

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB §§ 812 Abs. 1 Satz 1, 818 Abs. 2 und 3;

EnWG § 6 Abs.1; KAV §§ 1-4

Zur Frage der Bereicherungshaftung eines Energieversorgungsunternehmens, das zum Zweck der Stromversorgung von Letztverbrauchern gemeindliche Wege- und Straßengrundstücke nutzt, ohne daß mit der Gemeinde ein Konzessionsvertrag besteht.

BGH, Urt. v. 21. März 1996 - III ZR 245/94 - OLG Naumburg

LG Magdeburg

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 245/94

Verkündet am:
21. März 1996
Th i e s i e s
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

E [REDACTED] Aktiengesellschaft,
vertreten durch die Vorstandsmitglieder Hans Christoph
L [REDACTED], Uwe N [REDACTED] und Edwin U [REDACTED],
E [REDACTED] ring [REDACTED], M [REDACTED],

Beklagte, Revisionsklägerin
und Anschlußrevisionsbeklagte,

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

g e g e n

Stadtwerke S [REDACTED] GmbH,
vertreten durch den Geschäftsführer Hans H. B [REDACTED],
G [REDACTED] Straße [REDACTED], S [REDACTED],

Klägerin, Revisionsbeklagte
und Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. März 1996 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne und die Richter Dr. Wurm, Dr. Deppert, Streck und Schlick

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und die Anschlußrevision der Klägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 30. Juni 1994 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht über die Zahlungsklage betreffend die Wegenutzung in den Jahren 1992 und 1993 und über die Feststellungsklage entschieden hat. In Höhe eines Teilbetrags von 70.000 DM (Wegenutzung im Jahre 1991) verbleibt es unter Zurückweisung der Anschlußrevision bei der Abweisung der Klage.

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

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Das beklagte Energieversorgungsunternehmen (E), Rechtsnachfolger des V-Energiekombinats M, beliefert das Gebiet der Stadt S mit Strom. Zwischen der Stadt, die in naher Zukunft die Stromversorgung ihrer Einwohner durch die zu diesem Zwecke gegründete Klägerin (Stadtwerke GmbH) selbst in die Hand nehmen möchte, und der Beklagten kam ein Konzessionsvertrag nicht zustande.

Die Beklagte legte ihren 1992 im Versorgungsgebiet (auch) der Stadt S gültigen (genehmigten) Strompreistarifen prognostizierte Konzessionsabgabenzahlungen zugrunde. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte bereits 1991 im Gebiet der Stadt S ein konzessionsabgabenbezogenes Entgeltaufkommen von mindestens 70.000 DM erzielt.

Nach dem endgültigen Scheitern der Verhandlungen über den Abschluß eines Konzessionsvertrags vergütete die Beklagte den in S ansässigen Tarifkunden die von Januar bis März 1993 vereinnahmten Konzessionsabgaben-Entgelte im Wege der Gutschrift. Seit 1. April 1993 stellt ihnen die Beklagte diese Entgeltanteile nicht mehr in Rechnung.

Die Stadt S hat ihre Ansprüche "auf Zahlung von Wegenutzungsentgelt/Konzessionsabgabe für die Zeit ab dem 3. Oktober 1990" an die Klägerin abgetreten. Die Klägerin ist der Auffassung, daß die Beklagte aus ungerechtfertigter Bereicherung für die Benutzung der öffentlichen Verkehrswege

der Stadt S [REDACTED] zum Zwecke der Stromversorgung ein auf der Grundlage der nach der Konzessionsabgabenverordnung zulässigen Höchstbeträge zu berechnendes Entgelt schuldet. Die Klägerin verlangt mit der Klage Zahlung von 1.575.565 DM für die Jahre 1991 bis 1993, wobei für 1991 nur ein Teilbetrag von 70.000 DM geltend gemacht wird. Weiterhin begehrt sie festzustellen, daß die Beklagte für die Zeit vom 1. Januar 1994 bis zur Übernahme der Stromversorgung durch sie, die Klägerin, verpflichtet ist, Konzessionsabgaben nach Maßgabe des zulässigen Höchstsatzes zu entrichten.

Das Landgericht hat der Klägerin die Hälfte des für die Jahre 1992 und 1993 verlangten Betrags zugesprochen; die weitergehende Klage hat es abgewiesen. Auf die Berufung beider Parteien hat das Oberlandesgericht der Klägerin bezüglich der für die Jahre 1992 und 1993 geltend gemachten Konzessionsabgaben weitere 25 v.H. zugesprochen und festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet ist, ab 1. Januar 1994 an die Klägerin Konzessionsabgaben in Höhe von 3/4 des gesetzlich zugelassenen Höchstsatzes auf der Grundlage des Stromverbrauchs im Gebiet der Stadt S [REDACTED] zu zahlen. Hinsichtlich des für das Jahr 1991 verlangten Teilbetrags von 70.000 DM ist es bei der Klageabweisung geblieben.

Mit der Revision tritt die Beklagte dem Klageanspruch weiterhin entgegen. Die Klägerin verfolgt mit der unselbständigen Anschlußrevision ihr Klageziel in vollem Umfange weiter.

Entscheidungsgründe

Revision und Anschlußrevision führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache, soweit das Berufungsgericht über das ab 1. Januar 1992 zu zahlende bereicherungsrechtliche Nutzungsäquivalent entschieden hat (Leistungs- und Feststellungsklage). Hinsichtlich des für 1991 begehrten Nutzungsentgelts hat die Abweisung der Klage durch die Vorinstanzen Bestand. Die Anschlußrevision bleibt insoweit ohne Erfolg.

A.

Zur Revision der Beklagten

Die Stadt S. und das beklagte E. haben zu keinem Zeitpunkt einen Konzessionsvertrag abgeschlossen, durch den dem E. das Recht zur unmittelbaren Stromversorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet eingeräumt wird (vgl. § 1 Abs. 2 der Konzessionsabgabenverordnung v. 9. Januar 1992, BGBl. I S. 12). Ein vertraglicher Anspruch auf Zahlung einer Konzessionsabgabe scheidet daher aus; er läßt sich auch nicht über den Weg einer ergänzenden Vertragsauslegung - was zumindest voraussetzen würde, daß in der Vergangenheit zwischen den Parteien bzw. ihren Rechtsvorgängern konzessionsvertragliche Beziehungen bestanden hätten - oder über eine Anwendung der Rechtsfigur des faktischen Vertrags begründen (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 10. Oktober 1990

- VIII ZR 370/89 - NJW-RR 1991, 176 f). Als Anspruchsgrundlage für die Zahlung von Konzessionsabgaben bzw. eines Wegebenehrens kommt daher nur § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB in Betracht. Dies ist auch die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts. Revision und Revisionserwiderung sehen dies nicht anders.

I.

Soweit sich die Revision dagegen wendet, daß das Berufungsgericht wegen der Inanspruchnahme der öffentlichen Straßen und Wege der Stadt S. [REDACTED] zu Zwecken der Stromversorgung des Stadtgebiets die Tatbestandsvoraussetzungen des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB bejaht hat, sind ihre Angriffe nicht begründet.

1. Im Ergebnis zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Vorschriften der Konzessionsabgabenverordnung keine abschließende Entgeltregelung darstellen, neben der kein Raum mehr für einen Nutzungswertersatz auf bereicherungsrechtlicher Grundlage ist.

a) Nach der Definition der Verordnung (§ 1 Abs. 2 KAV) sind Konzessionsabgaben das Entgelt für die Einräumung des Rechts zur unmittelbaren (Strom- bzw. Gas-)Versorgung von Letztverbrauchern. Der vertragliche Charakter dieser "Abgabe" sowie der Umstand, daß sich die Bestimmungen der Konzessionsabgabenverordnung nicht ausdrücklich dazu verhalten, ob und welche Entgelte oder Ausgleichszahlungen für den Falle

eines "vertragslosen" Zustands geschuldet werden, besagen aber für sich genommen noch nicht, daß in einem solchen Falle die Gemeinde überhaupt nichts, auch nicht im Wege eines Bereicherungsausgleichs, verlangen kann.

Ein Konzessionsvertrag zwischen Gemeinde und EVU ist dem bürgerlichen Recht zuzuordnen, wobei die Konzessionsabgabe das privatrechtliche Entgelt dafür ist, daß die Gemeinde im Rahmen eines gegenseitigen Vertrags im Sinne der §§ 320 ff BGB dem EVU (u.a.) das Recht zur Benutzung kommunaler (Wege-)Grundstücke zum Zwecke der Stromversorgung mittels Leitungen einräumt. Somit stellt sich die Nutzung gemeindlicher Wegegrundstücke ohne eine solche vertragliche Grundlage durch ein E [REDACTED] zwanglos als Inanspruchnahme eines Vermögensvorteils dar, der nach der von der Rechtsordnung - und zwar der Konzessionsabgabenverordnung selbst - vorgenommenen Güterverteilung der Gemeinde gebührt. Bei dieser Sachlage kann das "Schweigen" des Verordnungsgebers zur Frage eines möglichen Bereicherungsausgleichs nicht als hinreichende Rechtfertigung dafür dienen, die Gemeinde müsse die auf ihre Kosten vorgenommene Nutzung ihrer Wegegrundstücke in jedem Falle entschädigungslos hinnehmen.

Ohne Aussagekraft ist insoweit der Hinweis der Revision auf die "Vorgängerbestimmungen" der Konzessionsabgabenverordnung, und zwar insbesondere auf § 1 der Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände (KAE, BAnz. 1975 Nr. 49). Danach durften nach dem 8. März 1941 Konzessionsabgaben nicht

mehr neu eingeführt oder erhöht werden. Zwar hätte es Sinn und Zweck dieser Bestimmung, zur Vermeidung von Kostensteigerungen für Stromlieferungen die Zahlung von Konzessionsabgaben auf einem bestimmten Stand "einzufrieren", in der Tat widersprochen, einer Gemeinde, die zu diesem Zeitpunkt keinen Konzessionsvertrag abgeschlossen hatte, gegen das ihr Gebiet versorgende E einen Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zuzubilligen. Diese Zwecksetzung der früheren Konzessionsabgabenregelung war aber im Beitrittsgebiet nie aktuell geworden. Nach § 60 Abs. 1 der Kommunalverfassung der DDR vom 17. Mai 1990 (GBl. I S. 255), die in den neuen Bundesländern nach Anl. II Kap. II Sachgeb. B Abschn. I des Einigungsvertrags zunächst fortgegolten hat (vgl. nunmehr § 124 GemO Sachsen-Anhalt), waren Gemeinden befugt, Energieverträge und Konzessionsverträge abzuschließen. Dabei waren die Gemeinden sogar ausdrücklich dazu verpflichtet, (u.a.) ihre eigenen wirtschaftlichen Interessen zu wahren. In den alten Bundesländern war die Einschränkung des § 1 Abs. 1 KAE praktisch durch die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. November 1990 (BVerwGE 87, 133), in der das Verbot der Neueinführung von Konzessionsabgaben für unwirksam erachtet wurde, gegenstandslos geworden. Die neue Konzessionsabgabenverordnung eröffnet nunmehr ausdrücklich allen Gemeinden die Möglichkeit, einen Konzessionsvertrag abzuschließen.

b) Ein Bereicherungsausgleich zwischen E und Gemeinde steht auch nicht, wie die Revision meint, in Widerspruch zu § 3 KAV (a.A. Salje, ET 1994, 56, 60 f). Danach dürfen neben oder anstelle von Konzessionsabgaben nur bestimmte, abschließend aufgezählte Leistungen vereinbart oder gewährt

werden. Der Kostendämpfungs- und Preisbegrenzungsfunktion dieser Bestimmung, wonach insbesondere die sich aus § 2 KAV ergebenden Höchstsätze nicht über den Weg von Neben- oder Zusatzvereinbarungen überschritten werden dürfen, steht die Zuerkennung eines Bereicherungsanspruchs im Rahmen dieser Höchstsätze - und nur darum geht der Streit - nicht entgegen.

c) Ein Verbot, eine Gemeinde wegen der "vertragslosen" Nutzung ihrer Wegegrundstücke durch ein E. ein bereicherungsrechtliches Nutzungsäquivalent zuzubilligen, ergibt sich auch nicht aus § 4 KAV.

Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 KAV sind die Konzessionsabgaben in den allgemeinen Tarifen auszuweisen (Transparenzgebot). Zahlt ein E. vereinbarungsgemäß keine oder unterhalb der zulässigen Höchstbeträge liegende Konzessionsabgaben, so sind nach § 4 Abs. 2 KAV die Tarifpreise in der betreffenden Gemeinde entsprechend herabzusetzen (Absenkungsgebot). Diese Bestimmung betrifft indes unmittelbar nur die Stromversorgungsverträge des E. mit seinen Tarifkunden. Daher läßt sich bei einer Anwendung dieser Bestimmung auch in einem konzessionsvertragslosen Zustand zunächst nur entnehmen, daß das E. ein Wegenutzungsentgelt auf bereicherungsrechtlicher Grundlage nicht ohne weiteres über die Strompreise an seine Kunden im Gemeindegebiet "weitergeben" kann. Solche energiepreisrechtlichen Konsequenzen mögen sich nach § 818 Abs. 3 BGB auf den Umfang des Bereicherungsanspruchs auswirken (vgl. eingehend hierzu die Ausführungen zu III); ein völliger Ausschluß eines Bereicherungsausgleichs läßt sich daraus nicht herleiten, zumal wenn wie hier das beklagte E. unge-

achtet des bestehenden vertragslosen Zustands zeitweise bei seinen Tarifikunden konzessionsabgabenbezogene Entgelte erhoben hat (a.A. Pérez-Maletz, RdE 1995, 23 ff).

2. Infolge der (unentgeltlichen) Nutzung des öffentlichen Verkehrsnetzes der Stadt S [REDACTED] hat die Beklagte auf deren Kosten einen Vermögensvorteil erlangt. Dabei kann offenbleiben, ob dieser Vorteil durch eine Leistung der Stadt - da diese im Interesse einer Aufrechterhaltung der Stromversorgung ihrer Einwohner die Inanspruchnahme ihres Wegeigentums durch die Beklagte willentlich duldet - oder, wovon das Berufungsgericht ausgeht, auf sonstige Weise eingetreten ist.

Soweit die Revision demgegenüber schon in Abrede stellt, daß die Beklagte infolge der Nutzung kommunaler Wegegrundstücke überhaupt "etwas" im Sinne des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB erlangt hat, ist dem nicht zu folgen.

Der Hinweis der Revision darauf, daß das Eigentum einer Gemeinde an ihren Verkehrswegen bereits durch den öffentlich-rechtlichen Widmungszweck erheblich eingeschränkt ist, geht schon deshalb fehl, weil die Benutzung öffentlichen Wegeigentums für Zwecke der Stromversorgung nicht als Gemeingebrauch oder Sondernutzung einzustufen ist, sondern sich nach bürgerlichem Recht richtet (vgl. § 8 Abs. 10 FStrG sowie § 23 Abs. 1 des Straßengesetzes Sachsen-Anhalt; zum Straßenrecht der DDR vgl. die Ausführungen zu 3 b). Unerheblich ist weiter, daß das Eigentum einer Gemeinde nicht wie das Eigentum einer Privatperson den Schutz des Art. 14 GG genießt. Daraus läßt sich, worauf die Revisionserwiderung

zutreffend hinweist, keineswegs schließen, daß kommunalem (Wege-)Eigentum von vornherein der Charakter eines vermögenswerten Gutes abgesprochen werden müßte. Der fehlende Grundrechtsschutz bedeutet allenfalls, daß es der Gesetzgeber ohne Verstoß gegen Art. 14 GG in der Hand hätte, den Gemeinden aufzuerlegen, eine Inanspruchnahme ihrer Verkehrsflächen für die Verlegung und den Betrieb von Stromleitungen entschädigungslos zu dulden. Eine solche Regelung - vergleichbar dem § 1 des Telegraphenwegegesetzes - hat der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber gerade nicht getroffen, sondern wie ausgeführt durch den Erlaß der Konzessionsabgabenverordnung allen Gemeinden den Weg zu einer "Kommerzialisierung" ihres Wegeeigentums für diese Zwecke eröffnet.

3. Die Inanspruchnahme der städtischen Wegegrundstücke ohne (konzessions-)vertragliche Grundlage durch die Beklagte geschah auch ohne rechtlichen Grund.

a) Ein Recht der Beklagten auf Nutzung gemeindlicher Grundstücke läßt sich für den Zeitraum ab dem 1. Januar 1992 nicht (mehr) aus den Bestimmungen der Energieverordnung der DDR vom 1. Juni 1988 (GBl. I S. 89) herleiten. Nach § 29 EnVO war das stromversorgende Energiekombinat grundsätzlich berechtigt, Grundstücke und Bauwerke dauernd und zeitweilig für Energiefortleitungsanlagen mitzunutzen. Die §§ 19, 20 der Zweiten Durchführungsbestimmung zur Energieverordnung - Bevölkerung - vom 1. Juni 1988 (GBl. I S. 110) wiederum legten fest, ob und in welcher Höhe für diese Mitnutzung ein Entgelt zu entrichten war.

Diese Bestimmungen galten jedoch nach Anl. II Kap. V Sachgeb. D Abschn. III Nr. 4 Buchst. b Satz 2 des Einigungsvertrags für bestehende Mitbenutzungsrechte an Grundstücken von Städten und Gemeinden für Energiefortleitungsanlagen, die der kommunalen Versorgung dienen, nur bis zum 31. Dezember 1991 fort, soweit nicht bereits vorher ein wirksamer Konzessionsvertrag abgeschlossen wurde. Damit ist spätestens nach diesem Zeitpunkt ein etwaiges (unentgeltliches) Mitbenutzungsrecht der Beklagten entfallen.

b) Ein Nutzungsrecht der Beklagten über den 31. Dezember 1991 hinaus läßt sich, wie das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht annimmt, auch nicht auf § 13 der Straßenverordnung der DDR vom 22. August 1974 (GBl. I S. 515) stützen, die in Sachsen-Anhalt bis zum Inkrafttreten des Landesstraßengesetzes am 10. Juli 1993 noch als Landesrecht weitergegolten hat (vgl. Anl. II Kap. XI Sachgeb. D Abschn. III Nr. 1 des Einigungsvertrags einerseits sowie Art. 3 des Straßengesetzes Sachsen-Anhalt andererseits).

Nach dieser Bestimmung bedurften Sondernutzungen, zu denen im Unterschied zum Bundesfernstraßengesetz und den Straßengesetzen der (alten) Bundesländer auch Energiefortleitungsanlagen gehörten (so deutlich § 13 Abs. 4 Satz 2 der Straßenverordnung DDR), der vorherigen Zustimmung des jeweiligen Rechtsträgers oder Eigentümers der Straße. Aber selbst wenn, wozu Feststellungen des Berufungsgerichts fehlen, vorliegend der Rechtsvorgängerin der Beklagten eine solche Zustimmung zur (unentgeltlichen) Sondernutzung erteilt worden wäre, ließen sich hierauf keine Nutzungsrechte der Beklagten (mehr) gründen. Dabei kann offenbleiben, ob bereits mit

Erlaß der Energieverordnung DDR im Jahre 1988 bezüglich der Mitbenutzung von Straßen für Energieversorgungsleitungen die Straßenverordnung DDR insoweit nach den Grundsätzen der Spezialität und Posteriorität nicht mehr anwendbar war (in diesem Sinne Seeliger, RdE 1993, 103, 105; a.A. Salje, aaO, S. 57). Denn mit der Regelung, die Geltungsdauer der Energieverordnung DDR hinsichtlich der Mitbenutzungsrechte an kommunalen Wegegrundstücken auf den 31. Dezember 1991 zu beschränken, verfolgte der Einigungsvertragsgesetzgeber erkennbar das Ziel, ab dem 1. Januar 1992 bundesweit den Weg für eine umfassende Neuregelung der Nutzungsverhältnisse an kommunalen (Wege-)Grundstücken zu Zwecken der Energieversorgung frei zu machen. Dies ist mit Erlaß der Konzessionsabgabenverordnung geschehen, deren Inkrafttreten der Verordnungsgeber bewußt im Interesse der neuen Bundesländer zum 1. Januar 1992 (§ 9 KAV) angeordnet hat (vgl. Pérez-Maletz, aaO, sowie Schreiben des Bundesministers für Wirtschaft vom 24. September 1992, Punkt 39, abgedruckt in RdE 1993, 35 und bei Feuerborn/Riechmann, Kommentar zur Konzessionsabgabenverordnung, 1994, Anhang 19). Mit dieser Intention des Einigungsvertragsgesetzgebers wäre es nicht zu vereinbaren, wenn auch noch nach dem 1. Januar 1992 ein E unter Berufung auf die Straßenverordnung oder sonstige weiterhin gültige Bestimmungen des DDR-Rechts ein Recht zur (unentgeltlichen) Nutzung kommunaler Wegegrundstücke geltend machen könnte.

c) Ein Rechtsgrund im Sinne des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB läßt sich insbesondere auch nicht aus § 6 Abs. 1 des Energiewirtschaftsgesetzes herleiten, das nach Anl. I Kap. V Sachgeb. D Abschn. III Nr. 11 des Einigungsvertrags seit dessen Inkrafttreten auch im Beitrittsgebiet gilt.

aa) Allerdings knüpft die in § 6 Abs. 1 EnWG statuierte allgemeine Anschluß- und Versorgungspflicht eines E[REDACTED] allein an die faktische Versorgung an; sie ist insbesondere nicht vom Bestehen eines Konzessionsvertrags abhängig (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 1990, aaO). Es wäre daher der Beklagten verwehrt, wegen des Fehlens eines Konzessionsvertrags die Versorgung ihrer Tarifikunden im Gebiet der Stadt S[REDACTED] einzustellen.

bb) Ob angesichts des § 6 Abs. 1 EnWG die Stadt S[REDACTED] der Beklagten die Inanspruchnahme der gemeindeeigenen Wegegrundstücke zu Zwecken der Stromversorgung nach § 1004 Abs. 1 BGB untersagen könnte (verneinend BGH, Urteil vom 27. Oktober 1969 - KZR 2/69 - ET 1970, 219), kann dahinstehen. Jedenfalls hat die Stadt S[REDACTED] zu keinem Zeitpunkt einen solchen Unterlassungsanspruch geltend gemacht. Sie würde im übrigen mit einem solchen Verlangen, da sie bisher nicht in der Lage war bzw. ist, die Stromversorgung ihrer Einwohner selbst zu übernehmen oder (durch Abschluß eines Konzessionsvertrags mit einem anderen E[REDACTED]) anderweitig sicherzustellen, die ihren Einwohnern gegenüber bestehenden Pflichten verletzen. Die Durchführung der Wasser- und Energieversorgung gehört zu den typischen, die Daseinsvorsorge betreffenden Aufgaben der kommunalen Gebietskörperschaften (vgl. nur BVerfG JZ 1990, 335, siehe auch § 2 Abs. 2 der Kommunalverfassung der DDR). Die Stadt S[REDACTED] hat demnach im Rahmen der örtlichen Daseinsvorsorge für eine ausreichende Stromversorgung ihrer Einwohner Sorge zu tragen bzw. alles zu vermeiden, was diese Versorgung gefährden könnte.

cc) Auch wenn daher die Stromversorgung der im Gemeindegebiet ansässigen Letztverbraucher ohne Rücksicht auf das Bestehen eines Konzessionsvertrags normativ abgesichert ist, und die Aufrechterhaltung der Stromversorgung zwangsläufig mit dem (weiteren) Gebrauch der kommunalen Wegegrundstücke durch die Beklagte verbunden ist, besagt dies noch nicht, daß das beklagte E die Wegegrundstücke der Stadt S mit Rechtsgrund im Sinne des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB nutzt. Dazu wäre es vielmehr weiterhin erforderlich festzustellen, daß die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen hinsichtlich der "materiellen" Nutzungsbefugnisse entgegen der Eigentumslage eine (endgültige) Neuordnung der Güterzuordnung herbeiführen wollen; denn nur dann stellten diese Normen einen "Rechtsgrund für das Behaltendürfen" bereit (vgl. BGH, Urteil vom 26. November 1980 - V ZR 153/79 - NJW 1981, 1601, 1602). Ein so tiefgreifender Einschnitt in die bestehende Vermögenszuordnung ist auch nach Sinn und Zweck des § 6 Abs. 1 EnWG nicht gerechtfertigt. § 6 Abs. 1 EnWG vermag daher der Beklagten keinen Rechtsgrund für eine unentgeltliche Inanspruchnahme des Straßen- und Wegenetzes der Stadt S zu vermitteln (in diesem Sinne, wenn auch nicht unter spezifisch bereicherungsrechtlichen Aspekten, BGH, Urteil vom 27. Oktober 1969, aaO, S. 220 f; a.A. Pérez-Maletz, aaO, S. 24 f und wohl auch Riechmann, Versorgungswirtschaft 1995, 77, 81 und Salje, aaO, S. 62, vgl. aber auch S. 58: Die Duldungsverpflichtung bedeutet nicht, daß die Benutzung zwingend unentgeltlich hingenommen werden muß).

d) Ausgehend von dieser Rechtslage läßt sich auch (erst recht) nicht, wie die Revision meint, in Anlehnung an die "Ruhrschnellweg"-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGHZ

37, 353) ein Benutzungsrecht besonderer Art konstruieren, das einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nahekammt. Weder die genannten Bestimmungen des DDR-Rechts noch die des Einigungsvertrags oder gar des Energiewirtschaftsgesetzes geben für eine solche "Verdinglichung" eines (früheren) Nutzungsrechts der Versorgungsunternehmen etwas her. Dies wird im übrigen bestätigt durch das Grundbuchbereinigungsgesetz (Art. 2 des Registerverfahrenbeschleunigungsgesetzes vom 20. Dezember 1993, BGBl. I S. 2182). Durch § 9 Abs. 1 GBBerG wird zwar den Versorgungsunternehmen in den neuen Bundesländern eine gesetzliche, mit dem Inkrafttreten dieser Vorschrift entstehende, beschränkte persönliche Dienstbarkeit hinsichtlich der vorhandenen Versorgungsleitungen eingeräumt. Dies gilt aber nach § 9 Abs. 2 GBBerG gerade nicht für die hier in Rede stehenden (kommunalen) öffentlichen Verkehrswege und Verkehrsflächen.

II.

Das Berufungsgericht veranschlagt das bereicherungsrechtliche Äquivalent für die rechtsgrundlose Benutzung der Wegegrundstücke der Stadt S [REDACTED] mit 75 v.H. des Betrags, den die Beklagte und die Stadt im Falle eines Konzessionsvertragsschlusses als Konzessionsabgabe höchstens hätten vereinbaren können (§ 2 KAV).

Hierzu führt das Berufungsgericht aus: Anspruchsmindernd falle ins Gewicht, daß die Beklagte ohne Konzessionsvertrag keine langfristige Nutzungsmöglichkeit habe. Weiter-

hin sei (zugunsten der Klägerin) zu berücksichtigen, daß die Beklagte und die Stadt S [REDACTED] ein Investitionsschutzabkommen abgeschlossen hätten, wonach für zwischenzeitliche Investitionen der Beklagten eine Ausgleichszahlung bei der Übernahme des Versorgungsnetzes durch die Klägerin zu leisten sei. Da die Beklagte trotz der relativ kurzen Zeit bis zur Übernahme der Stromversorgung durch die Klägerin diese Versorgung im Stadtgebiet ständig gewährleisten müsse, sei dies in ihrem Geschäftsbetrieb, insbesondere im Personalbereich, mit Aufwendungen verbunden, die eine Herabsetzung der üblicherweise zu zahlenden Konzessionsabgaben rechtfertigten.

Diese Erwägungen halten im Ergebnis der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Entgegen der Rechtsauffassung der Revision ist dem Berufungsgericht allerdings darin zuzustimmen, daß bei der Bemessung des Wertersatzes nach § 818 Abs. 2 BGB im Ausgangspunkt von der Konzessionsabgabenverordnung auszugehen ist.

Ist Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB zu leisten, so ist für die Wertbestimmung der objektive Verkehrswert des Erlangten maßgeblich. Dieser Verkehrswert findet in der üblichen oder - in Ermangelung einer solchen - in der angemessenen Vergütung ihren Ausdruck, die bei ordnungsgemäßer Inanspruchnahme des in Rede stehenden Rechtsguts zu entrichten ist (st. Rspr., vgl. nur BGHZ 117, 29, 31 und 99, 244, 248 m.w.N.).

Da die Zulässigkeit und Bemessung der bei ordnungsgemäßer, d.h. auf vertraglicher Grundlage erfolgreicher, Nutzung kommunaler Wegegrundstücke zu entrichtenden Vergütung in der Konzessionsabgabenverordnung geregelt ist, ist es nur folgerichtig, den objektiven Verkehrswert unter Heranziehung dieser Verordnung zu ermitteln.

Dies bedeutet zunächst, daß - wovon das Berufungsgericht ebenfalls zutreffend ausgegangen ist -, für die Zeit ab dem 1. Januar 1992 bei der Bestimmung des Verkehrswerts die sich aus § 2 KAV ergebenden Höchstbeträge zu beachten sind. Die Übergangsvorschrift des § 8 KAV, die es erlaubt, eine Umstellung der Konzessionsabgaben auf das neue Recht erst zum 1. Januar 1993 vorzunehmen, hat außer Betracht zu bleiben. Diese Übergangsbestimmung setzt nämlich voraus, daß Konzessionsabgaben bereits für Lieferungen im Jahre 1991 vereinbart und gezahlt worden sind (sog. Altverträge). Dies war hier nicht der Fall.

2. Zu Recht freilich wendet sich die Revision dagegen, daß das Berufungsgericht seiner Wertbemessung einen Prozentsatz von 75 v.H. der nach § 2 KAV zulässigen Höchstbeträge zugrundegelegt hat.

Den Vertragsparteien eines Konzessionsvertrags steht es frei, ob sie das dem E■ eingeräumte Versorgungs- bzw. Wegerecht als einfaches oder als ausschließliches (d.h. unter Verzicht der Gemeinde darauf, die Versorgung selbst zu übernehmen oder durch ein anderes E■ durchführen zu lassen) Recht ausgestalten. Weiter können sie die Laufzeit des Vertrags beliebig bis zur Grenze von 20 Jahren (vgl. § 103 a

Abs. 1 Satz 1 GWB) regeln. Es liegt auf der Hand, daß ein langfristiges und ausschließliches Versorgungsrecht aus Sicht des Ewirtschaftlich wertvoller ist als ein kurzfristiges, möglicherweise nur einfach ausgestaltetes Recht, und dieser Umstand von Bedeutung dafür ist, welche Konzessionsabgabe festgelegt wird. Allerdings differenziert § 2 KAV nicht danach, wie das Versorgungs- und Wegenutzungsrecht des Ebeschaffen ist; d.h. der Verordnungsgeber stellt es den Vertragsparteien frei, auch für ein kurzfristiges und einfaches Versorgungsrecht den zulässigen Höchstbetrag zu vereinbaren, während umgekehrt die Vertragsparteien auch ein langfristiges und ausschließliches Versorgungsrecht begründen können, ohne deshalb die Höchstbeträge des § 2 KAV ausschöpfen oder überhaupt nur eine Entgeltregelung treffen zu müssen.

Daraus folgt zwar noch nicht, daß, wie die Revision meint, ein quantitativ meßbarer Zusammenhang zwischen dem Wert des Erlangten und der Höhe der Konzessionsabgabe innerhalb der Grenzen des § 2 KAV nicht herzustellen ist. Aber der Revision ist zuzugeben, daß sich aus dem Wortlaut der Verordnung selbst allenfalls sehr unvollkommene Anhaltspunkte dafür entnehmen lassen, wie hoch vorliegend der objektive Verkehrswert der Wegenutzung zu Zwecken der Stromversorgung zu veranschlagen ist. So wird auch unter Berücksichtigung des "Investitionsschutzabkommens" nicht nachvollziehbar deutlich, warum der prozentuale Abschlag vom zulässigen Höchstbetrag für die vertraglich nicht abgesicherte Stromversorgung 25 v.H. und nicht - wie das Landgericht angenommen hat - 50 v.H. betragen soll. Zu Recht rügt daher die Revision die Wertschätzung des Berufungsgerichts als - auf

unzulänglicher Tatsachenfeststellung beruhend - rechtsfehlerhaft.

Für eine den wirklichen Verhältnissen einigermaßen nahe kommende Ermittlung des "Nutzungswerts" hätte das Berufungsgericht folgendes berücksichtigen müssen: Der vertragslose Zustand zwischen der Stadt S [REDACTED] und der Beklagten hat seine Ursache darin, daß die Stadt S [REDACTED] im Hinblick auf die ins Auge gefaßte Übernahme der Stromversorgung durch ihre Stadtwerke den Abschluß eines (kurzfristigen) "Interims-Konzessionsvertrags" anstrebte, die Beklagte aber demgegenüber nur bereit war, einen langfristigen Konzessionsvertrag abzuschließen. In einer vergleichbaren Lage befanden bzw. befinden sich gerade in den neuen Bundesländern eine Vielzahl von Kommunen und Energieversorgern. Nach dem unstreitigen Vorbringen der Klägerin haben sich in dieser Situation zahlreiche Städte und Regionalversorger auf den Abschluß von Interims-Konzessionsverträgen geeinigt. Die in solchen Verträgen üblicherweise vereinbarte Konzessionsabgabe unter Berücksichtigung sonstiger Konditionen (etwa der sog. Endschaftsbestimmungen, die die Übernahme der Anlagen durch die Gemeinde regeln, vgl. Cronauge, Das neue Konzessionsabgabenrecht, 1992, S. 18) gibt einen erheblich exakteren Anhalt als die vom Berufungsgericht vorgenommene "abstrakte" Schätzung dafür, wie vorliegend das bereicherungsrechtliche Äquivalent des rechtsgrundlosen Gebrauchs des Wegnetzes der Stadt S [REDACTED] durch die Beklagte zu bemessen ist.

Das Berufungsgericht hat die hierzu notwendigen Feststellungen nicht getroffen. Dies ist nachzuholen, wobei die Parteien Gelegenheit zu weiterem Sachvortrag erhalten.

III.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts kann sich die Beklagte nicht deshalb (teilweise) auf einen Wegfall der Bereicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) berufen, weil sie die in den Monaten Januar bis März 1993 vereinnahmten konzessionsabgabenbezogenen Entgeltanteile den Letztverbrauchern im Gebiet der Stadt S [REDACTED] rückvergütet und ab April 1993 solche Entgeltanteile überhaupt nicht mehr erhoben hat. Gegenstand der Bereicherung seien nämlich nicht die vereinnahmten Konzessionsabgaben, sondern die Möglichkeit der Nutzung des Grundeigentums der Klägerin. Auch insoweit hält das Berufungsgericht den Rügen der Revision nicht stand.

Gemäß § 818 Abs. 3 BGB ist eine Verpflichtung zur Herausgabe des Erlangten oder zum Wertersatz ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist. Die Vorschrift dient dem Schutz des "gutgläubig" Bereicherten, der davor bewahrt werden soll, daß infolge der Kondiktion des Erlangten bzw. des objektiven Werts in seinem Vermögen eine Minderung über den Betrag der wirklichen (bestehengebliebenen) Bereicherung hinaus eintritt (vgl. nur BGHZ 118, 383, 386). Bereicherungsmindernd im Sinne des § 818 Abs. 3 BGB können sich danach auch Vermögensdispositionen auswirken, die im Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit des Erwerbs

getroffen wurden, so daß die spätere Rückgewähr dem Empfänger einen Nachteil bringen würde (vgl. Staudinger/Lorenz, BGB, 13. Aufl., § 818, Rn. 38, 39). So liegt der Fall hier hinsichtlich des "Verzichts" der Beklagten auf die (weitere) Erhebung konzessionsabgabenbezogener Entgeltanteile.

1. Konzessionsabgaben sind für das E~~in~~ ein Kostenbestandteil, der als solcher von der zuständigen Behörde im Rahmen des preisrechtlichen Genehmigungsverfahrens (vgl. § 12 der Bundestarifordnung Elektrizität vom 18. Dezember 1989, BGBl. I S. 2255) zu berücksichtigen ist. Die Beklagte hat diesen Kostenbestandteil zunächst in der Annahme baldiger Konzessionsvertragsschlüsse ihren (auch) im Gebiet der Stadt S gültigen genehmigten Tarifen zugrundegelegt. Nachdem die Verhandlungen mit der Stadt S über den Abschluß eines Konzessionsvertrags endgültig gescheitert waren, bestand aus Sicht der Beklagten, die der Überzeugung war und ist, für eine vertragslose Nutzung kommunaler Wegegrundstücke kein Entgelt zahlen zu müssen, keinerlei innere Rechtfertigung mehr, ihren in S ansässigen Tarifkunden diese Kostenanteile weiterhin in Rechnung zu stellen. Es war daher nur folgerichtig, daß die Beklagte 1993 ihre Tarife abgesenkt hat bzw. (für die Monate Januar bis März) bereits vereinnahmte Konzessionsabgaben-Anteile wieder erstattet hat.

2. Soweit die Revisionserwiderung demgegenüber geltend macht, die Beklagte habe mit der Absenkung der Tarife ohne ausdrückliche dahingehende Vereinbarung mit der Stadt auf eigenes Risiko gehandelt, so daß sie sich nicht auf eine

Entreichung berufen könne, verkennt sie die rechtliche Tragweite des § 4 KAV.

Wie erwähnt, sind nach § 4 Abs. 2 KAV bei Versorgungsgebieten mit mehreren Gemeinden für den Fall, daß ein E und eine Gemeinde keine Konzessionsabgaben oder niedrigere als nach den §§ 2 und 8 KAV zulässige vereinbaren, die allgemeinen Tarifpreise in dieser Gemeinde herabzusetzen. Diese auf das jeweilige Gemeindegebiet - und nicht etwa auf das gesamte Versorgungsgebiet - bezogene Absenkungspflicht soll Gemeinden im Interesse einer preiswerten Energieversorgung ihrer Einwohner einen Anreiz geben, auf eine Ausschöpfung der zulässigen Konzessionsabgaben-Höchstbeträge zu verzichten. Zwar gilt dieses Absenkungsgebot nach dem Wortlaut der Bestimmung nur dann, wenn die Nichtzahlung von Konzessionsabgaben auf einer dahingehenden Vereinbarung beruht. Nach Sinn und Zweck der Norm ist dieses Gebot jedoch auch dann zu beachten, wenn die Nichtzahlung auf einem "Sich-Nicht-Einigen-Können" beruht. Denn zum einen kann dem in § 4 Abs. 1 KAV enthaltenen Transparenzgebot, wonach Konzessionsabgaben in den allgemeinen Tarifen auszuweisen sind, in einem vertragslosen Zustand - wegen der Unsicherheit über die Höhe der schließlich tatsächlich zu zahlenden Abgabe - nur unvollkommen nachgekommen werden. Zum anderen darf die Ungewißheit, ob und in welchem Umfang irgendwann einmal Konzessionsabgaben oder sonstige (bereicherungsrechtliche) Entgelte gezahlt werden, nicht längere Zeit zu Lasten der Tarifikunden gehen. Ihnen kann nicht zugemutet werden, unter Umständen mehrere Jahre lang tarifliche Entgelte für Kosten zu bezahlen, die erst viel später, möglicherweise nicht in dieser Höhe oder vielleicht überhaupt nicht anfallen.

Die Erhebung von Konzessionsabgaben-Kostenbestandteilen bei Tarifkunden kommt daher in einem vertragslosen Zustand nur für eine gewisse Übergangszeit in Frage, solange zwischen Gemeinde und E■■■■ Verhandlungen über den Abschluß eines Konzessionsvertrags stattfinden (vgl. Feuerborn/Riechmann, aaO, § 4 Rn. 19, 20 sowie das Schreiben des Bundesministers für Wirtschaft vom 24. September 1992, aaO, Punkt 26).

Danach begegnet die Einschätzung der Beklagten, daß jedenfalls zu Beginn des Jahres 1993 eine weitere Belastung der Tarifkunden mit Konzessionsabgaben-Kostenanteilen nicht mehr den Kriterien des § 4 Abs. 1 und 2 KAV entsprochen hätte, keinen durchgreifenden Bedenken.

Allerdings gilt das Transparenz- und Absenkungsgebot des § 4 Abs. 1 und 2 KAV nach der Übergangsbestimmung des § 4 Abs. 3 KAV erst von dem Zeitpunkt an, zu dem eine nach dem 1. Januar 1992 erteilte Tarifgenehmigung wirksam wird. Da diesbezüglich das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen hat, läßt sich nicht beurteilen, ob die vorgenommene Tarifabsenkung nach der Konzessionsabgabenverordnung zwingend geboten war. Dessen ungeachtet entsprach jedoch die Beklagte mit dieser Maßnahme materiell dem Anliegen der Verordnung, so daß es entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht angemessen wäre, ihr diesbezüglich das "Entreicherungsrisiko" aufzuerlegen.

3. An dieser rechtlichen Beurteilung ändert auch der Umstand nichts, daß die Beklagte nach Eintritt der Rechtshängigkeit (die Klage ist am 4. Oktober 1993 zugestellt worden) gemäß § 818 Abs. 4 BGB verschärft haftet. Zwar kann sich

der Kondiktionsschuldner von Eintritt der Rechtshängigkeit an regelmäßig nicht mehr auf den Wegfall der Bereicherung berufen. Dies kann hier jedoch angesichts der Besonderheiten des Falls nicht gelten. Die verschärfte Haftung nach § 818 Abs. 4 BGB findet ihre Rechtfertigung darin, daß der verklagte Bereicherungsschuldner mit einer Verurteilung zur Herausgabe des Erlangten oder zu Wertersatz rechnen muß und entsprechend disponieren kann. Vorliegend hatte aber die Beklagte, nachdem sie ihre Tarife einmal abgesenkt hatte, bei unveränderter Verhandlungslage keine Möglichkeit mehr, die Strompreise wieder um die entsprechenden Konzessionsabgaben-Anteile zu erhöhen. Weiter war es ihr wegen § 6 Abs. 1 EnWG verwehrt, deswegen die Versorgung der Letztverbraucher im Gebiet der Stadt S [REDACTED] einzustellen. Da sich somit die Beklagte aufgrund zwingender gesetzlicher Vorschriften als verklagte Bereicherungsschuldnerin weiterhin so verhalten mußte, wie sie sich seit April 1993 als gutgläubige bzw. unverklagte Bereicherungsschuldnerin verhalten hat (Versorgung der Tarifikunden zu abgesenkten Strompreisen), ist es nicht gerechtfertigt, ihr nunmehr den Entreicherungseinwand zu versagen (vgl. auch Staudinger/Lorenz, aaO, § 818, Rn. 52).

IV.

Das Berufungsurteil kann danach, soweit es zum Nachteil der Beklagten ergangen ist, keinen Bestand haben.

Eine eigene Sachentscheidung kann der Senat nicht treffen.

1. Dies gilt auch, soweit es um das Wegenutzungsentgelt ab 1993 geht. Zwar kann sich die Beklagte wie ausgeführt wegen der Rückvergütung bzw. der Nichterhebung konzessionsabgabenbezogener Entgeltanteile ab diesem Zeitpunkt auf einen Wegfall der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB berufen. Das bedeutet aber nicht ohne weiteres, daß sie für diesen Zeitraum keiner Bereicherungshaftung mehr ausgesetzt ist. § 818 Abs. 3 BGB will lediglich verhindern, daß der Schuldner bei einem Vergleich aller mit dem Bereicherungsvorgang einhergehenden Vor- und Nachteile wirtschaftlich einen Verlust erleidet. Daher ist eine "Gesamtsaldierung" vorzunehmen und nicht eine streng periodische (jährliche oder gar monatliche) Vergleichsberechnung. Überschritten daher die von der Beklagten bis zum 31. Dezember 1992 insgesamt eingenommenen konzessionsabgabenbezogenen Entgelte den objektiven Wert der bis dahin rechtsgrundlos erfolgten Nutzung des kommunalen Wegeeigentums, so bestünde keine Veranlassung, der Klägerin Bereicherungsansprüche über den 1. Januar 1993 hinaus zu versagen, der Beklagten hingegen das "überschießende" Entgeltaufkommen zu belassen.

Fraglich kann dabei allenfalls sein, ob in die Gesamtsaldierung (zum Nachteil der Beklagten) auch die vor dem 31. Dezember 1991 vereinnahmten Beträge einzustellen sind, weil die Nutzung der kommunalen Wegegrundstücke bis dahin mit Rechtsgrund erfolgt ist (vgl. die Ausführungen zur Anschlußrevision), diese Entgeltanteile der Beklagten also zu einer Zeit zugeflossen sind, zu der eine bereicherungsrechtlich auszugleichende Wegenutzung noch nicht stattgefunden hat. Jedoch blieb es nach dem Einigungsvertrag in Verbindung mit § 60 der Kommunalverfassung der DDR den Gemeinden

und Regionalversorgungsunternehmen trotz der Weitergeltung der (Mit)Nutzungsrechte nach § 29 EnVO-DDR bis zum 31. Dezember 1991 unbenommen, schon vorher Konzessionsverträge abzuschließen und auf diese Weise die gesetzlichen Mitbenutzungsrechte durch vertragliche Stromversorgungsrechte abzulösen. Nur im Hinblick darauf dürfte es überhaupt erklärlich sein, daß in den neuen Ländern bereits vor dem 31. Dezember 1991 konzessionsabgabenbezogene Kostenanteile in die Tarifgestaltung einfließen konnten. Hat aber ein E[REDACTED] solche Kostenanteile ohne Rücksicht auf das bestehende gesetzliche Nutzungsrecht erhoben - in der Annahme bzw. Erwartung, daß (auch) "vorgezogene" Konzessionsverträge zustandekommen -, so ist es mit Blick auf das Verbot des venire contra factum proprium nicht unbedenklich, wenn es sich nunmehr einer Anrechnung dieser Vorteile im Rahmen der Gesamtsaldierung nach § 818 Abs. 3 BGB unter Hinweis auf eben diese gesetzlichen Nutzungsrechte widersetzen würde.

In diesem Zusammenhang ist auch auf den erfolgsneutralen Charakter der Konzessionsabgabe hinzuweisen. Nach der Konzeption der Konzessionsabgabenverordnung werden vertraglich vereinbarte Konzessionsabgaben über die Tarifgestaltung wirtschaftlich von den Tarifkunden im Gemeindegebiet aufgebracht. Werden keine Konzessionsabgaben vereinbart, so kommt dies allein den Tarifkunden im Gemeindegebiet über eine Absenkung der Strompreise zugute. Keinesfalls ist es dem E[REDACTED] möglich, vereinnahmte Konzessionsabgaben-Anteile zur Verbesserung seines allgemeinen Betriebsergebnisses einzusetzen. Ein schützenswertes Vertrauen des E[REDACTED] darauf, daß dies anders sein soll, wenn in einem vertragslosen Zustand solche

Entgelte erhoben werden und später ein Konzessionsvertrag nicht zustandekommt, ist nicht zu erkennen.

Wenn daher auch Gründe der Rechtslogik zunächst gegen die Berücksichtigung der 1991 vereinnahmten Konzessionsabgaben-Entgelte bei der Gesamtsaldierung sprechen mögen, so lassen sich doch unter dem Gesichtspunkt der Grundsätze von Treu und Glauben - die gerade im Bereicherungsrecht als Billigkeitsrecht in besonderem Maße Geltung beanspruchen (vgl. nur BGH, Urteil vom 15. März 1978 - IV ZR 77/77 - WM 1978, 708, 711) - gute Gründe dafür anführen, um auf diesem Wege zu einer gerechten und billigen Gesamtregelung der Vermögensverhältnisse zu gelangen. Mit dieser Frage, die der Senat nicht abschließend zu entscheiden braucht, wird sich gegebenenfalls das Berufungsgericht auseinandersetzen müssen.

2. Die erwähnte Erfolgsneutralität der Konzessionsabgabe ("durchlaufender Posten") hat im übrigen zur Folge, daß die Beklagte nicht mit dem Einwand gehört werden kann, sie erwirtschaftete bei ihrer Versorgungstätigkeit im Gebiet der Stadt S. [REDACTED] Verluste, so daß sich eine etwaige rechtsgrundlose Nutzung der Wegegrundstücke nicht in einer Verbesserung der Vermögenssituation niederschläge. Da sie redlicherweise zu keinem Zeitpunkt erwarten durfte, vereinnahmte Konzessionsabgaben-Kostenanteile zur Verbesserung ihres Betriebsergebnisses - gleichgültig ob zur Erhöhung der Gewinne oder zur Verminderung etwaiger Verluste - verwenden zu können, ist es ihr gerade nach der von der Revision ins Felde geführten Billigkeitsfunktion des Bereicherungsrechts versagt, der Klägerin unter Hinweis auf ihre schlechte Ertragslage einen Ausgleich für in Anspruch genommene und bereits

über die Strompreise "verdiente" Wegenutzungsvorteile vorzu-
enthalten (a.A. Salje, aaO, S. 63).

V.

Da die aufgezeigten Rechtsfehler auch zu einer Aufhebung des Ausspruchs des Berufungsgerichts über die Zahlungspflicht der Beklagten über den 1. Januar 1994 hinaus (Feststellungsantrag) führen, kann dahinstehen, ob - wie die Revision rügt - das Urteil insoweit auch deshalb keinen Bestand haben kann, weil das Berufungsgericht der Klägerin unter Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO mehr zugesprochen hat als beantragt worden ist, und ob (selbst) die im Klageantrag aufgeführte zeitliche Begrenzung (Zahlung bis zur Übernahme der Stromversorgung durch die Klägerin) immer noch zu weit gefaßt ist.

B.

Zur Anschlußrevision der Klägerin

I.

Wegenutzungsentgelt bzw. Konzessionsabgaben für das Jahr 1991.

Das Berufungsgericht versagt der Klägerin insoweit einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, weil die Beklagte gemäß § 29 EnVO-DDR ein Recht zur (Mit)Benutzung der Wegegrundstücke der Stadt S [REDACTED] gehabt habe; für diese Nutzung könne daher die Klägerin allenfalls eine - nicht geltend gemachte - Nutzungsentschädigung entsprechend der Anlage zu § 19 der Zweiten DVO-EnVO verlangen. Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB sei daneben nicht anzuerkennen.

Dagegen wendet sich die Anschlußrevision ohne Erfolg.

1. Die Anschlußrevision teilt die - richtige - Auffassung des Berufungsgerichts, wonach § 29 EnVO-DDR der Beklagten bis zum 31. Dezember 1991 ein Wegenutzungsrecht zu Lasten der Stadt S [REDACTED] eingeräumt hat. Sie meint aber, da die Beklagte schon im Jahre 1991 mit Rücksicht auf ein (ausschließliches) Stromversorgungsrecht Konzessionsabgaben eingezogen habe, sei sie auch schon für das Jahr 1991 zur

Zahlung eines bereicherungsrechtlichen Nutzungsentgelts verpflichtet.

Die Anschlußrevision verkennt, daß ein ausschließliches Energieversorgungsrecht des E■ nur dann besteht, wenn und soweit es mit der Gemeinde vereinbart worden ist. Da zwischen der Stadt S■ und der Beklagten zu keinem Zeitpunkt ein Konzessionsvertrag zustandegekommen ist, hat die Beklagte ein ausschließliches, d.h. rechtlich gegen die Übernahme der Stromversorgung durch die Stadt oder ein anderes E■ abgesichertes Energieversorgungsrecht nie erlangt. Der bereicherungsrechtlich relevante Vermögensvorteil der Beklagten besteht allein darin, daß sie die Wegegrundstücke der Stadt S■ tatsächlich genutzt hat bzw. noch nutzt. Daß diese Nutzung aufgrund der tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten bis zur Übernahme der Stromversorgung durch die Klägerin ungefährdet ist, rechtfertigt es zwar, die Position der Beklagten wirtschaftlich der Stellung eines E■ gleich zu bewerten, das mit einer Gemeinde einen Interims-Konzessionsvertrag abgeschlossen hat (vgl. hierzu die Ausführungen zur Revision unter II). Dessen ungeachtet hat jedoch die Beklagte zu keinem Zeitpunkt eine die durch § 29 EnVO-DDR eingeräumte Nutzungsberechtigung überschießende Rechtsmacht innegehabt, so daß es für das Jahr 1991 nichts auszugleichen gibt.

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob und in welcher Höhe die Beklagte schon in diesem Zeitraum von ihren Tarifkunden konzessionsabgabenbezogene Entgelte eingenommen hat. Bereicherungsgegenstand ist nämlich die Nutzung der Wegegrundstücke der Stadt S■ zu Zwecken der Strom-

versorgung bzw. der objektive Verkehrswert dieser Nutzung, nicht aber das der Beklagten aufgrund einer ganz anderen (Leistungs-)Beziehung zugeflossene Entgelt.

Eine andere Frage ist, ob nicht (auch) die bereits 1991 eingenommenen Konzessionsabgaben-Entgelte im Rahmen der Bereicherungshaftung der Beklagten für die Wegenutzung ab dem 1. Januar 1992 bei der nach § 818 Abs. 3 BGB vorzunehmenden Gesamtsaldierung zu Lasten der Beklagten zu berücksichtigen sind (vgl. IV der Ausführungen zur Revision).

2. Das Ergebnis, wonach die Beklagte für 1991 wegen § 29 EnVO-DDR kein bereicherungsrechtliches Wegenutzungsentgelt schuldet, begegnet entgegen der Auffassung der Anschlußrevision keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Wenn auch die Durchführung der Wasser- und Energieversorgung zu den typischen gemeindlichen Aufgaben im Rahmen der Daseinsvorsorge gehört, so bedeutet dies nicht, daß die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG das Recht mit umfaßt, in jedem Fall für die Inanspruchnahme kommunaler Wegegrundstücke zu Zwecken der Stromversorgung ein Entgelt oder eine sonstige Entschädigung verlangen zu können (vgl. BVerwGE 87, 133, 135; das Bundesverwaltungsgericht hat die Nichtigkeit des § 1 Abs. 1 KAE mit der darin liegenden willkürlichen Ungleichbehandlung begründet).

Ein Verfassungsverstoß wegen willkürlicher Ungleichbehandlung der Kommunen in den neuen Bundesländern ist angesichts des berechtigten gesetzgeberischen Anliegens, der Stromwirtschaft in der ehemaligen DDR Gelegenheit zu geben,

sich auf die neuen wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen einzustellen, zu verneinen.

II.

Wegenutzungsentgelt bzw. Konzessionsabgaben seit dem 1. Januar 1992 (Zahlungsantrag für 1992/1993 und Feststellungsantrag)

Soweit sich die Anschlußrevision dagegen wendet, daß das Berufungsgericht der Klägerin (nur) 75 v.H. der zulässigen Höchstbeträge nach § 2 KAV zugesprochen hat, kann ihr der Erfolg nicht versagt werden. Zwar mag es wenig wahrscheinlich sein, daß die für Interims-Konzessionsverträge üblicherweise gezahlten Konzessionsabgaben diesen Satz übersteigen bzw. die Klägerin aufgrund der nach § 818 Abs. 3 BGB vorzunehmenden Gesamtsaldierung mehr erhalten wird als ihr das Berufungsgericht bisher schon zugebilligt hat. Völlig auszuschließen ist das jedoch nicht.

Rinne

Wurm

Deppert

Streck

Schlick