

60

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 305, 157 D; EnergWiG § 6

Zur Frage, ob nach Beendigung eines Konzessionsvertrages das Energieversorgungsunternehmen, das wegen der ihm obliegenden Versorgungspflicht weiterhin Grund und Boden der Gemeinde für die darin verlegten Versorgungsleitungen in Anspruch nimmt, dieser dafür die im Konzessionsvertrag vereinbarte Abgabe oder jedenfalls überhaupt eine Vergütung schuldet.

BGH, Urt. v. 10. Oktober 1990 - VIII ZR 370/89 - OLG Celle

LG Osnabrück

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 370/89

URTEIL

Verkündet am:
10. Oktober 1990
Hochstein
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Stadt N [REDACTED] B [REDACTED], gesetzlich vertreten durch den
Stadtdirektor,

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

Energieversorgung W [REDACTED]-E [REDACTED] Aktiengesellschaft, vertreten
durch die Vorstandsmitglieder Dr. B [REDACTED] und R [REDACTED],
T [REDACTED]straße [REDACTED], O [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

60

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 1990 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Skibbe, Dr. Brunotte, Groß und Dr. Beyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 9. Februar 1989 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die klagende Stadt und die Rechtsvorgängerin des beklagten Gasversorgungsunternehmens schlossen im Jahre 1961 eine als "Gasversorgungsvertrag (Konzessionsvertrag)" bezeichnete Vereinbarung. Darin wurde u.a. bestimmt:

1. Gegenstand des Vertrages

- 1.1 Die Stadt überträgt der Gesellschaft und diese übernimmt hierdurch auch weiterhin die Versorgung der Stadt, ihrer Einwohner und Betriebe mit Gas zu allen Zwecken, zu denen dieses jetzt oder in Zukunft verwendet wird.
- 1.2 Die Stadt verleiht der Gesellschaft auf die Dauer dieses Vertrages das ausschliessliche Recht, in den jeweils der diesbezüglichen Verfügung der Stadt unterliegenden öffentlichen Strassen, Wegen und Plätzen Gasverteilungsanlagen zu verlegen, zu unterhalten, auszuwechseln und zu betreiben und gewährt der Gesellschaft demgemäss auch das ausschliessliche Recht, innerhalb des Stadtgebietes Gas zu allen Verwendungszwecken zu verkaufen.

...

9. Leistungen der Gesellschaft an die Stadt

- 9.1 Die Gesellschaft zahlt an die Stadt während der Vertragsdauer folgende Abgaben:
 - 6,0 v.H. der Roheinnahmen aus Versorgungsleistungen an letzte Verbraucher, die zu den "Allgemeinen Bedingungen" (AVB) und zu den "Allgemeinen Tarifpreisen" (Tarifabnehmer) getätigt werden,

1,5 v.H. der Roheinnahmen aus Versorgungsleistungen an letzte Verbraucher, die nicht zu den "Allgemeinen Tarifpreisen" oder zu den "Allgemeinen Versorgungsbedingungen" (AVB) beliefert werden.

...

- 9.4 Sollten die gemäss 9.1 zu zahlenden Abgaben der Stadt aufgrund gesetzlicher oder behördlicher Massnahmen nicht mehr in vollem Umfang zugeführt werden können, so kann die Stadt von der Gesellschaft eine entsprechende Tarifsenkung verlangen. Die Gesellschaft ist verpflichtet, diesem Verlangen nachzukommen, soweit ihr die bei den Abgaben ersparten Beträge sonst verbleiben.

10. Vertragsdauer

- 10.1 Dieser Vertrag tritt mit Wirkung ab 1. Juli 1961 in Kraft.

Er läuft zunächst bis zum 30. Juni 1984 und dann jeweils um zehn Jahre weiter, wenn er nicht zwei Jahre vor Ablauf von einem der Vertragspartner durch eingeschriebenen Brief gekündigt wird.

- 10.2 Endigt der Vertrag, so hat die Stadt das Recht und, wenn sie den Vertrag kündigt, die Pflicht, die der Gasversorgung des Stadtgebietes dienenden Anlagen käuflich gegen Zahlung eines Kaufpreises zu erwerben, der dem Sachwert dieser Anlagen z.Zt. der Übergabe entspricht.

- 10.3 Falls über den von der Stadt zu zahlenden Kaufpreis nicht bis spätestens ein Jahr vor Vertragsende zwischen den Parteien eine Einigung erzielt ist, wird der Sachwert von drei unparteiischen Sachverständigen durch ein "Schiedsgutachten" ermittelt. ...

...

Die Klägerin kündigte den Konzessionsvertrag zum 30. Juni 1984, weil sie ihre Einwohner in Zukunft selbst durch ihre in Form einer GmbH betriebenen Stadtwerke versorgen will, die das Gas von der Beklagten beziehen und an die Einwohner verteilen soll. Die zwischen den Parteien geführten Verhandlungen über die Übernahme der von der Beklagten verlegten Leitungsanlagen verliefen bislang ergebnislos. Die Beklagte beliefert die Einwohner der Klägerin seit dem 1. Juli 1984 weiter mit Gas. Die Konzessionsabgabe hat sie seitdem nicht mehr gezahlt.

Die Klägerin ist der Ansicht, daß sie die Konzessionsabgabe weiter verlangen könne, weil der ausgelaufene Vertrag als "Interimsvertrag" weitergelte. Hilfsweise nimmt sie ein Leistungsbestimmungsrecht in Anspruch und meint ferner, zumindest einen Ausgleichsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu haben, weil die Beklagte die städtischen Straßen, Wege und Plätze für ihre Versorgungsleitungen ohne Entgelt weiterbenutze.

Die Klägerin hat Stufenklage erhoben mit dem Antrag,

1. ihr Auskunft zu erteilen über die Roheinnahmen der Beklagten im zweiten Halbjahr 1984 aus Versorgungsleistungen mit Gas an letzte Verbraucher in B■■■■■, die
 - a) zu den allgemeinen Bedingungen und zu den allgemeinen Tarifpreisen (Tarifabnehmer) getätigt werden und
 - b) die nicht zu den allgemeinen Tarifpreisen und zu den allgemeinen Versorgungsbedingungen beliefert werden,

2. nach Erteilung der Auskunft die Beklagte zu verurteilen, an sie (die Klägerin) für das zweite Halbjahr 1984 zu zahlen:
6 % der Roheinnahmen zu a),
1,5 % der Roheinnahmen zu b).

Das Landgericht hat dem Auskunftsantrag durch Teilurteil stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit ihrer - zugelassenen - Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, erstrebt die Klägerin die Aufhebung der Berufungsentscheidung und die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

A.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Der Klägerin stehe der geltend gemachte Auskunftsanspruch nicht zu, weil die Beklagte seit Vertragsende die Konzessionsabgabe in Höhe eines Prozentsatzes ihrer Roheinnahmen nicht mehr schulde.

Dies folge zwar nicht schon daraus, daß die Gesellschaft der Stadt diese Abgabe nach Nr. 9.1 des Vertrages

"während der Vertragsdauer" zu zahlen habe. Diese Klausel lasse keinen Umkehrschluß des Inhalts zu, daß die Beklagte nach Vertragsende keine Abgabe mehr entrichten müsse. Die Beklagte habe jedoch aus keinem Rechtsgrund einen Anspruch auf Fortzahlung der vertraglichen Konzessionsabgabe.

Ein solcher Anspruch ergebe sich nicht aus einem sogenannten Interimsvertrag, d.h. einer stillschweigenden Fortsetzung des alten Vertrages. In dem Verhalten der Klägerin möge zwar ein Angebot zur Vertragsfortsetzung liegen, jedoch sei eine stillschweigende Annahmeerklärung der Beklagten nicht ersichtlich. Sie könne nur schlüssig daraus hervorgehen, daß die Beklagte die Einwohner der Klägerin weiterversorge und dabei die städtischen Grundstücke benutze sowie Ausschließlichkeit genieße. Dieses Verhalten der Beklagten sei aber nicht freiwillig. Zur Weiterversorgung der Einwohner sei sie aufgrund von § 6 Abs. 1 Energiewirtschaftsgesetz (EnergWiG) gezwungen. Die Weiterversorgung sei ohne ein Leitungsnetz nicht möglich, das notwendigerweise auf städtischem Grund und Boden liegen müsse; auch zur Weiterbenutzung der städtischen Grundstücke sei die Beklagte also gezwungen. Die faktische Ausschließlichkeit werde ihr von der Klägerin ohne ihr Zutun gewährt. Da somit das Verhalten der Beklagten nicht freiwillig sei, lasse es keinen Schluß auf irgendeinen rechtsgeschäftlichen Willen zu.

Auch ein faktisches Vertragsverhältnis mit einem Leistungsbestimmungsrecht der Klägerin liege nicht vor. Im Unterschied zu dem vom Bundesgerichtshof mit Urteil vom

19. Januar 1983 (VIII ZR 81/82 = WM 1983, 341) entschiedenen Fall des Strombezugs durch ein Verteilerunternehmen nach Kündigung des Stromversorgungsvertrages liefere die Beklagte das Gas nicht an die klagende Stadt, sondern an deren Einwohner. Die Klägerin stelle der Beklagten zwar ihre Grundstücke für das Gasleitungsnetz zur Verfügung, jedoch handle es sich dabei - anders als bei Energielieferungen - nicht um wiederkehrende Leistungen unterschiedlichen Umfangs, sondern um einen gleichbleibenden, statischen Vorteil, dessen objektiver Wert meßbar sei. Schwierigkeiten bei der Abwicklung nach Bereicherungsrecht seien nicht ersichtlich. Es bestehe daher keine praktische Notwendigkeit für einen Vertrag zwischen den Parteien. Infolgedessen könne nicht angenommen werden, daß sie übereinstimmend keinen vertragslosen Zustand wollten.

Eine entsprechende Anwendung der mietrechtlichen Regelung des § 557 BGB sei nicht gerechtfertigt. Diese Bestimmung beruhe auf der Erwägung, daß die Miete die Gegenleistung für den Gebrauchsvorteil der Mietsache darstelle und dieser dem Mieter weiter zufließe, wenn er die Sache noch behalte. Die Beklagte habe aber die Konzessionsabgabe nicht für die Grundstücksbenutzung bezahlt. Die Konzessionsabgabe könne zum Teil eine Gegenleistung für das der Beklagten gewährte Ausschließlichkeitsrecht darstellen. Dieses werde aber von der Beklagten nicht mehr in Anspruch genommen. Im übrigen könne es sich zum Teil um eine schlichte Teilhabe der Klägerin am Gasverkaufsgewinn der Beklagten, also um eine verdeckte Verbrauchssteuer handeln, auf die aber der Rechtsgedanke des § 557 BGB nicht zutreffe.

Schließlich bestehe auch kein Bereicherungsanspruch der Klägerin in Höhe der alten Konzessionsabgabe. Dem Grunde nach käme zwar ein Bereicherungsanspruch wegen ersparter Aufwendungen in Betracht. Die Höhe dieses Anspruchs richte sich aber nicht nach dem beendeten Vertrag oder der angemessenen Vergütung für die Überlassung der gemeindlichen Straßen und Wege. Da die Bereicherung der Beklagten mit den Aufwendungen gleichzusetzen sei, die sie im Falle eines Neuabschlusses mit der Klägerin hätte machen müssen und durch den vertragslosen Zustand erspart habe, sei sie so hoch wie die Konzessionsabgabe bei neuen Verträgen. Die Beklagte zahle aber den Gemeinden keine prozentuale Beteiligung an ihren Roheinnahmen mehr, sondern nur noch 7,50 DM pro Zähler und Jahr. Dementsprechend könne sich der Auskunftsanspruch der Klägerin nur auf die Zahl der in Borkum vorhandenen Zähler richten, sofern ihr diese nicht ohnehin bekannt sei.

B.

I. Die Revision ist statthaft. An die Zulassung der Revision durch das Berufungsgericht ist das Revisionsgericht allerdings nicht gebunden, denn die Zulassung geht "ins Leere". Entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts liegt die Beschwer der Klägerin über 40.000 DM, so daß ihre Revision schon kraft Gesetzes statthaft ist (§§ 545, 546 Abs. 1 ZPO; vgl. dazu BGH, Beschluß vom 23. Juni 1983 - IVa ZR 136/82 = NJW 1984, 927 unter 1). Das Berufungs-

gericht hat die Klage - obwohl es selbst einen Zahlungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung für möglich hält - insgesamt, also auch hinsichtlich des Zahlungsantrages abgewiesen. Dadurch ist die Klägerin in Höhe desjenigen Betrages beschwert, den sie durch den angestregten Rechtsstreit erlangen will. Dies sind nach ihrer Angabe in der Klageschrift 81.107,55 DM (so auch die Streitwertfestsetzung durch das Landgericht). Die Annahme der statthaften und auch sonst zulässigen Revision war nicht gemäß § 554 b ZPO abzulehnen, da es hierfür an den Voraussetzungen ermangelte.

II. Die Revision hat auch in der Sache Erfolg. Das Berufungsurteil hält der revisionsgerichtlichen Nachprüfung nicht stand.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann der Klägerin ein Anspruch auf Zahlung eines Anteils an den von der Beklagten erzielten Roheinnahmen zustehen. In diesem Fall wäre die Beklagte aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) verpflichtet, über ihre Roheinnahmen Auskunft zu erteilen (vgl. BGH, Urteil vom 18. Januar 1978 - VIII ZR 262/76 = WM 1978, 373 unter I 1 m.w.Nachw.).

1. a) Vergeblich wendet sich die Revision allerdings gegen die Annahme des Berufungsgerichts, ein Interimsvertrag sei nicht zustande gekommen. Unter einem solchen wird die stillschweigende Fortsetzung des Konzessionsvertrages nach dessen Ablauf verstanden (so z.B. Fischerhof, Rechtsfragen der Energiewirtschaft Bd. 1 1956, S. 95 ff; Quack, AÖR 91 (1966), S. 355, 366 ff; Straßburg, Energiewirt-

schaftliche Tagesfragen 1977, 507). Eine stillschweigende Vertragsverlängerung wird zwar regelmäßig vorliegen, wenn die Parteien des Konzessionsvertrages die Weiterführung der Versorgung wollen. Dies gilt jedoch nicht zwingend für jeden Einzelfall (Büdenbender, Energierecht, 1982, Rdnr. 503). Die Auffassung der Vorinstanz, daß es hier an einer entsprechenden Willenserklärung der Beklagten fehle, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Beklagte gemäß § 6 EnergWiG auch nach Ablauf des Konzessionsvertrages den Einwohnern der Klägerin gegenüber verpflichtet war, sie bis zu einer endgültigen Neuregelung der Versorgung mit Gas zu beliefern (BGH, Urteil vom 27. Oktober 1969 - KZR 2/69 = Energiewirtschaftliche Tagesfragen 1970, 219 unter III; Büdenbender, aaO, Rdnr. 761; Braun, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 1988, 472, 474). Daß das Oberlandesgericht daraus folgert, die Beklagte betreibe die Gasversorgung nicht freiwillig, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Auch wenn die Fortführung des Gasverkaufs die Beklagte wirtschaftlich begünstigt, liegt es nicht - wie die Revision geltend macht - außerhalb jeglicher Lebenserfahrung, daß die Beklagte die Versorgung nicht aufgrund selbstgesetzter Ziele, sondern eben wegen des gesetzlichen Zwanges aufrechterhält. Daß sie dabei möglicherweise einen Gewinn erzielt, steht dem nicht entgegen.

Ohne Erfolg beruft sich die Revision auch darauf, das Berufungsgericht habe verkannt, daß es der Lebenswirklichkeit und der Interessenlage der Parteien entspreche, ihre Beziehungen als vertragliche zu betrachten und nicht in

einem vertragslosen Zustand handeln zu wollen. Der Bundesgerichtshof hat eine solche Feststellung zwar für die Beziehungen zwischen Milcherzeuger und Molkerei im Rahmen der landwirtschaftlichen Marktordnung sowie zwischen Stromlieferant und Stromabnehmer getroffen (BGHZ 41, 271, 275; BGH, Urteil vom 19. Januar 1983, aaO unter I 3 a). Dort handelte es sich aber im Gegensatz zum vorliegenden Fall um die Rechtsbeziehung zwischen dem Lieferanten einer Ware - jedenfalls im weiteren Sinn - und dessen Abnehmer, die in der Tat eine vertragliche Regelung nahelegt. Hier sind indessen die Abnehmer der Beklagten die Einwohner der Klägerin, nicht ist es die Klägerin selbst. Diese mag zwar eine Verpflichtung gegenüber ihren Einwohnern haben, für eine Belieferung mit Energie zu sorgen. Sie ist aber nicht selbst Empfänger der Gaslieferung. Daß die Beklagte in ein vertragliches Verhältnis zur Klägerin treten wolle, läßt sich deshalb aus der Festsetzung der Belieferung nicht zwingend entnehmen. Auch der Umstand, daß die Beklagte weiterhin Straßen, Wege und Plätze der Stadt zur Gasdurchleitung benutzt, zwingt nicht zu der Annahme, die Beklagte habe den Willen, den Konzessionsvertrag fortzusetzen. Die bloße in der Unterhaltung von Versorgungsleitungen bestehende Benutzung eines Wegegrundstücks, die dem Eigentümer oder dem sonst daran Berechtigten keinen unmittelbaren, darüber hinausgehenden Nachteil zufügt, sondern sogar seinem - wenngleich nicht in ein Austauschverhältnis eingebundenen - Interesse entspricht, erfordert nach allgemeinen Rechtsvorstellungen nicht unbedingt eine zur Zahlung eines Entgelts verpflichtende vertragliche Grundlage.

b) Zu Recht verneint das Berufungsgericht auch das Vorliegen eines faktischen Vertrages. Diese Rechtsfigur macht das Zustandekommen eines Vertrages nicht von der Abgabe von Willenserklärungen, sondern u.a. von einem "sozialtypischen Verhalten" abhängig (im einzelnen MünchKomm-Kramer, BGB, 2. Aufl. 1985, Einleitung zum Schuldrecht AT, Rdnr. 56 ff). Der Senat hat sie in einer Entscheidung als unterstützende Begründung für einen vertraglichen Anspruch des Elektrizitätswerkes gegen denjenigen herangezogen, der Strom aus dem Versorgungsnetz entnimmt (BGHZ 23, 175, 177 f), im übrigen aber ihre Berechtigung dahingestellt sein lassen (Urteile vom 30. Juni 1959 - VIII ZR 69/58 = LM Vorbem. z. § 145 BGB Nr. 7 unter 3; vom 16. Dezember 1964 - VIII ZR 51/63 = NJW 1965, 387 unter II 2 a; vom 4. Dezember 1967 - VIII ZR 178/65 = WM 1968, 115 unter II 2 b). Davon abgesehen hat der Senat in dem von der Klägerin angeführten Urteil vom 19. Januar 1983 (aaO unter I 3 a) die Entscheidung nicht auf ein faktisches, sondern ein durch konkludente Willenserklärungen geschlossenes Vertragsverhältnis gestützt.

Auch im vorliegenden Fall kommt die Annahme eines faktischen Vertragsverhältnisses nicht in Betracht. Das Zustandekommen von Vertragsverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten ist von vornherein auf den Massenverkehr beschränkt, in dem eine öffentlich angebotene Leistung von jedermann in Anspruch genommen werden kann (BGH, Urteil vom 7. Januar 1971 - VII ZR 9/70 = WM 1971, 311 unter I; Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. 1983, § 28 II, der inzwischen aber

an der Lehre vom faktischen Vertrag nicht mehr festhält, siehe 7. Aufl. 1989, § 28 II). Um eine derartige Fallgestaltung handelt es sich hier jedoch nicht.

c) Aus einer unmittelbaren oder entsprechenden Geltung von § 568 BGB mit der Rechtsfolge einer fingierten Vertragsverlängerung auf unbestimmte Zeit kann die Klägerin schon deshalb nichts herleiten, weil dessen Anwendung nur in Fällen sinnvoll ist, in denen der Benutzer der Sache die Möglichkeit hat, nach einem Widerspruch des Berechtigten die Fortsetzung des Gebrauchs zu unterlassen. Hier ist aber die Beklagte zur Fortsetzung der Gasversorgung gesetzlich verpflichtet; sie kann dies nur unter Gebrauch der städtischen Grundstücke tun.

d) Im Ergebnis zutreffend verneint das Berufungsgericht schließlich einen nachvertraglichen Anspruch der Klägerin aus einer entsprechenden Anwendung des § 557 BGB.

Hierbei ist davon auszugehen, daß der Konzessionsvertrag kein Miet- oder Pachtverhältnis begründet. Zwar gestattet er dem Versorgungsunternehmen den Gebrauch von Grundstücken. Er enthält daneben aber die ebenso bedeutsame Vereinbarung der Ausschließlichkeit und die Verpflichtung des Versorgungsunternehmens, die Einwohner der Stadt mit Energie zu beliefern (ebenso Obernolte/Danner, Energiewirtschaftsrecht, V 7 b = Bl. V 20 a; Fischerhof, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 1967, 95, 96).

Gleichwohl könnte daran gedacht werden, auf den Konzessionsvertrag den Rechtsgedanken des § 557 BGB anzuwenden, der auf den tatsächlichen Umstand des Vorenthalte abstellt. Die analoge Anwendung von § 557 BGB scheitert jedoch daran, daß der Klägerin die Grundstücke nicht "vorenthalten" worden sind. Davon kann nur gesprochen werden, wenn der Mieter die Sache entgegen dem Willen des Vermieters in Besitz behält (st. Rspr. des Senats, Urteile vom 22. März 1960 - VIII ZR 177/59 = NJW 1960, 909 unter II b; vom 13. Oktober 1982 - VIII ZR 197/81 = WM 1982, 1333 unter 2 d aa; BGHZ 90, 145, 148; Wolf/Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 5. Aufl. 1987, Rdnr. 302). Dieses Merkmal ist eine wesentliche Voraussetzung der Vorschrift, deren Rechtsfolge (Entschädigung mindestens in Höhe des vereinbarten Mietzinses) darauf abzielt, Druck auf den Mieter auszuüben, damit er die Mietsache zurückgibt (BGH, Urteil vom 22. März 1989 - VIII ZR 155/88 = WM 1989, 742 unter II A 1 a). Demgemäß kann § 557 BGB auch nur auf solche nicht von seinem Normtatbestand erfaßten Sachverhalte entsprechend angewendet werden, bei denen die Fortsetzung des Gebrauchs dem Willen des an der Sache Berechtigten widerspricht. Daran fehlt es hier.

Die Klägerin vertritt die Auffassung, das im Konzessionsvertrag geregelte Rechtsverhältnis gelte zwischen den Parteien fort. Danach wäre die Beklagte weiterhin zur Benutzung der städtischen Straßen, Wege und Plätze berechtigt. Unter diesen Umständen hat die Klägerin nicht den Willen, daß die Beklagte die weitere Benutzung unterläßt

(vgl. BGH, Urteil vom 22. März 1960 aaO; vom 21. Februar 1973 - VIII ZR 44/71 = WM 1973, 383, 386 unter III 3 b; Wolf/Eckert, aaO). Überdies ist sie, da sie ihren Einwohnern gegenüber zur Bereitstellung der Versorgung mit Energie verpflichtet ist, gerade daran interessiert, daß die Beklagte bis zu einer anderweitigen Regelung die Gaslieferung unter der durch die Umstände gebotenen Benutzung öffentlicher Wege fortsetzt.

2. Mit Erfolg rügt die Revision jedoch, daß das Berufungsgericht eine ergänzende Auslegung des Konzessionsvertrages unterlassen hat.

a) Eine ergänzende Vertragsauslegung ist vorzunehmen, wenn die Vereinbarung eine Regelungslücke, also eine planwidrige Unvollständigkeit in den Bestimmungen des Rechtsgeschäfts aufweist (st. Rspr. BGHZ 90, 69, 73 ff; BGH, Urteil vom 14. März 1990 - VIII ZR 18/89 = WM 1990, 1202 unter II 2 c). Das ist hier der Fall:

aa) Die Klägerin und die Rechtsvorgängerin der Beklagten haben die Rechtsfolgen einer Vertragsbeendigung nur hinsichtlich der Übernahme der Anlagen und des dafür zu zahlenden Kaufpreises geregelt. Den Fall, daß das Versorgungsunternehmen die Gaslieferung kraft gesetzlicher Regelung fortsetzen muß und dabei die städtischen Straßen, Wege und Plätze zur Gasdurchleitung weiterbenutzt, haben sie dagegen nicht bedacht. Auch im Zusammenhang mit der Regelung über die Bestimmung des Kaufpreises für die Versorgungsanlagen ist keine Vereinbarung über eine Vergütung

für die Inanspruchnahme der städtischen Grundstücke bis zur Einigung über den Kaufpreis oder seiner Festlegung durch Schiedsgutachter (Nr. 10.3 des Vertrages) getroffen worden, obwohl dies nahegelegen hätte, weil die Vertragsparteien damit rechnen mußten, daß die Kaufpreisbestimmung länger als ein Jahr dauern würde. Entgegen der in der Revisionserwiderung vertretenen Auffassung ist kein Anhaltspunkt für einen übereinstimmenden Willen der Parteien zu erkennen, ein Ausgleich für die Weiterbenutzung der Verkehrsräume solle darin liegen, daß die Klägerin für die Versorgungsanlagen um so weniger zu bezahlen brauche (Sachwert z.Zt. der Übergabe), je später sie diese erwerbe.

bb) Nr. 9.4 des Konzessionsvertrages schließt eine ergänzende Vertragsauslegung nicht aus. Diese Bestimmung befaßt sich mit dem Sachverhalt, daß die Konzessionsabgabe aus öffentlich-rechtlichen Gründen der Klägerin nicht zugeführt werden könne. Sie besagt aber mit der daran anknüpfenden Verpflichtung des Versorgungsunternehmens, auf Verlangen der Stadt eine Tarifsenkung vorzunehmen, nicht, daß beim Wegfall der vertraglichen Konzessionsabgabe aus anderen Gründen (wie hier durch Vertragsbeendigung) die Beklagte die ersparten Aufwendungen sollte behalten dürfen. Sie ergibt im Gegenteil einen Anhaltspunkt für den Willen der Vertragsparteien, daß die ersparte Konzessionsabgabe wirtschaftlich nicht der Beklagten zugute kommen sollte.

b) Die Lücke ist ausfüllungsbedürftig, weil die Klägerin mit der Gestattung der Wegebenutzung eine Leistung erbringt, die mit der vertraglich geschuldeten

Leistung jedenfalls teilweise vergleichbar ist. Ob die Klägerin das Recht zur Alleinversorgung gewährt oder ohne Rücksicht auf die von ihr herbeigeführte Vertragsbeendigung die weitere Benutzung der Versorgungslagen durch die Beklagte duldet, ist dabei unerheblich. Ob die Beklagte allerdings weiterhin ein Entgelt in Höhe der Konzessionsabgabe zahlen muß, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln. Vergeblich beruft sich die Revisionserwiderung auf den Grundsatz, daß die ergänzende Vertragsauslegung nicht zu einer Erweiterung des Vertragsgegenstandes führen darf (vgl. BGHZ 77, 301, 304). Eine solche Erweiterung liegt nämlich nicht vor, wenn - wie hier - lediglich einer Partei ein Entgelt für die von der Gegenpartei einvernehmlich erbrachte Leistung auferlegt und dadurch ein Äquivalenzverhältnis zwischen den Parteien hergestellt wird (vgl. BGH, Urteil vom 1. Februar 1982 - III ZR 100/80 = WM 1982, 545 unter II 4). Entgegen der Ansicht der Beklagten läßt sich gegen die ergänzende Vertragsauslegung auch nicht einwenden, daß sie zur "Festsetzung" einer "vertraglichen Hauptleistungspflicht für die nachvertragliche Zeit" führe. Es bestehen keine rechtlichen Bedenken dagegen, die ergänzende Vertragsauslegung auch insoweit eingreifen zu lassen, als es um Regelungslücken im Zusammenhang mit der Beendigung des Vertrages geht. Dies gilt um so mehr, wenn - wie hier - eine Partei nach Vertragsbeendigung in Übereinstimmung mit der Gegenseite ihre Leistung weiter erbringt und in Frage steht, ob die Gegenpartei dafür ein Entgelt schuldet.

c) Liegt danach eine ausfüllungsbedürftige Lücke in den Vereinbarungen der Parteien vor, so ist diese durch ergänzende Auslegung in der Weise zu schließen, wie die Parteien den Fall im Hinblick auf den mit dem Vertrag verfolgten Zweck bei sachgerechter Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte geregelt hätten (BGHZ 90, 69, 75; BGH, Urteil vom 14. März 1990 aaO unter II 2 e).

Diese an sich dem Tatrichter obliegende Auslegung kann das Revisionsgericht zwar selbst nachholen, wenn das Berufungsgericht sie unterlassen hat (BGH, Urteil vom 14. März 1990 aaO). Das ist hier indessen nicht tunlich, da eventuell noch tatsächliche Feststellungen, etwa über den Wert der Benutzung der städtischen Wege und andere für die Bemessung einer Vergütung relevante Umstände, zu denen auch der Wegfall der vertraglich gesicherten Ausschließlichkeit gehören kann, erforderlich sind.

d) Die ergänzende Auslegung kann dazu führen, daß die Beklagte ein Entgelt entsprechend Nr. 9.1 des Konzessionsvertrages in Höhe bestimmter (nicht notwendigerweise der im Vertrag vorgesehenen) Prozentsätze ihrer Roheinnahmen zu zahlen hat. Unter dieser Voraussetzung könnte das Auskunftsverlangen der Klägerin berechtigt sein.

Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§§ 564 Abs. 1, 565 Abs. 1 ZPO).

3. Bei der ergänzenden Auslegung wird das Berufungsgericht u.a. die in dem Konzessionsvertrag zum Ausdruck gekommenen Wertungen zu berücksichtigen haben. Dabei ist Nr. 9.4 des Vertrages zu entnehmen, daß der Gegenwert der von der Klägerin erbrachten Leistungen nicht allein unter den dort genannten Voraussetzungen, sondern generell nicht bei der Beklagten verbleiben sollte.

Wolf

Groß

Dr. Skibbe

Dr. Beyer

Dr. Brunotte

Schreibfehlerberichtigung:

Im Urteil vom 10. Oktober 1990

- VIII ZR 370/89 -

muß es auf Seite 12, siebzehnte Zeile

statt: Festsetzung
richtig: Fortsetzung

heißen.

Karlsruhe, den 7. November 1990

Bundesgerichtshof
Geschäftsstelle