



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

KZR 24/04

Verkündet am:  
7. Februar 2006  
Walz  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ:                   nein  
BGHR:                   ja

BGB §§ 133 B, 154, 157 D, Ge, 433

Rückforderungsvorbehalt

- a) Wird bei den Verhandlungen über den Abschluss eines Kaufvertrages keine Einigung über die Höhe des Kaufpreises erzielt, so kommt - vorbehaltlich eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts - ein Kaufvertrag wegen dieses Einigungsmangels nicht wirksam zustande. Für eine Bestimmung des Kaufpreises durch ergänzende Vertragsauslegung ist dann kein Raum.
- b) Beugt sich der Käufer, obwohl er den geforderten Kaufpreis für überhöht hält, den Preisvorstellungen des Verkäufers, um das Zustandekommen des Kaufs nicht zu gefährden, und behält er sich vertraglich vor, die Angemessenheit des Kaufpreises gerichtlich überprüfen zu lassen und das zuviel Gezahlte zurückzufordern, so kommt der Kauf - wenn auch unter Vorbehalt - zu dem vom Verkäufer geforderten Kaufpreis zustande.

BGH, Urteil vom 7. Februar 2006 - KZR 24/04 - OLG Düsseldorf  
LG Dortmund

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Februar 2006 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch und die Richter Ball, Prof. Dr. Bornkamm, Dr. Raum und Dr. Strohn

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Klägerin und der Beklagten wird das Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 16. Juni 2004 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht der Klage stattgegeben und als es die Klage in Höhe eines Betrages von mehr als 15.341.028,62 € (30.004.444 DM) nebst den hierauf entfallenden Zinsen abgewiesen hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die klagende Stadtwerke GmbH fordert von der Beklagten, einem regionalen Stromversorgungsunternehmen, Rückzahlung des größten Teils des Entgelts, das sie aufgrund einer Vereinbarung vom 28. Dezember 1994 für die

Übertragung der in der Gemeinde L. bestehenden Stromversorgungsanlagen unter dem Vorbehalt der Rückforderung an die Beklagte gezahlt hat.

- 2 Die Beklagte und ihre Rechtsvorgängerinnen (fortan zumeist nur: Beklagte) führten seit dem Jahr 1913 die Stromversorgung in der Stadt L. durch. Grundlage der Versorgung war zuletzt ein im Jahr 1973 geschlossener Konzessionsvertrag mit einer Laufzeit bis zum 31. Dezember 2008. Dieser Vertrag sah für eine Übernahme des Versorgungsnetzes durch die Gemeinde folgende Regelung vor:

§ 12

**Endschaftsbestimmungen**

1. Kündigt die Gemeinde, so ist sie auf Verlangen der V. [Rechtsvorgängerin der Beklagten] verpflichtet, mit Ablauf des Vertrages das innerhalb des Konzessionsgebietes dann vorhandene Niederspannungsnetz der V. mit allen Hausanschlüssen, Zählern und Zubehöranlagen sowie alle diejenigen Ortsnetzstationen, welche ausschließlich der Versorgung des Konzessionsgebietes dienen, käuflich zu erwerben. Als Kaufpreis gilt der für den Tag der Übernahme zu ermittelnde Wiederbeschaffungswert unter Berücksichtigung des Alters und des Zustandes der Anlagen.
2. ...

- 3 Ähnlich gefasste Verträge bestanden zwischen der Beklagten und einer Reihe früher selbständiger Gemeinden, die im Jahr 1975 im Zuge einer Verwaltungsreform in die Stadt L. eingegliedert wurden.

- 4 Hinsichtlich der Straßenbeleuchtung unterhielt die Beklagte mit der Stadt L. sowie mit den früher selbständigen Gemeinden Sonderverträge, welche auf die Stromkonzessionsverträge Bezug nahmen.

- 5 Der Konzessionsvertrag aus dem Jahr 1973 endete vorzeitig zum 1. Januar 1995, da im Zuge der Vierten Kartellrechtsnovelle durch § 103 a

Abs. 4 GWB (a.F.) die kartellrechtliche Freistellung von Versorgungsverträgen nach § 103 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GWB (a.F.) aufgehoben und die Geltungsdauer von Verträgen über die Versorgung mit Elektrizität oder Gas auf zwanzig Jahre begrenzt worden war. Die Klägerin, die sich im vollständigen Anteilsbesitz der Stadt L. befindet, entschloss sich daraufhin, das Stromversorgungsnetz nebst den Straßenbeleuchtungsanlagen, den sogenannten 110-kV-Stationen und den zugehörigen Grundstücken sowie Rechten an Grundstücken in der Stadt L. von der Beklagten käuflich zu erwerben, um das Stromnetz und diese Anlagen künftig selbst zu betreiben.

6 In einer zu diesem Zweck getroffenen und am 28. Dezember 1994 notariell beurkundeten "Abwicklungsvereinbarung" erklärten die Parteien:

Die Abwicklungsvereinbarung ist der Kaufvertrag für die Übertragung der Mobilien und Immobilien für die Stromversorgung in L..

Die Mittel- und die Niederspannungsanlagen werden gemäß den Endschaftsbestimmungen der Konzessionsverträge verkauft und übertragen.

Unter anderem wurde ferner vereinbart:

#### **1 Übertragung der Mittel- und Niederspannungsanlagen**

Die Mittel- und Niederspannungsanlagen werden gemäß den Endschaftsbestimmungen der zwischen der Stadt L. und V. für die städtischen Gebietsteile bestehenden Strom-Konzessionsverträge von V. auf die Stadtwerke übertragen. ...

#### **2 Verkauf von Anlagen der 110-kV-Stationen**

Im Rahmen des Wechsels der Versorgungszuständigkeit werden Anlagen der 110-kV-Stationen L. und W. von V. an die Stadtwerke verkauft. Das technische Mengengerüst der zu übertragenden Anlagen, ... der Kaufpreis und die näheren Einzelheiten der Übertragung, worüber sich die Vertragsparteien einig sind, ergeben sich aus Anlage 2 (110-kV-Kaufvertrag). ...

#### **4 Kaufpreis**

Die V. haben zur Feststellung ihrer Kaufpreisforderung die B. mit der Ermittlung des Sachzeitwertes der Mittel- und Niederspannungsanlagen im V.-Versorgungsgebiet der Stadt L. gemäß den Endschaffungsbestimmungen der Strom-Konzessionsverträge mit der Stadt L. beauftragt.

B. erstattete ein den Stadtwerken vorliegendes Gutachten vom 10.5.94 mit einem Sachzeitwert (31.12.1992) von 81,131 Mio. DM. V. fordert diesen Betrag als Kaufpreis für diese Anlagen. Die endgültige Höhe des Kaufpreises für die Mittel- und Niederspannungsanlagen ist noch durch Fortschreibung des o.a. Gutachtens auf den 31.12.1994 zu ermitteln.

Hinzu kommt die Umsatzsteuer bzw. die Grunderwerbssteuer.

Nach Auffassung der Stadtwerke, die sich auf das Gutachten Dr. R. vom 15.2.1994 stützen, ist der Kaufpreis wesentlich niedriger anzusetzen.

Die nicht aufgelösten Anschlusskostenbeiträge von 6,189 Mio. DM (Stand 31.12.1993, Wertstand 31.12.1994) - sie sind zu gegebener Zeit noch um den nicht aufgelösten Anteil der Anschlusskostenbeiträge des Jahres 1994 zu ergänzen - werden im Rahmen des Verkaufs der Versorgungsanlagen von V. auf die Stadtwerke übertragen und mit dem vorgenannten Kaufpreis verrechnet.

#### **5 Vorbehalt zur Zahlung des Kaufpreises**

Den Kaufpreis für die Mittel- und Niederspannungsanlagen gemäß Ziffer 4 zahlen die Stadtwerke am 2.1.1995 und den sich durch Fortschreibung des Gutachtens auf den 31.12.1994 ergebenden Mehrbetrag unverzüglich nach Rechnungslegung an V.. Gleichzeitig werden die nicht aufgelösten Anschlusskostenbeiträge gemäß Ziffer 4 von V. auf die Stadtwerke übertragen.

Die Stadtwerke sind der Auffassung, dass die Vereinbarung in § 12 Ziffer 1 der Strom-Konzessionsverträge über die Zahlung des Sachzeitwertes rechtsunwirksam ist, dass Hausanschlüsse bei der Ermittlung des Sachzeitwertes nicht zu berücksichtigen sind und dass der von der B. ermittelte Sachzeitwert zu hoch ist. Die Stadtwerke zahlen daher den von V. geforderten Kaufpreis unter dem Vorbehalt, dass ihnen nachträglich die Möglichkeit verbleibt, einen gegebenenfalls zuviel gezahlten Betrag im Wege der Bereicherungsklage bis spätestens 31.12.1996 von V. zurückzufordern. Mit diesem Vorbehalt soll der Eintritt der Rechtsfolge des § 814 BGB verhindert werden.

#### **6 Übertragung der Mittel- und Niederspannungsanlagen und der Anlagen der 110-kV-Stationen**

V. werden unter den Voraussetzungen der Ziffern 3 bis 5 die in Anlage 1a enthaltenen Mittel- und Niederspannungsanlagen und die in Anlage 2 enthaltenen Anlagen der 110-kV-Stationen zum 1.1.1995 an die Stadtwerke übereignen und übergeben.

Die Übereignung und Übergabe der Anlagen der 110-kV-Stationen setzt des Weiteren die Bezahlung des hierfür vereinbarten Kaufpreises voraus.

7 Im Vorfeld der Abwicklungsvereinbarung vom 28. Dezember 1994 sowie danach ließen die Parteien die Anlagen des Stromversorgungsnetzes, die Straßenbeleuchtungsanlagen und Grundstücke zum Zwecke einer Kaufpreisbestimmung durch privat beauftragte Sachverständige bewerten, die aufgrund unterschiedlicher Bewertungsansätze und -methoden zu stark abweichenden Ergebnissen kamen. Die von der Beklagten beauftragte B. (B.) legte der Bewertung, wie von der Beklagten gefordert, den Sachzeitwert der Versorgungsanlagen zugrunde, während der von der Klägerin beauftragte Wirtschaftsprüfer Dr. R. von dem sehr viel geringeren Anschaffungskostenrestwert ausging, den die Klägerin für maßgeblich hält. Die Klägerin wendet sich ferner dagegen, dass bei der Bewertung durch die B. Hausanschlussbeiträge und Baukostenzuschüsse unberücksichtigt geblieben und dass für bereits abbeschriebene Anlagen so genannte Anhaltewerte angesetzt worden seien. Sie beanstandet außerdem die für Tiefbauarbeiten angesetzten Preise und Gemeinkosten und verlangt Wertabschläge dafür, dass die übernommenen Anlagen teilweise nicht den bei der Übergabe geltenden technischen Normen und Sicherheitsbestimmungen genügt hätten. Schließlich vertritt sie die Auffassung, eine Kaufpreisermittlung nach Sachzeitwerten sei kartellrechtswidrig, weil sie geeignet sei, den Wettbewerb um Versorgungsgebiete zu verhindern, und halte darüber hinaus auch einer Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG (jetzt § 307 BGB) nicht stand.

8 Die Klägerin hat, ausgehend von der Bewertung der Versorgungsanlagen durch den Wirtschaftsprüfer Dr. R. mit 17.667.000 DM und einem von ihr gezahlten Kaufpreis von 74.943.000 DM, unter Einbeziehung weiterer, zwischenzeitlich erledigter Beträge eine Überzahlung in Höhe von 55.076.000 DM

errechnet und Klage auf Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen erhoben. Die Beklagte hat der Klägerin am 10. Juli 1996 unter Fortschreibung des Wertgutachtens der B. auf den 31. Dezember 1994 einen Teilbetrag von 1.271.909 DM erstattet; insoweit haben die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für in der Hauptsache erledigt erklärt. Das Landgericht hat die auf Zahlung des danach verbleibenden Betrages gerichtete Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat ihr in Höhe von 19.403.015 DM (9.920.604 €) stattgegeben; die weitergehende Berufung der Klägerin hat es zurückgewiesen (OLG Düsseldorf ZNER 2004, 291). Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter. Die Klägerin hat nur in Höhe eines Teilbetrages von 7.130.294 DM (3.645.661,40 €) - der Summe der Hausanschlussbeiträge und Baukostenzuschüsse, um die der Übernahmepreis nach Ansicht der Klägerin hätte gekürzt werden müssen - Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision erhoben und diese in zweiter Linie damit begründet, das Berufungsgericht habe bei der Berechnung des überzahlten Betrages den von ihr für die Übertragung der 110-kV-Stationen zusätzlich gezahlten Kaufpreis von 4.396.632 DM (2.247.962,25 €) zu Unrecht nicht berücksichtigt. Der Senat hat der Beschwerde nur in dem zuletzt genannten Umfang stattgegeben; insoweit verfolgt die Klägerin das Klagebegehren mit der Revision weiter.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revisionen beider Parteien haben Erfolg.

I.

10           Das Berufungsgericht hat, soweit für die Revisionsinstanz von Interesse, zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

11           Die Beklagte schulde der Klägerin aus ungerechtfertigter Bereicherung Rückerstattung eines Teils des für die Übertragung der Stromversorgungs- und Straßenbeleuchtungsanlagen sowie der 110-kV-Stationen gezahlten Kaufpreises. Da die Parteien sich weder über den von der Klägerin unter Vorbehalt gezahlten Kaufpreis noch über die zur Kaufpreisfindung anzuwendende Bewertungsmethode geeinigt hätten, ohne dass die Wirksamkeit des Vertrages hieran scheitere, sei der Kaufpreis im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung zu ermitteln. Diese führe zu dem Ergebnis, dass die Klägerin der Beklagten den Betrag als Kaufpreis schulde, der dem "objektiven Wert" der übertragenen Anlagen am 31. Dezember 1994 entspreche.

12           Nach dem Sachzeitwert könne der Kaufpreis nicht ermittelt werden, weil es dazu einer Einigung auf diese Bewertungsmethode bedürfte, die nicht zustande gekommen sei. § 12 des Konzessionsvertrages aus dem Jahre 1973 regle nur den Fall, dass die Gemeinde aus freien Stücken kündige und die Beklagte ihr daraufhin den käuflichen Erwerb des Stromnetzes andiene; auf den hier gegebenen Fall der Beendigung des Konzessionsvertrages kraft Gesetzes sei die Regelung nicht anwendbar.

13           Die Klägerin habe dem Ansatz von Sachzeitwerten stets widersprochen und dies auch mit dem Vorbehalt in Ziffer 5 der Abwicklungsvereinbarung zum Ausdruck gebracht. Nach dem Ergebnis der in zweiter Instanz durchgeführten Beweisaufnahme seien die Parteien sich darüber einig gewesen, die Sachzeit-

wertklausel des § 12 Ziffer 1 der Konzessionsverträge aus dem Jahre 1973 entweder nicht anzuwenden oder sie jedenfalls unter den einseitigen Vorbehalt der Klägerin fallen zu lassen.

14 Da der Beklagten nach dem Willen der Parteien auch kein einseitiges Preisbestimmungsrecht nach § 316 BGB zustehen solle, sei die Vertragslücke nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen. Hierzu sei zu ermitteln, was die Parteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach den Geboten von Treu und Glauben redlicherweise vereinbart hätten, wenn sie die Vertragslücke durch eine ihrem hypothetischen Vertragswillen entsprechende Abrede geschlossen hätten. Zur Kaufpreisermittlung könne hierbei weder auf die zu einer bloßen Kostenerstattung führende Anschaffungskostenrestwertmethode noch auf die nur kraft Vereinbarung anwendbare Sachzeitwertmethode zurückgegriffen werden. Auch der Ertragswert der übernommenen Stromversorgungsanlagen scheidet als Preisbemessungsgrundlage aus, weil die Parteien eine Bestimmung des Kaufpreises nach dem Ertragswert bei ihren Verhandlungen nie angesprochen hätten, vielmehr im Sinne einer stillschweigenden Willensübereinstimmung davon ausgegangen seien, dass eine Substanzwertbestimmung erfolgen solle.

15 Als angemessener Kaufpreis sei daher jener Betrag anzunehmen, der dem "objektiven Wert" der übernommenen Anlagen am Bewertungsstichtag entspreche. Bei der dazu anzustellenden Substanzwertermittlung seien neben Alter und Erhaltungszustand der Anlagen auch etwaige Nachteile zu berücksichtigen, die sich daraus ergeben könnten, dass seit ihrer Errichtung der Stand der Technik fortgeschritten sei und dass nach jeweiligem Bedarf erweiterte und ergänzte Versorgungsanlagen von geringerem Wert seien als ein technisch modernes, in einem Zuge neu errichtetes und am Bewertungsstichtag in Betrieb

genommenes Versorgungsnetz. Der so ermittelte "objektive Wert" der von der Klägerin übernommenen Stromversorgungsanlagen (Mittel- und Niederspannung) einschließlich der Straßenbeleuchtungsanlagen und der 110-kV-Stationen belaufe sich nach dem in zweiter Instanz eingeholten und mehrfach ergänzten Gutachten des Sachverständigen Dr. S. auf 54.268.076 DM. Er liege damit unter dem mit etwa 60.376.000 DM zu veranschlagenden Ertragswert.

16 Der von der Klägerin zuviel gezahlte Betrag belaufe sich auf 20.674.924 DM, die Differenz zwischen dem von der Klägerin gezahlten Kaufpreis von 74.943.000 DM und dem "objektiven Wert" von 54.268.076 DM. Dass die Klägerin mehr als diesen von ihr selbst stets behaupteten Betrag gezahlt habe, könne nicht festgestellt werden. Zwar habe die Kaufpreisforderung der Beklagten sich auf insgesamt 83.341.453 DM, nämlich 74.993.908 DM für die Stromversorgungsanlagen (Mittel- und Niederspannung), 3.950.913 DM für die Straßenbeleuchtungsanlagen und 4.396.632 DM für die 110-kV-Stationen, belaufen. Diese Summe habe die Klägerin jedoch entgegen ihrer Behauptung in einem nach Schluss der Berufungsverhandlung eingereichten, nicht nachgelassenen Schriftsatz nicht an die Beklagte gezahlt. Dies folge schon aus der unstrittigen Tatsache, dass die Beklagte die noch nicht aufgelösten Rückstellungen aus Hausanschlussbeiträgen und Baukostenzuschüssen im Gesamtwert von 7.130.294 DM durch Verrechnung mit dem Kaufpreis auf die Klägerin übertragen habe, so dass deren Zahlung an die Beklagte sich auf nicht mehr als 76.211.159 DM belaufen haben könne. Die Klägerin habe aber auch nicht behauptet, diesen Betrag als Kaufpreis an die Beklagte entrichtet zu haben; sie habe vielmehr in der Klageschrift ebenso wie in der Berufungsbegründung den gezahlten Betrag mit 74.943.000 DM angegeben. Dieser Betrag sei daher der Abrechnung zugrunde zu legen, so dass die Klägerin unter Berücksichtigung

des von der Beklagten bereits erstatteten Teilbetrages von 1.271.909 DM noch 19.403.015 DM beanspruchen könne.

17 Auch dem Ansinnen der Beklagten, den für die Übertragung der 110-kV-Stationen gezahlten Kaufpreis aus der Berechnung des Bereicherungsanspruchs der Klägerin herauszunehmen, sei nicht zu folgen. Auch wenn die ursprüngliche Klageforderung hierauf zunächst nicht gestützt worden sei, habe es der Klägerin freigestanden, ihren Erstattungsanspruch für den - hier eingetretenen - Fall, dass sie mit der ursprünglichen Klageforderung nicht in voller Höhe obsiegen sollte, mit anderen Forderungen aufzufüllen.

## II.

18 Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

19 A. Revision der Beklagten

20 Wie die Revision der Beklagten zu Recht rügt, kann dem Berufungsgericht bereits in seinem Ausgangspunkt nicht gefolgt werden, die "Abwicklungsvereinbarung" der Parteien weise hinsichtlich des Kaufpreises und der zur Kaufpreisfindung anzuwendenden Bewertungsmethode eine Regelungslücke auf, die im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen sei.

21 1. Rechtsfehlerhaft ist die Ansicht des Berufungsgerichts, der Vertrag sei trotz der fehlenden Einigung der Parteien über den Kaufpreis oder doch wenigstens über die Bewertungsmethode, nach der der Kaufpreis sich errechne, nicht wegen eines offenen Einigungsmangels nach § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, weil die Klägerin sich "zum Zweck einer Durchführung der Abwicklungs-

vereinbarung" den Preisvorstellungen der Beklagten gebeugt und den geforderten Kaufpreis akzeptiert habe. Diese Beurteilung verstößt gegen die Denkgesetze. Die vertragliche Einigung kann nicht im Sinne des § 154 BGB vollständig sein, wenn sie, wie das Berufungsgericht annimmt, in Bezug auf den Kaufpreis eine Lücke aufweist. Ist ein Einigungsmangel nicht gegeben, weil die Klägerin sich den Preisvorstellungen der Beklagten gebeugt, den geforderten Kaufpreis akzeptiert und sich auf den in Ziffer 5 der Vereinbarung ausgesprochenen Vorbehalt beschränkt hat, so kann umgekehrt nicht gleichwohl hinsichtlich des Kaufpreises eine Einigungslücke bestehen. Wäre dagegen der Vorbehalt so zu deuten, wie das Berufungsgericht es für richtig hält, so hätte dies entgegen seiner Ansicht gemäß § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB zwingend die Nichtigkeit des Vertrages wegen eines offenen Einigungsmangels zur Folge. Denn wenn die Parteien sich weder auf den Kaufpreis noch auf eine Methode zu seiner Berechnung geeinigt haben, so besteht nicht nur eine Vertragslücke, die durch ergänzende Vertragsauslegung geschlossen werden könnte, sondern es fehlt an einer Einigung über einen wesentlichen Vertragsbestandteil, ohne den ein Kaufvertrag - vorbehaltlich eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts nach §§ 315 ff. BGB, das hier auch nach Auffassung des Berufungsgerichts nicht in Betracht kommt - gemäß § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht wirksam zustande kommen kann.

- 22            2. Die Auslegung des Berufungsgerichts widerspricht ferner, was unbeschränkter revisionsrechtlicher Nachprüfung unterliegt, anerkannten Auslegungsgrundsätzen (§§ 133, 157 BGB), weil sie weder mit dem Wortlaut des Vertrages in Einklang zu bringen ist noch die auslegungsrelevanten Umstände vollständig und hinreichend berücksichtigt.

23 Nach dem Wortlaut der Vereinbarung, von dem jede Auslegung auszugehen hat und den auch das Berufungsgericht seiner Auslegung im Ansatz zugrunde legt, haben die Parteien in Ziffer 4 Abs. 2 den von der B. im Auftrag der Beklagten für den Stichtag 31. Dezember 1992 ermittelten und auf den 31. Dezember 1994 fortzuschreibenden Sachzeitwert von 81,131 Mio. DM - wenn auch unter dem in Ziffer 5 Abs. 2 erklärten Vorbehalt der Klägerin - als Kaufpreis festgelegt. Darüber hinaus enthält die Vereinbarung in Ziffer 1 die Erklärung, dass die Mittel- und Niederspannungsanlagen gemäß den Endschafftsbestimmungen der zwischen der Stadt L. und der V., der Rechtsvorgängerin der Beklagten, bestehenden Konzessionsverträge auf die Klägerin übertragen werden. Nach Abs. 1 Satz 2 des hierdurch in Bezug genommenen § 12 des Konzessionsvertrages aus dem Jahre 1973 gilt als Kaufpreis für das Niederspannungsnetz der für den Tag der Übernahme zu ermittelnde Wiederbeschaffungswert unter Berücksichtigung des Alters und des Zustandes der Anlagen, das heißt der Sachzeitwert.

24 Nach der Auslegung des Berufungsgerichts soll diesen Erklärungen im Ergebnis deswegen keinerlei Bedeutung zukommen, weil die in zweiter Instanz durchgeführte Beweisaufnahme ergeben habe, dass die Klägerin unter keinen Umständen dazu bereit gewesen sei, einen nach dem Sachzeitwert bestimmten Kaufpreis zu akzeptieren, dies bei den Vertragsverhandlungen mit der Beklagten auch unmissverständlich zum Ausdruck gebracht habe und der in Ziffer 5 des Vertrages aufgenommene Vorbehalt der Klägerin aus diesem Grunde dahin zu deuten sei, dass weder über den im Vertrag genannten Kaufpreis noch über die Methode seiner Berechnung eine Einigung zustande gekommen sei. Bei dieser Sichtweise bleibt indessen, wie die Revision der Beklagten mit Recht beanstandet, unberücksichtigt, dass es der Beklagten trotz der unüberbrückbar gegensätzlichen Auffassungen zur Preisgestaltung gelungen ist, sowohl die von

ihr für richtig gehaltene Bewertungsmethode als auch den nach dieser Bewertungsmethode ermittelten Kaufpreis - wenn auch unter dem in Ziffer 5 aufgenommenen Vorbehalt - zum Vertragsinhalt zu machen, und dass die Klägerin, wie das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang feststellt, sich den Preisvorstellungen der Beklagten vorläufig gebeugt, den geforderten Kaufpreis akzeptiert und sich wegen der Berechnung und der Höhe des gezahlten Kaufpreises lediglich eine gerichtliche Überprüfung und Rückforderung vorbehalten hat, um den Eintritt des von ihr angestrebten Erfolgs der Übertragung der Stromversorgungsanlagen sicherzustellen. Diese Umstände stehen dem vom Berufungsgericht gewonnenen Auslegungsergebnis entgegen, das den Vertragsinhalt so interpretiert, als hätten die Parteien im Vertrag lediglich ihre divergierenden Auffassungen zur richtigen Bewertungsmethode zum Ausdruck gebracht und wegen dieses unüberbrückbaren Gegensatzes Höhe und Berechnungsmethode des Kaufpreises ungeregelt gelassen.

25           3. Da die Auslegung des Berufungsgerichts wegen der aufgezeigten Rechtsfehler für das Revisionsgericht nicht bindend ist (vgl. BGHZ 124, 39, 45 m.w.Nachw.; st.Rspr.) und weitere tatsächliche Feststellungen hierzu nicht in Betracht kommen, kann der Senat die Auslegung selbst vornehmen (BGHZ aaO). Sie führt aus den unter 2. dargelegten Gründen zu dem Ergebnis, dass der Kaufpreis für die übertragenen Mittel- und Niederspannungsanlagen auf der Grundlage des Sachzeitwerts dieser Anlagen zu errechnen ist. Daran vermag der in Ziffer 5 der "Abwicklungsvereinbarung" der Parteien aufgenommene Vorbehalt der Klägerin nichts zu ändern. Der Senat hat bereits entschieden, dass Vertragsbestimmungen, die für die Übertragung eines örtlichen Stromversorgungsnetzes auf die Gemeinde ein Entgelt in Höhe des Sachzeitwerts der Anlagen vorsehen, nicht generell unwirksam sind (BGHZ 143, 128, 142 ff. - Endschafftsbestimmung). Dasselbe gilt für den weiteren Einwand der Klägerin,

Hausanschlüsse seien bei der Ermittlung des Sachzeitwertes nicht zu berücksichtigen (BGHZ 143, 128, 162 ff. - Endschafftsbestimmung). Soweit die Klägerin sich in Ziffer 5 des Vertrages ferner Einwendungen gegen die Höhe des von der B. ermittelten Sachzeitwertes vorbehalten hat, geht es nicht um Maßgeblichkeit des Sachzeitwerts als Preisbemessungsgrundlage.

26 B. Revision der Klägerin

27 Die Revision der Klägerin rügt mit Erfolg, dass das Berufungsgericht bei der Berechnung des von der Beklagten zurückzuzahlenden Betrages den Kaufpreis für die 110-kV-Stationen in Höhe von 4.396.632 DM allein bei dem von der Klägerin geschuldeten, nicht dagegen auch bei dem von ihr gezahlten Gesamtkaufpreis berücksichtigt hat. Das Berufungsgericht ermittelt den von der Klägerin überzahlten Betrag, indem es dem nach seiner Auffassung für die Bestimmung des Kaufpreises maßgeblichen "objektiven Wert" von 54.268.076 DM, den der Sachverständige Dr. S. für die Stromversorgungsanlagen unter Einbeziehung der 110-kV-Stationen errechnet hat, einen von der Klägerin gezahlten Betrag von 74.943.000 DM gegenüber stellt. Den Betrag von 74.943.000 DM hat die Klägerin nach ihrer Darstellung aber allein für die Übertragung des Mittel- und Niederspannungsnetzes sowie der Straßenbeleuchtungsanlagen gezahlt. Für die 110-kV-Stationen, für deren Übertragung die Parteien in Ziffer 2 der Abwicklungsvereinbarung eine gesonderte Regelung getroffen und in der Anlage 2 zu dieser Vereinbarung einen gesonderten "110-kV-Kaufvertrag" mit einem gesondert ausgewiesenen Kaufpreis geschlossen haben, hat die Klägerin nach ihrer Behauptung einen zusätzlichen Kaufpreis von 4.396.632 DM gezahlt. Eindeutiger Sachvortrag der Klägerin hierzu findet sich allerdings erst in einem nicht nachgelassenen Schriftsatz, der nach Schluss der mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz zu den Akten gelangt ist. Die Be-

klagte hat indessen in ihrer Erwiderung auf diesen Schriftsatz die Darstellung der Klägerin insofern bestätigt, als auch nach ihrem Vortrag die 110-kV-Stationen und der für diese entrichtete Kaufpreis nicht Gegenstand des Rückzahlungsbegehrens der Klägerin waren. In Anbetracht dessen hätte das Berufungsgericht die mündliche Verhandlung wiedereröffnen und dem verspäteten Vorbringen der Klägerin nachgehen müssen, um zu vermeiden, dass seine Entscheidung, wie geschehen, auf einer Tatsachengrundlage beruht, die so von keiner der Parteien vorgetragen worden ist.

### III.

28

Nach alledem kann das Berufungsurteil, soweit es mit der Revision angegriffen worden ist, keinen Bestand haben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif, weil es hierzu weiterer tatrichterlicher Feststellungen zur Höhe des von der Klägerin insgesamt gezahlten Kaufpreises, zur Höhe des Sachzeitwerts der übertragenen Anlagen sowie zur genauen Höhe ihres vom Berufungsgericht nur annäherungsweise festgestellten Ertragswerts bedarf, dem nach der Rechtsprechung des Senats für die kartellrechtlich relevante Grenze der Preisgestaltung bei der Übertragung von Stromversorgungsnetzen entscheidende Bedeutung zukommt (BGHZ 143, 128, 145 ff. - Endschaftsbestimmung). Dabei wird die Klägerin auch Gelegenheit haben, auf ihren in der Revisionsinstanz erhobenen Einwand zurückzukommen, der vom Berufungsgericht auf der Grundlage des in zweiter Instanz eingeholten Sachverständigengutachtens festgestellte "objektive Wert" der übertragenen Anlagen unterscheidet sich vom Sachzeitwert allein dadurch, dass fiktive Wiederherstellungskosten für Straßenoberflächen, die von der Klägerin auf eigene Kosten hergestellt worden seien, der Billigkeit entsprechend unberücksichtigt

geblieben seien. Die Sache ist daher unter Aufhebung des Berufungsurteils an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

Hirsch

Ball

Bornkamm

Raum

Strohn

Vorinstanzen:

LG Dortmund, Entscheidung vom 26.09.1996 - 8 O 187/95 (Kart) -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 16.06.2004 - U (Kart) 36/96 -