

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : ja

-----

OldVereinfG v. 27. April 1933, Old.GBl. Bd. 48 S. 171,  
Nds GVBl. Sb. II S. 29, Abschn. III Kap. 8 § 7 Abs. 1;  
NdsStraßenG v. 14. Dezember 1962, Nds GVBl. S. 251,  
§ 66 Abs. 5

Das dem Landeselektrizitätsverband Oldenburg durch  
das oldenburgische Vereinfachungsgesetz von 1933 zu-  
gewiesene Versorgungsgebiet ist durch die Neurege-  
lung des niedersächsischen Straßenrechts von 1962 in  
dem Maße eingeschränkt worden, in dem dem Verband dort  
das Straßenbenutzungsmonopol nicht mehr zusteht.

BGH, Urt. v. 15. Dezember 1983 - III ZR 226/82 - OLG Oldenburg  
LG Osnabrück

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 226/82

### URTEIL

Verkündet am: 15. Dezember 1983

Schorm,  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter

in dem Rechtsstreit der Geschäftsstelle

des Landeselektrizitätsverbandes O [REDACTED],  
vertreten durch den Verbandsvorsteher, Landrat  
Clemens-August K [REDACTED] und den stellvertretenden  
Verbandsvorsteher, Stadtrat Volker H [REDACTED],  
T [REDACTED]straße 39, O [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

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

g e g e n

1.

2.

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Dezember 1983 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Krohn und die Richter Dr. Tidow, Boujong, Dr. Halstenberg und Dr. Werp

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Oldenburg vom 26. April 1982 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsrechtszuges zu tragen.

Von Rechts wegen

### Tatbestand

Die Parteien streiten um die Berechtigung zur Elektrizitätsversorgung in den drei südoldenburgischen Gemeinden Damme, Steinfeld und Neuenkirchen.

Der Kläger ist ein mit Aufgaben der Elektrizitätswirtschaft betrauter kommunaler Zweckverband. In ihm wurden durch das mit "Zusammenfassung der Elektrizitätswirtschaft im Landesteil Oldenburg" überschriebene Kapitel 8 des Abschnitts III des Oldenburgischen Gesetzes betreffend die Vereinfachung und Verbilligung der öffentlichen Verwaltung (Vereinfachungsgesetz) vom 27. April 1933 (Old.GBl. Bd. 48 S. 171) in der Fassung des Gesetzes vom 12. August 1936 (Old.GBl. Bd. 49 S.477)-Nds. GVBl. Sb. II S. 29 - die früheren Amtsverbände und



Stadtkreise des Landesteils Oldenburg des ehemaligen Freistaats Oldenburg zusammengeschlossen.

Abschnitt III Kapitel 8 des Vereinfachungsgesetzes - VereinfG - enthält u.a. folgende Bestimmungen:

§ 1 Abs. 1 Satz 4: Er (der Landeselektrizitätsverband Oldenburg) hat die Aufgabe, die Elektrizitätswirtschaft seines Versorgungsgebietes im Interesse des Gemeinwohls zum Zwecke einer sicheren und billigen Elektrizitätsversorgung zusammenzufassen und durchzuführen.

§ 1 Abs. 7: Die Versorgung der Bevölkerung mit elektrischer Energie gehört nicht zu den Aufgaben der einem Amtsverband angehörenden Gemeinden des Landesteils Oldenburg.

§ 7 Abs. 1: Der Landeselektrizitätsverband hat vorbehaltlich bestehender Rechte Dritter das Recht, ohne Entschädigung öffentliche Gewässer, Wege, Straßen und Plätze unter den von den zuständigen Behörden festzusetzenden Bedingungen zu benutzen und zu kreuzen. Anderen darf die Erlaubnis zur Benutzung und Kreuzung nur mit Zustimmung des Landeselektrizitätsverbandes erteilt werden.

Soweit der Kläger die Stromversorgung in dem ihm durch das Vereinfachungsgesetz zugewiesenen Gebiet übernommen hat, läßt er sie ganz oder jedenfalls im wesentlichen durch das private Energieversorgungsunternehmen Energieversorgung Weser-Ems Aktiengesellschaft (EWE) durchführen, an der er als Mehrheitsaktionär beteiligt ist.

Die Beklagten sind private Energieversorgungsunternehmen.

Zur Zeit des Erlasses des Vereinfachungsgesetzes wurde die Stromversorgung in dem streitigen Gebiet seit

langem durch die Beklagte zu 1 durchgeführt, und zwar aufgrund von Verträgen, die die Beklagte zu 1 mit den Gemeinden geschlossen hatte. In der Folgezeit kam es nach Einschaltung des oldenburgischen Ministers des Innern zu Verhandlungen zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1, die 1939 zum Abschluß eines sog. B-Vertrages führten. Die Beklagte zu 1 setzte die Stromversorgung in dem streitigen Gebiet fort, nunmehr als Vertragspartnerin des Klägers. Der Vertrag enthält u.a. Regelungen über das Wegebenutzungsrecht (Leitungsführungsrecht) der Beklagten zu 1 (§ 1) und die Zahlung von Konzessionsabgaben an den Kläger (§ 6), eine Vertragsverlängerungsklausel und Bestimmungen für den Fall des Vertragsablaufs, darunter ein Vorzugsrecht der Beklagten zu 1 vor anderen konkurrierenden Unternehmen bei Abschluß eines neuen Vertrages und ein Leitungsübernahmerecht des Klägers bei Erlöschen des Vertrages (§ 7), sowie eine gegenseitige Ermächtigung zur Vertragsübertragung auf ein anderes leistungsfähiges Unternehmen (§ 8).

Der Kläger übertrug 1943 sein gesamtes damaliges Vermögen mit allen Rechten und Pflichten auf die EWE. Die Beklagte zu 1 erklärte sich damit hinsichtlich des vorgenannten Stromversorgungsvertrages grundsätzlich einverstanden.

Die bis 1963 geltende Laufzeit des 1939 geschlossenen Stromversorgungsvertrages wurde 1957 bis zum 30. September 1985 verlängert.

1970 übertrug die Beklagte zu 1 ihr Stromlieferungsgeschäft unter Übertragung der entsprechenden Verträge auf die Beklagte zu 2. Über eine sich aus dem Ver-

trag von 1939/1957 ergebende gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten jedenfalls gegenüber dem Kläger haben sich die Parteien anlässlich eines früheren Rechtsstreits geeinigt.

1971/72 schlossen die drei Gemeinden Damme, Steinfeld und Neuenkirchen mit der Beklagten zu 2 (neue) Konzessionsverträge über die Stromversorgung in dem streitigen Gebiet für die Zeit vom 1. Oktober 1985 bis zum 30. September 2015. Die Verträge sehen die Zahlung von Konzessionsabgaben an die Gemeinden vor. Der Landkreis Vechta als Kommunalaufsichtsbehörde hat die Vertragsabschlüsse wegen Verstoßes gegen das Vereinfachungsgesetz beanstandet. Über die dagegen von den drei Gemeinden eingelegten Widersprüche hat die Bezirksregierung Weser-Ems in Oldenburg noch nicht entschieden.

Der Kläger will in dem streitigen Gebiet, in dem die EWE bereits die Gasversorgung durchführt, die Stromversorgung nunmehr aufnehmen. Nach Kündigung des Vertrages von 1939/1957 zum 30. September 1985 nimmt er die Beklagten aus eigenem Recht und kraft Ermächtigung der EWE im Wege der Leistungs-, hilfsweise der Feststellungsklage auf Übertragung des örtlichen Leitungsnetzes in den drei Gemeinden gegen Zahlung des Taxwertes und auf Unterlassung der Elektrizitätsversorgung in dem streitigen Gebiet in Anspruch, und zwar zum 1. Oktober 1985. Er beruft sich insbesondere auf die für den Fall des Vertragsablaufs vorgesehenen Bestimmungen des Vertrages von 1939/1957 und die ihm durch das Vereinfachungsgesetz eingeräumte Rechtsstellung.

Die Beklagten begehren Klageabweisung. Sie verweisen insbesondere auf die Übergangsvorschrift des § 66

Abs. 5 des am 1. Januar 1963 in Kraft getretenen Niedersächsischen Straßengesetzes (NStrG) vom 14. Dezember 1962 (Nds.GVBl. S. 251). Diese Bestimmung lautet:

Das dem Landeselektrizitätsverband Oldenburg durch Abschnitt III Kapitel 8 § 7 Abs. 1 des Oldenburgischen Gesetzes betreffend die Vereinfachung und Verbilligung der öffentlichen Verwaltung vom 27. April 1933 (Old.GBl. Bd.48 S. 171) eingeräumte Recht, ohne Entschädigung öffentliche Straßen zu benutzen und zu kreuzen, bleibt bestehen, soweit der Verband es bis zum Inkrafttreten dieses Gesetzes in Anspruch genommen hat. Satz 2 der angeführten Vorschrift gilt für öffentliche Straßen nach Inkrafttreten dieses Gesetzes nicht mehr.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, die die Beklagten zurückzuweisen begehren, verfolgt der Kläger seinen Anspruch weiter.

#### Entscheidungsgründe

Die Revision ist nicht begründet.

Jedenfalls im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen.

#### I.

Die Klage ist zulässig.

1. Den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten (§ 13 GVG) hat das Berufungsgericht zutreffend für gegeben er-

achtet. Der Kläger ist zwar durch das Vereinfachungsgesetz als öffentlich-rechtlicher Zweckverband gegründet worden. Er tritt gegenüber den beklagten Privatunternehmen hier aber nicht als Hoheitsträger auf, sondern macht im vorliegenden Rechtsstreit (jedenfalls) Ansprüche geltend, die bürgerlich-rechtlicher Natur sind (vgl. BGHZ 15, 113; 37, 353; 51, 319; BGH Urteile vom 27. Oktober 1969 - KZR 5/67 und KZR 2/69 = WuW/E BGH 1049 und 1051 = ET 1970, 219, sowie vom 12. Dezember 1978 - KZR 15/77 = LM GWB § 34 Nr. 12).

Die Energieversorgung der Bevölkerung zählt zwar an sich zur Daseinsvorsorge und ist damit öffentlich-rechtlicher Natur (vgl. Forsthoff VerwR I 10. Aufl. vor § 20 S. 370). Sie wird aber nach der historisch gewachsenen Konzeption des Energiewirtschaftsrechts als privatwirtschaftliche Tätigkeit angesehen und ist als solche privatrechtlich geregelt (vgl. Fischerhof, DÖV 1957, 305 ff.; Maunz, VerwA 50, 315 ff.). Die Berechtigung zur (leitungsgebundenen) Elektrizitätsversorgung ist traditionell an die Verfügungsmöglichkeit über die öffentlichen Wege geknüpft. Verfügt der Kläger nicht über das Straßennutzungsrecht, so ist ihm die Stromversorgung praktisch unmöglich. Ob dem Kläger das Straßennutzungsrecht zusteht, ist aber nach bürgerlichem Recht zu beurteilen (vgl. § 8 Abs. 10 FStrG und die entsprechenden Vorschriften der Länderstraßengesetze, in Niedersachsen § 23 NStrG).

2. Daß innerhalb des ordentlichen Rechtswegs in der Berufungsinstanz ein für Kartellsachen zuständiger Spruchkörper hätte entscheiden müssen (§§ 87, 89, 92, 93, 96 Abs. 2 GWB), wird von der Revision nicht geltend

gemacht und ist auch nicht ersichtlich (vgl. dazu BGHZ 36, 105; 37, 194).

3. Die Ablehnung der Aussetzung des Rechtsstreits (§ 148 ZPO) durch das Berufungsgericht bis zur Entscheidung über den Widerspruch der drei Gemeinden ist mit der Revision nicht angreifbar (Senatsurteil vom 1. April 1954 - III ZR 296/52 = LM ZPO § 252 Nr. 1) und ist im übrigen auch der Sache nach nicht zu beanstanden.

4. Soweit der Kläger nicht aus eigenem Recht, sondern zugleich in Prozeßstandschaft für die EWE klagt, hat das Berufungsgericht dies zutreffend für zulässig erachtet. Die EWE hat den Kläger zur Prozeßführung im eigenen Namen ermächtigt. Ein schutzwürdiges Interesse des Klägers an der Geltendmachung der Klageansprüche hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen.

5. Das Berufungsgericht hat die Zulässigkeit der auf Übertragung des Leitungsnetzes und auf Unterlassung der Stromversorgung zum 1. Oktober 1985 gerichteten beiden Klageanträge verneint, soweit sie - hauptsächlich - als Leistungsanträge gestellt worden sind. Es hat sie nur für zulässig gehalten, soweit der Kläger sie hilfsweise als Feststellungsanträge gestellt hat.

Dagegen wendet sich die Revision mit Recht. Die Klage ist als Leistungsklage zulässig.

Die Voraussetzungen, unter denen nach § 259 ZPO eine Klage auf künftige Leistung zulässig ist, liegen vor. Dies gilt auch für den Unterlassungsanspruch, den der Kläger jedenfalls auch auf den Vertrag von 1939/1957

stützt (vgl. dazu BGH Urteil vom 10. Januar 1956 - I ZR 14/55 = LM BGB § 241 Nr. 2 mit Anm. Lindenmaier). Die Beklagten bestreiten dem Kläger ernstlich die von ihm in Anspruch genommene Berechtigung, zum 1. Oktober 1985 die Stromversorgung in dem streitigen Gebiet aufzunehmen. Unter diesen Umständen kann der Kläger bereits jetzt auf künftige Leistung klagen.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann die Unzulässigkeit der Leistungsanträge nicht aus der in § 6 Abs. 1 des Energiewirtschaftsgesetzes geregelten allgemeinen Anschluß- und Versorgungspflicht hergeleitet werden. Die Beklagten mögen, falls bis dahin eine endgültige Neuregelung nicht erfolgt sein sollte, auch nach dem 30. September 1985 im öffentlichen Interesse verpflichtet sein, die Elektrizitätsversorgung in den drei Gemeinden für eine Übergangszeit aufrechtzuerhalten (sog. "vertragsloser Zustand", vgl. dazu Büdenbender, Energierecht 1982 Rn. 503, 761). Ob eine solche sich aus dem öffentlichen Recht ergebende Pflicht der Begründetheit der Klage entgegensteht (vgl. dazu BGH Urteile vom 25. Oktober 1969 - KZR 2/69 = WuW/E BGH 1051, 1054 = ET 1970, 219, 221 und vom 17. Mai 1973 - KZR 2/72 = WuW/E BGH 1313, 1316), kann dahinstehen. Durch diesen materiellrechtlichen Gesichtspunkt wird die Zulässigkeit der Leistungsanträge des Klägers jedenfalls nicht berührt.

Dieser Mangel des angefochtenen Urteils zwingt nicht zu einer Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz. Denn die vom Berufungsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen zur Begründetheit der Feststellungsanträge reichen dazu aus, daß das Revisionsgericht auch hinsichtlich der Leistungsanträge in der Sache selbst ent-

scheidet. Soweit das Berufungsgericht die von ihm für unzulässig erachteten Leistungsanträge unter Bezugnahme auf die Ausführungen zu den Feststellungsanträgen jedenfalls auch für unbegründet gehalten hat, sind die diesbezüglichen Erwägungen des Berufungsgerichts vom Revisionsgericht zwar nicht zu beachten. Der Senat ist gleichwohl aber nicht gehindert, über die Begründetheit der Leistungsanträge zu befinden (BGHZ 11, 222; 12, 308; Senatsurteil BGHZ 23, 36; BGHZ 33, 398; 46, 281; BGH Urteil vom 14. März 1978 - VI ZR 68/76 = NJW 1978, 2031; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 42. Aufl. § 536 Anm. 3 c, § 563 Anm. 1 C).

## II.

Die Klage ist jedoch nicht begründet.

Der Kläger kann von den Beklagten die Übertragung des örtlichen Leitungsnetzes zum Taxwert und die Unterlassung der Elektrizitätsversorgung in den drei Gemeinden zum 1. Oktober 1985 weder aufgrund des 1939/1957 geschlossenen Vertrages noch unmittelbar aus dem Gesetz verlangen.

1. Das Berufungsgericht ist ohne Rechtsirrtum davon ausgegangen, daß die Beklagten nach dem Vertrag von 1939/1957 die Stromversorgung in dem streitigen Gebiet, die bei Inkrafttreten des Vereinfachungsgesetzes dort von der Beklagten zu 1 betrieben wurde und seither gesetzliche Aufgabe des Klägers war, nur für die Vertragsdauer sollten durchführen dürfen.

Das Berufungsgericht hat die Bestimmungen des Vertrages rechtsfehlerfrei ausgelegt und eine Verpflichtung

der Beklagten angenommen, im Falle des Erlöschens des Vertrages das in ihrem Eigentum stehende örtliche Leitungsnetz (vgl. dazu BGHZ 37, 353 = LM GG Art. 90 Nr.5 mit Anm. Rothe) gegen Zahlung des Taxwertes an den Kläger herauszugeben und die weitere Stromlieferung in das Vertragsgebiet zu unterlassen. Über die Voraussetzungen einer Übernahme des Leitungsnetzes durch den Kläger sowie über die genannte Unterlassungspflicht für den Fall eines Auslaufens des Vertrages waren sich die Vertragsparteien einig. Über die wirksame Kündigung des Vertrages zum 30. September 1985 besteht zwischen ihnen kein Streit mehr.

Die Klageansprüche sind gleichwohl nicht begründet.

2. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, ob der Vertrag von 1939/1957 nach §§ 103 Abs. 1 Nr. 1 und 2, 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB bei der Kartellbehörde angemeldet worden ist. Ob eine möglicherweise fehlende Anmeldung zur Folge hätte, daß der Vertrag am 1. Juli 1958 (§§ 106 Abs.2, 109 Abs. 1 GWB) endgültig unwirksam geworden wäre (vgl. BGHZ 31, 105, 113 f.; BGH Urteile vom 27. Oktober 1969 - KZR 2/69 = WuW/E BGH 1051 = ET 1970, 219 und vom 17. Mai 1973 - KZR 2/72 = WuW/E BGH 1313 = BB 1974, 1221), kann dahinstehen.

Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsirrtum angenommen, der Kläger könne sich jedenfalls für die hier streitige Zeit ab 1. Oktober 1985 auf die für den Fall der Beendigung des Vertrages getroffenen Vereinbarungen nicht mehr berufen, weil die Geschäftsgrundlage dafür entfallen sei (§ 242 BGB).

a) Die Geschäftsgrundlage eines Vertrages wird nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gebildet durch die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, bei Vertragsschluß aber zutage getretenen gemeinsamen Vorstellungen beider Vertragsparteien oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, auf denen der Geschäftswille der Parteien sich aufbaut (vgl. Senatsurteil BGHZ 84, 1, 8/9 m.w.Nachw.). Derartige Umstände können auch in dem Fortbestand oder der Änderung der bestehenden Gesetzeslage liegen.

Hiervon ist das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat ausgeführt, sowohl der 1939 geschlossene Vertrag als auch die 1957 getroffene Verlängerungsvereinbarung hätten auf der gemeinsamen Überzeugung der Vertragsparteien von der Gültigkeit und der Fortdauer der Vorschriften des Abschnitts III Kapitel 8 des Vereinfachungsgesetzes aufgebaut. Anlaß für den Abschluß des Vertrages wie für dessen Verlängerung seien die Zuweisung der Elektrizitätsversorgung in Oldenburg an den Kläger und dessen alleiniges Recht zur Gewässer- und Wegebenutzung zu diesem Zweck gewesen. Die Beklagten hätten die Stromversorgung in dem Vertragsgebiet in der bisherigen Weise fortgesetzt, jedoch nunmehr als Vertragspartner des Klägers. Es sei auszuschließen, daß der Vertrag überhaupt oder in der vorliegenden Form geschlossen worden wäre, wenn die Vertragsparteien nicht von der auf dem Vereinfachungsgesetz beruhenden Ordnung der oldenburgischen Elektrizitätswirtschaft ausgegangen wären.

Gegen diese - überwiegend auf tatsächlichem Gebiet liegenden - Ausführungen des Berufungsgerichts sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben.

b) Das Berufungsgericht hat einen Wegfall der Geschäftsgrundlage darin gesehen, daß Abschnitt III Kapitel 8 des Vereinfachungsgesetzes in seiner Fortgeltung durch die zum 1. Januar 1963 erfolgte Neuregelung des niedersächsischen Straßenrechts (§ 66 Abs. 5 NStrG) insoweit eingeschränkt worden sei, als dem Kläger in dem streitigen Gebiet zumindest ab 1. Oktober 1985 das Straßenbenutzungsmonopol nicht mehr zustehe.

Das hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

Der erkennende Senat ist dabei zur Überprüfung des angefochtenen Urteils auch insoweit gehalten, als dieses auf dem Vereinfachungsgesetz und auf § 66 Abs. 5 NStrG beruht. Diese Vorschriften sind entgegen der Annahme der Beklagten revisibel (in BGH Urteil vom 12. Dezember 1978 - KZR 15/77 = LM GWB § 34 Nr. 12 für § 7 Abs. 1 VereinfG offengelassen). Denn ihr Geltungsbereich erstreckt sich über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus (§ 549 Abs. 1 ZPO). Ob dies für § 66 Abs. 5 NStrG schon deshalb zutrifft, weil sich der Anwendungsbereich dieser Bestimmung trotz der auf das Vereinfachungsgesetz bezogenen und deshalb an sich auf Oldenburg beschränkten Wirkung auf ganz Niedersachsen erstreckt, kann auf sich beruhen. Seit der niedersächsischen Verwaltungs- und Gebietsreform 1974 mit Änderungen auch der Gerichtsbezirke gehören einige nicht ganz unbedeutende oldenburgische Gebietsteile nicht mehr zum Bezirk des Oberlandesgerichts Oldenburg, sondern zum Oberlandesgerichtsbezirks Celle (vgl. Zürlík, Oldenburgische Gesetze 2. Aufl. 1978 S. 5, 8/9). Für die Frage der Revisibilität einer Rechtsnorm kommt es im übrigen entgegen der Meinung der Beklagten nicht darauf an, ob die Vor-

schrift zur Zeit noch gilt oder inzwischen außer Kraft getreten ist. Wenn § 549 Abs. 1 ZPO von einer "geltenden Vorschrift" spricht, so ist dies dahin zu verstehen, daß sie bei der Entscheidung eines konkreten Falles anwendbar sein muß (Senatsurteile BGHZ 10, 367 und 24, 253, 255 = LM ZPO § 549 Nr. 21 und Nr. 39 mit Anm. Johannsen). So liegt es hier.

aa) Mit dem Inkrafttreten des Niedersächsischen Straßengesetzes am 1. Januar 1963 (§ 72 NStrG) ist nach § 71 Abs. 2 NStrG alles entgegenstehende Recht außer Kraft getreten. Wie § 66 Abs. 5 NStrG ausdrücklich bestimmt, gilt dies auch für das dem Kläger in § 7 Abs. 1 VereinfG eingeräumte Wegebenutzungsmonopol; dem Kläger ist jedoch für die von ihm bis zum Inkrafttreten des Straßengesetzes in Anspruch genommenen öffentlichen Straßen, Wege und Plätze (§ 2 Abs. 1 NStrG) Besitzstandsschutz eingeräumt.

Diese sich aus dem Wortlaut des § 66 Abs. 5 NStrG ergebende Regelung (vgl. dazu Nedden/Mecke, Handbuch des Niedersächsischen Straßenrechts 1964 § 66 NStrG Anm. 5; auch Wendrich NStrG 2. Aufl. 1981 Erl. zu § 66) wird durch die Überschrift der Vorschrift nicht eingeschränkt. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsirrtum angenommen, die in § 66 Abs. 5 NStrG getroffene Regelung sei umfassend zu verstehen und erstrecke sich nicht nur auf die in §§ 18 bis 20 NStrG geregelte "Sondernutzung", sondern auch auf die in § 23 NStrG geregelte "sonstige Nutzung", um die es vorliegend gehe (vgl. dazu auch BGHZ 52, 229 = LM NRW-LandesstraßenG Nr. 2 mit Anm. Hill).

Zwar wird in der Überschrift zu § 66 NStrG (wie auch in dessen Absatz 2) auf die "§§ 18 bis 20" verwie-

sen, nicht auch auf § 23. Ursprünglich hatte die Verweisung "§§ 18 ff." gelautet (vgl. § 67 des Regierungsentwurfs, LT-Drucks. IV/ 554 S. 3016). Die Änderung ist durch den Ausschuß für Wirtschaft und Verkehr erfolgt, und zwar zu einer Zeit, als die hier in Frage stehende Bestimmung des Absatzes 5 noch nicht in den Text der Vorschrift eingefügt war (vgl. die Niederschrift über die 32. Sitzung des Ausschusses am 12. März 1962 S. 15/16). Wenn die seinerzeit im Hinblick auf Absatz 2 erfolgte redaktionelle Änderung auch der Überschrift dann bei der späteren Einfügung des Absatzes 5 nicht entsprechend angepaßt wurde, so kann der Kläger daraus entgegen der Annahme der Revision nichts für sich herleiten. Sinn und Zweck der in § 66 Abs. 5 NStrG getroffenen Regelung sprechen für eine (mit Ausnahme der Besitzstandsregelung) uneingeschränkte Beseitigung des Wegebenutzungsvorrechts des Klägers, zumal im Text der Vorschrift selbst jeder einschränkende Zusatz fehlt.

Diese Auslegung des § 66 Abs. 5 NStrG wird auch durch dessen Entstehungsgeschichte gestützt. Aus den Gesetzmaterialien geht hervor, daß das auf § 7 Abs. 1 VereinfG beruhende Sonderrecht des Klägers beseitigt werden sollte, soweit der Kläger es nicht in Anspruch genommen hatte.

Im Regierungsentwurf war die Vorschrift noch nicht vorgesehen (vgl. § 67 des Entwurfs, Lt-Drucks. IV/554 S. 3016, 3050). Im Laufe des weiteren Gesetzgebungsverfahrens wurde erwogen, das dem Kläger durch das Vereinfachungsgesetz eingeräumte ausschließliche Wegenutzungsrecht ausdrücklich aufrechtzuerhalten, es sind aber auch Bedenken gegen sein Fortbestehen geäußert worden.

Der Ausschuß für Wirtschaft und Verkehr fügte § 66 Abs. 5 NStrG in der heute geltenden Fassung ein, weil die Aufrechterhaltung der Monopolstellung des Klägers im Hinblick auf die allgemeine Neuregelung der Straßennutzung nicht mehr zeitgemäß sei (§ 67 Abs. 5 des Entwurfs; vgl. die Niederschrift über die 48. Sitzung des Ausschusses am 5. November 1962 S. 5 ff.). Der Ausschuß empfahl dem Landtag eine entsprechende Annahme des Gesetzentwurfs (vgl. LT-Drucks. IV/981 S. 5257/5258). Während der Plenarberatung im Landtag wurde darauf hingewiesen, der Besitzstand des Klägers bleibe gewahrt, für die Zukunft sollten aber die allgemeinen Vorschriften gelten, weil eine Sonderbehandlung des Klägers gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz verstoßen würde (vgl. die Niederschrift über die 71. Sitzung des Landtags am 29. November 1962, Sp. 4074, 4081). Gegen dieses Verständnis der Vorschrift hat sich Widerspruch nicht erhoben. Die Bestimmung ist vielmehr in der vorgeschlagenen Fassung vom Landtag beschlossen worden (Niederschrift aaO Sp. 4088, 4089/4090).

bb) Das Berufungsgericht hat angenommen, der Kläger habe das ihm nach dem Vereinfachungsgesetz eingeräumte Straßenbenutzungsrecht in dem streitigen Gebiet bislang nicht in Anspruch genommen, insbesondere nicht durch den 1939/1957 geschlossenen Stromversorgungsvertrag. Die Revision greift dies an. Die Frage bedarf jedoch keiner abschließenden Entscheidung.

Der Kläger hat in dem hier streitigen Gebiet der drei Gemeinden weder selbst noch durch die mit ihm verbundene EWE dadurch von seinem Recht Gebrauch gemacht, daß er Stromleitungen verlegt oder ihre Verlegung mit

dem Straßeneigentümer vertraglich geregelt hätte (vgl. Niederschrift über die 48. Sitzung des Ausschusses für Wirtschaft und Verkehr am 5. November 1962 S. 6; auch Nedden/Mecke § 66 NStrG Anm. 5). Die Elektrizitätsversorgung erfolgt dort vielmehr seit Jahrzehnten durch die Beklagten.

Ob der Kläger durch den Abschluß des Vertrages von 1939/1957 das ihm nach dem Vereinfachungsgesetz zukommende Straßennutzungsmonopol im Sinne des § 66 Abs. 5 NStrG in Anspruch genommen hat, kann offenbleiben. Selbst wenn man dies mit der Revision annimmt, gilt es jedenfalls längstens für die Laufzeit des Vertrages, d.h. bis zum 30. September 1985. Dem Kläger ist nach § 66 Abs. 5 NStrG Besitzstandsschutz nur gewährt, "so weit" er von seinem Wegerecht Gebrauch gemacht hat. Diese Einschränkung gilt sachlich, räumlich und zeitlich. Für die Zeit ab 1. Oktober 1985 liegt eine Inanspruchnahme nicht mehr vor (vgl. auch die für Sondernutzungen geltende Übergangsregelung in § 66 Abs. 2 NStrG und dazu Nedden/Mecke § 66 NStrG Anm. 2).

Jedenfalls für die hier streitige Zeit ab 1. Oktober 1985 genießt der Kläger deshalb keinen Besitzstandsschutz mehr; insoweit steht ihm das Wegenutzungs-vorrecht nicht mehr zu.

cc) Der Kläger kann sich entgegen der Annahme der Revision auch nicht darauf berufen, ihm sei jedenfalls das in § 7 Abs. 1 VereinfG mit aufgeführte Recht zu ausschließlichen Benutzung der öffentlichen Gewässer verblieben.

Es trifft zwar zu, daß § 66 Abs. 5 NStrG zumindest seinem Wortlaut nach eine Regelung nur für "öffentliche Straßen" enthält. Bei der Gesetzesberatung ist dieser Umstand bedacht worden. In der 48. Sitzung des Ausschusses für Wirtschaft und Verkehr am 5. November 1962 wurde darauf hingewiesen, das Straßengesetz könne nur Regelungen über Nutzungsrechte an Straßen enthalten, § 7 Abs. 1 VereinfG sei aber insgesamt nicht mehr anzuwenden (vgl. die Niederschrift S. 7). Widerspruch hiergegen hat sich nicht erhoben.

Hinzu kommt, daß im Elektrizitätsversorgungsrecht traditionell auf die Befugnis zur (ausschließlichen) Benutzung der öffentlichen Wege abgestellt wird. Die Stromverteilung ist leitungsgebunden. Sie erfolgt über aufwendige feste Leitungswege, für deren Verlegung und Betrieb sich in erster Linie das öffentliche Wegenetz anbietet. Es ist anerkannt, daß in einem bestimmten Gebiet sinnvollerweise nur ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen tätig wird, das sich dann durch Konzessionsverträge das Recht zur Benutzung der öffentlichen Wege als Grundlage für seine Versorgung sichert (vgl. BGHZ 59, 42, 45). Das Recht zur Benutzung auch der Gewässer tritt demgegenüber zurück. Ihm kommt in diesem Zusammenhang herkömmlicherweise nur untergeordnete Bedeutung zu. Nicht anders haben es hier auch die Parteien des 1939 geschlossenen Vertrages gesehen: In § 1 Nr. 2 des Vertrages ist nur auf das Recht zur Benutzung der öffentlichen Straßen, Wege, Brücken und Plätze abgestellt. Der Kläger hat es nicht für notwendig erachtet, auch die Übertragung des Gewässernutzungsvorrechts anzusprechen. Daß die Eigentümer der in Betracht kommenden Gewässer

deren Nutzung zum Zwecke der Stromversorgung mißbilligten, kann nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht angenommen werden (vgl. dazu auch BGH Urteil vom 12. Dezember 1978 - KZR 15/77 = LM GWB § 34 Nr. 12).

Wenn das Berufungsgericht unter diesen Umständen die Berufung des Klägers auf sein Gewässernutzungsvorrecht, soweit es ihm überhaupt noch zusteht, jedenfalls als rechtsmißbräuchlich und daher unbeachtlich angesehen hat (§ 242 BGB), so ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

dd) § 66 Abs. 5 NStrG hat nun zwar § 7 Abs. 1 VereinfG dahin eingeschränkt, daß das Wegebenutzungsmonopol des Klägers vorbehaltlich der Wahrung seines Besitzstandes beseitigt worden ist. Zumindest ihrem Wortlaut nach hat die Vorschrift aber § 1 Abs. 1 Satz 4 und Abs. 7 VereinfG nicht berührt. Die Revision leitet daraus her, das nach wie vor ausschließliche Recht des Klägers zur regionalen Stromversorgung könne nicht zweifelhaft sein, da die Versorgung der Bevölkerung mit elektrischer Energie den Gemeinden jedenfalls nicht zustehe.

Es kann dahinstehen, ob durch die Regelungen des Vereinfachungsgesetzes über die Einräumung eines Wegenutzungsvorrechts hinaus zugleich ein Stromversorgungsmonopol des Klägers geschaffen oder vielmehr nur die verwaltungsmäßige Koordination und Organisation der Stromversorgung durch den Kläger festgelegt werden sollten. Die ausschließliche Zuweisung der Stromversorgung an einen öffentlichen Träger entspricht allerdings nicht der allgemeinen Konzeption des Energiewirtschaftsrechts in Deutschland. Vorbehaltlich der durch das Energiewirt-

schaftsrecht gezogenen Schranken stehen der Betrieb von Energieversorgungsunternehmen und die Verteilung elektrischen Stromes unbeschadet der tatsächlichen Entwicklung der Energiewirtschaft an sich jedermann offen (vgl. Stern AöR 84, 137, 152/153). Keiner Entscheidung bedarf auch die Frage, ob durch die Zuweisung eines Stromversorgungsmonopols an einen kommunalen Zweckverband jedenfalls heute die in Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 44 NVerf festgelegte Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung berührt würde (vgl. dazu auch Senatsurteil BGHZ 63, 196, 199 f.).

Das Berufungsgericht hat angenommen, das dem Kläger durch das Vereinfachungsgesetz zugewiesene Versorgungsgebiet sei durch die Neuregelung des niedersächsischen Straßenrechts jedenfalls in dem Maße eingeschränkt worden, in dem dem Kläger dort das Wegenutzungsvorrecht nicht mehr zustehe. Dagegen bestehen keine rechtlichen Bedenken.

Wie angeführt, stellt die Verfügungsmöglichkeit über die öffentlichen Wege die Grundlage für die Durchführung der Stromversorgung dar. Ohne diese Verfügungsmöglichkeit ist eine Lieferung von elektrischer Energie praktisch nicht möglich und für eine Zuweisung der Stromversorgung an einen bestimmten Versorgungsträger kein Raum (vgl. BGH Urteil vom 27. Oktober 1969 - KZR 2/69 - aaO). Das gesetzliche Recht des Klägers zur Nutzung der öffentlichen Straßen in den drei Gemeinden entfällt ab 1. Oktober 1985. Ihm ist es nicht gelungen, sich ein solches Recht durch Abschluß von Konzessionsverträgen mit den Gemeinden oder auf sonstige Weise zu sichern. In Ermangelung eines Wegebenutzungsrechts steht deshalb dem Kläger zumindest ab 1. Oktober 1985 das von ihm in Anspruch

genommene ausschließliche Recht zur regionalen Stromversorgung in dem streitigen Gebiet nicht mehr zu.

c) Die Revision rügt weiter, das angefochtene Urteil lasse eine zutreffende Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage auch nach der Rechtsfolge hin vermissen. Auch diese Rüge greift nicht durch.

Das Berufungsgericht hat jedenfalls im Ergebnis nicht verkannt, daß ein Wegfall der Geschäftsgrundlage grundsätzlich nicht zur Auflösung des Vertrages führt, sondern zur Anpassung seines Inhalts an die veränderten Umstände in einer Form, die den berechtigten Interessen beider Parteien Rechnung trägt (stRspr.; vgl. BGHZ 47, 48, 52). Diesem Erfordernis ist indes hier schon dadurch Genüge getan, daß zwischen dem Inkrafttreten des Niedersächsischen Straßengesetzes am 1. Januar 1963 (§ 72 NStrG) und dem Auslaufen des Vertrages am 30. September 1985 ein Zeitraum von mehr als 20 Jahren liegt. Darüber hinaus kommt eine weitere Zeit der Anpassung an die veränderten Verhältnisse nicht in Betracht. Das ausschließliche Wegenutzungsvorrecht ist dem Kläger seit 1963 genommen (§ 66 Abs. 5 Satz 2 NStrG). Das Gesetz sieht mit der Besitzstandsklausel in § 66 Abs. 5 Satz 1 NStrG selbst eine Anpassung an die veränderte Rechtslage vor. In Anbetracht der im vorliegenden Fall eingreifenden langen Frist vom Inkrafttreten der Neuregelung bis zum Vertragsablauf ist für eine noch weitergehende Anpassung kein Raum.

3. Ansprüche des Klägers aus § 823 Abs. 2 und § 826 BGB hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum verneint.

Die Beklagten haben weder gegen ein den Schutz des Klägers bezweckendes Gesetz verstoßen noch dem Kläger in sittenwidriger Weise vorsätzlich Schaden zugefügt. Der Abschluß der (neuen) Konzessionsverträge mit den drei Gemeinden für die Zeit ab 1. Oktober 1985 stellt sich aufgrund der durch das Niedersächsische Straßengesetz erfolgten Änderung des Vereinfachungsgesetzes, wie ausgeführt, nicht als unzulässig dar.

Aus diesem Grunde ist auch ein Anspruch des Klägers aus § 1 UWG zu verneinen.

### III.

Die Revision des Klägers ist nach allem mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Krohn

Tidow

Boujong

Halstenberg

Werp