

68

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

AGBG §§ 8, 9 Cb

Zur Kontrollfähigkeit und Angemessenheit einer in Allgemeinen
Geschäftsbedingungen eines Wasserversorgungsunternehmens ent-
haltenen Entgeltregelung für den Bezug von Zusatzwasser.

BGH, Urt. v. 6. Februar 1985 - VIII ZR 61/84 - OLG Zweibrücken
LG Frankenthal

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 61/84

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
6. Februar 1985
Friederich,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der T [REDACTED] W [REDACTED] L [REDACTED] AG, B [REDACTED]-G [REDACTED]
Straße [REDACTED] in L [REDACTED], vertreten durch den Vorstand
Dipl.-Kaufmann Heinz Fi [REDACTED] und Dipl.-Ing. Otto Fr [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

g e g e n

die Firma R [REDACTED] GmbH, M [REDACTED] Straße [REDACTED], L [REDACTED],
vertreten durch die Geschäftsführer Dr. Friedrich R [REDACTED] und Gert R [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED]-

mp

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Januar 1985 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Treier, Dr. Brunotte und Groß

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts Zweibrücken vom 12. Januar 1984
wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin versorgt das Gebiet der Stadt L [REDACTED] mit Wasser. Die Beklagte verfügt über eine Anlage, die einen Teil des in ihrem Betrieb benötigten Brauchwassers dem Rhein entnimmt. Das Frischwasser bezieht sie von der Klägerin. Nach deren Tarif hatte die Beklagte für den Wasserbezug in den ersten beiden Monaten des Jahres 1981 1,30 DM je cbm, danach 1,55 DM je cbm Frischwasser zuzüglich Mehrwertsteuer zu zahlen. Bestandteil des Versorgungsvertrages sind im übrigen die "Allgemeinen Bedingungen für



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



die Versorgung mit Wasser aus dem Versorgungsnetz der t[REDACTED] W[REDACTED]
L[REDACTED] "(im folgenden: AVB), die in der zugehörigen Anlage 1
unter anderem folgende Regelung enthalten:

"III. Tarif für Wasserbezieher mit eigenen Wasserversorgungs-
anlagen.

1. Bezug von Zusatzwasser

- a) Anschlußnehmer, die einen Teil ihres Wasserbedarfs aus ihrer Wasserversorgungsanlage decken und von dem TWL (= Klägerin) Zusatzwasser beziehen, haben monatlich mindestens zwei Drittel des höchsten Monatsbezugs des betreffenden Kalenderjahres zum vollen Preis zu bezahlen.
- b) Die Zusatzwasserbezieher haben hierbei mindestens den Wasserpreis für eine Wasserabnahme von 100 Stunden/Jahr, multipliziert mit der Leistung ihrer Zähler (...) zu bezahlen."

Mit Ausnahme des Monats Juli hat die Beklagte im Jahr 1981 monatlich zwischen 3.679 cbm und 6.669 cbm Frischwasser bezogen. Wegen eines Schadens in ihrer Eigenversorgungsanlage lag der Verbrauch im Juli bei 15.842 cbm. Auf das von der Klägerin in Rechnung gestellte Wassergeld hat die Beklagte für das Jahr 1981 Zahlungen in Höhe von 119.722,13 DM geleistet. Der Berechnung dieses Betrags liegen die vorgenannten Arbeitspreise unter Berücksichtigung des tatsächlichen Verbrauchs zugrunde. Die Klägerin nimmt demgegenüber für sich eine Mehrforderung von 92.574,59 DM in Anspruch, die sie nach dem tatsächlichen Verbrauch im Monat Juli und im übrigen anhand eines nach Nr. III 1 a Anlage 1 AVB (im folgenden: Klausel III 1 a) für die

restlichen Monate ermittelten fiktiven Verbrauchs von 10.561 cbm (zwei Drittel des Juliverbrauchs) berechnet hat. Beide Vorinstanzen haben die Klausel III 1 a für unwirksam gehalten und die auf Zahlung des Mehrbetrags gerichtete Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

A. Das Berufungsgericht hat die Rechtsverbindlichkeit der zur Berechnung der Klageforderung herangezogenen Klausel einer Überprüfung nach § 9 AGBG unterworfen.

I. Es hat - von der Revision nicht angegriffen - ausgeführt, bei den im Rahmen des privatrechtlich ausgestalteten Versorgungsverhältnisses verwendeten Versorgungsbedingungen (AVB) handle es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen, die grundsätzlich einer Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz unterzogen werden könnten. Darin ist ihm zu folgen. Die Rechtsbeziehungen der Parteien richten sich nicht nach den gemäß § 27 AGBG als Rechtsverordnung erlassenen Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVB WasserV) vom 20. Juni 1980 (BGBl I S. 750, ber. S. 1067). Wie das Berufungsgericht festgestellt hat, handelt es sich bei der Beklagten um ein Industrieunternehmen, welches vom Geltungsbereich der Verordnung ausdrücklich ausgenommen ist (§ 1 Abs. 2 AVB WasserV). Das Vertragsverhältnis der Parteien bestimmt sich daher nach den abweichenden AVB der Klägerin, die grundsätzlich der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG unterliegen, und zwar ungeachtet des Umstands, daß der Wasserlieferungsvertrag bereits vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes geschlossen worden ist (§ 28 Abs. 2 und 3 AGBG; Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 4. Aufl., § 28 Rdn. 3).

II. Von einer Inhaltskontrolle ausgenommen wären sie allenfalls unter den in § 8 AGBG geregelten Voraussetzungen.

1. Diese Bestimmung wird zwar in § 28 Abs. 2 AGBG nicht ausdrücklich für die darin erwähnten Altverträge für anwendbar erklärt. Das bedeutet aber nicht, daß ihre Anwendbarkeit auf solche Verträge ausscheidet. Denn § 28 Abs. 2 AGBG hat ersichtlich nicht den Zweck, die Altverträge einer weitergehenden Inhaltskontrolle zu unterziehen, als die nach Inkrafttreten des Gesetzes geschlossenen Verträge, was aber der Fall wäre, wenn § 8 AGBG auf sie nicht angewendet werden könnte.

2. Ob § 8 AGBG einer Inhaltskontrolle der hier betroffenen Klausel entgegensteht, hat das Berufungsgericht allerdings nicht geprüft. Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis jedoch ohne Erfolg.

a) § 8 AGBG beschränkt die Inhaltskontrolle nach §§ 9 bis 11 AGBG auf Klauseln, die von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen. Die Vorschrift soll, so die Begründung des Regierungsentwurfs, weder eine Kontrolle der Preise oder Leistungsangebote ermöglichen, noch sollen Vorschriften anderer Gesetze modifiziert werden (BT-Drucks 7/3919, S. 22). Da das Gesetz den Vertragspartnern grundsätzlich freistellt, Leistung und Gegenleistung im Vertrag frei zu bestimmen, unterliegen bloße Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung (sogenannte Leistungsbeschreibungen) der gesetzlichen Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz ebenso wenig wie Vereinbarungen über das von dem anderen Teil zu erbringende Entgelt (BGH Urteile vom 18. Februar 1982 - I ZR 81/80 = LM § 9 (Cb) AGBG Nr. 5 unter Nr. II 1 und vom 29. September 1983 - VII ZR 225/82 = WM 1983, 1281 = NJW 1984, 171, 172; Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen aaO, § 8 Rdn. 7-9; derselbe in: Festschrift für Fritz Hauß, 1978, S. 1, 8 f; Bunte, Handbuch der AGB, S. 19; Dietlein/Rebmann, AGB aktuell, § 8 Rdn. 2; Dittmann/Stahl, AGB, Rdn. 257; Löwe in Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner,

Kommentar zum AGBG, § 8 Rdn. 2; Schlosser, AGBG, § 8 Rdn. 1; A. Stein, Gesetz der Regelung des Rechts der AGB, § 8 Rdn. 1; G. Stein, Die Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge des Allgemeinen Privatrechts, S. 134; Wolf in: Wolf/ Horn/Lindacher AGB-Gesetz, 1984, § 8 Rdn. 10 und 13; Ebel BB 1980, 477, 485; Niebling BB 1984, 1713, 1716 ff.; einschränkend Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2. Aufl. 1977, Rdn. F 31; anders: Koch/Stübing, Allgemeine Geschäftsbedingungen, § 8 Rdn. 9). Von den Entgeltregelungen zu unterscheiden sind die sogenannten Preisnebenabreden, die nach allgemeiner Auffassung der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz unterliegen (BGH, Urteil vom 29. September 1983 aaO; Brandner aaO (Kommentar) § 8 Rdn. 11 bis 16; derselbe aaO (Festschrift) S. 7). Dabei handelt es sich um Bestimmungen, die zwar Auswirkungen auf Preis und Leistung haben, aber nicht ausschließlich die in Geld geschuldete Hauptleistung festlegen (Löwe aaO, § 8 Rdn. 12; MünchKomm/Kötz, BGB, 2. Aufl., § 8 AGBG Rdn. 4; Niebling BB 1984, 1713, 1717). Sie weichen im allgemeinen von Vorschriften des dispositiven Gesetzesrechts ab oder ihr Regelungsgehalt könnte - wären sie in AGB nicht enthalten - aus §§ 157, 242 BGB gewonnen werden. Sie sind deshalb der Inhaltskontrolle nach den §§ 9 - 11 AGBG nicht entzogen (BGH, Urteil vom 5. Juni 1984 - X ZR 75/83 = BGHZ 91, 316, 318; Brandner aaO (Kommentar), § 8 Rdn. 15 und (Festschrift) S. 7 und 9 f). Dazu zählen etwa Klauseln über die Bemessung oder Änderung des Entgelts durch eine Vertragspartei (Senatsurteil vom 18. Mai 1983 - VIII ZR 83/82 = WM 1983, 731, 732), Zahlungsbedingungen, Fälligkeits- und Wertsicherungsklauseln (Bunte aaO, S. 19; Graba in: Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, Kommentar zum AGB-Gesetz, § 8 Rdn. 19; Palandt/Heinrichs, BGB, 44. Aufl., § 8 AGBG Anm. 2 b; Wolf aaO, § 8 Rdn. 16). Auch die Vereinbarung besonderer Preiszuschläge wird teilweise zu den Preisnebenabreden gerechnet (Brandner aaO (Kommentar), § 8 Rdn. 16 und (Festschrift) S. 13; MünchKomm/Kötz aaO, § 8 Rdn. 4; einschränkend Niebling BB 1984, 1713, 1717; anders in Bezug auf Zuschläge

für besondere Leistungen: Wolf aaO, § 8 Rdn. 14). Um eine der Inhaltskontrolle unterliegende Klausel handelt es sich auch bei Nr. III 1 a Anlage 1 der Wasserversorgungsbedingungen der Klägerin.

b) Die Klausel ist allerdings nicht deshalb als Preisnebenabrede einzustufen, weil sie den geschuldeten Wasserpreis nicht bereits betragsmäßig erkennen läßt. Zwar wird im Schrifttum teilweise gefordert, eine Preisklausel müsse, um in dem hier zu erörternden Sinne "kontrollfest" zu sein, bei Geldleistungen grundsätzlich "den Preis beziffern" (Graba aaO, § 8 Rdn. 18) bzw. diesen "bestimmt" (MünchKomm/Kötz aaO, § 8 AGBG Rdn. 4) oder "konkret" (Löwe aaO, § 8 Rdn. 12) festlegen. Diese Forderungen mögen ihre Berechtigung in Fällen haben, in denen das Entgelt bei Vertragsschluß bereits bezifferbar ist. Sie passen indessen nicht auf solche Klauseln, die sich schon ihrer Natur nach einer näheren Konkretisierung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses entziehen, weil etwa - wie hier - das "konkrete" Entgelt erst vom Ergebnis einer Messung abhängt und zudem an das Vorliegen eines Sachverhalts (überdurchschnittliche Verbrauchsspitze) anknüpft, der erst nach Vertragsschluß eintritt. In diesem Falle muß es genügen, wenn die Klausel die zukünftige Geldforderung nach allgemeinen Kriterien bestimmbar umschreibt (vgl. Brandner aaO (Festschrift) S. 7 und 10). Diesem Erfordernis wird die Klausel III 1 a gerecht, denn aus ihr läßt sich das geschuldete Wassergeld nach Kenntnis des konkreten Verbrauchs durch einen einfachen Rechenschritt ermitteln.

c) Gleichwohl unterliegt die Klausel der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG, weil sie von "Rechtsvorschriften" im Sinne von § 8 AGBG abweicht, die dem Wasserlieferungsvertrag sein Gepräge geben.

aa) Unter Rechtsvorschriften im Sinne von § 8 AGBG sind nicht nur Gesetzesvorschriften im materiellen Sinn zu verstehen (so aber Schaefer VersR 1978, 4, 7). Bei einem so eingeschränkten Inhalt der Vorschrift fielen alle diejenigen Verträge von vorneherein aus dem Schutzbereich der §§ 9 bis 11 AGB heraus, die - wie der hier betroffene Wasserversorgungsvertrag mit Industriekunden - gesetzlich nicht besonders geregelt sind. Das wäre mit dem Zweck der Inhaltskontrolle nicht zu vereinbaren, der dahin geht, den Vertragspartner des Verwenders vor einer einseitig vorgeschriebenen, unangemessenen Verkürzung derjenigen Rechte zu schützen, die er nach Gegenstand und Zweck des Vertrages zu erwarten berechtigt ist. Dieser Schutzzweck ergibt sich namentlich aus § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG, wonach auch solche Rechte und Pflichten den Maßstab für die Inhaltskontrolle geben können, die aus der Natur des jeweiligen Vertrags folgen (Brandner aaO (Kommentar), § 8 Rdn. 2 und 19). § 8 AGBG gestattet daher - insbesondere beim Fehlen dispositivgesetzlicher Normen - eine Inhaltskontrolle auch solcher AGB-Klauseln, die vertragsnatürliche wesentliche Rechte und Pflichten zum Nachteil des Vertragspartners einschränken (Brandner aaO) oder sonst gegen allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze verstoßen (Senatsurteil vom 21. Dezember 1983 - VIII ZR 195/82 = BGHZ 89, 206, 211; Wolf aaO, § 8 Rdn. 5). So aber liegt es hier.

bb) Mit der Wasserversorgung der Allgemeinheit nimmt die Klägerin eine Aufgabe der sogenannten Daseinsvorsorge wahr, die an sich von der öffentlichen Verwaltung zu erfüllen wäre (BGH, Urteil vom 5. April 1984 - III ZR 12/83 = BGHZ 91, 84, 86 m.w.N.; Senatsurteil vom 26. November 1975 - VIII ZR 164/74 = BGHZ 65, 284, 287). In einem solchen Fall richtet sich die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses mit den jeweiligen Abnehmern nicht ausschließlich nach den Normen des Privatrechts; diese werden vielmehr in mancherlei Hinsicht durch Bestimmungen des öffentlichen Rechts ergänzt, überlagert und modifiziert (BGHZ 91, 84, 96 m.w.N.; Gusy DÖV 1984,

872, 879). So sind von den Versorgungsunternehmen bei grundsätzlich privatrechtlicher Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses nicht nur die Grundrechte, insbesondere der - hier allerdings nicht betroffene - Gleichheitssatz (Artikel 3 Abs. 1 GG) zu beachten (Senatsurteil vom 26. November 1975 aaO). Vielmehr können auch andere, "die Prinzipien öffentlicher Finanzgebaren" betreffende Grundsätze Geltung beanspruchen (BGHZ 91, 84, 97; Ossenbühl, DVBl 1974, 541, 543). Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat es in der bereits mehrfach zitierten Entscheidung vom 5. April 1984 für unzulässig angesehen, wenn ein von der Verwaltung beherrschtes, privatrechtlich verfaßtes Wasserversorgungsunternehmen dem einzelnen Bürger im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen Entgelte für Leistungen abverlangt, für die bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses Abgaben nicht erhoben werden dürften (aaO S. 97). Richtete sich das Verhältnis der Parteien dieses Rechtsstreits nach öffentlichem Recht, so gälte hinsichtlich der abgaberechtlichen Ausgestaltung des Wassergeldes das sogenannte Äquivalenzprinzip. Dabei handelt es sich um die gebührenrechtliche Variante des allgemeinen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, die besagt, daß ein Gebührenmaßstab gefunden werden muß, durch den ein "angemessenes Verhältnis" zwischen Leistung und Gegenleistung hergestellt wird (BVerfGE 20, 257, 270; BVerwGE 12, 162, 166; 26, 305, 309; Bauernfeind/ Zimmermann, Kommunalabgabengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl., § 6 Rdn. 3; Ludwig/Odenthal, Das Recht der öffentlichen Wasserversorgung, Stand November 1982, II S. 48).

cc) Gilt dieser allgemeine Grundsatz der Vertragsgerechtigkeit somit auch für den privatrechtlichen Wasserlieferungsvertrag, so muß sich die Klausel III 1 a daran messen lassen. Allerdings geht es dabei nicht darum, das Äquivalenzprinzip ganz allgemein zum Instrument einer richterlichen Preiskontrolle in der privatrechtlich organisierten Wasserversorgung zu machen. Das würde dem mit § 8 AGBG verfolgten gesetzgeberischen Anliegen, die privatautonome Gestaltung der Preise einer Kontrolle zu entziehen, nicht gerecht werden. Zwar wird der normale Tarifabnehmer kaum je eine echte Chance haben, seine Interessen bei den Preisverhandlungen mit dem in

aller Regel - so auch hier - marktbeherrschenden Wasserversorgungsunternehmen durchzusetzen. Dieser faktischen Beschränkung der Vertragsfreiheit entgegenzuwirken ist - soweit es um die Entgeltfrage als solche geht - indessen nicht Aufgabe des AGB-Gesetzes sondern der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht (vgl. § 22 Abs. 4 und Abs. 5 GWB). So ist insbesondere der konkret festgelegte tarifliche Arbeitspreis einer Inhaltskontrolle nach §§ 8, 9 AGBG entzogen. Hier aber handelt es sich um eine Klausel, die nicht nur die Höhe der Vergütung, sondern in abstrakter Weise zugleich auch die Voraussetzungen ihres Entstehens regelt. Solche Klauseln hat der Bundesgerichtshof auch bereits vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes einer an den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausgerichteten Inhaltskontrolle unterzogen (Urteil vom 2. März 1978 - VII ZR 104/77 = WM 1978, 723, 725 m.w.N.). Sie unterliegen nunmehr der Kontrolle nach § 9 AGBG (Wolf aaO, § 8 Rdn. 13). Das gilt für die hier zu beurteilende Klausel um so mehr, als sie aus sich heraus nicht einmal die von der Klägerin erbrachte Gegenleistung erkennen läßt, deren Vergütung sie bezweckt. Daß es sich dabei um die Abgeltung der für Zusatzwasserbezieher in besonderem Maße anfallenden Vorhaltekosten handeln soll, ergibt sich nämlich erst aus dem Vortrag der Klägerin in diesem Rechtsstreit, der im übrigen dahingeht, die Klausel solle letztendlich auch einen gewissen "Erziehungseffekt" bewirken, indem sie den Kunden zwingt, auf eine möglichst gleichmäßige Abnahme zu achten. Auch dieser "versteckte Sanktionscharakter" hebt die Klausel aus dem Bereich der bloßen Entgeltregelungen heraus und macht sie zu einer der Inhaltskontrolle unterliegenden Preisnebenabrede (Niebling BB 1984, 1713, 1717).

B. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klausel Nr. III 1 a sei gemäß § 9 AGBG unwirksam.

I. Hierzu hat es ausgeführt, der Aufwand der Klägerin für die ständige Unterhaltung der erforderlichen Einrichtungen zur Förderung, Lagerung und Verteilung von Wasser und die Bereitschaft der Klägerin, jederzeit auch

einen plötzlich auftretenden Spitzenbedarf zu befriedigen, verursachten erhebliche Vorhaltekosten, die überwiegend unabhängig von der tatsächlichen Wasserentnahme seien (vgl. dazu allgemein auch BVerwG KStZ 1982, 31; Ludwig/Odenthal, Das Recht der öffentlichen Wasserversorgung, Stand November 1982, S. II 45; Hook, gwf-wasser/abwasser 1971, 489 f). Die Vergütungsregelung Nr. III 1 a suche diesen Zusammenhängen zwar Rechnung zu tragen. Sie sei aber unwirksam; denn der von der Klägerin gewählte Maßstab für die Umlegung dieser Kosten auf den einzelnen Zusatzwasserbezieher benachteilige die Beklagte entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, weil er mit einem wesentlichen Grundgedanken des zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses, nämlich dem den gegenseitigen Austauschvertrag im allgemeinen und den Wasserversorgungsvertrag im besonderen prägenden Äquivalenzprinzip nicht zu vereinbaren sei (§ 9 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 AGBG). Dieses Prinzip könne durch die Klausel in unsachgemäßer Weise empfindlich gestört werden. Dabei könne - wie die Klägerin behauptet habe - unterstellt werden, daß die Vorhaltekosten nicht bereits durch das Entgelt für den tatsächlichen Verbrauch gedeckt seien. Deren Umlegung durch die Klausel Nr. III 1 a erfolge jedoch nach einem Maßstab, der nicht an die tatsächlich von den einzelnen Zusatzwasserbeziehern verursachten Kosten anknüpfe. Die Regelung führe nämlich bei einer einmaligen monatlichen Spitzenabnahme von mehr als 50 % gegenüber dem normalen Monatsbezug dazu, daß der Abnehmer für die übrigen elf Monate des Jahres im Ergebnis einen höheren Kubikmeterpreis bezahlen müsse, als für den Monat der Leistungsspitze. Durch diese Preisgestaltung werde die gegenseitige Beziehung zwischen Leistung und Gegenleistung für die Monate gestört, in denen die Anhebung des Entgelts auf zwei Drittel des höchsten Monatsbezugs stattfinde.

II. Die Revision rügt demgegenüber in erster Linie, das Berufungsgericht habe den von der Klägerin zur sachlichen Rechtfertigung der Klausel vorgetragenen Tatsachenstoff unzulänglich gewürdigt und insbesondere die

betriebswirtschaftliche Bedeutung der sogenannten Vorhaltekosten verkannt. Indem es den Vortrag der Klägerin unter Verletzung des Sinnzusammenhangs einschränkend dahin ausgelegt und im Wege der Wahrunterstellung verwertet habe, die Vorhalte- und Bereitstellungskosten seien nicht bereits im allgemeinen Wasserpreis enthalten, habe es dessen wesentlichen Teil, nämlich den Hinweis auf die überlineare Kostenbelastung der Klägerin durch die Belieferung von Zusatzwasserbeziehern, unbeachtet gelassen. Die Regelung in Nr. III 1 a belaste den Spitzenverbrauch dieser Gruppe mit Bedacht nicht bloß mit einem gleichmäßigen Aufschlag (Mehrpreis pro cbm), sondern führe im Ergebnis mit wachsender Größe der Verbrauchsspitze zu einer überlinearen Preissteigerung. Die Berechtigung dafür ergebe sich aus dem vorgetragenen Umstand, daß extreme Wasserabgaben nur an wenigen Tagen des Jahres zu verzeichnen seien, dennoch die zur Bewältigung solcher Verbrauchsspitzen notwendige Förderungs-, Bevorratungs- und Leitungskapazität das ganze Jahr über von der Klägerin vorgehalten werden müsse. Als verantwortlich für diese absolute Spitzenleistung seien insbesondere die Verbraucher anzusehen, deren eigener Verbrauch extreme Schwankungen aufweise. Das seien in erster Linie diejenigen Abnehmer, die einen Teil ihres Wasserbedarfs einer eigenen Versorgungsanlage entnahmen (Zusatzwasserbezieher). In deren Betrieben wirkten sich nicht nur die Änderung des Produktionsablaufs auf den Wasserbedarf aus, sondern auch und insbesondere die Funktionstüchtigkeit der eigenen Versorgungsanlage. Fälle diese aus, könnten die Kunden erwarten, daß unverzüglich ihr voller Bedarf aus dem Netz der Klägerin gespeist werde. Ihnen sei daher auch zuzumuten, sich in besonderer Weise an den Vorhaltekosten der Klägerin zu beteiligen.

III. Diesen Angriffen hält das angefochtene Urteil stand.

Mit der Unterstellung, die Vorhaltekosten seien nicht bereits durch das Entgelt für den tatsächlichen Verbrauch gedeckt, hat das Berufungsgericht keineswegs das Vorbringen der Klägerin sinnentstellend verkürzt, vielmehr allein die gegenteilige Behauptung der Beklagten unberücksichtigt gelassen, was prozessual zulässig und folgerichtig war, weil es die Klage aus anderen Gründen abgewiesen hat. Seinen Ausführungen läßt sich auch nicht entnehmen, daß es etwa die von der Klägerin aufgezeigten betriebswirtschaftlichen Zusammenhänge zwischen dem besonderen Abnahmeverhalten von Zusatzwasserbeziehern und den dadurch verursachten Vorhaltekosten verkannt hat. Es hat im Gegenteil in der Klausel III 1 a gerade keine Entsprechung dieser betriebswirtschaftlichen Zusammenhänge gesehen und den in ihr angelegten Verteilungsmaßstab daher mit Recht als unangemessen angesehen. Unter Berücksichtigung des von der Klägerin selbst dargelegten Zusammenhangs zwischen der individuellen Spitzenabnahme von Zusatzwasserbeziehern und der eigenen Struktur der Vorhalte- bzw. Bereitstellungskosten hätte es nahegelegen, diese Kosten nach einem Maßstab auf die Zusatzwasserbezieher zu verteilen, der unmittelbar an die individuelle Leistungsspitze anknüpft und somit den die Vorhaltekosten verursachenden Spitzenbedarf als solchen verteuert. Wie die Klausel hätte gestaltet sein müssen, um dies zu erreichen, bedarf keiner Entscheidung. Denkbar wäre beispielsweise die Erhebung eines höheren, gegebenenfalls auch "überlinearen", also progressiv steigenden Arbeitspreises bei Überschreiten einer von vornherein bestimmten oder zu vereinbarenden Abnahmemenge pro Zeiteinheit, wobei andere Modelle in gleicher Weise geeignet sein mögen, eine ursächliche Verknüpfung des Aufwands der Klägerin mit der Kostenlast des Abnehmers zu erreichen (vgl. dazu Ernst VIK-Mitt. 1973, 1. Sonderheft, 15, 16 f.; derselbe VIK-Mitt. 1976, 108, 109 ff.). Die hier zu prüfende Klausel vermag dem vom Berufungsgericht zutreffend herangezogenen Äquivalenzprinzip (siehe oben I 3 b und c) jedenfalls nicht Rechnung zu tragen. Denn sie führt nicht etwa zu einer Verteuerung des während des höchsten Monatsbezugs, also im Rahmen der indi-

76

viduellen Leistungsspitze abgenommenen Wassers, sondern erhöht im Ergebnis den Mengenpreis für die Wasserabnahme in den Monaten mit besonders sparsamem Verbrauch, indem es einen für die Abrechnung zugrundezulegenden Verbrauch in Höhe von zwei Dritteln des Verbrauchs des Spitzenmonats fingiert. Dieser Anknüpfungspunkt ist bereits deswegen ungeeignet, die Vorhaltekosten sachgerecht abzugelten, weil nicht der niedrigere Verbrauch in den restlichen Monaten, sondern allenfalls der höchste Verbrauch in dem Spitzenmonat zur Verursachung der Vorhaltekosten beigetragen haben kann. Selbst das aber gilt nicht ausnahmslos. Die Revision übersieht nämlich, daß die Klausel die zusätzliche Belastung des einzelnen Zusatzwasserbeziehers keineswegs davon abhängig macht, daß seine individuelle Verbrauchsspitze im konkreten Fall zur Gesamtsitzenleistung der Klägerin beigetragen hat, also dafür tatsächlich kausal geworden ist. Denn nach ihrem Inhalt wird auch derjenige Zusatzwasserbezieher zu den allgemeinen Vorhaltekosten der Klägerin herangezogen, dessen individueller Spitzenverbrauch in eine Zeit allgemein schwachen Verbrauchs fällt. Umgekehrt muß sich bei Anwendung der Klausel ein Industrieunternehmen, das von der Klägerin Zusatzwasser bezieht und seinen Betrieb - etwa wegen Betriebsferien - im Hochsommer schließt, eine Berechnung erhöhter Wasserkosten gefallen lassen, obwohl es das Netz der Klägerin zu einer Zeit entlastet, in der diese nach eigenem Vortrag eine gewöhnlich um das doppelte gestiegene Nachfrage zu befriedigen hat. Zwar ist der Spitzenverbrauch der Beklagten - wegen des Ausfalls ihrer eigenen Versorgungsanlage wohl eher zufällig - tatsächlich in die Starklastzeit (Juli) der Klägerin gefallen. Ob die Anwendung der Klausel damit in dem hier zu entscheidenden Fall rein rechnerisch zu einem Ergebnis führt, das möglicherweise auch bei einer adäquaten Berechnungsmethode erzielt worden wäre, mag dahinstehen. Denn darauf kommt es nicht an, weil an die Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG ein abstrakt-genereller Maßstab anzulegen ist. Das angeführte Beispiel zeigt, daß die von der Klägerin aufgestellte Klausel erhebliche Mängel nicht nur in Bezug auf den Maßstab

der Kostenüberwälzung, sondern bereits in der Erfassung der Kostenverursachung aufweist (ebenso Ernst VIK-Mitt. 1973, 1. Sonderheft, 15, 16; derselbe VIK-Mitt. 1976, 108, 110). Fehlt es somit hier an einer Regelung, die die Vorhaltekosten in einer mit dem tatsächlichen Anfall objektiv verknüpften Weise umlegt, so ist das Äquivalenzprinzip verletzt. Das Berufungsgericht hat darin Recht, wenn es feststellt, daß die Anwendung der Klausel unter diesen Umständen weitgehend zu Zufallsergebnissen führt, was ihre sachliche Berechtigung nicht nur in objektiver Hinsicht, sondern sogar aus der Sicht der Klägerin in Frage stellt. In der Tat ist es der Klägerin - wie das Berufungsgericht annimmt - bei der bisherigen Tarifgestaltung nicht möglich, im Wirtschaftsplan auch nur einigermaßen zuverlässig im voraus zu veranschlagen, ob und in welchem Umfang die im Hinblick auf Zusatzwasserbezieher aufgewendeten Vorhaltekosten abgewälzt werden können. Das berührt die Interessen ihrer Abnehmer zwar nicht, soweit die Anwendung der Klausel zu einer nur unvollständigen Deckung dieser Kosten führte. Da aber auch eine Überdeckung nicht auszuschließen ist, und diese sich - indem sie der Klägerin einen unverhofften und ungerechtfertigten Gewinn verschaffen würde - zu Lasten der Kunden auswirken müßte, benachteiligt die Klausel diese in unangemessener Weise und ist daher nach § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.

Ob schließlich, wie das Berufungsgericht annimmt, die Klausel zudem deshalb als unangemessen anzusehen ist, weil sie die Feststellung, ob eine Erhöhung des Mengenpreises stattfindet, erst nach Ablauf des Jahres zulasse und daher den gewerblichen Abnehmern verwehre, die tatsächlich anfallenden Wasserkosten bei einer zeitnahen Kalkulation zu berücksichtigen und in die Produktionskosten mit einfließen zu lassen, kann danach dahinstehen.

C. Der mit der Klage geltend gemachte Anspruch läßt sich auch nicht aus einem anderen Rechtsgrund herleiten.

I. Soweit einzelne AGB-Bestimmungen unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags gemäß § 6 Abs. 2 AGBG nach den gesetzlichen Vorschriften.

1) Spezielle dispositive gesetzliche Bestimmungen, die an die Stelle der unwirksamen Klausel treten könnten, fehlen hier, weil der privatrechtliche Wasserlieferungsvertrag eine besondere gesetzliche Ausgestaltung nicht erfahren hat. Die Vorschriften des Kaufrechts, nach denen sich das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis im übrigen richtet (Senatsurteil vom 4. Oktober 1972 - VIII ZR 117/71 = BGHZ 59, 303, 306), ergeben für die Vergütung der Vorhaltekosten keine zum Vergleich geeigneten Anhaltspunkte.

2) Die durch die Unwirksamkeit der Klausel III 1 a entstandene Lücke kann auch nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) geschlossen werden.

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, daß eine ergänzende Vertragsauslegung ausscheidet, wenn verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten zur Ausfüllung einer vertraglichen Regelungslücke in Betracht kommen, aber kein Anhaltspunkt dafür besteht, welche Regelung die Parteien getroffen hätten (BGHZ 54, 106, 115; 62, 83, 90; Urteil vom 5. Mai 1977 - VII ZR 36/76 = WM 1977, 741, 743; Senatsurteil vom 1. Februar 1984 - VIII ZR 54/83 = BGHZ 90, 69, 80). So ist es hier. Als Alternative zu der in Wegfall geratenen Klausel werden im Fachschrifttum die verschiedensten Kostenzurechnungsverfahren erörtert, wie etwa die Leistungspreisregelung, das Benutzungsdauerverfahren und das sogenannte Spitzenlastanteilverfahren (vgl. Ernst VIK-Mitt. 1973, 1. Sonderheft, 15, 16 f.; derselbe VIK-Mitt. 1976, 108, 109 ff.; Erbslöh VIK-Mitt. 1972, 1. Sonderheft, 12, 13 ff.; Hook aaO, S. 489 f., dem folgend Ludwig/Odenthal aaO II S. 72 f.). Ob überhaupt und gegebenenfalls auf welches der genannten Verfahren die Parteien

sich bei sachgerechter Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben möglicherweise geeinigt hätten, kann angesichts des Umstandes, daß sämtliche der genannten Verfahren jeweils unterschiedliche Vor- und Nachteile zu Gunsten bzw. zu Lasten eines der Beteiligten aufweisen, nicht festgestellt werden. Insoweit liegt es hier anders als in dem am 1. Februar 1984 vom Senat entschiedenen Fall (BGHZ 90, 69, 73 ff.). Der dort beschrittene Weg, dem vom Wegfall der Klausel betroffenen Klauselverwender im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ein Preisbestimmungsrecht nach § 315 Abs. 1 BGB einzuräumen und diese Bestimmung der gerichtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB zu unterwerfen, würde hier auch schon aus tatsächlichen Gründen nicht weiterführen, so daß dahingestellt bleiben kann, ob er vorliegend überhaupt gangbar wäre. Denn die Entscheidung nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB hätte jedenfalls im Rahmen dieses Rechtsstreits getroffen werden müssen. Voraussetzung dafür wäre allerdings gewesen, daß die Klägerin - wozu nach Abweisung ihrer Klage in erster Instanz Anlaß bestanden hätte - eine Bestimmung anhand einer nachprüfbaren, konkreten Kostenzuordnung vorgenommen und Tatsachen vorgetragen hätte, die dem Berufungsgericht eine fundierte Billigkeitsentscheidung ermöglicht hätte. An beidem fehlt es. Insbesondere genügten dazu weder der allgemein gehaltene Hinweis der Klägerin, allein durch die Schaffung von Einrichtungen zur Wasserbevorratung und -bereithaltung falle in ihrem Unternehmen ein Investitionsmehraufwand von 22 Millionen DM an, noch die Berechnung in den Schriftsätzen vom 12. September 1983 und 4. Oktober 1983. Denn diese beruhten ausschließlich auf der Grundlage der unwirksamen Klausel III 1 a.

3) Der Senat hat schließlich erwogen, ob der Klägerin der geltend gemachte Anspruch unter dem Gesichtspunkt ersparter Aufwendungen nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zustehen könnte. Einer abschließenden

78

- 18 -

Entscheidung zur Anwendbarkeit der allenfalls in Frage kommenden Bestimmung des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB bedarf es indessen nicht, weil der Vortrag der Klägerin auch insoweit keine Anhaltspunkte tatsächlicher Art enthält, die es ermöglichen, eine konkrete Bereicherung der Beklagten anzunehmen.

D. Die Revision der Klägerin war danach mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Braxmaier

Wolf

Treier

Dr. Brunotte

Groß