



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 7/05

Verkündet am:
21. September 2005
Kirchgeßner,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

AVBWasserV § 9 Abs. 1 bis 3

Den Regelungen des § 9 AVBWasserV über Baukostenzuschüsse der Anschlussnehmer zur Abdeckung der Kosten für die Erstellung oder Verstärkung von der örtlichen Versorgung dienenden Verteilungsanlagen liegt das Prinzip einer möglichst verursachungsgerechten Kostenverteilung zugrunde. Sie haben bei einer privatrechtlichen Ausgestaltung der Wasserversorgung Vorrang vor der Beitragsbemessung nach dem Vorteilsprinzip des Kommunalabgabenrechts.

BGH, Urteil vom 21. September 2005 - VIII ZR 7/05 - LG Potsdam
AG Potsdam

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. September 2005 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Beyer, Wiechers, Dr. Wolst sowie die Richterin Hermanns

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Potsdam vom 25. November 2004 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist ein Wasser- und Abwasserzweckverband (WAZV) in der Rechtsform einer Körperschaft des öffentlichen Rechts. In seinen im R.

Amtsblatt vom 12. März 1997 (S. 9 ff.) veröffentlichten Ergänzenden Vertragsbestimmungen zu den §§ 2 bis 34 der Verordnung über die Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Wasser vom 20. Juni 1980 (BGBl. I 1980, 750, 1067, im folgenden: AVBWasserV) heißt es:

"5. Baukostenzuschüsse (zu § 9 AVBWasserV)

1. Der Anschlussnehmer zahlt dem WAZV bei Anschluss an das Leitungsnetz des WAZV oder bei einer wesentlichen Erhöhung seiner Leistungsanforderung einen Zuschuss zu den Kosten der örtlichen Verteilungsanlagen (Baukostenzuschuss).

Der Baukostenzuschuss errechnet sich aus den Kosten, die für die Erstellung oder Verstärkung der örtlichen Verteilungsanlagen erforderlich sind. ...

2. Als angemessener Baukostenzuschuss zu den auf den Anschlussnehmer entfallenden Kosten für die Erstellung oder Verstärkung der örtlichen Verteilungsanlagen im Versorgungsbe- reich gilt ein Anteil von höchstens 70 % der hierfür erforderli- chen Kosten.
3. Die Bemessung des Baukostenzuschusses erfolgt auf der Grundlage von Wohneinheiten oder vergleichbaren Wirt- schaftseinheiten. ...
4. Der Baukostenzuschuss beträgt
 - für bis zu zwei Wohneinheiten oder vergleichbare Wirtschafts- einheiten auf einem anschließbaren Grundstück DM 2.800 zzgl. gesetzl. MwSt. in der jeweils geltenden Höhe (z. Z. 7 %);
 - für jede weitere Wohneinheit oder vergleichbare Wirtschafts- einheit auf einem anschließbaren Grundstück DM 1.400 zzgl. gesetzl. MwSt. in der jeweils geltenden Höhe (z. Z. 7 %).
5. Bei anschließbaren unbebauten Grundstücken werden zwei Wohneinheiten in Ansatz gebracht, wenn nicht im Einzelfall die Errichtung von mehr als zwei Einheiten geplant oder tatsächlich erfolgt ist.
6. Der Anschlussnehmer zahlt einen weiteren Baukostenzu- schuss, wenn er seine Leistungsanforderungen wesentlich er- höht. Eine wesentliche Erhöhung der Leistungsanforderungen liegt insbesondere dann vor, wenn der Anschlussnehmer neue Wohneinheiten oder vergleichbare Wirtschaftseinheiten schafft und dadurch eine verstärkte Inanspruchnahme der Verteilungs- anlagen herbeigeführt wird. Die Höhe des weiteren Baukosten- zuschusses bemisst sich nach den Grundsätzen des Abs. 4."

Aufgrund eines Antrags des Beklagten vom 2. Juli 1998 stellte der Kläger die Trinkwasserversorgung für ein von dem Beklagten auf dessen Grundstück errichtetes Einfamilienhaus mit einer Wohneinheit her. Am 21. Juli 1999 be- rechnete er dafür einen Baukostenzuschuss von 2.996 DM brutto (2.800 DM zzgl. 7 % MwSt.), den der Beklagte nicht bezahlte.

Das Amtsgericht hat die auf Zahlung des Baukostenzuschusses von 1.531,83 € (2.996 DM) nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landgericht unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen den Beklagten zur Zahlung von 856,13 € verurteilt. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger die Klage in vollem Umfang weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt: Der vom Kläger berechnete Baukostenzuschuss entspreche nicht der Billigkeit gemäß § 315 Abs. 3 BGB. Tarife von Unternehmen, die wie die Klägerin – im Rahmen eines privatrechtlich ausgestalteten Benutzungsverhältnisses – Leistungen der Daseinsvorsorge anböten, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil angewiesen sei, unterlägen grundsätzlich der Billigkeitskontrolle. Die Verwaltung sei, auch wenn sie eine öffentlich-rechtliche Aufgabe privatrechtlich regele, an die grundlegenden Prinzipien öffentlichen Finanzgebarens, insbesondere an die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Äquivalenz und das Kostendeckungsprinzip, gebunden. Der vom Kläger festgesetzte Baukostenzuschuss von 2.800 DM für bis zu zwei Wohneinheiten entspreche nicht der Billigkeit, weil er möglicherweise gegen das Kostendeckungsprinzip und in jedem Fall gegen den Grundsatz der Typengerechtigkeit verstoße.

Der Gleichheitsgrundsatz verbiete zwar nicht gewisse Typisierungen und Pauschalierungen, die insbesondere unter dem Aspekt der Verwaltungsvereinfachung und –praktikabilität geboten sein könnten; es müsse jedoch der Grund-

satz der Typengerechtigkeit gewahrt werden. Dieser sei verletzt, wenn etwa 10 bis 20 Prozent der Fälle von dem normierten "Typ" abwichen. Der Kläger sei bei seiner Baukostenzuschusskalkulation von dem durchschnittlichen Grundstück im Verbandsgebiet mit einer Grundstücksfläche von 820 m², einer Geschossfläche von 253 m² und einer durchschnittlichen Anzahl von Wohneinheiten pro Grundstück von 1,8 ausgegangen. Das durchschnittliche Grundstück sei jedoch nicht identisch mit dem typischen, das heißt, für das Verbandsgebiet prägenden Grundstück. Der Gleichheitsgrundsatz in seiner Ausprägung der Typengerechtigkeit sei nur eingehalten, wenn mindestens 80 bis 90 Prozent der Grundstücke die vom Kläger angenommene Beschaffenheit aufwiesen, also insbesondere mit zwei Wohneinheiten belegt wären. Andernfalls werde das Grundstück mit nur einer Wohneinheit so behandelt wie ein Grundstück mit zwei Wohneinheiten, obwohl letzteres nicht das typische Grundstück im Verbandsgebiet sei und ein anderer sachlicher Grund für die Gleichbehandlung von Grundstücken mit einer bzw. zwei Wohneinheiten nicht bestehe. Dass die Grundstücke typischerweise zwei Wohneinheiten aufwiesen, habe der Kläger nicht vorgetragen.

Die vom Kläger zu Lasten der mit nur einer Wohneinheit belegten Grundstücke vorgenommene Pauschalierung sei auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil – wie er geltend mache – der Aufwand für den Anschluss eines Grundstücks mit einer Wohneinheit identisch sei mit demjenigen für den Anschluss eines Grundstücks mit zwei Wohneinheiten und bei einer späteren Erhöhung der Anzahl der Wohneinheiten von einer auf zwei ein Baukostenzuschuss nicht nacherhoben werden könne. Der Baukostenzuschuss sei entsprechend § 8 Abs. 6 Satz 1 des Kommunalabgabengesetzes für das Land Brandenburg (im folgenden: KAG) an den – wirtschaftlichen - Vorteilen zu bemessen. Es gehe also nicht um den notwendigen Anschlussaufwand, sondern um die Steigerung des Gebrauchswertes des Grundstücks, der bei der Versorgung von zwei Wohneinheiten statt einer offensichtlich höher sei.

Folge der vom Kläger gewählten Berechnung anhand einer Durchschnittsbildung sei auch, dass die Einhaltung des Kostendeckungsprinzips nicht hinreichend gewährleistet sei. Um zu verhindern, dass der Kläger mehr als die tatsächlich entstandenen Kosten einnehme, dürften zwar nach den Allgemeinen Versorgungsbedingungen maximal 70 % der Kosten auf die Anschlussnehmer abgewälzt werden; nach dem Vortrag des Klägers sei dieser sogar von einer Heranziehung der Anschlussnehmer zu lediglich 60 % ausgegangen. Wenn aber die Herstellungskosten nur anhand eines durchschnittlichen Grundstücks umgelegt würden, könne es dennoch zu einer unzulässigen Überschreitung der Gesamtkosten kommen, und zwar um so eher, je mehr Grundstücke im Verbandsgebiet mit nur einer Wohneinheit belegt seien. Das belege das folgende fiktive Rechenbeispiel, das nur das Prinzip verdeutlichen solle: Bei Annahme eines Verbandsgebietes mit 1.000 Grundstücken, 2.000 Wohneinheiten, Gesamtkosten von 2.000.000 € und einem geforderten Baukostenzuschuss von 2000 € für ein Grundstück mit bis zu zwei Wohneinheiten sowie jeweils weiteren 1000 € für jede zusätzliche Wohneinheit würden die Gesamtkosten durch die Baukostenzuschüsse zwar nicht überschritten, wenn tatsächlich alle 1000 Grundstücke zwei Wohneinheiten aufwiesen. Wenn dagegen 700 Grundstücke mit einer Wohneinheit, 200 Grundstücke mit zwei Wohneinheiten und 100 Grundstücke mit neun Wohneinheiten belegt wären, ergäben sich Gesamteinnahmen aus den Baukostenzuschüssen von 2.700.000 DM, die Herstellungskosten würden also um 35 % überschritten. Selbst ein prozentualer Abschlag bei der Umlage der Herstellkosten vermöge also nicht mit Sicherheit zu verhindern, dass es wegen einer möglichen erheblichen Differenz zwischen durchschnittlicher und tatsächlicher (typischer) Grundstücksbeschaffenheit zu einem Verstoß gegen das Kostendeckungsprinzip kommen könne.

Die unbillige Leistungsbestimmung durch den Kläger müsse gemäß § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB durch die gerichtliche Feststellung der billigen Leis-

tung ersetzt werden. Da das Gericht an die Auswahl des – nach § 9 AVBWasserV zulässigen – Bemessungskriteriums "Wohneinheit" grundsätzlich gebunden sei, bleibe nur die Möglichkeit, als Einstiegsgröße eine Wohneinheit anzusetzen. Für die Berechnung des dafür zu leistenden Baukostenzuschusses seien gemäß § 9 Abs. 3 Satz 2 AVBWasserV die Gesamtkosten zur Gesamtheit der im Versorgungsgebiet vorhandenen Wohneinheiten ins Verhältnis zu setzen. Bei umlagefähigen Herstellkosten von 13.583.000 DM und insgesamt 5.208 Wohneinheiten ergebe sich daraus bei einer Umlegung von 60 % der Herstellungskosten (8.150.000 DM) ein Baukostenzuschuss je Wohneinheit von 1.564,90 DM zuzüglich 7 % Mehrwertsteuer, so dass ein Bruttobetrag von 1.674,44 DM oder 856,13 € pro Wohneinheit anzusetzen sei.

II.

Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung jedenfalls im Ergebnis stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist.

1. Zutreffend hat das Berufungsgericht Nr. 5.4 der Ergänzenden Vertragsbestimmungen des Klägers, die einen Baukostenzuschuss von 2.800 DM zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer für bis zu zwei Wohneinheiten auf einem anschließbaren Grundstück vorsieht, einer Billigkeitsprüfung nach § 315 Abs. 3 BGB unterzogen.

Die Ergänzenden Vertragsbestimmungen sind Allgemeine Geschäftsbedingungen des Klägers (Senatsurteil vom 6. April 2005 – VIII ZR 260/04, NJW-RR 2005, 960, unter II 2 a aa; BGH, Urteil vom 4. Dezember 1986 – VII ZR 77/86, NJW 1987, 1828, unter II 2 a) im Sinne von § 1 Abs. 1 des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) in der

bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung, das auf das vor dem 1. Januar 2002 begründete Schuldverhältnis der Parteien gemäß Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB noch Anwendung findet. Ob sie wirksam in den Vertrag der Parteien einbezogen worden sind – was die Revisionserwiderung bezweifelt -, kann dahinstehen. Nr. 5.4 der Ergänzenden Vertragsbestimmungen ist gemäß § 8 AGBG einer Inhaltskontrolle nach den §§ 9 bis 11 AGBGB entzogen, weil es sich um eine reine Preisregelung handelt (Urteil vom 4. Dezember 1986, aaO, unter II 2 b).

Gleichwohl unterliegt die Bestimmung des Baukostenzuschusses durch den Kläger, auch wenn sie in Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgt, einer Billigkeitskontrolle gemäß § 315 Abs. 3 BGB. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass Tarife und sonstige Entgeltregelungen von Unternehmen, die mittels eines privatrechtlich ausgestalteten Benutzungsverhältnisses Leistungen der Daseinsvorsorge anbieten, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil im Bedarfsfall angewiesen ist, nach billigem Ermessen festgesetzt werden müssen und auf ihre Billigkeit hin entsprechend § 315 Abs. 3 BGB zu überprüfen sind (Urteil vom 4. Dezember 1986, aaO, unter II 2 b; Senatsurteil vom 2. Oktober 1991 – VIII ZR 240/90, NJW-RR 1992, 183, unter I; BGHZ 115, 311, 316; Urteil vom 5. Juli 2005 – X ZR 60/04, WuM 2005, 589, unter II 1 a). Dies ist zum Teil aus der Monopolstellung des Versorgungsunternehmens hergeleitet worden, gilt aber auch im Fall des Anschluss- und Benutzungszwangs (Urteil vom 5. Juli 2005, aaO), der hier durch die §§ 4 ff. der Satzung des Klägers vom 28. Januar 1997 (veröffentlicht im R. Amtsblatt vom 12. März 1997, S. 3) begründet worden ist.

2. Die tatrichterlichen Ausführungen zur Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB im konkreten Fall können vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob das Berufungsgericht den Begriff der Billigkeit verkannt, ob es die

gesetzlichen Grenzen seines Ermessens überschritten oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat und ob es von einem rechtlich unzutreffenden Ansatz ausgegangen ist, der ihm den Zugang zu einer fehlerfreien Ermessensausübung versperrt hat (BGHZ 115, 311, 321). Das ist jedenfalls im Ergebnis nicht der Fall.

a) Die Revision beanstandet allerdings zu Recht, dass das Berufungsgericht seiner Billigkeitsprüfung den Maßstab des § 8 Abs. 6 KAG zugrunde gelegt hat, nach dem Beiträge, das heißt Geldleistungen, die dem Ersatz des Aufwands für die Herstellung öffentlicher Einrichtungen und Anlagen dienen (§ 8 Abs. 2 Satz 1 KAG), nach den Vorteilen zu bemessen sind, die dem Beitragspflichtigen durch die Einrichtung geboten werden. § 8 Abs. 6 KAG wird im Anwendungsbereich der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser durch den davon abweichenden Maßstab des § 9 Abs. 2 und 3 AVBWasserV verdrängt.

Es ist zwar grundsätzlich richtig, dass die öffentliche Hand, wenn sie sich entschließt, Leistungsverhältnisse im Rahmen der Daseinsvorsorge in privatrechtlicher Form zu regeln, bei der Festsetzung der Tarife und Entgelte auch öffentlich-rechtliche Vorgaben zu beachten hat. Sie hat neben den Grundrechten jedenfalls die grundlegenden Prinzipien öffentlichen Finanzgebarens zu beachten (Urteil vom 5. Juli 2005, aaO, unter II 2 c bb (1); BGHZ 115, 311, 318; 91, 84, 96 f.). Entscheidend dafür ist die Schutzbedürftigkeit des einzelnen Bürgers gegenüber der Erschließung gesetzwidriger Finanzquellen durch die öffentliche Verwaltung, die dem Bürger nicht Entgelte für Leistungen abverlangen soll, für die bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses Abgaben nicht erhoben werden dürften (BGHZ 115, 311, 318; 91, 84, 97).

Öffentlich-rechtliche Vorgaben können jedoch insoweit nicht gelten, als die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser ausdrücklich abweichende Vorschriften enthält. Die Verordnung regelt speziell die öffentliche Wasserversorgung in der Form des Privatrechts (§ 1 Abs. 1 AVBWasserV). Sie enthält in § 9 AVBWasserV eine wirksame Rechtsgrundlage für die Erhebung von Baukostenzuschüssen durch das Versorgungsunternehmen und zugleich den Maßstab für die Verteilung der Baukosten auf die einzelnen Anschlussnehmer. Soweit dieser Maßstab unvereinbar ist mit demjenigen, den das kommunale Abgabenrecht für die Erhebung von Beiträgen vorsieht, können nicht beide gleichzeitig zur Anwendung kommen.

§ 9 AVBWasserV verfolgt das Ziel einer möglichst kostengünstigen Finanzierung kapitalintensiver Investitionen im Bereich der Wasserverteilung und soll erreichen, dass die Anschlussnehmer möglichst verursachungsgerecht zu den Verteilungskosten herangezogen werden (Amtliche Begründung, abgedruckt in Ludwig/Odenthal/Hempel/Franke, Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung, Stand: Juni 2005, Bd. 2, § 9 AVBWasserV). Die Regelung ist also kostenorientiert und strebt eine verursachungsgerechte Kostenzuordnung an (Morell, AVBWasserV, Stand: April 2004, § 9 Abs. 2 a). Im Gegensatz dazu ist für die Erhebung von Beiträgen nach dem Kommunalabgabenrecht das Vorteilsprinzip maßgeblich, das von anderen Bemessungs- und Zuordnungskriterien ausgeht (Hempel in Ludwig/Odenthal/Hempel/Franke, aaO, AVBWasserV, Einführung Rdnr. 91). Beiträge werden nach § 8 Abs. 2 Satz 2 KAG von Grundstückseigentümern als Gegenleistung dafür erhoben, dass ihnen durch die Möglichkeit der Inanspruchnahme öffentlicher Einrichtungen oder Anlagen wirtschaftliche Vorteile geboten werden, und sind entsprechend nach den Vorteilen zu bemessen (§ 8 Abs. 6 Satz 1 KAG). Das Vorteilsprinzip des Kommunalabgabenrechts ist mit der Kostenzuordnung nach § 9 AVBWasserV unver-

einbar, soweit der Verursachung von Kosten kein entsprechender Vorteil gegenüber steht.

In einem solchen Fall muss – wenn die Rechtsbeziehungen zwischen dem Versorgungsunternehmen und dem Anschlussnehmer wie hier privatrechtlich ausgestaltet sind - die auf die Ermächtigungsgrundlage des § 27 AGBG (jetzt Art. 243 EGBGB) gestützte bundesrechtliche Spezialregelung der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser den allgemeinen landesrechtlichen Regelungen des Kommunalabgabenrechts vorgehen. Anders ist die Auflösung eines Widerspruchs zwischen der Verordnung und dem Kommunalabgabenrecht nur für das rein öffentlich-rechtlich ausgestaltete Versorgungsverhältnis geregelt: Dafür nimmt § 35 Abs. 1 AVBWasserV, der grundsätzlich eine Verpflichtung zur Anpassung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Rechtsvorschriften an die Bestimmungen der Verordnung begründet, die gemeinderechtlichen Vorschriften zur Regelung des Abgabenrechts ausdrücklich von der Anpassungspflicht aus, so dass sie Vorrang haben (Mörell, aaO, § 35 Abs. 1 Anm. e).

Die Annahme des Berufungsgerichts, der Vortrag des Klägers, nach dem der Aufwand für den Anschluss von einem Grundstück mit zwei Wohneinheiten identisch sei mit demjenigen bei Anschluss eines Grundstücks mit nur einer Wohneinheit, könne keine Berücksichtigung finden, weil trotz der Verursachung gleicher Kosten im letztgenannten Fall jedenfalls der Vorteil geringer sei, ist danach von Rechtsfehlern beeinflusst.

b) Ob – wie die Revision meint – § 9 Abs. 3 AVBWasserV für sich genommen eine Bemessung des Baukostenzuschusses aufgrund einer Mindestgröße von zwei Wohneinheiten zulässt, wenn der Anschluss von zwei Wohneinheiten auf einem Grundstück dieselben Kosten verursacht wie der Anschluss

nur einer Wohneinheit, ist nicht eindeutig. Anders als Absatz 2 der Vorschrift, der bei Wahl des Frontmetermaßstabs die Möglichkeit vorsieht, der Berechnung des Baukostenzuschusses eine Mindeststraßenfrontlänge von bis zu 15 Metern zu Grunde zu legen, lässt Absatz 3 die Anordnung eines bestimmten Mindestmaßes oder einer Mindestzahl bei anderen kostenorientierten Bemessungseinheiten wie der Grundstücksgröße, der Geschossfläche oder der Zahl der Wohnungseinheiten jedenfalls nicht ausdrücklich zu. Das könnte dafür sprechen, dass § 9 Abs. 3 AVBWasserV nur eine lineare Bemessung, ausgehend von einer Einheit der gewählten Bemessungsgröße, erlaubt. Die Frage bedarf jedoch keiner Entscheidung.

c) Denn das Berufungsgericht hat die Bestimmung des Baukostenzuschusses durch den Kläger auch deshalb als unbillig bewertet, weil die Einhaltung des Kostendeckungsprinzips nicht hinreichend gewährleistet sei. Diese Beurteilung ist frei von Rechtsfehlern und trägt das Berufungsurteil.

Das Kostendeckungsprinzip gehört zu den grundlegenden Prinzipien öffentlichen Finanzgebarens, die die öffentliche Hand auch dann zu beachten hat, wenn sie öffentliche Aufgaben in den Formen des Privatrechts wahrnimmt (BGHZ 115, 311, 318). § 9 Abs. 1 Satz 2 AVBWasserV bestimmt darüber hinaus, dass Baukostenzuschüsse nur höchstens 70 vom Hundert der bei wirtschaftlicher Betriebsführung notwendigen Kosten für die Erstellung oder Verstärkung von der örtlichen Versorgung dienenden Verteilungsanlagen abdecken dürfen. Diese Vorgaben hat das Berufungsgericht bei der Festlegung der Baukostenzuschüsse durch den Kläger zutreffend als nicht gewahrt angesehen.

Der Kläger geht bei seiner Berechnung davon aus, dass bei Umlegung von 60 % der Herstellungskosten auf ein durchschnittliches Grundstück von 820 m² mit einer durchschnittlichen Geschossfläche von 253 m² und einer

durchschnittlichen Anzahl von 1,8 Wohneinheiten ein Betrag von knapp 2.800 DM entfällt. Der Ansatz von Durchschnittswerten hat zur Folge, dass er insgesamt 60 % der Herstellungskosten bereits dann erzielt, wenn er für jedes Grundstück im Versorgungsbereich einen Baukostenzuschuss in Höhe von 2.800 DM erhält. Seiner Berechnung liegen eine Anzahl von 2.913 Grundstücken und Herstellungskosten in Höhe von 8.150 TDM (= 60 %) zugrunde. Wird für 2.913 Grundstücke jeweils ein Baukostenzuschuss von 2.800 DM erhoben, sind Herstellungskosten von 8.156.400 DM abgedeckt.

Der Kläger hat jedoch bestimmt, dass der Baukostenzuschuss von 2.800 DM nur für Grundstücke mit ein oder zwei Wohneinheiten gelten, also den Mindestbetrag darstellen soll. Für jede zusätzliche Wohneinheit auf einem Grundstück sollen weitere 1.400 DM gezahlt werden. Das bedeutet, dass der Kläger durch jedes Grundstück, das mehr als zwei Wohneinheiten aufweist, im Ergebnis einen 60 % der Herstellungskosten übersteigenden Betrag erreicht. Je nach dem, wie viele Grundstücke und Wohneinheiten davon betroffen sind, können die durch den Baukostenzuschuss abgedeckten Kosten damit auch über 70 % (= 9.508 TDM) hinausgehen. Dafür ist nicht erforderlich, dass Grundstücke mit neun Wohneinheiten vorhanden sind, wie das Berufungsgesicht in seinem Rechenbeispiel angenommen hat und die Revision beanstandet. Auch die Revision geht davon aus, dass jedenfalls zwischen 10 % und 15 % der Grundstücke mehr als zwei Wohneinheiten aufweisen. 70 % der Herstellungskosten werden bereits dann überschritten, wenn 15 % der insgesamt 2.913 Grundstücke (= 436) im Durchschnitt über vier bis fünf Wohneinheiten verfügen, dafür also durchschnittliche Baukostenzuschüsse von jeweils 6.300 DM anfallen, und die verbleibenden 2477 Grundstücke lediglich mit ein oder zwei Wohneinheiten bebaut sind ($436 \times 6.300 \text{ DM} + 2477 \times 2.800 \text{ DM} = 9.682.400 \text{ DM}$). Die Einhaltung des Gebotes, dass nur 70 % der Kosten umgelegt werden dürfen, kann – unabhängig davon, ob der Berechnung 60 % oder

70 % der Herstellungskosten zugrunde gelegt werden – nicht sicher gewährleistet werden, wenn ein Durchschnittswert je Grundstück gebildet, dieser aber zum Mindestbaukostenzuschuss erklärt und für einen Teil der Grundstücke ein höherer Betrag bestimmt wird.

Dass Baukostenzuschüsse von mehr als 2.800 DM je Grundstück aufgrund der tatsächlichen Bebauungsstruktur im Versorgungsbereich im Ergebnis nicht nennenswert ins Gewicht fielen, hat der Kläger nicht dargelegt. Da nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 4. Dezember 1986, aaO, unter II 3 a; Senatsurteil vom 2. Oktober 1991, aaO; BGHZ 115, 311, 322; 154, 5, 8) das Versorgungsunternehmen die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit seiner Bestimmung der Baukostenzuschüsse trägt, geht dies zu seinen Lasten.

Dr. Deppert

Dr. Beyer

Wiechers

Dr. Wolst

Hermanns