



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 10/00

Verkündet am:
3. Juli 2001
Walz,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Nachvertragliche Konzessionsabgabe II

GWB § 103a, F.: 24.09.1980; BGB § 818

Ein Anspruch auf nachvertragliche Konzessionsabgabe aufgrund ergänzender Auslegung eines nach § 103a GWB a.F. beendeten Konzessionsvertrages beschränkt sich auf die für die Abwicklung des Vertragsverhältnisses erforderliche Zeitspanne, längstens auf ein Jahr nach Vertragsbeendigung (im Anschluß an BGH, Urteil vom 22. März 1994 - KZR 22/92, WuW/E 2914 - Nachvertragliche Konzessionsabgabe I; Beschluß vom 15. Juli 1997 - KZR 38/96).

BGH, Urteil vom 3. Juli 2001 - KZR 10/00 - OLG Celle
LG Hannover

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Juli 2001 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch, die Richter Dr. Melullis und Ball, die Richterin Dr. Tepperwien und den Richter Prof. Dr. Bornkamm

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 23. März 1999 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 20. April 2000 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Zwischen den Parteien bestand ein im Jahre 1975 geschlossener Konzessionsvertrag, durch den die klagende Stadt dem beklagten Versorgungsunternehmen das alleinige Recht zur leitungsgebundenen Gasversorgung innerhalb des Gemeindegebietes übertragen und das ausschließliche Recht zur Nutzung der Verkehrsräume für die Gasversorgung eingeräumt hatte. In einem Nachtrag aus dem Jahre 1992 verpflichtete sich die Beklagte zur Zahlung einer Konzessionsabgabe an die Klägerin in Höhe der nach der Konzessionsabga-

benverordnung zulässigen Höchstbeträge. Der Vertrag endete durch Kündigung der Klägerin am 7. Mai 1995. Die von der Klägerin geforderte Übertragung der Versorgungsanlagen auf ein anderes, von ihr als Mehrheitsgesellschafterin beherrschtes Versorgungsunternehmen verzögerte sich, weil die Parteien sich nicht über den Übernahmepreis für die Versorgungsanlagen einigen konnten. Die Übergabe der Anlagen erfolgte schließlich am 2. April 1997, nachdem die Klägerin den von der Beklagten geforderten Übergabepreis unter Vorbehalt akzeptiert hatte.

Mit Beendigung des Konzessionsvertrages am 7. Mai 1995 stellte die Beklagte die Zahlung der Konzessionsabgabe zunächst ein. Versuche der Parteien, sich für die Zeit bis zur Übergabe der Versorgungsanlagen an ein Nachfolgeunternehmen auf einen Interimsvertrag zu einigen, scheiterten an unterschiedlichen Vorstellungen über die Bewertung und Abgeltung der von der Beklagten während der Interimszeit vorzunehmenden Investitionen. Im September 1997 zahlte die Beklagte an die Klägerin als nachvertragliche Konzessionsabgabe einen Betrag von 450.000 DM. Dies entspricht - gerundet - für das erste Nachvertragsjahr (7. Mai 1995 bis 6. Mai 1996) dem während der Vertragslaufzeit vereinbarten und bezahlten Höchstbetrag der Konzessionsabgabe und für den sich anschließenden Zeitraum vom 7. Mai 1996 bis 2. April 1997 50 % desselben.

Die Klägerin ist der Auffassung, die Beklagte schulde ihr auch für den zuletzt genannten Zeitraum Zahlung in Höhe des Höchstbetrages der Konzessionsabgabe. Mit der Klage begehrt sie demgemäß den - der Höhe nach unstreitigen - Differenzbetrag von 148.399,87 DM nebst Zinsen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben. Mit der

Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hat im wesentlichen ausgeführt: Die Beklagte schulde der Klägerin für den gesamten Zeitraum zwischen der Beendigung des Konzessionsvertrages und der Übergabe der Versorgungsanlagen an ein Nachfolgeunternehmen Zahlung in Höhe des ursprünglich vereinbarten Höchstbetrages nach der Konzessionsabgabenverordnung. Ob sich dieser Anspruch für den gesamten in Rede stehenden Zeitraum aus einer ergänzenden Auslegung des Konzessionsvertrages ergebe, bedürfe keiner Entscheidung. Soweit dies nicht der Fall sein sollte, trete an die Stelle des vertraglichen Anspruchs ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Wertersatz für die rechtsgrundlose Nutzung der Straßen und Wege für die von der Beklagten bis zur Übergabe des Leitungsnetzes weiterbetriebene Gasversorgung. Nach beiden alternativ eingreifenden Anspruchsgrundlagen schulde die Beklagte jeweils Zahlung in Höhe des nach der Konzessionsabgabenverordnung zulässigen Höchstbetrages der Konzessionsabgabe.

Für die ergänzende Auslegung des Konzessionsvertrages folge dies aus der Erwägung, daß der Beklagten einseitig ein wirtschaftlicher Vorteil verbliebe, soweit die Klägerin Konzessionsabgabenzahlungen mit einem Abschlag hinnehmen müßte. Es sei deshalb anzunehmen, daß die Parteien in Kenntnis der später entstandenen Regelungslücke für den Zeitraum der notwendigen Verhandlungen zur Übergabe der Versorgungsanlagen eine Zahlungspflicht in

Höhe der zuvor vertraglich geschuldeten Konzessionsabgabe vereinbart hätten.

In gleicher Höhe sei die Beklagte auf Kosten der Klägerin bereichert, soweit der ergänzend auszulegende Konzessionsvertrag als Rechtsgrund für die Wegenutzung und deren Abgeltung nicht mehr in Betracht kommen sollte. Daß der Beklagten nach Vertragsende kein ausschließliches Versorgungsrecht für eine bestimmte Laufzeit mehr zugestanden habe, rechtfertige keinen Abschlag. Der Wert des bereicherungsrechtlichen Äquivalents für den rechtsgrundlosen Gebrauch des Wegenetzes der Klägerin durch die Beklagte sei danach zu bemessen, welche Konzessionsabgaben in Interimsverträgen üblicherweise unter Berücksichtigung der sonstigen Vertragsbestimmungen vereinbart würden. Dieses Entgelt entspreche hier der von den Parteien ursprünglich vereinbarten höchstzulässigen Konzessionsabgabe, weil beide Parteien einander jeweils zu diesem Höchstbetrag den Abschluß eines Interimsvertrages angeboten hätten. Die Unterschiede zwischen den jeweiligen Endschaftsklauseln der beiderseitigen Vertragsentwürfe seien für die Höhe der Konzessionsabgabe ohne Bedeutung. Beide Parteien seien der Auffassung gewesen, mit ihren divergierenden Fassungen der Endschaftsklausel für einen Interimsvertrag nur das wiederzugeben, was nach ihrem jeweiligen Verständnis bereits Gegenstand der Endschaftsklausel des Konzessionsvertrages gewesen sei. Mithin hätten beide Parteien eine faktische Fortführung des ursprünglichen Konzessionsvertrages mitsamt dem daraus geschuldeten Entgelt für den Wert der Nutzungsrechte der Beklagten für angemessen gehalten. Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, daß die wirtschaftlich handelnden Parteien damit eine höhere Konzessionsabgabe für die Zwischenzeit hätten vereinbaren wollen, als sie üblicherweise vereinbart werde.

II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision in entscheidenden Punkten nicht stand. Die bislang getroffenen tatsächlichen Feststellungen tragen die Auffassung des Berufungsgerichts nicht, die Beklagte schulde auch für die Zeit nach Ablauf des ersten Nachvertragsjahres ein Entgelt in Höhe der ursprünglich vereinbarten höchstzulässigen Konzessionsabgabe.

1. Dem - ergänzend auszulegenden - Konzessionsvertrag der Parteien läßt sich ein dahingehender Anspruch der Klägerin nicht entnehmen.

a) Zwar kann die ergänzende Auslegung eines Konzessionsvertrages ergeben, daß der Gebietskörperschaft die vereinbarte Konzessionsabgabe auch nach dem Ende des Vertragsverhältnisses zustehen soll, wenn die Übertragung des Versorgungsnetzes auf die Kommune oder auf ein anderes Versorgungsunternehmen sich verzögert und der bisherige Versorger aus diesem Grunde die Versorgung ohne vertragliche Grundlage, aber unter weiterer Inanspruchnahme des Wegenetzes der Kommune zunächst fortsetzt. Für Verträge über die Versorgung mit Elektrizität oder Gas, deren Freistellung (§ 103 GWB in der Fassung vom 20. Februar 1990) - wie im vorliegenden Falle - durch § 103a GWB in der Fassung vom 20. Februar 1990 auf 20 Jahre begrenzt worden ist, darf allerdings der Normzweck dieser Bestimmung nicht unberücksichtigt bleiben. Mit der Einführung des § 103a GWB a.F. verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, durch eine Begrenzung der Laufzeit der nach § 103 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4 GWB a.F. freigestellten Verträge zu verhindern, daß das System der Gebietsmonopole zum Nachteil der Abnehmer erstarrt und nicht mehr flexibel genug ist, auf die versorgungswirtschaftlichen Erfordernisse zu reagieren. Spätestens alle 20 Jahre sollten die Partner eines Konzessionsvertrages deshalb völlig frei darüber entscheiden können, ob die Energieversorgung durch den bisherigen Vertragspartner, durch ein konkurrierendes Versorgungsunter-

nehmen oder aber durch die Kommune selbst fortgesetzt werden sollte. Wenigstens im 20-Jahres-Turnus sollte deshalb ein Wettbewerb um geschlossene Versorgungsgebiete ermöglicht werden, um eine Verbesserung der Versorgungsbedingungen zu erreichen (Senat BGHZ 143, 128, 146 m.w.N. - Endschafftsbestimmung).

Eine nachvertragliche Konzessionsabgabe in der bisherigen Höhe kann die Gefahr mit sich bringen, daß die Gebietskörperschaft einen zur Verbesserung der Versorgungsbedingungen gebotenen Wechsel von einem Wettbewerber zum anderen verzögert und dadurch den kartellrechtswidrigen Zustand verewigt, falls sich zeigen sollte, daß dies finanziell für sie günstiger als der Wechsel ist. Auf diese Weise kann eintreten, was der Gesetzgeber mit § 103a GWB a.F. verhindern wollte (Senatsurteil vom 22. März 1994 - KZR 22/92, WuW/E 2914, 2917 - Nachvertragliche Konzessionsabgabe I). Eine nachvertragliche Verpflichtung des bisherigen Versorgungsunternehmens, die zuvor vertraglich geschuldete Konzessionsabgabe auch nach Beendigung des Konzessionsvertrages fortzuentrichten, ist daher auf die für die Abwicklung des Vertragsverhältnisses erforderliche Zeitspanne, längstens auf ein Jahr, zu begrenzen (vgl. Senat, Urteil vom 22. März 1994, WuW/E 2914, 2918 - Nachvertragliche Konzessionsabgabe I; Beschluß vom 15. Juli 1997 - KZR 38/96). Für die Zeit danach kommen allein bereicherungsrechtliche Ansprüche in Betracht (Senat, Beschluß vom 15. Juli 1997 aaO).

b) Nach diesen Grundsätzen scheidet der ergänzend auszulegende Konzessionsvertrag der Parteien als Grundlage des eingeklagten Anspruchs aus. Für das erste auf die Beendigung des Konzessionsvertrages folgende Jahr (7. Mai 1995 bis 6. Mai 1996) hat die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts einen Betrag in voller Höhe des nach dem Konzessi-

onsvertrag geschuldeten Höchstbetrages der Konzessionsabgabe an die Klägerin gezahlt. Gegenstand der Klage ist allein der Differenzbetrag, der dem von der Beklagten vorgenommenen 50 %igen Abschlag für den anschließenden Zeitraum vom 7. Mai 1996 bis 2. April 1997 entspricht.

2. Soweit das Berufungsgericht die Verurteilung der Beklagten auf die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung stützt, begegnet dies im Grundsatz keinen Bedenken (vgl. BGHZ 132, 198, 201 ff; Senatsbeschluß vom 15. Juli 1997 aaO). Auch die Revision erhebt insoweit dem Grunde nach keine Einwendungen. Sie wendet sich aber mit Recht gegen die Erwägungen des Berufungsgerichts zur Höhe des danach geschuldeten Bereicherungsausgleichs.

a) Der nach § 818 Abs. 2 BGB zu leistende Wertersatz für die rechtsgrundlose Nutzung der Wege- und Straßengrundstücke der Klägerin hat sich am objektiven Verkehrswert des Erlangten zu orientieren. Auszugehen ist daher von den Beträgen, die sich als angemessene Vergütung für die ordnungsgemäße Inanspruchnahme dieser Grundstücke aus der Konzessionsabgabenverordnung ergeben (BGHZ 132, 198, 207). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann aber nicht unberücksichtigt bleiben, daß mit der Beendigung des Konzessionsvertrages eine erhebliche Schmälerung der Rechtsposition der Beklagten insofern eingetreten war, als diese weder über ein langfristig gesichertes noch über ein ausschließliches Wegenutzungsrecht mehr verfügte. Es liegt auf der Hand, daß der Wert eines langfristigen und ausschließlichen Versorgungsrechts aus der Sicht des Versorgungsunternehmens wirtschaftlich höher zu veranschlagen ist als der eines kurzfristigen, nur einfach ausgestalteten Rechts, und daß dieser Umstand für die Festlegung der Höhe einer Konzessionsabgabe von Bedeutung ist (BGHZ 132, 198, 208). Allerdings differen-

ziert § 2 der Kommunalabgabenverordnung nicht danach, wie das Versorgungs- und Wegenutzungsrecht des Versorgungsunternehmens beschaffen ist; der Verordnungsgeber stellt es den Vertragsparteien vielmehr frei, auch für ein kurzfristiges und einfaches Versorgungsrecht den zulässigen Höchstbetrag zu vereinbaren oder umgekehrt für ein langfristiges und ausschließliches Versorgungsrecht eine geringere oder keine Konzessionsabgabe vorzusehen (BGHZ aaO). Maßstab für die Bewertung einer nachvertraglichen faktischen Nutzungsmöglichkeit ist deshalb nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Konzessionsabgabe, die üblicherweise in Interims-Konzessionsverträgen unter Berücksichtigung der sonstigen Konditionen, etwa der Endschaftsbestimmungen, vereinbart werden (BGHZ aaO S. 209).

b) Feststellungen hierzu hat das Berufungsgericht, das seiner Entscheidung die zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Ausgangspunkt zugrunde legt, nicht getroffen. Es hat dies ersichtlich deshalb für entbehrlich gehalten, weil beide Parteien in ihren Entwürfen eines Interims-Konzessionsvertrages jeweils Konzessionsabgaben in der ursprünglich vereinbarten Höhe vorgesehen hatten. Hiergegen wendet sich die Revision mit Recht.

Feststellungen zur Höhe der in vergleichbaren Interimsverträgen üblicherweise vereinbarten Konzessionsabgabe wären allerdings entbehrlich, wenn die Übereinstimmung der Vertragsentwürfe der Parteien hinsichtlich der Höhe der für die Interimszeit zu entrichtenden Konzessionsabgabe als Ausdruck einer übereinstimmenden Bewertung des von der Beklagten in Anspruch genommenen Wegenutzungsrechts zu deuten wäre. Das ist jedoch nicht der Fall. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann in diesem Zusammenhang nicht unberücksichtigt bleiben, daß die beiderseitigen Vertragsent-

würfe in einem zentralen Punkt - der Frage der Endschaftsbestimmung - grundlegend divergierten und daß an dieser Divergenz der beiderseits angestrebte Vertragsabschluß gescheitert ist. Die Frage, ob Investitionen der Beklagten in das Gasversorgungsnetz nach den historischen Anschaffungs- oder Herstellungskosten (so die Vorstellung der Klägerin) oder auf der Basis von Wiederbeschaffungswerten (so die Forderung der Beklagten) zu bewerten und durch den Übernehmer des Versorgungsnetzes zu vergüten seien, war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auch Gegenstand eines zur damaligen Zeit geführten Parallelprozesses um die Übertragung des Gasversorgungsnetzes, in welchem die Beklagte für die Übertragung des Netzes rund 4 Mio. DM mehr forderte, als die Klägerin zu zahlen bereit war. Vor diesem Hintergrund liegt die Annahme nicht fern, daß die Beklagte zur Weiterzahlung des Höchstsatzes der Konzessionsabgabe nur für den Fall bereit war, daß der Interimsvertrag mit der von ihr vorgeschlagenen, auf Wiederbeschaffungswerte abstellenden Endschaftsregelung zustande kommen würde. Es mag sein, daß die Parteien, wie das Berufungsgericht annimmt, bei ihren divergierenden Vorschlägen für die Endschaftsregelung in einem Interimsvertrag jeweils nur das wiederzugeben glaubten, was nach ihrer jeweiligen Lesart bereits Gegenstand der Endschaftsbestimmung des ursprünglichen Konzessionsvertrages war. Die Bedeutung, die beide Parteien gerade diesem Punkt beilegte, und die Tatsache, daß der Abschluß des Interimsvertrages an der insoweit bestehenden Divergenz scheiterte, machen jedoch deutlich, daß die Parteien mit dem Interimsvertrag nicht bloß eine faktische Fortführung des ursprünglichen Konzessionsvertrages anstrebten, wie das Berufungsgericht dies annimmt. Ziel der jeweiligen Vertragsofferte war es vielmehr erkennbar auch, die eigene Position im Hinblick auf die in dem damals anhängigen Parallelprozeß entscheidende Frage der Bewertung des Versorgungsnetzes zu stärken. Entgegen der Auffas-

sung des Berufungsgerichts fehlt es daher nicht an Anhaltspunkten dafür, daß die Beklagte mit ihrem Vertragsentwurf eine höhere als die in vergleichbaren Interimsverträgen üblicherweise vereinbarte Konzessionsabgabe anbot.

III. Das Berufungsurteil kann somit keinen Bestand haben (§ 564 Abs. 1 ZPO). Zu einer abschließenden Entscheidung in der Sache bedarf es, wie dargelegt, weiterer tatsächlicher Feststellungen zur Höhe der Konzessionsabgabe, die üblicherweise in vergleichbaren Interimsverträgen vereinbart wird. Damit die

bislang fehlenden Feststellungen - gegebenenfalls nach ergänzendem Sachvortrag der Parteien - nachgeholt werden können, war die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 ZPO).

Hirsch

Melullis

Ball

Tepperwien

Bornkamm