

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 202/77

URTEIL

Verkündet am
28. Juni 1978
Mückenhausen
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der V [REDACTED] E [REDACTED] W [REDACTED] AG, O [REDACTED]
in D [REDACTED], vertreten durch den Vorstand Prof. Dr. Ing.
Klaus K [REDACTED], Vorsitzender, Dr. rer. pol. Walter K [REDACTED],
Dr. Ing. E. H. Günther N [REDACTED], Dr. rer. pol. Friedrich M [REDACTED],
Dipl.-Kfm. Karlheinz P [REDACTED], ebendort,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. Evelin W [REDACTED],
2. Helmut P [REDACTED],
4. Horst und Margarete R [REDACTED],
5. Klaus B [REDACTED],
8. Helmut B [REDACTED],
10. Wolfgang R [REDACTED],
12. Salvatore S [REDACTED],
13. Eckhard K [REDACTED],
14. Hedwig H [REDACTED],
16. Herbert C [REDACTED] und Frau Dorothea C [REDACTED],
19. Klaus B [REDACTED],
20. Kurt V [REDACTED],
21. Dietmar L [REDACTED],
22. Alfred S [REDACTED] und Frau Hildegard S [REDACTED],
24. Hermann K [REDACTED],
25. Manfred N [REDACTED],
26. Brigitte J [REDACTED],
29. Rolf B [REDACTED],

sämtlich wohnhaft in H [REDACTED]straße [REDACTED], D [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juni 1978 durch die Richter Dr. Hiddemann, Claßen, Wolf, Merz und Treier

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 10. Juni 1977 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin verpflichtete sich im November 1968 gegenüber der G [REDACTED] T [REDACTED] gesellschaft für W [REDACTED] mbH D [REDACTED] (im folgenden "T [REDACTED]" genannt), die von dieser in den Sanierungsgebieten D [REDACTED] N [REDACTED] II und III errichteten Häuser mit Fernwärme zu versorgen. In Ausführung dieses Rahmenvertrages schlossen Klägerin und Treuhand am 7. September 1971 einen Wärmeversorgungsvertrag zu den "Wärmelieferungsbedingungen" und "Technischen Richtlinien" der Klägerin für das Haus H [REDACTED]straße [REDACTED]. In diesem Hause wohnen die Beklagten als Mieter der T [REDACTED]. In dem Wärmeversorgungsvertrag ist u.a. bestimmt:

" 2. Wärmepreise

2. 1. Für die Raumheizung ist eine Jahrespauschale zu zahlen, die sich nach dem Wärmebedarf richtet.

.....

- 3 -

2. 2.
2. 3.
2. 4. Die Preise unter 2. 1. bis 2. 3. gelten bei einem Netto-Listenpreis von 70,50 DM/t für gewaschene Ruhr-Fettkohle Nuß 4 ab Zeche und einem Lohn von 4,09 DM/h für Arbeiter der Mitglieder des Arbeitgeberverbandes von Gas-, Wasser- und Elektrizitätsunternehmen eV, E[REDACTED], Lohngruppe I a (Facharbeiter mit Lehrzeugnis) bei Eintritt. Ändert sich der Kohlenpreis und/oder der Stundenlohn, so ändern sich die gesamten Preise:
für jedes Prozent Kohlenpreisänderung um 0,5 %
(bezogen auf 70,50 DM pro t),
für jedes Prozent Lohnänderung um 0,2 %
(bezogen auf 4,09 DM pro Stunde).
.....
2. 5. Beträgt die Änderung der Wärmepreise durch Anwendung von 2. 4. mehr als 20 %, so verpflichten sich die Vertragschließenden über eine Anpassung von 2. 4. zu verhandeln.
3. Abrechnung
3. 1. Der Anschlußnehmer (Treuhand) wird in seinen Mietverträgen die Mieter verpflichten, mit den VEW das als Anlage 3 beigelegte Wärmelieferungsabkommen abzuschließen.
3. 2. Die VEW werden mit den Mietern in dem unter 1. 1. genannten Gebäude das vorerwähnte Wärmelieferungsabkommen abschließen und die Abrechnung des Wärmeverbrauchs unmittelbar mit ihnen vornehmen.
.....

In den ab Mai 1971 von der Klägerin mit den beklagten Mietern der T[REDACTED] vereinbarten, formularmäßig gestalteten "Wärmelieferungsabkommen" heißt es u.a.:

"1. Gegenstand des Abkommens

1. 1. Die VEW liefern dem Abnehmer nach den Bestimmungen des Wärmeversorgungsvertrages mit dem Vermieter und den nachstehenden Vereinbarungen Wärme für Raumheizung und Gebrauchswarmwasserbereitung
.....
.....



- 4 -

2. Wärmepreise
2. 1. Der Abnehmer bezahlt für die Leistungsbereitstellung und die Lieferung von Wärme zur Zeit folgende Pauschalpreise:
für Raumheizung 220,31 DM/Jahr
für Gebrauchswarmwasserbereitung 74,02 DM/Jahr
zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer mit dem jeweils gültigen Steuersatz.
2. 2. Bei Änderung des Kohlenpreises und/oder des Stundenlohnes erfolgt eine Anpassung der unter 2. 1. aufgeführten Preise.
.....
3. Rechnungslegung und Bezahlung
3. 1.
3. 2. Änderungen der Pauschalpreise werden die VEW dem Abnehmer rechtzeitig mitteilen. Einwände gegen die Richtigkeit der Pauschalpreise sind innerhalb von 4 Wochen nach Mitteilung zu erheben. Sie berechtigen nicht zu Zahlungsaufschub oder Zahlungsverweigerung. Die Aufrechnung mit Forderungen an die VEW ist ausgeschlossen, ebenso das Zurückhalterecht."

In den Sanierungsgebieten D [REDACTED] N [REDACTED] II und III besteht ein durch Ortssatzung geregelter Benutzungs- und Anschlußzwang an die Fernwärmeversorgung. Die Erfüllung der - öffentlichrechtlichen - Versorgungspflicht hat die Stadt Dortmund der Klägerin durch Vertrag vom 4. Oktober 1972 übertragen. In seinem § 3 ist festgehalten, daß der Rahmenvertrag zwischen der Klägerin und der Treuhand vom November 1968 und das ihm beigelegte Muster eines Wärmeversorgungsvertrages die Billigung der Stadt erhalten habe. In § 3 Abs. 2 des Vertrages vom 4. Oktober 1972 ist sodann bestimmt:

"Änderungen dieses Rahmenvertrages bedürfen der Zustimmung der Stadt D [REDACTED]. Das gleiche gilt für Abschluß und Änderung von Wärmeversorgungsverträgen zwischen Abnehmer und VEW."

Die Preisgleitklausel gemäß Nr. 2. 4 des von der Klägerin und der T[REDACTED] geschlossenen Wärmeversorgungsvertrages ist im Jahre 1975 von der L[REDACTED]bank N[REDACTED]-W[REDACTED] rückwirkend für die Zeit bis zum 31. Dezember 1970 genehmigt worden. Da die Klägerin ab 1971 zur Wärmeerzeugung statt Kohle Gas verwendete, kam eine Genehmigung der Klausel, die neben Lohnkosten auf Kohlepreise Bezug nimmt, über diesen Zeitpunkt hinaus nicht in Betracht.

Die Klägerin hat die Wärmepreise zum 1. Oktober 1971, 1. Oktober 1973, 1. April 1974 und zum 1. Januar 1975 erhöht. Die Erhöhungen betragen, bezogen auf die Basispreise für Raumheizung und Warmwasserbereitung 14,35 %, 19,8 %, 37,24 % und 56,84 %. Die Klägerin hat die Erhöhung der Wärmepreise jeweils ausdrücklich oder durch Hinweis auf die Erhöhung der Kohlepreise und Lohnkosten auf Nr. 2. 4 des Wärmeversorgungsvertrages gestützt.

Die Beklagten haben die jeweils angekündigten und später in Rechnung gestellten Preiserhöhungen zunächst hingenommen und entsprechende Zahlungen geleistet, und zwar der Beklagte B[REDACTED] (Beklagter zu 29) bis einschließlich des 1. Quartals 1975, alle übrigen Beklagten bis einschließlich des 3. Quartals 1975. Der Beklagte B[REDACTED] hat die Zahlungen danach ganz eingestellt. Die übrigen Beklagten haben vom 4. Quartal 1975 an Kürzungen vorgenommen.

Demgemäß hat die Klägerin den Beklagten B[REDACTED] im ersten Rechtszuge auf Zahlung von drei Quartalsbeträgen (je 238,60 DM) und 5,29 DM Mahnkosten und die übrigen Beklagten auf Zahlung der Differenzbeträge für das 4. Quartal 1975 in Anspruch genommen (= Klageantrag zu 1). Außerdem

hat sie die Verurteilung der Beklagten zur künftigen Leistung der erhöhten Wärmelieferungskosten begehrt (= Klageantrag zu 2).

Das Landgericht hat ein Teilurteil erlassen und darin die Klage gemäß dem Antrag zu 1 gegen die Beklagten zu 1, 2, 4, 5, 8, 10, 12, 13, 14, 16, 19, 20, 22, 25 und 26 abgewiesen; der Klage gegen die Beklagten zu 21 und 24 (10,96 DM und 25,02 DM) hat es stattgegeben, während die Klage gegen den Beklagten zu 29 (721,15 DM) im Betrage von 446,51 DM Erfolg hatte. Die Klage auf künftige Leistung hat das Landgericht noch nicht für entscheidungsreif angesehen.

Im zweiten Rechtszuge hat die Klägerin in das Leistungsbegehren gemäß dem ursprünglichen Klageantrag zu 1 die Quartalsbeträge bis zum 3. Quartal 1976 einschließlich eingerechnet, so daß der Antrag zu 2 auf künftige Leistungen mit dem 4. Quartal 1976 beginnt. Auf ihre Berufung ist durch Teilurteil der Beklagte zu 24 zur Zahlung weiterer 75,06 DM und der Beklagte zu 29 zur Zahlung weiterer 98,16 DM verurteilt worden. Im übrigen hat die Vorinstanz die erweiterte bezifferte Zahlungsklage gemäß dem Antrag zu 1 abgewiesen und die weitergehende Berufung bezüglich des Klageantrags zu 1 zurückgewiesen.

Mit der zugelassenen Revision, die bezüglich der Beklagten zu 20 (Volkhammer), zu 21 (Löcker) und zu 24 (Klebba) zurückgenommen worden ist, verfolgt die Klägerin das Leistungsbegehren nach Maßgabe des im zweiten Rechtszuge gestellten Antrags zu 1 gegen die Beklagten zu 1, 2, 4, 5, 8, 10, 12, 13, 14, 16, 19, 22, 25, 26 und 29, soweit sie bisher keinen Erfolg hatte, weiter. Die Beklagten beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet.

I. Die Beklagten schulden der Klägerin den vereinbarten Kaufpreis für die Lieferung von Wärme für Raumheizung und Gebrauchswarmwasserbereitung gemäß § 433 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Nr. 2 der mit jedem einzelnen Abnehmer geschlossenen Wärmelieferungsabkommen (WLA), von denen die Mehrzahl am 28. Mai 1971 wirksam geworden ist. Der ursprüngliche Klageantrag zu 1 berücksichtigt, daß außer dem Beklagten zu 29 (Brandt) alle übrigen in Anspruch genommenen Abnehmer ihre Leistung für das vierte Quartal 1975 um den auf der Preiserhöhung zum 1. Januar 1975 beruhenden Steigerungsbetrag (10,96 DM, 12,37 DM oder 25,02 DM) gekürzt haben. Da der Beklagte zu 29 vom zweiten Quartal an keine Zahlungen mehr geleistet hat und sein - erhöhter - Quartalsbetrag 238,62 DM beträgt, hat ihn die Klägerin für 1975 auf Zahlung von $3 \times 238,62 = 717,86$ DM und 5,29 DM Mahnkosten = 721,25 DM in Anspruch genommen. Daraus und aus dem Klageantrag zu 2, der inhaltlich nur wegen des Anfangstermins der künftigen Leistung eine Änderung erfahren hat, folgt, daß der Streit nur darum geht, ob der Kaufpreis für die Fernwärmelieferung ab 1. Januar 1975 rechtswirksam erhöht worden ist, und zwar, wie die Klägerin errechnet hat, um 14,28 % gegenüber der letzten vorausgegangenen Preiserhöhung (= 56,84 % gegenüber der Preisbasis von 1968).

Das hat die Vorinstanz verneint. Ihre Erwägungen halten den Angriffen der Revision im Ergebnis stand.

II. 1. Eine ausdrückliche Vereinbarung über eine Erhöhung der Preise für die Lieferung von Wärme für Raumheizung und Warmwasserbereitung zum 1. Januar 1975 ist unstreitig nicht abgeschlossen worden.

2. Im Gegensatz zum Landgericht hat das Berufungsgericht nicht gesondert geprüft, ob die Beklagten das Angebot der Klägerin, die Preise für Fernwärme ab 1. Januar 1975 um 14,28 % zu erhöhen, nicht dadurch schlüssig angenommen haben, daß sie - abgesehen von dem Beklagten zu 29 - die erhöhten Preise nicht nur im ersten, sondern auch im zweiten und dritten Quartal 1975 gezahlt haben. Es kann dahinstehen, ob insoweit die Meinung des Landgerichts zutreffend ist, wegen Fehlens eines entsprechenden rechtsgeschäftlichen Erklärungswillens auf seiten der Klägerin und der Abnehmer sei ein Änderungsvertrag nicht zustandegekommen. Das Berufungsgericht hat nämlich in anderem Zusammenhang ausgeführt, die Beklagten hätten "gegen die Wärmepreiserhöhung zum 1. Januar 1975 rechtzeitig interveniert". Dem Beklagten B. [REDACTED] seien die Erhöhungen erst am 12. Februar 1975 mitgeteilt worden. Es könne ferner davon ausgegangen werden, daß am selben Tage auch an die übrigen Beklagten entsprechende Nachricht abgesandt worden sei. Bereits am 27. Februar 1975 aber habe der Beklagte B. [REDACTED] für den Mieterat N. [REDACTED] II, dem die Beklagten sämtlich angehören, erklärt, die Erhöhungsbeträge würden nur unter Vorbehalt gezahlt, weil die Preissteigerungen nicht hätten vorgenommen werden dürfen. Gegen diese tatsächlichen Feststellungen wendet sich die Revision nicht. Sie rechtfertigen die Schlußfolgerung, daß zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits eine Preiserhöhungsabsprache nicht durch schlüssiges Verhalten zustande gekommen ist.

Das Berufungsgericht meint, Nr. 2. 2 WLA sei weder ihrer Bestimmung nach noch für den Fall der Unwirksamkeit der Preisgleitklausel der Nr. 2. 4 des Wärmeversorgungsvertrages vom 17. September 1971 (WV) als selbständige

Grundlage für die Preisänderungen anzusehen. Durch Nr. 1. 1 WLA sei der Wärmeversorgungsvertrag in die rechtsgeschäftlichen Beziehungen der Klägerin zu den Endabnehmern mit der Wirkung einbezogen worden, daß nur im Verhältnis zur Treuhand durchsetzbare Preiserhöhungen an diese weitergegeben werden konnten. Im Hinweis darauf erschöpfe sich der Zweck der Nr. 2. 2 WLA. Als eine Ersatzerhöhungsklausel könne Nr. 2. 2 WLA nicht gewertet werden, weil Nr. 6 WVV bestimme, daß die Vertragspartner verpflichtet seien, unwirksame Bestimmungen durch ihnen wirtschaftlich möglichst nahekommende zu ersetzen. Dieser tatrichterlichen Vertragsauslegung ist die Revision nicht entgegengetreten. Der Umstand, daß die Klägerin den beklagten Endabnehmern gegenüber in dieser Weise davon abgesehen hat, eine selbständige Preisgleitklausel in die Wärmelieferungsabkommen aufzunehmen, und sich stattdessen damit begnügt hat, die im Rahmen des Wärmeversorgungsvertrages wirksam werdenden Preiserhöhungen den Beklagten weiter zu berechnen, verbietet es von vornherein, nunmehr im Wege ergänzender Vertragsauslegung eine selbständige Preisgleitklausel in die Wärmelieferungsabkommen hineinzuzinterpretieren.

4. Die Klägerin war nur dann berechtigt, den beklagten Endabnehmern ab 1. Januar 1975 um 14,28 % erhöhte Preise für die Lieferung von Wärme zu berechnen, wenn sie gegenüber der T[REIBER] befugt war, eine entsprechend höhere Gegenleistung zu verlangen.

a) Nr. 2. 4 WVV bietet dafür keine Grundlage mehr. Diese Bestimmung enthielt eine genehmigungsbedürftige Wert sicherungsklausel, weil eine automatische Anpassung der Preise für die Lieferung von Wärme an Veränderungen der Kohlepreise und/oder der Lohnkosten vorgesehen war. Sie

ist von der L [REDACTED] bank für N [REDACTED] -W [REDACTED] lediglich befristet bis zum 31. Dezember 1970 genehmigt worden. Sie war mithin bereits beim Abschluß des Wärmeversorgungsvertrages unwirksam und auch für die Zukunft nicht mehr genehmigungsfähig. Die Genehmigungsbehörde ist ersichtlich davon ausgegangen, daß infolge der Umstellung der Wärmeerzeugung im Betrieb der Klägerin in D [REDACTED] von Kohle auf Gas die Kohlepreise nicht mehr als wertsichernder Faktor in Betracht kämen.

b) Aufgrund der "Gültigkeitsklausel" gemäß Nr. 6 WVV waren die Vertragschließenden verpflichtet, an die Stelle der Nr. 2. 4 WVV entweder eine genehmigungsfähige Wertsicherungsklausel oder einen genehmigungsfreien Leistungsvorbehalt zu vereinbaren. Diese Pflicht entstand spätestens 1975 mit Zugang des endbefristeten Genehmigungsbescheids der L [REDACTED] bank für N [REDACTED] -W [REDACTED], noch vor Klageerhebung in diesem Rechtsstreit. Die Klägerin hat zwar nach ihrem insoweit unwidersprochen gebliebenen Sachvortrag für die nach dem 1. Januar 1976 abgeschlossenen Wärmelieferungsabkommen eine genehmigungspflichtige und mit Schreiben der L [REDACTED] bank für N [REDACTED] -W [REDACTED] vom 11. Dezember 1975 genehmigte Wertsicherungsklausel vorgesehen, bei der der Kostenfaktor "Kohle" durch "Gas" ausgetauscht worden ist. Zur Ersetzung der unwirksamen Wertsicherungsklausel gemäß Nr. 2. 4 des mit der Treuhand abgeschlossenen Wärmeversorgungsvertrages vom 7. September 1971 hat die Klägerin indessen keine Schritte unternommen.

In diesem Rechtsstreit kann das nicht nachgeholt werden. Darin hat das Berufungsgericht recht. Die Klägerin übersieht, daß sie sich vertraglich gegenüber der T [REDACTED] gebunden hat, die durch Unwirksamkeit einer Vertragsbestimmung hervorge-

rufene Lücke im Verhandlungswege mit dem Vertragspartner zu schließen. Sie hat jedoch, wie dargelegt, nicht versucht, mit der T[REDACTED] zu einer Übereinkunft zu gelangen, und behauptet auch nicht etwa, diese würde sich einem Ansinnen, in Verhandlungen über eine Anpassungsklausel einzutreten, widersetzt haben. Abgesehen davon ist zu beachten, daß die ergänzende Vertragsauslegung durch das angerufene Gericht in die Rechtsbeziehungen der Vertragspartner gestaltend eingreift. Das Gericht ermittelt dabei den Inhalt der die Lücke ausfüllenden Klausel, welche sodann vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses an Geltung beansprucht (vgl. Senatsurteil vom 30. Oktober 1974 - VIII ZR 69/73 - BGHZ 63, 132). Der mit Verfassungsrang geschützte Anspruch auf rechtliches Gehör verbietet es, eine ergänzende Vertragsauslegung in einem Rechtsstreit vorzunehmen, an dem nur einer der Vertragspartner beteiligt ist. Deshalb durfte nicht geprüft werden, welche Ersatzklausel wirtschaftlich der unwirksamen Regelung in Nr. 2. 4 WVV gleich kommt.

c) Die Berechtigung der Klägerin zu Wärmepreiserhöhungen kann aber auch aus Nr. 2. 5 WVV nicht hergeleitet werden. Die Klausel verpflichtet die Vertragsschließenden unter den darin genannten Voraussetzungen zur Modifizierung der Wert sicherungsklausel der Nr. 2. 4 WVV, setzt mithin deren Wirksamkeit voraus. Die Ansicht der Revision, Nr. 2. 5 WVV käme in Verbindung mit Nr. 2. 4 WVV einem genehmigungsfreien Leistungsvorbehalt gleich, findet im Wortlaut und erkennbaren Sinn der Vereinbarung keine Stütze.

d) Auch wenn es zutrifft, daß die T[REDACTED] zunächst die Ankündigung und später die Festsetzung der erhöhten Preise zum 1. Januar 1975 widerspruchslos hingenommen hat,

berechtigt dieser Umstand die Klägerin nicht, die erhöhten Preise an die beklagten Mieter der Treuhand weiterzugeben. Unbeschadet der Tatsache, daß die Preiserhöhungen auf einer von Anfang an unwirksamen, weil nicht genehmigungsfähigen Wertsicherungsklausel beruhten, bedurfte die Klägerin zur wirksamen Preiserhöhung gegenüber der Treuhand der Genehmigung der Stadt D[REDACTED] nach Maßgabe des Vertrages vom 4. Oktober 1972. Die Stadt D[REDACTED] hat den Genehmigungsvorbehalt in die Vereinbarung mit der Klägerin ersichtlich zum Schutze der Interessen der Endverbraucher von Fernwärme in den Sanierungsgebieten N[REDACTED] II und III aufgenommen. Dazu bestand deshalb Anlaß, weil sie die Erfüllung der den Abnehmern gegenüber durch Ortssatzung begründeten Versorgungspflicht in dem genannten Vertrag auf die Klägerin übertragen hat. Bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung im zweiten Rechtszuge ist die erforderliche Genehmigung nicht erteilt worden. Deshalb muß die Wirksamkeit einer durch schlüssiges Verhalten zustandegekommenen Preisänderungsabsprache zwischen der Klägerin und der Treuhand verneint werden.

5. Der Revision mußte danach der Erfolg versagt bleiben. Das gilt auch, soweit die Klägerin eine weitergehende als vom Berufungsgericht ausgesprochene Verurteilung des Beklagten zu 29 erstrebt.

Die Kosten des erfolglosen Rechtsmittels hat die Klägerin zu tragen, § 97 ZPO.

Dr. Hiddemann

Claßen

Wolf

Merz

Treier