

412 C 455/04

Verkündet laut Protokoll vom  
28.10.2005Barkanowitz, Justizsekretär  
Urkundsbeamtin/-beamter der Geschäftsstelle

**AMTSGERICHT KASSEL**  
**IM NAMEN DES VOLKES**  
**URTEIL**

In dem Rechtsstreit

**der Firma        GmbH****Klägerin**

*Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte Jürgen R. Bräutigam und Kolleginnen, Steinweg 84, 99974 Mühlhausen,*

*Geschäftszeichen:*

gegen

**Firma Städtische Werke Aktiengesellschaft vertreten durch den Vorstand Dipl.-Kfm. Andreas Helbig u. Dipl.-Ing. Martin Kiok, Königstor 3 - 13, 34117 Kassel, Geschäftszeichen: 85/02**

**Beklagte**

hat das Amtsgericht Kassel -Abt. 412 - durch den Richter am Amtsgericht Pohlmann aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 05.10.2005

für Recht erkannt:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 2.583,21 € nebst 4 % Zinsen seit dem 13.02.03 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits mit Ausnahme der durch das Gutachten Alheit entstandenen Auslagen (= Sachverständigenvergütung) haben die Klägerin 27 % und die Beklagte 73 % zu tragen. Die vorgenannten

**Auslagen hat die Beklagte allein zu tragen.**

**Das Urteil ist für die Klägerin gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.**

### Tatbestand:

Die . GmbH, Marburg, betrieb in den 80er und 90er Jahren des 20. Jahrhunderts eine Gaststätte in der . in Kassel. Die Beklagte belieferte aufgrund eines mit der Fa. . geschlossenen Versorgungsvertrages seit den 80er Jahren die Gaststätte mit Wasser, Strom und Gas. Für diese Leistungen stellte die Beklagte der Klägerin jeweils einen nach dem von ihr erwarteten Gesamtverbrauch ermittelten pauschalen im Abstand von jeweils 2 Monaten zu zahlenden Abschlagsbetrag in Rechnung. Nach Ablauf eines Jahreszeitraums wurde dann jeweils durch Rechnung der Beklagten eine Saldierung vorgenommen und der Fa. . ggfs. eine Nachforderung berechnet. Mit Rechnung vom 17.03.98 bezifferte die Beklagte den Gesamtstrompreis für den Verbrauchszeitraum 04.03.97 bis 25.02.98 auf 21.823,12 DM. Die Rechnung der Beklagten vom 16.03.99 weist für den Zeitraum 26.02.98 bis 25.02.99 einen Gesamtstrompreis von 22.379,17 DM aus. Mit der letztgenannten Rechnung machte die Beklagte eine Nachforderung von 5.052,31 DM (= 2.583,21 €) gegen die Fa. . geltend, die auch von ihr bezahlt wurden. Wegen der Einzelheiten der Rechnungen wird auf deren Kopien, Bd. I, Bl. 20 ff. d.A. Bezug genommen. Die Klägerin betreibt im Rahmen ihres Gewerbes die Beratung von Kunden hinsichtlich der Einsparmöglichkeiten von Energiekosten. Im Rahmen einer solchen Beratung wies sie den Geschäftsführer der Fa. ., den Zeugen . darauf hin, dass nach ihrer Ansicht die durch die Beklagte erhobenen Strompreise unzulässig überhöht seien und deshalb Rückzahlungsansprüche bestünden. Die Fa. . erklärte daraufhin mit schriftlichem Abtretungsvertrag vom 27.11.02 (Bd. I, Bl. 16 d.A.) die sich „aus überhöhten Stromkostenzahlungen des Abtretungszeitraums 04.03.97 bis 31.12.99“ gegen die Beklagte ergebenden Ansprüche. Diese Forderungen sind, soweit sie die Abrechnungen für das Jahr 1998 betreffen, Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits.

Grundlage der von der Beklagten an die Fa. . gerichteten Stromrechnungen war der allgemeine Tarif der Beklagten vom Juni 1991 (= Bd I, Bl. 133 d.A.) in Verbindung mit dem allgemeinen Preistarif für das Jahr 1998. Die Preisübersicht gem. Preistarif (Kopie Bd. II, Bl. 4 d.A.) wurde in der HNA vom 31.12.97 veröffentlicht. Der Tarif sieht unterschiedliche Preise für Haushalts- und landwirtschaftlichen Bedarf einerseits und gewerblichen und sonstigen Bedarf andererseits vor, wobei der Gewerbepreis über dem

Haushaltspreis liegt. Innerhalb der Bedarfsarten sieht der Tarif weitere Preisunterschiede für die Berechnung aufgrund verschiedener Verbrauchsermittlungsmethoden vor, nämlich „ohne Leistungsmessung“ und „mit 96-Stunden-Leistungsmessung“ sowie „1/4-Stunden-Messung“. Dabei liegt im Falle der Abrechnung unter Berücksichtigung der Leistungsmessung der Arbeitspreis niedriger. Außerdem gibt es neben dem „gewöhnlichen“ Arbeitspreis einen niedrigeren Schwachlastarbeitspreis, der nach Nr. 2 des Tarifes vom Juni 1991 auf Verlangen des Kunden für die Zeit von 22.00 Uhr bis 06.00 Uhr Anwendung findet. Nr. 1.2.3 des Tarifes sieht vor, dass bei einem Strombezug bis zu 20.000 kWh/Jahr die Leistungsmessung auf Antrag des Kunden zu erfolgen hat, während Nr. 1.2.1 die Leistungsmessung bei einem Strombezug von mehr als 20 000 kWh/Jahr als Regelfall vorsieht. Da die Fa. keinen Antrag auf Leistungsmessung gestellt hatte, wurde ihr der einfache Arbeitspreis für Gewerbetreibende (ohne Leistungsmessung) in Rechnung gestellt, obwohl die Rechnung vom 17.03.98 einen Jahresverbrauch von ca. 62.852 kWh und diejenige vom 16.03.99 einen solchen von 65.030 kWh ausweist.

Die Klägerin hat das Verfahren durch einen auf Zahlung von 3.515,29 € als Hauptforderung gerichteten Mahnantrag, eingegangen beim Mahngericht am 30.12.02, eingeleitet. Der antragsgemäß erlassene Mahnbescheid wurde der Beklagten am 12.02.03 zugestellt. Nach Eingang des Widerspruchs am 18.02.03 hat die Klägerin mit der am 29.12.03 beim Mahngericht eingegangenen Anspruchsbegründung die Abgabe an das Streitgericht beantragt. Den zur Abgabe an das Streitgericht erforderlichen weiteren Gerichtskostenvorschuss hat die Klägerin am 02.01.04 bei Gericht eingezahlt.

Die Klägerin meint, der Tarif der Klägerin sei schon nicht richtig angewandt (Unterlassen einer Leistungsmessung) und überdies unbillig. Er unterliege trotz der Genehmigung durch das Hessische Ministerium für Umwelt, Energie, Jugend, Familie und Gesundheit, die mit Bescheid vom 30.10.97 (Bd. II Bl. 5 d.A.) erfolgte, der Billigkeitskontrolle. Diese Überprüfung sei der Klägerin anhand der von den Beklagten dargelegten Daten und mit der von ihr vorgelegten Genehmigungsunterlage (Erhebungsbogen K, Bd. II Bl. 104) wegen Lückenhaftigkeit nicht möglich. Da die Klägerin ihrer prozessualen Darlegungslast insofern nicht genügt habe, sei von der durch sie behaupteten Unbilligkeit auszuge-

hen. Sie sei mindestens so zu stellen, wie sie stünde, wenn den Rechnungen der Preis für Haushalte und Landwirtschaft im Falle der Verbrauchsermittlung bei 96-Stunden-Stunden-Messung und für die Zeit von 18.00 Uhr bis 06.00 Uhr der Schwachlastpreis zugrunde gelegt worden wäre. Jedenfalls sei die Differenzierung nach einem Preis für Haushalte und Landwirtschaft einerseits und das Gewerbe andererseits unbillig, da das unterschiedliche Verbrauchsverhalten dieser Verbrauchergruppen keinen tragfähigen Grund für die Differenzierung biete. Sie weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass selbst die Tarife der Beklagten eine solche Differenzierung seit 1999 nicht mehr vorsehen. Ein Grund für die Ungleichbehandlung sei aber nach § 3 der Bundestarifordnung Elektrizität (BTO) (Bd I, Bl. 74 d.A.), die als Rechtsverordnung verbindliche Vorgaben für die Tarifausgestaltung trifft, erforderlich. Die Klägerin behauptet, es fehle auch an einem sachlichen Grund, die Schwachlastregelung erst ab 22.00 Uhr eingreifen zu lassen. Darauf lasse auch die damalige Praxis der Klägerin schließen, die seinerzeit unstreitig Sondertarifikunden zum Teil längere Schwachlastzeiten anbot (vgl. Strompreisvergleich des VWEW vom 01.01.97, Bd. II, Bl. 83). Die Klägerin legt die Ergebnisse einer von ihr im Hinblick auf den Rechtsstreit zum Vergleich durchgeführten Messung vor (Bd. I, Bl. 18 ff. d.A.) und behauptet auf deren Grundlage, die Beklagte hätte für das Jahr 1998 3.515,29 € weniger zahlen müssen als erfolgt, wenn man sie so stelle, wie sie nach ihrer Auffassung mindestens gestellt werden müsse (s.o.). Ihr Rückzahlungsanspruch ergebe sich auch daraus, dass der Tarif der Klägerin nicht zwischen dem Verbrauch an Wochenenden und Wochentagen und verschiedenen Jahreszeiten unterscheide. Auch diese Differenzierung sei gem. § 4 BTOEltV geboten, da danach eine derartige „Zonierung“ erfolgen soll, soweit damit insbesondere den Lastverläufen des Versorgers und seinen Kosten Rechnung getragen wird. Bei der Beklagten sei die Zonierung geboten. Weiterer Vortrag dazu könne erst nach konkreter Stellungnahme durch die Beklagte erfolgen.

Die Klägerin beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 3.515,29 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.12.03 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,  
die Klage abzuweisen.

Sie meint, die Klägerin sei schon nicht aktiv legitimiert, denn die Abtretung durch die Fa. ... verstoße gegen § 1 der 5. Ausführungsverordnung zum Rechtsberatungsgesetz und sei daher gem. § 134 BGB unwirksam. Zugleich verstoße die Abtretung gegen § 1 RBERG, da die Klägerin mit der Klage im wirtschaftlichen Interesse der Fa. ... handle und also fremde Rechtsangelegenheiten wahrnehme ohne im Besitz einer behördlichen Erlaubnis zu sein. Überdies erhebt sie den Verjährungseinwand. Jedenfalls sei die Verjährung für etwaige in 1998 fällig gewordene Ansprüche eingetreten. Dass die Begleichung der Nachforderung aus der Rechnung vom 16.03.99 erst in 1999 erfolgte, könne sich insofern allenfalls teilweise zu Gunsten der Klägerin auswirken, da die Nachforderung sich nicht nur auf Strom und nicht nur auf das Jahr 1998 sondern auch auf (verbrauchsintensive) Wintermonate des Jahres 1999 bezog.

Nach Auffassung der Beklagten verbietet sich eine Gleichstellung der Fa. ... mit einem Kunden, der den Schwachlastpreis und die Berechnung unter Berücksichtigung einer Leistungsmessung in Anspruch nahm, schon deshalb, weil die Fa. ... nach dem Tarif der Beklagten die Möglichkeit hatte, die entsprechende Abrechnungsweise zu Beginn des Abrechnungszeitraumes zu wählen und davon keinen Gebrauch gemacht hat. Der Grund für die Differenzierung zwischen Gewerbe- und Haushaltskunden gehe zwar nicht aus dem der Tarifgenehmigung zugrunde liegenden Erhebungsbogen K hervor. Er ergebe sich aber aus der Natur der Sache. Der Gewerbekunde habe eine verhältnismäßig höhere Abnahmemenge an den Tagzeiten und ein schlechteres Verhältnis zwischen Jahresmenge und Jahreshöchstleistung. Er sei daher für den Stromversorger teurer. Sie verweist dazu exemplarisch auf mit Schriftsatz vom 03.03.05 vorgelegte Lastprofile (Bd. II, Bl. 57 ff.). Die Klägerin behauptet, allein die Installation eines Drehstromdoppeltarifzählers verursache Kosten in Höhe von rund 800,- €. Für diese Kosten hätte die Fa. ... aufkommen müssen, da der Kunde gem. § 12 AVBEltV für die ordnungsgemäße Änderung der elektrischen Anlage hinter der Hausanschlussicherung mit Ausnahme der Messeinrichtungen verantwortlich ist. Die Klägerin müsse sich eine entsprechende Kostenersparnis anrechnen lassen.

Die Klägerin behauptet, ihr sei die Forderung als Vergütung für von ihr gegenüber der Fa. erbrachte Beratungsleistungen abgetreten worden. Die Fa. habe keinerlei Vor- oder Nachteile durch den vorliegenden Rechtsstreit bzw. dessen Ergebnis. Eine behördliche Erlaubnis gem. § 1 Abs. 1 der 5. AVORBerG könne sie nicht erlangen, denn das Bundesverwaltungsgericht habe diese Vorschrift für verfassungswidrig erklärt (BVerwG, DVBl. 2004, S. 59 = Bd I, Bl. 127 d.A.). Auf das Nichtvorliegen des Antrages der Fa., nach Schwachlast und mit 96-Stunden-Leistungsmessung abzurechnen, könne sich die Beklagte nicht berufen, denn sie hätte zur Vornahme der bei entsprechendem Verbrauch laut Tarif auch ohne Antrag des Kunden durchzuführenden Leistungsmessung einen sogen. Doppelstromzähler installieren müssen. Ein solcher Zähler bietet unstreitig die Möglichkeit, neben der Leistung auch den auf die Schwachlastzeit entfallenden Verbrauch – nach entsprechender Schaltung - gesondert zu messen. Zur gesonderten Ermittlung dieses Verbrauchs wäre die Beklagte nach Installation des Zählers daher nach Auffassung der Beklagten auch ohne Antrag des Kunden nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen. Die Klägerin bestreitet die Repräsentativität der von der Beklagten vorgelegten Lastprofile (Gewerbe/Privathaushalte).

Wegen des weiteren Vortrages der Parteien wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen und durch Einholung eines Sachverständigengutachtens (Bd. II, Bl. 110). Wegen des Ergebnisses der Zeugenvernehmung wird Bezug genommen auf das Protokoll der Sitzung vom 29.10.04 (Bd. II, Bl. 15 d.A.).

### **Entscheidungsgründe:**

Die zulässige Klage ist überwiegend begründet. Der Klägerin steht gem. § 812 Abs. 1 BGB der geltend gemachte Anspruch auf Rückzahlung des durch die Fa. für die Stromversorgung 1998 geleisteten Entgelts zu, soweit nicht Verjährung eingetreten ist. Der Anspruch ist in Höhe von 2.583,21 € -entsprechend der in 1999 geleisteten Nachzahlung - unverjährt.

Die Klägerin ist aktiv legitimiert. Die erfolgte Abtretung verstößt nicht gegen ein gesetzliches Verbot. Sie war nicht durch Art 1 § 1 RBERG verboten, da die Klägerin mit der Einziehung der Forderung keine fremde Rechtsangelegenheit wahrnimmt. Sie zieht die Forderung auf eigene Rechnung ein. Wie die Vernehmung des Zeugen . . . . . zur Überzeugung des Gerichts ergeben hat, trat der Zeuge die Ansprüche als Geschäftsführer zum Zwecke der Vergütung von Beratungsleistungen an die Klägerin ab. Der Zeuge hat ausgesagt, die Klägerin habe die Fa. . . . . bezüglich der Möglichkeiten der Kosteneinsparungen bei der Energieversorgung für mehrere Gaststätten beraten. Es sei mit der Klägerin vereinbart gewesen, dass diese als Entgelt für ihre Leistungen 50 % von der Ersparnis bekomme, die die Fa. . . . . innerhalb der ersten 6 Monate durch Berücksichtigung der Ratschläge der Klägerin erziele. Hinsichtlich der Kasseler Gaststätte sei die Fa. . . . . nicht den Ratschläge der Klägerin gefolgt, sondern habe sich stattdessen auf einen ihr schließlich von der Beklagten angebotenen Sondertarif eingelassen. Da die Fa. . . . . einerseits das Prozessrisiko gescheut und sich andererseits veranlasst gesehen habe, der Klägerin eine Vergütung für ihre bezüglich der Kasseler Gaststätte entfaltete Beratung zukommen zu lassen, sei die Abtretung erfolgt. Die Fa. . . . . partizipiere nicht wirtschaftlich am Ausgang des Rechtsstreits, d.h. sein Ausgang habe für sei keinerlei Vor- oder Nachteile. Der Zeuge erschien glaubhaft. Abgesehen davon liegt die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen, aus denen sich der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot ergibt, bei demjenigen, der sich darauf beruft, d.h. bei der Beklagten.

Die Abtretung ist auch nicht deshalb nichtig, weil die Klägerin nicht über die laut § 1 der 5. AVORBERG erforderliche behördliche Erlaubnis verfügt. Danach bedarf auch der geschäftsmäßige Erwerb von Forderungen zum Zwecke der Einziehung auf eigene Rechnung der Erlaubnis nach Art 1 § 1 RBERG. Ein Verstoß gegen diese Vorschrift ist jedoch nicht als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot i.S. des § 134 BGB anzusehen. Sie wurde nämlich durch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.07.03 (DVBl 2004, S. 59) wegen eines vom BVerwG angenommenen Verstoßes gegen höherrangiges Recht für unwirksam erklärt. Das RBERG stelle insofern keine hinreichende Ermächtigungsgrundlage dar, da es die Fälle der Vollabtretung, nach der der Zessionar die Forderung auf eigene Rechnung einzieht, gerade nicht erfasst. Dabei kann dahinstehen, ob

der Auffassung des BVerwG zu folgen ist, denn ein Verstoß gegen ein auf einer Verwaltungsverordnung beruhendes Gebot, eine behördliche Genehmigung zu beantragen, kann nicht als Verstoß gegen § 134 BGB angesehen werden, wenn das oberste deutsche Verwaltungsgericht das Gebot für nichtig erklärt hat. Derjenige, der ungeachtet der Entscheidung des BVerwG die behördliche Erlaubnis beantragen würde, müsste nämlich damit rechnen, dass die Verwaltungsbehörde die Erteilung der Erlaubnis mit der Begründung, es stehe aufgrund der Entscheidung des BVerwG fest, dass sie nicht erforderlich sei, versagen würde. Es würde also die Erteilung der Erlaubnis in die Willkür der Behörde gestellt. Die Beantwortung der Frage, ob eine Rechtshandlung wirksam ist oder nicht, darf jedoch aus Gründen des Rechtsstaatsprinzips und des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht von der Willkür einer Behörde abhängig gemacht werden.

Der Anspruch besteht jedenfalls in Höhe des unverjährten Teils. Das Gutachten hat ergeben, dass die Fa. bei Anwendung des Tarifs für Privathaushalte bei 96-Stunden-Leistungsmessung und Schwachlastregelung von 22.00 Uhr – 06.00 Uhr für 1998 einen um 3.135,80 € niedriger liegenden Strompreis zu zahlen gehabt hätte als erfolgt (Tabelle 2 des Gutachtens, Bd. II, Bl. 119 d.A.). Dieser Betrag übersteigt den unverjährten Teil der Klageforderung. Dabei bietet das von beiden Parteien nicht angegriffene Gutachten selbstverständlich keinen ganz exakten Nachweis über den vom Gutachter festgestellten Betrag, denn eine 96-Stunden-Leistungsmessung wurde im Abrechnungszeitraum nicht durchgeführt und es kann daher im Nachhinein nicht genau festgestellt werden, zu welchem Ergebnis sie geführt hätte. Das Gutachten beruht also insoweit auf einer Schätzung, was jedoch gem. § 287 ZPO ausreicht.

Die Klägerin ist jedenfalls so zu stellen, als hätte sie in 1998 die Strompreise bezahlt, die die Beklagte Privathaushalten im Falle der 96h-Stunden-Leistungsmessung bei gleichzeitiger Anwendung ihres Schwachlasttarifs in Rechnung stellte. Die Gleichbehandlung mit Privathaushalten beruht darauf, dass die Beklagte im vorliegenden Verfahren die Gründe für die unterschiedliche Behandlung nicht hinreichend dargelegt hat, so dass nicht festgestellt werden kann, ob sie das ihr durch § 3 BTOEitV eingeräumte Ermessen bei der Differenzierung beachtete. Anders als in der Wirtschaft überwiegend üblich darf nämlich die Beklagte ihre Preise nicht frei bestimmen sondern ist durch die BTOEitV an die darin aufgestellten Preisbemessungsvorgaben gebunden. Ein Verstoß

gegen diese Vorgaben führt zur Unwirksamkeit der entgegen der Vorgaben in den Tarifen der Beklagten aufgestellten Preisbestimmungen. Im Falle der Unwirksamkeit kann die Beklagte nur noch den gem. § 315 BGB angemessenen Preis fordern. Das Gericht vermag aufgrund des Vortrages der Beklagten nicht nachzuvollziehen, ob die Differenzierung zwischen Privathaushalten und Gewerbebetrieben den Anforderungen des § 3 BOEltV entspricht, nach dem unterschiedliche Preise für Haushaltsbedarf einerseits und gewerblichen Bedarf andererseits nur dann festgelegt werden können, wenn das Abnahmeverhalten unterschiedliche Kosten verursacht. Das geht zu Lasten der Beklagten, denn im Rückforderungsprozess trifft nach den Grundsätzen über die sekundäre Darlegungslast zunächst den Versorger die Pflicht, die ihm zumutbaren Angaben über die Tatsachen, die die Preisbildung rechtfertigen, beizubringen (BGH, NJW '03, S. 1449). Dem ist die Beklagte nicht hinreichend nachgekommen. Bereits das unterschiedliche Abnahmeverhalten der Gruppe Privathaushalte und Landwirtschaft einer- und sonstigen Abnehmern andererseits ist nicht konkret dargelegt und Vortrag zu der Frage, zu welchen Kosten das möglicherweise unterschiedliche Abnahmeverhalten führt, fehlt völlig. Die von der Beklagten allein zum Abnahmeverhalten vorgelegten Tabellen mit Lastkurvenverlauf betreffend das Jahr 1999 sind ohne die fehlende aber erforderliche nähere Erläuterung unverständlich. Scheinbar betreffen sie, was die eine Gruppe anbelangt, auch nur Privathaushalte und nicht die Landwirtschaft und aus der anderen Gruppe nur das „allgemeine Gewerbe“ – G0 und nicht sämtliche sonstigen Abnehmer, worauf die Klägerin mit Schriftsatz vom 23.05.05 unwidersprochen hingewiesen hat. Da die Beklagte aber nun einmal in ihrem Tarif die Landwirtschaft in die Preisgruppe der Privathaushalte und sämtliche anderen Abnehmer die andere Gruppe eingeordnet hat, wäre Vortrag auch zu deren Abnahmeverhalten erforderlich gewesen. Der Verstoß der Beklagten gegen ihre Substanzierungspflicht führt gem. § 138 ZPO dazu, dass das Gericht seiner Entscheidung die Behauptung der Klägerin, es gebe keinen hinreichenden wirtschaftlichen Grund für die Differenzierung als wahr zugrunde zu legen hat (so im Ergebnis auch das LG Mühlhausen in seinem Urteil 2 S 83/04 vom 12.04.05 = Bd II, Bl. 87 d.A.). Die somit anzunehmende Unwirksamkeit der Preisbestimmung der Beklagten führt dazu, dass die Klägerin Rückzahlung insoweit verlangen kann als die Beklagte von der Fa.

mehr gefordert hat als den nach ihrem Tarif für Privathaushalte geltenden Preis.

Zwar steht nicht fest, dass die Beklagte diesen Preis allgemein gefordert hätte, wenn sie

nicht zwischen den verschiedenen Kundengruppen differenziert hätte. Möglicherweise wäre dann einheitlich ein höherer als der geringste tatsächlich im Tarif vorgesehene Preis festgelegt worden. Es wäre jedoch nach den vorstehend erörterten Grundsätzen über die Darlegungslast Sache der Beklagten gewesen, darzulegen, welcher Preis in diesem Fall angemessen gewesen wäre (§ 315 BGB) und Vortrag dazu ist nicht erfolgt. Daher ist der Entscheidung die Behauptung der Klägerin als richtig zugrunde zu legen, höchstens dieser Preis sei angemessen.

Die Verpflichtung der Beklagten, bei der Fa. eine 96 Stunden - Leistungsmessung vorzunehmen, ergibt sich bereits aus Nr. 1.2.1 ihres eigenen Tarifes, der diese Messung bei einem Strombezug von mehr als 20.000 kWh/Jahr als Regelfall auch ohne Antrag des Kunden vorsieht. Der Strombezug der Fa. lag klar über dieser Grenze. Die Beklagte muss die Klägerin daher so stellen, als wäre die Leistungsmessung erfolgt (so in einem insofern gleich gelagerten Fall auch das Landgericht Kassel in seinem Urteil vom 29.07.04, 9 O 257/01 = Bd II, Bl. 23 d.A.). Darüber hinaus kommt der Klägerin auch die Schwachlastregelung zu Gute, obwohl der Tarif der Beklagten die Schwachlastmessung nur auf Wunsch des Kunden vorsieht. Die Beklagte war nämlich nach Treu und Glauben verpflichtet, die Fa. darüber aufzuklären, dass mit dem Zähler, über den die Leistungsmessung vorgenommen wird, ohne zusätzlichen finanziellen Aufwand auch der Verbrauch zu den Schwachlastzeiten gesondert festgestellt werden kann. Sie hätte nämlich den Zähler ohnehin installiert, wenn sie ihrer tariflichen Verpflichtung nachgekommen wäre, die Leistungsmessung vorzunehmen und mit dem Zähler hätte auch die Schwachlastmessung ohne nennenswerten zusätzlichen Aufwand erfolgen können. Zwar ist die Beklagte im allgemeinen nur dann verpflichtet, die Schwachlastzeiten gesondert abzurechnen, wenn der Kunde dies beantragt, da ihr Tarif die gesonderte Begründung nur auf Antrag vorsieht. Einen Anspruch auf besondere Belehrung und Beratung hat der Kunde nicht, sofern nur die Beklagte ihrer sich aus der BTOElit ergebenden Verpflichtung nachkommt, ihre Tarife zu veröffentlichen. Da jedoch die Beklagte hier verpflichtet gewesen wäre, wegen der Leistungsmessung den Zähler zur Verfügung zu stellen, der auch die Schwachlastregelung ermöglicht, wäre es für die Fa. völlig unvernünftig gewesen, nicht auch die Schwachlastregelung in Anspruch zu nehmen, denn dadurch hätte sie, anders als der Kunde, der gerade wegen der Schwachlastregelung eigens einen Zähler installieren und womöglich noch Investiti-

onen in die Anlage vornehmen lassen muss, die sich möglicher Weise nicht amortisieren, nur Vorteile haben können. Das hätte sich auch der Beklagten aufdrängen müssen, die daher ausnahmsweise verpflichtet war, auf diesen Umstand hinzuweisen.

Der Anspruch verringert sich nicht deshalb, weil nach der Behauptung der Beklagten für den Anschluss eines Doppeltarifzählers Investitionen der Fa. ... in Höhe von 800,- € in deren Stromnetz erforderlich gewesen wären. Zum einen hat die Beklagte für diese bestrittene Behauptung keinen Beweis angeboten und auch nicht näher dargelegt, welche Arbeiten konkret erforderlich gewesen wären. Das aber wäre erforderlich gewesen, zumal sich die Stromanlagen der Kunden unterscheiden und es deshalb nicht ohne weiteres einleuchtet, dass vor Austausch des Zählers immer Umbauarbeiten in größerem Umfang erforderlich sind. Zum anderen ist davon auszugehen, dass sich etwa erforderliche Investitionen, wenn sie bereits bei Inkrafttreten der BTOElt vom 18.12.89 oder kurz danach vorgenommen worden wären, im streitgegenständlichen Zeitraum längst durch den danach geringeren Strompreis amortisiert hätten.

Soweit die Hauptforderung den Betrag 2.583,12 € übersteigt, war die Klage abzuweisen. Sie ist insoweit verjährt. Ansprüche auf Rückzahlung überhöhter Stromkosten verjähren gem. § 197 BGB a.F. analog dem Anspruch des Versorgers auf Begleichung der Stromrechnung in vier Jahren, beginnend gem. § 201 BGB a.F. mit dem Ende des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist (OLG Karlsruhe, RdE 2003, S. 156 = Bd I, Bl. 57 d.A.), die 2-Jahresfrist des § 5 BTOElt ist nicht maßgebend (BGH, NJW-RR '04, S. 1352). Damit war die Verjährungsfrist für den Anspruch auf Rückgewähr von Zahlungen, die bereits in 1998 geleistet wurden, bei Eingang des Mahnantrages am 30.12.02 mit Ausnahme von 2 Tagen abgelaufen. Durch den Mahnantrag wurde dann die Verjährung zunächst gem. §§ 167 ZPO, 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB in der am 01.01.02 in Kraft getretenen Fassung gehemmt. Die Hemmung endete jedoch gem. § 204 Abs. 2 BGB sechs Monate nach der letzten vorangegangenen Prozesshandlung, da das Verfahren von der Klägerin zunächst nicht weiterbetrieben wurde, also 6 Monate nach der Benachrichtigung der Klägerin über den Widerspruch, die im Februar 2003 erfolgt ist. Somit waren die in 1998 entstandenen Rückforderungsansprüche bei Eingang der mit dem Abgabeantrag verbundenen Anspruchsbegründung im Dezember 2003 verjährt.

Verjährung ist nur hinsichtlich der 2.583,12 € übersteigenden Hauptforderung eingetreten, da die Fa. noch in 1999 diesen Betrag auf die Rechnung vom 16.03.99 zahlte. Dabei kommt es nicht darauf an, dass die Zahlung nicht explizit auf Rückstände für Strom aus dem Jahre 1998 sondern auf eine Gesamtforderung für Strom und Gas, die zum Teil auch den Verbrauch aus dem Jahre 1999 betraf, geleistet wurde. Hätte nämlich die Beklagte entsprechend ihrer vorstehend festgestellten Verpflichtung, den Strompreis für 1998 um 2.583,12 € reduziert, wäre sie zu überhaupt keiner Nachforderung gekommen. Somit resultiert die Begleichung der Nachforderung auf dem überhöhten Strompreis der Beklagten oder mit anderen Worten: Es besteht ein uneingeschränkter Kausalzusammenhang zwischen der Zahlung und der Strompreisüberhöhung. Da die Klägerin durch die Zahlung der 2.583,12 € erst in 1999 bereichert wurde, ist auch der Anspruch auf Rückzahlung dieses Betrages erst in 1999 entstanden und hätte daher frühestens mit Ablauf des Jahres 2003 verjähren können. Der Ablauf der Verjährung ist nicht eingetreten, da der Verjährungslauf durch den Eingang der Anspruchsbeurteilung gem. §§ 204 Nr. 1 BGB i.V.m. § 697, 167 ZPO am 29.12.03 gehemmt wurde. Die Anspruchsbeurteilung wurde der Beklagten sodann ohne irgendeine von der Klägerin zu vertretende Verzögerung und also „demnächst“ i.S. des § 167 ZPO zugestellt.

Der Klägerin stehen gem. §§ 284, 288 BGB in der für 1999 maßgeblichen Fassung Zinsen auf die Hauptforderung ab dem auf die Zustellung des Mahnbescheides folgenden Tage zu, d.h. ab dem 13.02.03. Wegen der darüber hinausgehenden Zinsforderung war die Klage abzuweisen. Mit Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz sind nur solche Forderungen zu verzinsen, die nach dem 01.05.00 fällig geworden sind (Art 229 § 1 EGBGB).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Die Kosten des Sachverständigengutachtens wurden der Beklagten abweichend von der sonstigen Quote insgesamt auferlegt, weil das Gutachten erhebliche Kosten verursacht und die Beklagte, soweit eine Beweisaufnahme erforderlich war, insgesamt unterliegt.

Die Vollstreckbarkeitsanordnungen waren nach §§ 709, 208 Nr. 11, 711 ZPO zu treffen.

  
Pohlmann



Ausgefertigt  
Kassel, den 07.11.05  
