammer weicht entgegen der Ansicht des Klägers bei ihrer Entscheidung nicht von einem abstrakten Obersatz des Bundesgerichtshofs ab.

aa) Die Kammer vermag eine Abweichung insbesondere vom ersten Leitsatz zum Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 06. November 2012 – KVR 54/11 – Gasversorgung Ahrensburg – nicht zu erkennen. Die Kammer wendet diesen Leitsatz vielmehr an, indem sie die teilweise Unwirksamkeit der Vereinbarungen in der NV 2005 und der E 2006 gerade deswegen feststellt, weil Lieferungen an Kunden mit Sonderverträgen durch diese Regelungen bis zur Abnahmemenge von 6.000 kWh/a und damit unabhängig von der vertraglichen Ausgestaltung des Lieferverhältnisses als Tariflieferungen und damit unzulässig überhöht abgerechnet werden.

bb) Die Kammer weicht auch insoweit nicht von der genannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs ab, als es dort unter Rn. 25f. heißt:

“Tarifkunden im Sinn der Verordnung sind nach § 1 Abs. 3 KAV Kunden, die auf Grund von Verträgen nach den §§ 36 und 38 sowie § 115 Abs. 2 und § 116 EnWG beliefert werden. Abgesehen von den letztgenannten Übergangsregelungen und den Fällen der Ersatzversorgung (§ 38 EnWG) handelt es sich um Haushaltskunden (§ 3 Nr. 22 EnWG), die ein Grundversorger im Rahmen der Grundversorgung (§ 36 EnWG) beliefert. Alle übrigen Kunden sind gemäß § 1 Abs. 4 KAV Sondervertragskunden. Auch dem Grundversorger steht es frei, mit Haushaltskunden Verträge nach § 41 EnWG außerhalb der Grundversorgung zu schließen. (...)

26

(b) Haushaltskunden außerhalb der Grundversorgung sind danach im Grundsatz weder kraft Verordnung noch auf Grund einer Vereinbarung im Konzessionsvertrag als Tarifkunden im Sinn des § 1 Abs. 3 KAV zu behandeln

(BGH, Beschluss vom 06. November 2012 – KVR 54/11 –, Rn. 25f., juris)

Die Kammer stellt gerade fest, dass die Vereinbarung der Parteien unwirksam ist, soweit Lieferungen an Sondervertragskunden als Tarifierungen oder sonstige Tarifierungen abgerechnet werden, weil eine solche Behandlung gegen § 2 KAV verstößt. Dass Sondervertragskunden nicht als Tarifkunden behandelt werden dürfen, entspricht aber genau der vorzitierten Rechtsprechung. Ein Haushaltskunde außerhalb der Grundversorgung ist nämlich Sondervertragskunde, § 1 Abs. 4 KAV.

cc) Im Übrigen betrifft die genannte Entscheidung, wie weiter oben bereits erörtert, schon nicht den hier interessierenden Fall.

3. Auf die weiteren Einwendungen der Beklagten zu einem dem Auskunftsbeglehen entgegenstehenden Geheimhaltungsinteresse der Beklagten, der Unmöglichkeit der Auskunftserteilung, der Verjährung des Auskunftsanspruchs für das Jahr 2009, einer bereits erfolgten Erfüllung des Auskunftsanspruchs und einer vorrangigen Anpassung des Vertrages gemäß § 15 Abs. 1 KV 1993 muss die Kammer nicht mehr eingehen, da es darauf für die Entscheidung nicht ankommt.

II. Die Klage ist danach im Ganzen über alle Stufen abzuweisen, ohne dass die Bezifferung des Antrags auf zweiter Stufe abzuwarten ist.

1. Mit der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum geht die Kammer nämlich davon aus, dass die Abweisung der gesamten Stufenklage auch ohne Stellung aller Anträge gestattet und geboten ist, wenn schon der Auskunftsanspruch aus Gründen verneint wird, die auch den weiteren Anträgen, insbesondere dem Leistungsantrag auf der letzten Stufe, den Boden entziehen (vgl. zur Rechtsprechung BGH, Urteil vom 24. März 2010 – IV ZR 69/08, Rn. 25; NJW-RR 2011, 189, 191; NJW 2002, 1042, 1044; BGH, Urteil vom 22. November 2000 - VIII ZR 40/00, NJW 2001, 821 unter II. 3; BGH MDR 1964, 655; BAG, Urteil vom 28. Juni 2011 - 3 AZR 385/09, Rn. 16; KG, Urteil vom 13.08.2013 - 14 U 105/12, BeckRS 2015, 04304, beck-online; OLG Zweibrücken FamRZ 1996, 869; OLG Celle NJW-RR 1995, 1021; OLG Saarbrücken, NJW-RR 2000, 229, 230; vgl. zum Schrifttum MüKoZPO/Becker-Eberhard, 4. Aufl. 2013, § 254 Rn. 20; Schäuble, Jus 2011, 506, 508; Stein/Jonas/Roth, 22. Aufl. 2008, § 254 Rn. 22 m.w.N.; Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, 31. Aufl. 2016, § 254 ZPO, Rn. 9, Prütting/Gehrlein/Geisler, ZPO, 7. Aufl. 2015, § 254 Rn. 15; BLAH, 74. Aufl. 2016, § 254 Rn. 12; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 36. Aufl. 2015, § 254 Rn. 5; Hk-ZPO/Saenger, 5. Aufl. 2013, § 254 Rn. 14; Musielak ZPO/Foerste ZPO § 254 Rn.5, beck-online; BeckOK ZPO/Bacher ZPO § 254 Rn. 19, beck-online; aA wohl nur OLG Hamm NJW-RR 1990, 709; Wiczorek/Schütze/Assmann, 4. Aufl. 2013, § 254 Rn. 59 mit weiteren Nachweisen aus Rechtsprechung und Schrifttum zur hier vertretenen Ansicht).

2. Eine solche Vorgehensweise kommt nämlich jedenfalls immer dann in Betracht, wenn sich - wie auch im vorliegenden Fall - bereits bei der Prüfung des Auskunftsanspruches ergibt, dass dem Hauptanspruch die materiell-rechtliche Grundlage fehlt (vgl. BGH NJW 2002, 1042, 1044; OLG Stuttgart ZIP 2007, 275, 277; Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, 32. Aufl. 2018, § 254 ZPO, Rn. 9 und 14). Wenn sicher ist, dass keine Zahlungsansprüche bestehen, ist eine Auskunftspflicht sinnlos und kann deshalb prozessual auch nicht durchgesetzt werden (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 23. November 2010 – 34 U 157/07 –, Rn. 91, juris; OLG Stuttgart ZIP 2007, 275, 277; Palandt/Grüneberg, 77. Auflage 2018, § 259, Rn. 9).

D. Nebenentscheidungen

I. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO, denn der Kläger ist in vollem Umfang unterlegen.

II. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 Satz 1 und Satz 2 ZPO.

III. Den Inhalt des nicht nachgelassenen Schriftsatzes des Klägers vom 05.02.2018 und des ebenfalls nicht nachgelassenen Schriftsatzes der Beklagten vom 07.02.2018 hat die Kammer zur Kenntnis genommen. Die nicht nachgelassenen Schriftsätze enthielten keinen neuen entscheidungserheblichen Tatsachenvortrag. Der Schriftsatz des Klägers vom 05.02.2018 enthielt darüber hinaus auch keine Rechtsausführungen, die über die seitens des Klägers bereits in der mündlichen Verhandlung gehaltenen umfangreichen Ausführungen hinausgingen, was der Kläger auch selbst in seinem Schriftsatz feststellt. Die Rechtsausführungen in beiden Schriftsätzen hat die Kammer mit dem oben dargestellten Ergebnis erwogen. Eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gemäß § 156 Abs. 1 oder Abs. 2 ZPO war daher weder zwingend noch überhaupt geboten.

...

...

...