

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

Verkündet am:  
22. Oktober 1997  
M a y e r  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

VIII ZR 353/96

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Oktober 1997 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Zülch, Dr. Hübsch, Ball und Wiechers

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Rostock vom 13. November 1996 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die ein Heizhaus unterhält, belieferte den Beklagten für dessen auf dem Nachbargrundstück betriebene Holztrocknungsanlage in den Jahren 1993 und 1994 mit Wärme- und Elektroenergie. Den Lieferungen lag eine mündliche Vereinbarung vom 14. November 1991 zugrunde, über welche ein lediglich von dem damaligen Geschäftsführer der Klägerin unterschriebenes Protokoll errichtet worden war. In Ziffer 3 Abs. 4 und 5 heißt es wie folgt:

"Alle an das Heizhaus angeschlossenen Partner verpflichten sich langfristig zur Abnahme der Wärmeenergie nach ihren individuell zu bestimmenden Bedürfnissen zu marktüblichen Tarifen einer unabhängigen Heizkostenabrechnungsstelle.

Der holzverarbeitende Betrieb ist berechtigt, seine anfallenden Späne und Holzreste energetisch zu nutzen."

Die Klägerin, die mit der Abrechnung der von den Abnehmern bezogenen Energie die Firma H.-C. beauftragt hatte, berechnete dem Beklagten für die Zeit vom 1. Februar 1993 bis 30. Juni 1994 Energiekosten von insgesamt 201.530,59 DM, auf welche dieser 128.060,72 DM gezahlt hat. Mit ihrer Klage nimmt die Klägerin den Beklagten auf Zahlung des Restbetrages von 73.469,87 DM in Anspruch. Der Beklagte hat sich auf eine nicht ordnungsgemäße Abrechnung der verlangten Wärme- und Energiekosten berufen und geltend gemacht, mit den bisher geleisteten Zahlungen seien die tatsächlichen Kosten für die verbrauchte Energie voll ausgeglichen.



Das Landgericht hat der Klage - unter Abweisung im übrigen - in Höhe eines Betrages von 9.602,78 DM nebst Zinsen stattgegeben. Hiergegen haben beide Parteien Berufung eingelegt, wobei die Klägerin die Zahlung weiterer 63.867,09 DM, der Beklagte hingegen Klageabweisung begehrt hat. Das Berufungsgericht hat den Beklagten entsprechend dem Klageantrag zur Zahlung von insgesamt 73.469,87 DM nebst Zinsen verurteilt und die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit seiner Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin bittet, die Revision des Beklagten zurückzuweisen.

#### Entscheidungsgründe:

I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts steht der Klägerin für die an den Beklagten in dem Zeitraum vom 1. Februar 1993 bis 30. Juni 1994 gelieferte Energiemenge gemäß § 433 Abs. 2 BGB ein Zahlungsanspruch in der zuerkannten Höhe zu. Da die Parteien den Kaufpreis für die zu liefernde Energie nicht bestimmt hätten und es auch keine marktüblichen Tarife einer unabhängigen Heizkostenabrechnungsstelle gebe, sei die Vereinbarung dahin auszulegen, daß die Klägerin berechtigt sei, den Preis für die vom Beklagten abgenommene Energiemenge durch einen Dritten gemäß §§ 317, 319 BGB nach billigem Ermessen bestimmen zu lassen. Die Festlegung des Kaufpreises durch die von der Klägerin

beauftragte Firma H.-C. sei nicht grob unbillig und daher für die Parteien verbindlich.

II. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Das Berufungsgericht hält die Klage aufgrund eines zwischen den Parteien geschlossenen Energielieferungsvertrages für begründet. Ein solcher Vertrag ist jedoch, wie die Revision zu Recht geltend macht, nicht wirksam zustande gekommen.

Gemäß Ziffer 3 der mündlichen Vereinbarung vom 14. November 1991 hatten sich alle an das Heizhaus angeschlossenen Partner, damit auch der Beklagte, "langfristig zur Abnahme der Wärmeenergie nach ihren individuell zu bestimmenden Bedürfnissen zu marktüblichen Tarifen einer unabhängigen Heizkostenabrechnungsstelle" verpflichtet. Diese Vereinbarung enthält nach der für das Revisionsgericht maßgeblichen Auslegung des Berufungsgerichts eine Ausschließlichkeitsbindung im Sinne des § 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB, da hierdurch - wenn auch nicht ausdrücklich, so jedoch konkludent - die Freiheit des Beklagten beschränkt worden ist, die von ihm benötigte Wärmeenergie von Dritten zu beziehen; lediglich der Einsatz der aus der Verbrennung eigener Späne und Holzreste gewonnenen Energie war ihm gestattet. Da der Vertrag zwischen Unternehmen abgeschlossen ist, unterlag er damit der Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörden und war nach § 34 GWB schriftlich abzufassen. Darauf, ob die Eingriffsvoraussetzungen des § 18 GWB vorliegen, kommt es nicht an (BGHZ 53, 304, 306; Senatsurteil vom 15. Juni 1981

- VIII ZR 166/80 = NJW 1981, 2246 unter III b m.w.Nachw.). Die Schriftform des § 126 Abs. 1 BGB ist vorliegend nicht gewahrt worden, da die Parteien die Vereinbarung nur mündlich getroffen haben und das Besprechungsprotokoll vom 14. November 1991 nur vom Geschäftsführer der Klägerin unterzeichnet worden ist.

Die zwischen den Parteien formunwirksam geschlossene Vereinbarung ist daher gemäß §§ 34 GWB, 126 Abs. 1, 125 BGB insgesamt nichtig und nach Bereicherungsrecht abzuwickeln (BGH, Urteil vom 11. März 1997 - KZR 44/95 = WM 1997, 1355 unter II m.w.Nachw.; siehe auch BGH, Urteil vom 6. Mai 1997 - KZR 42/95 = WRP 1997, 961 unter II 2 a). Da die Parteien bisher übereinstimmend von der Wirksamkeit des zwischen ihnen geschlossenen Energielieferungsvertrages ausgegangen sind, fehlt es aber sowohl an einem entsprechenden Parteivortrag wie an tatrichterlichen Feststellungen zum Wert der vom Beklagten ohne Rechtsgrund bezogenen Wärme- und Elektroenergie.

III. Die Sache war daher unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur weiteren Aufklärung einer unter Berücksichtigung der erbrachten Zahlungen verbliebenen Bereiche-

rung des Beklagten an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr. Deppert

Dr. Zülch

Dr. Hübsch

Ball

Wiechers