

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 264/82

URTEIL

Verkündet am
1. Februar 1984
Kanik,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Stromversorgung O [REDACTED] GmbH & Co. KG, vertreten durch
die persönlich haftende Gesellschafterin, Stromversorgung
O [REDACTED] GmbH, diese vertreten durch den Geschäftsführer
Elektromeister Wolfgang D [REDACTED], sämtlich N [REDACTED] Straße [REDACTED]
in N [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

g e g e n

die Energieversorgung W [REDACTED] Aktiengesellschaft, vertreten
durch den Vorstand Dipl.-Kaufmann Dr. Reinhard B [REDACTED] und
Dipl.-Ing. Gerd R [REDACTED], sämtlich T [REDACTED] Straße [REDACTED] in O [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Februar 1984 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Dr. Skibbe, Dr. Paulusch und Groß

für Recht erkannt:

1. Auf die Rechtsmittel der Beklagten werden die Urteile des 11. Zivilsenates des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 11. Juni 1982 und der 12. Zivilkammer - 2. Kammer für Handelssachen - des Landgerichts Oldenburg vom 9. Dezember 1981 geändert.

Die Klage wird abgewiesen, soweit mit ihr Zahlung von Mehrwertsteuer auf Zinsen beansprucht wird.

2. Im übrigen wird auf die Revision der Beklagten das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin ist ein Energieversorgungsunternehmen. Sie ist aufgrund von Gebietsabsprachen gegen Konkurrenz in ihrem Versorgungsbereich abgesichert. Seit vielen Jahren beliefert sie die Beklagte mit Strom. Diese betreibt ein Verteilerunternehmen und liefert den Strom an ihre Abnehmer im Verteilungsgebiet weiter.

Den zwischen den Parteien geschlossenen Stromversorgungsvertrag aus dem Jahre 1960, der durch eine Vereinbarung vom 31. August 1972 ergänzt worden war, kündigte die Klägerin zum 31. Dezember 1975. Sie belieferte aber die Beklagte weiter und rechnete auf der Grundlage der Vereinbarung vom 31. August 1972 ab.

Die Beklagte beglich die Rechnungen bis Dezember 1979 in voller Höhe. Vom 1. Januar bis 30. September 1980 kürzte sie jedoch die Rechnungsbeträge um insgesamt 65.727,98 DM und in der Zeit vom 1. Oktober 1980 bis 30. April 1981 um insgesamt 46.818,63 DM.

Den erstgenannten Kürzungsbetrag hat die Klägerin in einem Vorprozeß geltend gemacht. Landgericht und Oberlandesgericht haben dem Zahlungsbegehren entsprochen. Auf die Revision der Beklagten hat der erkennende Senat durch Urteil vom 19. Januar



1983 (VIII ZR 81/82) das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Mit der vorliegenden Klage nimmt die Klägerin die Beklagte auf Zahlung der vom 1. Oktober 1980 bis 30. April 1981 gekürzten Beträge nebst Zinsen und Mehrwertsteuer auf die Zinsen in Anspruch.

Die Beklagte hat eingewandt, die Klägerin fordere unter Ausnutzung ihrer Monopolstellung unangemessen hohe Preise.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten blieb erfolglos. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe

I. Soweit der Klägerin Mehrwertsteuer auf Zinsen zuerkannt wurden, waren die Urteile der Vorinstanzen abzuändern und die Klage abzuweisen. Mehrwertsteuer auf die begehrten Verzugszinsen stehen der Klägerin nicht zu, weil Verzugszinsen kein der Mehrwertsteuer unterliegendes Entgelt darstellen (EuGH NJW 1983, 505).

II. Im übrigen führt die Revision der Beklagten aus denselben Gründen, die der erkennende Senat in seinem Urteil vom 19. Januar 1983 (VIII ZR 81/82 = WM 1983, 341 = NJW 1983, 1777 = BB 1983, 402 = ZIP 1983, 322) dargelegt hat, zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Hieraus folgt als Ergebnis:

1. Entgegen dem Standpunkt der Revision geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, daß zwischen den Parteien trotz der zum 31. Dezember 1975 wirksam gewordenen Kündigung der früher getroffenen Vereinbarungen auch für die Zeit ab Oktober 1980 ein wirksamer Stromlieferungsvertrag zustande gekommen und die Klägerin befugt ist, die mangels Vereinbarung eines bestimmten Strompreises bestehende Einigungslücke in entsprechender Anwendung der §§ 315, 316 BGB auszufüllen.

a) Allerdings finden im allgemeinen mit der rechtlichen Beendigung eines auf Leistungsaustausch gerichteten Vertrages Leistungs- und Gegenleistungspflicht der Vertragspartner ein Ende, so daß danach dennoch erfolgende Leistungen ohne rechtfertigenden Grund erbracht werden. Bei Stromlieferungsverträgen ist es dagegen - wie auch bei sonstigen Energielieferungsverträgen - regelmäßig anders, wenn der Leistungsaustausch mit Willen der Parteien weitergeht.

Für den Bereich der Tarifabnehmer ist dies seit langem anerkannt. Hier kommt nach feststehender Rechtsprechung durch die Abnahme von Strom ohne weiteres ein Energielieferungsvertrag zwischen Abnehmer und Versorgungsunternehmen zu den tariflich festgesetzten Bedingungen auch bei Widerspruch des Abnehmers zustande (vgl. RGZ 111, 310, 312; Senatsurteile vom 30. Juni 1959 - VIII ZR 69/58 = LM Vorbem. zu § 145 BGB Nr. 7 und vom 4. Dezember 1967 - VIII ZR 178/65 = WM 1968, 115, 118).

Die hierzu entwickelten Grundsätze kommen zwar in Fällen der vorliegenden Art, in denen sich die Abnahmebedingungen nicht nach einem festen Tarif des Versorgungsunternehmens, sondern nach dem im Einzelfall abzuschließenden Sonderabnahmevertrag bestimmen, nicht zur Anwendung (BGH Urteil vom 1. Juli 1971 - KZR 16/70 = WM 1971, 1456). Dies bedeutet aber nicht, daß Versorgungsunternehmen und Sonderabnehmer im vertragslosen Raum handeln, wenn sie sich etwa wie hier über den

Strompreis nicht einig sind, aber wegen bestehender Gebietschutzabsprachen gleichwohl Strom liefern und abnehmen. Vielmehr ist in einem solchen Falle entgegen der Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 BGB grundsätzlich nicht anzunehmen, daß die Parteien als Lieferer und Abnehmer in einem vertragslosen Zustand bleiben wollen, in dem sich die von ihnen erbrachten und zu erbringenden Leistungen nur nach den Bereicherungsvorschriften (§§ 812 ff BGB) beurteilen würden, die für die Abwicklung der von beiden Parteien gewollten und faktisch bereits bestehenden Dauerbeziehung ungeeignet sind (vgl. hierzu BGHZ 41, 271, 275). In derartigen Fällen ist daher regelmäßig davon auszugehen, daß ein Sonderabnahmevertrag zustande gekommen ist und das Versorgungsunternehmen in entsprechender Anwendung der §§ 315, 316 BGB berechtigt ist, nach billigem Ermessen die Höhe des Strompreises zu bestimmen (BGH Urteil vom 1. Juli 1971 aaO; vgl. auch Hiddemann WM 1976, 1294, 1297; Fischerhof in Rechtsfragen der Energiewirtschaft Bd. I S. 73, 74).

b) Der zu entscheidende Streitfall nötigt nicht zu einer abweichenden Beurteilung.

Die Annahme der Revision, die Parteien hätten einen vertraglosen Zustand gewollt, entbehrt der tatsächlichen Grundlage. Sie widerspricht der gegenteiligen, rechtlich möglichen Feststellung des Berufungsgerichts und zudem angesichts des Umstandes, daß die Klägerin Strom liefern und die Beklagte, die keine

andere Bezugsmöglichkeit hatte, den Strom auch abnehmen wollte sowie das geforderte Entgelt zunächst in voller Höhe entrichtete, der Lebenswirklichkeit.

Eine andere Beurteilung rechtfertigt auch die Tatsache nicht, daß vorliegend der zunächst bestehende Liefervertrag gekündigt wurde, während es in dem der Entscheidung des Kartellsenats vom 1. Juli 1971 (WM 1971 aaO) zugrunde liegenden Fall von vornherein nicht zum Abschluß eines Vertrages gekommen war. Für die Beurteilung der notwendigerweise auf Dauer angelegten Beziehungen der Parteien zueinander bedeutet dies keinen entscheidenden Unterschied. Wesentlich ist, daß in beiden Fällen trotz Fehlens einer Einigung über den Preis die Stromlieferungen im gegenseitigen Einverständnis erfolgten und die Bereicherungsvorschriften in jedem der Fälle zur Abwicklung der entstandenen Dauerbeziehung ungeeignet sind.

c) Nach alledem hat das Berufungsgericht zu Recht eine kaufvertragliche Bindung der Parteien und die Befugnis der Klägerin bejaht, den Strompreis entsprechend §§ 315, 316 BGB nach billigem Ermessen zu bestimmen.

III. Das Berufungsurteil hält jedoch der rechtlichen Nachprüfung nicht stand, soweit es der Beklagten die Berufung auf die Unbilligkeit der von der Klägerin getroffenen Preisbestimmung versagt. Der Ausschluß dieses Einwandes läßt sich entgegen

der Auffassung des Berufungsgerichts weder aus der Natur des Energielieferungsvertrages noch mit der Begründung rechtfertigen, die Klägerin habe - mit rückwirkender Kraft - ihr Bestimmungsrecht nach §§ 315, 316 BGB wirksam auch dahin ausgeübt, daß die Beklagte die Rechnungen nicht von sich aus kürzen dürfe, sondern zunächst voll begleichen müsse.

1. Nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB ist die von der Klägerin getroffene Preisbestimmung für die Beklagte nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Zur Nachprüfung dieser Frage kann die Beklagte gemäß § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB das Gericht anrufen. Die nach dieser Vorschrift vorgesehene Entscheidung des Gerichts begehrt die Beklagte, indem sie gegenüber der Leistungsklage geltend macht, die von der Klägerin für die Stromlieferungen festgesetzte Gegenleistung sei in Höhe der Klagesumme unangemessen (vgl. Senatsurteil vom 4. Oktober 1967 - VIII ZR 51/66 = WM 1967, 1201 = LM § 535 BGB Nr. 35).

2. Die Ausübung dieses Befugnis kann der Beklagten nicht verwehrt werden.

a) Die Klägerin weist allerdings zu Recht darauf hin, daß ein Versorgungsunternehmen, das grundsätzlich zur Vorleistung verpflichtet sei, aus den vom Berufungsgericht dargelegten Gründen regelmäßig ein schutzwürdiges Interesse daran hat, keine unververtretbaren Verzögerungen bei der Realisierung seiner Preisfor-

derungen hinnehmen zu müssen, damit die Energieversorgung dauerhaft und ohne Beeinträchtigung aufrechterhalten werden kann. Diesem Ziel dienen im Tarifikundenbereich die Bestimmungen der §§ 30, 31 AVBEltV, wonach Einwände gegen Rechnungen und Abschlagszahlungen nur bei offensichtlichen Fehlern zum Zahlungsaufschub oder zur Zahlungsverweigerung berechtigen und Aufrechnungen gegen Ansprüche des Versorgungsunternehmens nur mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Gegenansprüchen zulässig sind. Der Klägerin ist zuzugeben, daß sich der hierin zum Ausdruck kommende Regelungsgehalt als der Natur der Sache entsprechend in Einzelfällen auch auf Verträge mit Sonderabnehmern übertragen läßt, für welche die AVBEltV nicht unmittelbar gelten. Auch in der Literatur (vgl. Hiddemann aaO S. 1302 und Degen/Odenthal BB 1970, 1421, 1423) wird die Auffassung vertreten, der Ausschluß von Aufrechnung und Zurückbehaltungsrechten könne sich aus der Natur der Rechtsbeziehungen zwischen Versorgungsunternehmen und Abnehmer ergeben. Wegen der Besonderheiten dieser Rechtsbeziehungen hat der Kartellsenat des Bundesgerichtshofes in seinem bereits erwähnten Urteil vom 1. Juli 1971 (aaO S. 1458) dem Versorgungsunternehmen im Interesse eines glatten Geschäftsablaufes das Recht zuerkannt, bei der Bestimmung der Gegenleistung nach §§ 316, 315 BGB die Aufrechnung des Abnehmers mit Gegenforderungen auszuschließen. Die Billigkeit dieser Bestimmung im Sinne des § 315 Abs. 3 BGB hat er in dem konkreten Falle mit der Begründung bejaht, es bedeute für die Beklagte (Abnehmer) auch bei voller Berücksichtigung ihrer Be-

lange keine unzumutbare Härte, daß sie die begründete Klageforderung zunächst einmal erfülle und hinsichtlich ihrer angeblichen Gegenforderungen auf die Möglichkeit der Klageerhebung verwiesen werde.

b) Hiernach mag im Hinblick auf die Interessenlage der Versorgungsunternehmen der Ausschluß der Geltendmachung der Aufrechnung und von Zurückbehaltungsrechten aus der Natur der Energielieferungsverträge zu folgern sein. Diese Gegenrechte betreffen aber nicht die Leistungsbemessung und lassen sich daher aus dem Zusammenhang mit der im übrigen feststehenden Leistungspflicht des Abnehmers lösen. Es geht dabei nicht um die Frage, ob die vom Versorgungsunternehmen geforderte Leistung des Abnehmers als solche geschuldet wird oder nicht.

Anders verhält es sich jedoch mit der Geltendmachung des den Leistungsumfang betreffenden Einwandes der Unangemessenheit des von der Klägerin verlangten Preises. Die Frage der Billigkeit der Leistung ist untrennbar mit der Leistungspflicht der Beklagten verbunden. Ist der Einwand der Unangemessenheit berechtigt, so ist von Anfang an nur der vom Gericht bestimmte Preis geschuldet (§ 315 Abs. 3 BGB). Nur auf diesen hat die Klägerin Anspruch, und es ist kein Grund ersichtlich, der es rechtfertigen könnte, ihr die Befugnis zuzugestehen, zunächst eine - eventuell gar nicht geschuldete - Zahlung zu vereinnahmen und den Abnehmer auf einen Rückforderungsprozeß zu verweisen.

Dies liefe dem Zweck des § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB zuwider. Durch diese Regelung soll dem Betroffenen nicht nur "ein einfacher Weg" eröffnet werden, "um zur gerichtlichen Bestimmung der Leistung zu kommen" (Mot. II 192), sondern man war sich schon bei der Formulierung des Gesetzestextes darin einig, daß "die richterliche Entscheidung über die Frage, welche Leistung billig sei, regelmäßig in dem Rechtsstreit über die Leistungsfrage zu treffen sein werde" (Prot. I 465). Darüber hinaus würde eine solche Verfahrensweise zu einer für die Beklagte nicht hinnehmbaren einseitigen Berücksichtigung der Interessen der Klägerin führen. Die Interessenlage stellt sich in Fällen der vorliegenden Art anders dar als bei der Frage, ob es einem Versorgungsunternehmen angesonnen werden kann, gegenüber einer von vornherein feststehenden, in voller Höhe geschuldeten Leistung des Abnehmers ein Zurückbehaltungsrecht oder eine Aufrechnung gegen sich gelten zu lassen. Dort erscheint es für den Abnehmer tragbar, ohne Rücksicht auf seine Gegenrechte zunächst einmal die Forderung des Versorgungsunternehmens zu erfüllen, weil diese als solche berechtigt ist. Wenn dagegen die nach billigem Ermessen zu treffende Bestimmung der Gegenleistung nach §§ 315, 316 BGB einer Partei - wie hier der Klägerin - überlassen ist, so entfällt die bei einem Vertrag normalerweise bestehende Gewißheit über Inhalt und Umfang der Leistung, welche aus der Einigung der Parteien hierüber folgt. Gegenüber dem einseitigen, bis an die Grenzen des Ermessensspielraumes reichenden Bestimmungsrecht der Klägerin kann daher den Belangen der Beklagten, die die Preisbe-

stimmung für unbillig hält und ein schutzwürdiges Interesse daran hat, lediglich den tatsächlich geschuldeten Preis zahlen zu müssen, nur dadurch hinreichend Rechnung getragen werden, daß es ihr gestattet wird, sich gegenüber dem Leistungsverlangen der Klägerin entsprechend dem in § 315 Abs. 3 BGB enthaltenen Schutzgedanken auf die Unangemessenheit und damit Unverbindlichkeit der Preisbestimmung zu berufen und diesen Einwand im Rahmen der Leistungsklage zur Entscheidung des Gerichts zu stellen. Demgemäß hat auch der Kartellsenat in seinem Urteil vom 1. Juli 1971 (aaO S. 1457) den von dem dort beklagten Sonderabnehmer geltend gemachten Einwand der Unbilligkeit der Preisbestimmung in der Sache selbst beschieden.

Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geltend gemacht, die Anerkennung eines solchen Rechts des Sonderabnehmers könne je nach der wirtschaftlichen Struktur des nach wie vor zur Stromlieferung verpflichteten Versorgungsunternehmens zu dessen Existenzgefährdung führen, wenn der Sonderabnehmer auf die Stromrechnung freiwillig etwa nur einen symbolischen Betrag zahle und das Versorgungsunternehmen wegen des weit überwiegenden Restbetrages sodann in einem langwierigen Prozeß die Billigkeit seiner Preisbemessung nachweisen müsse. Dem kann nicht gefolgt werden. Die von der Klägerin befürchtete Gefahr langfristiger erheblicher Zahlungsausfälle wird sich in Fällen, wie sie der Klägerin vorschweben, regelmäßig schon deshalb nicht verwirklichen, weil die Zahlungsklage des Versor-

gungsunternehmens bis zu dem Betrag, der offensichtlich einer billigen Leistungsbestimmung entspricht, ohne weiteres durch Teilurteil beschieden werden kann.

Hinzu kommt, daß die Beklagte, würde man ihr den fraglichen Einwand gegenüber dem Leistungsverlangen der Klägerin abschneiden, weiterhin dadurch benachteiligt sein könnte, daß sie auf einen besonderen Rückforderungsprozeß angewiesen wäre, in dem es ihr obläge, nach der für Ansprüche aus § 812 BGB geltenden Beweislastregel die Zahlung auf eine Nichtschuld und damit die diese begründende Unbilligkeit der Leistungsbestimmung der Klägerin zu beweisen, während sonst der die Leistung Bestimmende die Beweislast für die Billigkeit der getroffenen Bestimmung trägt.

c) Aus vorstehenden Ausführungen ergibt sich zugleich, daß die Klägerin ihr Bestimmungsrecht entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht wirksam dahin ausüben konnte, daß die Beklagte die in Rechnung gestellten Preise ungeachtet des Einwandes der Unbilligkeit der Preisbemessung zunächst voll bezahlen müsse.

IV. Das angefochtene Urteil konnte demnach keinen Bestand haben.

Da die gemäß § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB noch zu treffende gerichtliche Bestimmung des Strompreises dem Tatrichter vorbehalten ist, kann der Senat nicht abschließend entscheiden. Die Sache war vielmehr an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen war.

Braxmaier

Wolf

Dr. Skibbe

Dr. Paulusch

Groß