

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2337 057

39

BGB Vorbem. zu § 145; §§ 145, 151

Bezieht ein Sonderabnehmer elektrischen Strom von einem Elektrizitätsversorgungsunternehmen, so ist er, sofern dieses Verlangen mit Treu und Glauben im Einklang steht, auch dann zur Zahlung der von dem Unternehmen festgesetzten, preisrechtlich zulässigen Entgelte verpflichtet, wenn er erklärt, daß er sich diesen Strompreisen nicht unterwerfen wolle (Bestätigung von RGZ 111, 310).

Verwaltungsrecht - Allgemeines (Verwaltungsakt: Fehlerhaftigkeit)

Die Genehmigung von Strompreistarifen durch die zuständige Preisstelle ist nicht deshalb nichtig, weil diese ohne Kenntnis eines ihr vorenthaltenen, für die Abnehmer günstigen Gutachtens entschieden hat.

BGH, Urt. v. 30. Juni 1959 - VIII ZR 69/58 - Kammergericht

Verkündet am 30. Juni 1959
[redacted], Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

19

Teilurteil

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

1. der Firma Automatic Druckmaschinen Fabrik Dr. W. H. [redacted]
& Söhne Kommanditgesellschaft in B [redacted] NW [redacted], K [redacted]-
straße [redacted], vertreten durch ihre persönlich haftenden Gesell-
schafter, die Beklagten zu 2 und 3,
2. des Kaufmanns Erich H [redacted] in B [redacted]-L [redacted],
W [redacted] weg [redacted],
3. der verwitweten Frau Gerda H [redacted] geb. S [redacted] in
B [redacted]-L [redacted], D [redacted] straße [redacted],

Beklagten, Widerkläger, Berufungskläger, Anschluß-
berufungsbeklagten, Revisionskläger und Anschluß-
revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. [redacted] -

gegen

die B [redacted] Kraft- und Licht (B [redacted])-Aktiengesellschaft in
B [redacted] W [redacted], St [redacted] straße [redacted], vertreten durch ihren
Vorstand, die Direktoren Bröse, Dr.St [redacted] und Dr.Wi [redacted]
in B [redacted],

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsbeklagte, Anschluß-
berufungsklägerin, Revisionsbeklagte und Anschluß-
revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 16. Juni 1959 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr.Großmann sowie der Bundesrichter
Dr.Gelhaar, Artl, Dr.Spieler, und Dr.Messner

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
7. Zivilsenats des Kammergerichts vom 17. März 1958
wird zurückgewiesen, soweit die Beklagten zur Zah-
lung verurteilt worden sind, dem Feststellungsan-
spruch für die Zeit bis zum 31. Dezember 1957 statt-

gegeben und die Widerklage der Beklagten teilweise abgewiesen worden ist.

Unter Aufhebung der Kostenentscheidung des angefochtenen Urteils haben von den bisherigen Kosten des Rechtsstreits zu tragen:

Von den Kosten des ersten Rechtszuges:

die Klägerin 20/29
die Beklagte zu 1 2/29
alle Beklagten als Gesamtschuldner weitere 4/29;

von den Kosten des zweiten Rechtszuges:

die Klägerin 21/32
die Beklagte zu 1 1/12
die Beklagten zu 2 und 3 je 1/48
alle Beklagten als Gesamtschuldner weitere 1/8;

von den Kosten des Revisionsrechtszuges:

die Beklagte zu 1 8/33
die Beklagten zu 2 und 3 je 2/33
alle Beklagten als Gesamtschuldner weitere 4/11.

Die Entscheidung über die weitergehende Revision der Beklagten, die Anschlußrevision der Klägerin und die übrigen Kosten des Rechtsstreits bleibt dem Schlußurteil vorbehalten.

Von Rechts wegen



Tatbestand:

Die Klägerin, das einzige Elektrizitätsversorgungsunternehmen (im folgenden abgekürzt EVU) in Westberlin, schloß am 20./22. Februar 1952 mit der Beklagten zu 1 ein Hochspannungs-Stromlieferungsabkommen ab. Der Vertrag war nach Abschnitt IX von jeder Partei unter Einhaltung einer Frist von drei Monaten, erstmalig zum Ablauf des ersten Betriebsjahres kündbar. Bei Änderung der allgemeinen Tarifstrompreise sollte die Klägerin berechtigt sein, den Vertrag jederzeit mit einer Frist von einem Monat schriftlich zu kündigen.

Mit Schreiben vom 23. Mai 1952 kündigte die Klägerin den Vertrag mit Rücksicht auf die ab 1. Mai 1952 eingetretene Kohlepreiserhöhung zum nächstzulässigen Termin und stellte dabei zugleich eine neue "Strompreisstruktur" in Aussicht. Nachdem der Senat von Berlin durch Beschluß vom 28. Juli 1952 die von der Klägerin geforderten Erhöhungen der Strompreise für Tarifabnehmer und Hochspannungsabnehmer, für letztere ab 1. September 1952, genehmigt hatte, teilte die Klägerin am 11. August 1952 der Beklagten zu 1 die neuen Strompreise mit und bot die Fortsetzung des Vertrages ab 1. September 1952 zu den neuen Bedingungen an.

Die Beklagte zu 1 erhob gegen die Höhe der von der Klägerin geforderten Preise mehrfach Widerspruch, bezog aber dennoch von ihr weiterhin Strom und bezahlte auch die nach dem 1. September 1952 eingehenden Rechnungen der Klägerin anfangs ohne Abzug. Vom 16. März 1953 an bis 9. Februar 1956 nahm sie dagegen Kürzungen der Rechnungsbeträge in Höhe von jeweils etwa 3,5 % vor. Insgesamt behielt sie 3877,18 DM ein. Vom 9. Februar 1956 an bezahlte sie dagegen die Rechnungen wieder voll, jedoch unter ausdrücklichem Vorbehalt der Rückforderung des etwa zuviel gezahlten Betrages.

Die Klägerin ist der Ansicht, daß die Beklagte zu 1 zu Kürzungen nicht berechtigt und die Vorbehalte unbegründet gewesen seien. Sie vertritt ferner die Auffassung, daß die Beklagte zu 1 in Zukunft keine Vorbehalte machen dürfe. Sie hat Klage erhoben mit dem Antrag,

die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 3877,18 DM nebst Zinsen zu verurteilen, sowie festzustellen,

1. daß der von der Beklagten zu 1 bei der Bezahlung der Stromrechnungen seit Januar 1956 gemachte Vorbehalt bezüglich der Höhe des in Rechnung gestellten Anspruchs aus Stromlieferungen nicht berechtigt sei,
2. daß die Beklagte zu 1 auch zukünftig während der Dauer ihres Strombezuges bei der Klägerin nicht berechtigt sei, Vorbehalte bezüglich der Höhe des in Rechnung gestellten Entgelts zu machen, soweit diese Vorbehalte mit der Ungültigkeit der mit Schreiben vom 23. Mai 1952 und 11. August 1952 der Beklagten mitgeteilten Erhöhung des Strompreises begründet würden,
3. daß die Klägerin nicht verpflichtet sei, der Beklagten zu 1 Hochspannungsstrom zu liefern, solange nicht zwischen den Parteien ein Hochspannungsstromlieferungsvertrag abgeschlossen worden sei.

Das Landgericht hat dem Zahlungsantrag stattgegeben, die Feststellungsanträge jedoch abgewiesen.

Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und ihre im zweiten Rechtszuge erhobene auf Rückzahlung von 2722,33 DM in der Zeit von 1952 bis 1956 nach ihrer Ansicht überzahlter Rechnungsbeträge gerichtete Widerklage bis auf einen im Revisionsrechtszuge nicht mehr interessierenden Betrag von 642,20 DM, zu dessen Bezahlung die Klägerin verurteilt worden ist, abgewiesen. Auf die Anschlußberufung der Klägerin, die diese auf alle drei Feststellungsanträge erstreckt hat, hat es dem ersten Feststellungsantrag entsprochen, dagegen die weitergehende Anschlußberufung zurückgewiesen.

Mit der Revision erstreben die Beklagten die volle Abweisung der Klage, soweit ihr stattgegeben worden ist, und Verurteilung der Klägerin auf ihre Widerklage abzüglich des der Beklagten zu 1 zugesprochenen Betrages von 642,20 DM, während die Klägerin mit der Anschlußrevision erreichen will, daß auch dem zweiten Feststellungsantrag entsprochen wird. Außerdem beantragen die Klägerin die Zurückweisung der Revision und die Beklagten die Zurückweisung der Anschlußrevision.

Entscheidungsgründe:

I. Revision der Beklagten.

1. Das Berufungsgericht geht davon aus, die Klägerin habe das zwischen ihr und der Beklagten zu 1 bestehende Hochspannungsstromlieferungsabkommen wirksam zum 31. August 1952 gekündigt.

Die Revision stellt nicht in Abrede, daß die Klägerin nach dem Wortlaut des Vertrages zu dieser Kündigung berechtigt gewesen ist. Sie ist jedoch der Auffassung, daß die Klägerin durch die Kündigung gegen Treu und Glauben verstoßen habe, dies gelte umsomehr, weil die Klägerin gewußt habe, daß die Beklagte zu 1 vor Abschluß des Stromlieferungsabkommens eine kostspielige Hochspannungsanlage errichtet habe.

Bei dieser Rüge übersieht die Revision, daß die Kündigung des Vertrages durch die Klägerin nicht zu dem Zweck erfolgt ist, die Stromlieferung an die Beklagte zu 1 einzustellen, sondern nur dazu dienen sollte, der Klägerin eine Erhöhung der Strompreise mit Rücksicht auf die eingetretene Kohlenpreiserhöhung zu ermöglichen. Eine derartige Kündigung ist nicht unsittlich (vgl. dazu BGHZ 24,148). Die Beklagten haben selbst nicht in Zweifel ge-

zogen, daß es der Klägerin gestattet sein muß, im Rahmen des preisrechtlich Zulässigen mit Rücksicht auf die gestiegenen Gestehungskosten für elektrischen Strom die Leistungsentgelte der wirtschaftlichen Entwicklung anzupassen. Hierzu ist aber die mit dieser Begründung in dem Vertrage ausdrücklich vorgesehene Kündigung unumgänglich. Entgegen der Ansicht der Revision ist die Kündigung als solche daher nicht unzulässig gewesen.

2. Der Streit der Parteien geht in Wahrheit allein darum, ob die Beklagten verpflichtet sind, für den gelieferten Strom ab 1. September 1952 die von der Klägerin geforderten erhöhten und auf einer anderen Berechnungsgrundlage beruhenden Entgelte zu zahlen. Die Revision ist der Ansicht, infolge des Widerspruches der Beklagten zu 1 gegen den von der Klägerin geforderten, wie die Beklagten meinen, überhöhten Strompreis sei ein neuer Stromlieferungsvertrag nicht zustande gekommen, weshalb die Beklagten nur verpflichtet seien, ein angemessenes Entgelt für den weiterhin bezogenen elektrischen Strom zu bezahlen. Als angemessen sei aber nur ein solcher Preis anzusehen, der dem bisher entrichteten zuzüglich eines durch die Kohlenpreiserhöhung bedingten Zuschlages entspreche.

3. Mit Recht ist das Berufungsgericht diesem Gedankengang nicht gefolgt. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob hier der vom Bundesgerichtshof in Anknüpfung an die im Schrifttum entwickelte Lehre vom "faktischen Vertragsverhältnis" (Haupt, Festschrift der Leipziger juristischen Fakultät für Siber Band II S.1) und "Schuldverhältnis aus sozialtypischem Verhalten" (Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts 2.Aufl. Band I § 4 II S.31 ff; NJW 1956, 1897) anerkannte Grundsatz anwendbar ist, daß Rechtsbeziehungen von Parteien zueinander, wie sie sich im heutigen Massenverkehr ergeben, unter Umständen auch dann

als Vertragsverhältnis (im weiteren Sinne) angesehen werden können, wenn übereinstimmende Willenserklärungen fehlen (vgl. BGHZ 21,319,333 betr. die Benutzung eines Parkplatzes und insbesondere BGHZ 23,175.177 betr. die Inanspruchnahme von Leistungen eines EVU).

Auch wenn, wie die Revision meint, diese Rechtsgedanken hier deshalb nicht anwendbar sind, weil es sich um den Bezug von elektrischem Strom durch einen Sonderabnehmer handelt und es an einer öffentlichen Bekanntgabe des Tarifs fehlt, so ist doch dem Berufungsgericht darin zuzustimmen, daß die Beklagten trotz des von der Beklagten zu 1 gegen die Preisfestsetzung der Klägerin erhobenen Widerspruches zur Zahlung des geforderten Preises verpflichtet sind, weil zwischen den Parteien durch das Verhalten der Klägerin Beziehungen vertraglicher oder vertragsähnlicher Art entstanden sind, aus denen sich diese Verpflichtung der Beklagten zu 1 ergibt.

Mit Recht hat das Berufungsgericht auf das von ihm angeführte Urteil RGZ 111,310 (vom Berufungsgericht offenbar versehentlich durchweg als RGZ 130,111 bezeichnet) verwiesen, durch das ein Großabnehmer, der einen Sonderabnehmervertrag mit einer ein EVU betreibenden Stadt abgeschlossen hatte und nach dessen Kündigung unter Widerspruch gegen die für die Großabnehmer neu festgesetzten Preise weiterhin Strom bezog, zur Zahlung des von der Stadt geforderten Betrages verurteilt worden ist. Das Reichsgericht hat sich in dieser Entscheidung auf den Standpunkt gestellt, der trotz des weiteren Strombezuges aufrecht erhaltene Widerspruch sei unvereinbar mit dem wirklichen Verhalten des Stromabnehmers und deshalb unbeachtlich. Denn es lasse sich mit der Eigenart eines städtischen Elektrizitätsbetriebes nicht vereinbaren, daß jemand zwar Strom beziehe, sich aber den für alle Stromabnehmer durch Beschluß der berufenen Stelle allgemein festgesetzten Preisen nicht unterwerfen wolle und für

sich kraft bloßen Widerspruchs eine Sonderstellung beanspruche, namentlich den Strom zu anderen, nach seiner Meinung angemessenen Preisen geliefert haben wolle. Die das EVU betreibende Stadt sei, so hat das Reichsgericht weiter ausgeführt, wenn ein Stromabnehmer Widerspruch gegen die von ihm festgesetzten zulässigen Preise erhebe und diese zu zahlen verweigere, zur Sperre der Leitung befugt. Aus der Nichtausübung dieser Befugnis folge noch nicht, daß sie dem Widerspruch stattgeben wolle. Sie könne es vielmehr unter Ablehnung des Widerspruchs dem betreffenden Stromabnehmer überlassen, ob er trotzdem den Strom weiter entnehmen wolle. Setze er den Strombezug in Kenntnis des Willens der Stadt fort, daß sie ihm den Strom nur zu den allgemein festgesetzten Preisen liefern werde, so unterwerfe er sich trotz seines Widerspruches dieser Preisfestsetzung. Welche Beweggründe für den Weiterbezug maßgebend gewesen seien, sei dabei gleichgültig.

Diese Rechtsprechung aufzugeben, besteht kein Anlaß. Ihr ist im Schrifttum auch von den Gegnern der Lehre vom "faktischen Vertragsverhältnis" zugestimmt worden (Lehmann NJW 1958,1,5; Wieacker JZ 1957,61 Anm. unter III; Nipperdey MDR 1957,129,130). Entgegen der Meinung der Revision weicht der vorliegende Sachverhalt von dem der genannten Entscheidung des Reichsgerichts zugrunde liegenden Tatbestand in keinem wesentlichen Punkte ab, der eine andere Beurteilung rechtfertigen könnte. Der Umstand, daß die für die Großabnehmer neu festgesetzten Preise nicht veröffentlicht, sondern ihnen, wie auch der Beklagten zu 1, einzeln mitgeteilt worden sind, kann zu einer anderen Beurteilung keinen Anlaß geben, da die Beklagte zu 1 selbst nicht behauptet, daß ihr die Klägerin ungünstigere Bedingungen zugemutet habe als den übrigen Abnehmern von Hochspannungsstrom. Waren aber der Beklagten zu 1 die allgemeinen neuen Preisbedingungen für die Abnahme von Hochspannungsstrom bekannt und bezog sie dennoch weiter Strom, so muß ihr Widerspruch gegen diese Bedingungen

unbeachtlich bleiben. Vielmehr ist sie verpflichtet, die auf der Grundlage dieser Bedingungen berechneten Entgelte zu bezahlen, sofern diese preisrechtlich zulässig sind und das Begehren der Klägerin mit Treu und Glauben im Einklang steht.

4. Die Revision erhebt in diesem Zusammenhang die weitere Rüge, das Berufungsgericht habe das Wesen eines Sonderabnehmervertrages verkannt und außer acht gelassen, daß er auf freier Aushandlung der Vertragsbedingungen zwischen dem EVU und dem Sonderabnehmer beruhe und eine einseitige Umgestaltung des ganzen Vertragsrechts durch das EVU unzulässig sei. Sie kann jedoch mit diesem Vorbringen keinen Erfolg haben.

Der Sonderabnehmervertrag zwischen den Parteien war, wie ausgeführt, von der Klägerin wirksam gekündigt worden. Da die Klägerin gegenüber der Beklagten zu 1 als Sonderabnehmerin nicht der allgemeinen Anschluß- und Versorgungspflicht unterlag, stand es der Klägerin frei, die Fortsetzung der Versorgung davon abhängig zu machen, daß die Beklagte zu 1 sich den Bedingungen unterwarf, zu denen die Klägerin nunmehr zur Stromlieferung bereit war. Diese war nicht verpflichtet, den Wünschen der Beklagten nach günstigeren Bedingungen nachzukommen, sofern die von der Klägerin gestellten Forderungen weder gegen ein gesetzliches Verbot noch gegen die guten Sitten verstießen, was nicht der Fall war, wie noch ausgeführt werden wird.

5. Entgegen der Ansicht der Revision sind die von der Klägerin ab 1. September 1952 geforderten Strompreise und die Strukturänderung in der Berechnung der Stromlieferungen, die sich zu Ungunsten der Sonderabnehmer auswirkt, preisrechtlich zulässig gewesen. Zwar unterliegen die Preise für elektrischen Strom in Berlin weiterhin gemäß §§ 1, 2 der Verordnung über das Verbot von Preiser-

höhungen (Preisstop VO) vom 26. November 1936 (RGBl I 955) und § 2 Abs.1 Nr.2 der Berliner Anordnung über die Freigabe von Preisen (Preisfreigabe AO) vom 14. April 1950 (VOBl I 135) der Preisbindung. Jedoch war bereits in § 3 Preisstop VO vorgesehen, daß Ausnahmen von dem Verbot von Preiserhöhungen zugelassen oder angeordnet werden konnten, und nach § 3 des Berliner Gesetzes über Preisregelung (Preisgesetz) vom 22. März 1950 (VOBl I 95) kann der Magistrat (jetzt: Senat) Anordnungen und Verfügungen erlassen, durch die Preise, Entgelte und Gebühren von Waren und Leistungen jeder Art, ausgenommen Löhne und Gehälter, festgesetzt oder genehmigt werden oder durch die der Preisstand aufrecht erhalten werden soll. Nach § 3 Abs.4 des Gesetzes werden die dem Senat zustehenden Befugnisse durch das Preisamt ausgeübt, soweit er sie sich nicht selbst vorbehält. Ein derartiger Vorbehalt ist hinsichtlich der Preise für Elektrizität in § 1 Nr.1 der Anordnung über die Zuständigkeiten für die Preisbildung und Preisüberwachung (OrganisationsAO) vom 13. Juni 1950 (Bln VOBl I 219) erfolgt. Der Senat von Berlin war deshalb zur Genehmigung der von der Klägerin vorgeschlagenen Änderung der Stromtarife befugt.

a) Das Berufungsgericht hat den Senatsbeschuß vom 28. Juli 1952, welcher sich selbst als Genehmigung gemäß § 3 BlnPreisG bezeichnet, als Verwaltungsakt angesehen. Ob dieser von der Revision nicht angegriffenen Annahme zu folgen oder ob dem Senatsbeschuß, der sich auf die Genehmigung der von der Klägerin, dem einzigen EVU in Berlin, vorgeschlagenen Stromtarifänderungen bezieht, Rechtssatzqualität beizumessen ist (vgl. BVerwG MDR 1959,518 und Rechtsbeilage der Elektrizitätswirtschaft 1958,79), kann auf sich beruhen bleiben. Selbst wenn zu Gunsten des Beklagten zu 1 davon ausgegangen wird, daß es sich um einen an die Klägerin gerichteten Verwaltungsakt handelte, kann der Revision nicht darin gefolgt werden, daß der Senat durch seinen Beschuß vom 28. Juli 1952 gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hat.

b) Die Revision hält den Senatsbeschluß schon deshalb für nichtig, weil er sich auf § 3 BlnPreisG stütze und diese Vorschrift wegen der Schrankenlosigkeit der in ihr den Preisbehörden erteilten Ermächtigung gegen das Grundgesetz verstoße und ungültig sei. Dieser Angriff geht fehl.

Allerdings sind die Gerichte an einen gestaltenden Verwaltungsakt nicht gebunden, wenn es sich um einen gesetzlich überhaupt nicht zu rechtfertigenden Akt reiner Willkür und somit um einen nichtigen Verwaltungsakt handelt, der von jedermann als nicht vorhanden betrachtet werden kann (BGHZ 4, 68, 71). Der hier in Frage stehende Akt ist aber keinesfalls nichtig, denn dem Berufungsgericht ist darin zu folgen, daß die Bestimmung des § 3 BlnPreisG nicht gegen das Grundgesetz verstößt. Das Bundesverfassungsgericht hat inzwischen durch Beschluß vom 12. November 1959 (BVerfGE 8, 274 = BGBI 1959 I 48) die Gültigkeit des § 2 Abs. 1 des im Bundesgebiet geltenden Übergangsgesetzes über Preisbildung und Preisüberwachung (Preisgesetz) vom 10. April 1948 (WiGBI 27) in der Fassung des Gesetzes zur weiteren Verlängerung der Gültigkeitsdauer des Preisgesetzes vom 29. März 1951 (BGBI I 223) mit Gesetzeskraft festgestellt. Aus der Begründung dieser Entscheidung ergibt sich mit aller Deutlichkeit, daß an der Gültigkeit des § 3 BlnPreisG, der seinem Wortlaut und Inhalt nach mit § 2 Abs. 1 PreisG weitgehend übereinstimmt, umso weniger Zweifel bestehen können, als das Berliner Preisgesetz von dem in der Bundesrepublik geltenden gerade darin abweicht, daß es in § 2 ganz bestimmte preispolitische Grundsätze aufstellt, in deren Rahmen der Berliner Senat von der ihm im folgenden § 3 erteilten Ermächtigung Gebrauch zu machen hat. Auch das Bundesverwaltungsgericht hat demgemäß § 3 BlnPreisG als wirksam angesehen (BVerwG 2, 218 ff), während es gegen die Vereinbarkeit des § 2 Abs. 1 PreisG mit

dem Grundgesetz Bedenken geäußert hatte. Der erkennende Senat trägt keine Bedenken, dieser Auffassung zu folgen.

c) Die Revision will die Nichtigkeit des genannten Senatsbeschlusses weiter aus folgenden Erwägungen herleiten: Da das Land Berlin zu über 50 % am Kapital der Klägerin beteiligt und der Regierende Bürgermeister Vorsitzender ihres Aufsichtsrates sei, lasse es sich mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbaren, daß der Senat als Preisbehörde Preise der Klägerin genehmige, weil er damit wirtschaftlich in eigener Sache tätig werde. Auch mit diesem Vorbringen kann die Revision keinen Erfolg haben.

Selbst wenn dem Ausgangspunkt der Revision gefolgt würde, der Berliner Senat sei durch die Genehmigung der von der Klägerin angeregten Preisänderung unzulässigerweise in eigener Sache tätig geworden, so könnte daraus nicht deren Nichtigkeit hergeleitet werden. Im Schrifttum ist vielmehr anerkannt, daß ein Verwaltungsakt, der von einem wegen persönlicher Beteiligung rechtlich an der Ausübung seines Amtes verhinderten Beamten erlassen wird, aus diesem Grunde nicht nichtig, sondern nur aufhebbar ist (Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts 7. Aufl. § 12 b S. 215; Jellinek, Verwaltungsrecht 3. Aufl. § 11 IV 1 b/3 S. 273). Im übrigen liegt es in der Natur der Sache und läßt sich angesichts der Verhältnisse in Berlin nicht vermeiden, daß die Erhöhung von Preisen für Leistungen öffentlicher Unternehmen in Berlin, die dem Preisstop unterliegen, nur von dem Senat oder ihm unterstellten Behörden als dafür zuständigen Stellen genehmigt werden kann. Gegen diese sich zwangsläufig ergebende Regelung kann, wie das Berufungsgericht zutreffend hervorgehoben hat, umso weniger ein Bedenken bestehen, als der Senat durch Abgeordnetenhaus und Öffentlichkeit einer weitgehenden Kontrolle unterworfen ist, die jeden Mißbrauch praktisch ausschließt.

d) Der Angriff der Revision, das Berufungsgericht habe die Preisgenehmigung auch deshalb nicht für wirksam erachten dürfen, weil sie vom Senat ohne Kenntnis des für die Beklagten günstigen Gutachtens des zuständigen Preisamtes erteilt worden sei, geht ebenfalls fehl. In dem Urteil vom 2. Dezember 1958 - VIII ZR 154/57 -, NJW 1959, 332, 334 hat der erkennende Senat ausgesprochen, daß selbst eine durch Täuschung veranlaßte Verwaltungsentscheidung nur fehlerhaft, aber nicht schlechthin unwirksam sei. Ebensowenig wie der unbeeinflusste Irrtum der Verwaltungsbehörde die Nichtigkeit eines von ihr erlassenen Verwaltungsaktes hervorruft, rufe die Erschleichung desselben Nichtigkeit hervor. Es könne deshalb, wenn es nicht zum Widerruf oder zur Aufhebung im Anfechtungsverfahren komme, niemand sich auf die Nichtigkeit des erschlichenen Verwaltungsaktes berufen. Diese Grundsätze sind auch im vorliegenden Falle anwendbar, in dem die Revision behauptet, das genannte Gutachten sei dem Senat bei seiner Beschlußfassung verschwiegen worden.

e) Der Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe den Senat von Berlin zu Unrecht für befugt gehalten, auf Grund des § 3 BlnPreisG auch eine Strukturänderung der Preisberechnung der Klägerin zu genehmigen, muß der Erfolg schon deshalb versagt bleiben, weil die Auslegung des § 3 BlnPreisG durch das Berufungsgericht das Revisionsgericht bindet.

f) Ebensowenig ist die Annahme des Berufungsgerichts zu beanstanden, daß die für die ordentlichen Gerichte bindende Preisgenehmigung mit den Abänderungen, die der zwischen dem Senator für Verkehr und Betriebe und der Klägerin am 26. November 1955 geschlossene verwaltungsgerichtliche Vergleich (Akten des Verwaltungsgerichts Berlin - VG II A 139/54 Bl. 407) vorsieht, ihre

Wirksamkeit nicht verloren habe, weil durch den genannten, von dem Senat ausdrücklich genehmigten Vergleich die die Klägerin beschwerende Preisherabsetzungsverfügung des Senators für Verkehr und Betriebe vom 26. April 1954 wirksam zurückgenommen worden sei. Die Revision hat hiergegen auch keine Bedenken erhoben.

6. Entgegen der Meinung der Revision verstößt das Verlangen der Klägerin auf Zahlung der durch den Senatsbeschluß vom 28. Juli 1952 genehmigten Entgelte auch nicht gegen die guten Sitten. Allerdings ist in der Rechtsprechung unter Billigung des Schrifttums anerkannt, die Ausnützung eines Monopols dahingehend, daß der Monopolinhaber sich unangemessene Vorteile, insbesondere unangemessen hohe Vergütungen für seine Leistungen versprechen oder gewähren läßt, könne unzulässig sein und gegen die guten Sitten verstoßen (BGH Urt. vom 30. Mai 1958 - V ZR 280/56 - LM BGB § 139 Nr. 14). Diesen Grundsatz hat das Berufungsgericht indes nicht verkannt. Es stellt fest, daß praktisch ein Monopol der Klägerin bestehe, weil sie in Berlin das einzige EVU sei. Jedoch hält es die von der Beklagten geforderten Strompreise nicht für unangemessen hoch. Es führt dazu aus, die Beklagte zu 1 habe - von dem in der Widerklage erfaßten Betrag abgesehen - auf Empfehlung ihres Interessenverbandes ihre Zahlungen als angemessen bezeichnet. Man könne aber mit der Klägerin nicht darüber rechten, ob sie 1/20 oder 1/25 mehr oder weniger zu fordern habe. Es gehe nicht an, daß die Beklagten der Klägerin etwa nur den Selbstkostenpreis zahlten. Der Klägerin müsse vielmehr ein angemessener Spielraum für Investitionen und Rationalisierungsmaßnahmen verbleiben. Demnach ergäben sich keine Anhaltspunkte dafür, daß die der Beklagten zu 1) auferlegten Bedingungen unsittlich sein könnten. Der Differenzbetrag, um den die Parteien stritten, sei für eine derartige Feststellung viel zu gering.

Diese vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen, die sich weitgehend auf tatsächlichem Gebiete bewegen und der Nachprüfung des Revisionsgerichts nur in beschränktem Umfang unterliegen, lassen nicht erkennen, daß es rechtsirrtümlich eine unangemessene Überhöhung der Preise verneint hat. Der Meinung der Revision, als angemessen könne nur ein Entgelt angesehen werden, welches den früheren Strompreisen zuzüglich eines Zuschlages, der durch die Kohlepreiserhöhung bedingt sei, entspreche, ist das Berufungsgericht mit Recht nicht gefolgt; denn es kann der Klägerin von preisrechtlichen Schranken abgesehen jedenfalls nicht verwehrt sein, Gewinne in diesem Umfang zu erzielen.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe das Gutachten des Preisamtes Berlin vom 17. Juni 1952 unbeachtet gelassen, in dem festgestellt sei, daß die von der Klägerin vorgenommene Strompreiserhöhung insgesamt einen jährlichen Mehrerlös erbringen würde, der um 3,2 Millionen DM über das Ausmaß der zu erwartenden Kostenerhöhung hinausgehe, ist nicht gerechtfertigt. Das Berufungsgericht befaßt sich vielmehr auf S. 21 seines Urteils ausdrücklich mit diesem Gutachten und gelangt ohne Rechtsverstoß zu dem Ergebnis, die Klägerin dürfe auch "erheblichere" Gewinne erzielen, ohne daß daraus schon die Unangemessenheit ihrer Preisberechnung gefolgert werden müsse. Die Mitteilung Nr. 70 des Präsidenten des Abgeordnetenhauses von Berlin vom 15. April 1954 aber, deren Nichtbeachtung die Revision rügt, stellt im wesentlichen nur eine Zusammenfassung der Ergebnisse des Gutachtens des Preisamtes dar. Bei der Beurteilung des letzteren übersieht die Revision, daß es sich nicht damit befaßt, ob die von der Klägerin geforderten Strompreise unangemessen überhöht sind, sondern allein damit, in welchem Ausmaße Preissteigerungen notwendig waren, um die eingetretene Kostenerhöhung abzufangen.

7. Auch der von der Revision weiter hervorgehobene Umstand, daß die Beklagte zu 1 sich in einer Zwangslage befinde, die ihr die Freiheit der Willensentschließung nehme und von der Klägerin nicht ausgenutzt werden dürfe, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Zwar läßt sich insofern von einer Zwangslage der Beklagten zu 1 sprechen, als sie praktisch auf den Strombezug von der Klägerin angewiesen ist. Aus dieser Tatsache folgt indes- sen nicht, daß die Beklagte zu 1 sich weigern darf, die von der Klägerin verlangten Strompreise zu bezahlen, und berechtigt ist, eine Herabsetzung auf den nach ihrer Auf- fassung angemessenen Betrag zu verlangen. Der Standpunkt der Beklagten würde nur dann berechtigt sein, wenn der Klägerin eine mit Treu und Glauben nicht in Einklang ste- hende und deshalb zu mißbilligende Ausnutzung einer Zwangslage der Beklagten zu 1 zum Vorwurf gemacht wer- den könnte. Die Klägerin hat aber ihre Monopolstellung, wie ausgeführt, nicht mißbraucht. Die Strompreiserhöhung und die Änderung der Berechnungsgrundlagen zu Ungunsten der Sonderabnehmer halten sich vielmehr im Rahmen dessen, was von diesen nach Treu und Glauben hingenommen werden muß.

8. Verstößt demnach die Preisforderung der Klägerin weder gegen ein Gesetzesverbot noch gegen die guten Sit- ten, so ist ihre Zahlungsklage begründet und die Wider- klage, soweit das Berufungsgericht ihr nicht stattge- geben hat, nicht gerechtfertigt.

9. Das Berufungsgericht hat ein Interesse der Klä- gerin an der von ihr beantragten Feststellung, daß der von der Beklagten zu 1 bei der Zahlung der Stromrech- nungen seit 1956 gemachte Vorbehalt bezüglich der Höhe des in Rechnung gestellten Anspruches aus Stromliefe- rungen nicht berechtigt sei, mit der Erwägung bejaht, durch die Zuerkennung des Zahlungsanspruches stehe le-

diglich fest, daß die Beklagten zu Unrecht in der Zeit bis 1956 Abzüge von den Rechnungen der Klägerin gemacht hätten, nicht aber auch, daß die seitdem bei ihren Zahlungen gemachten Vorbehalte unbegründet seien. Da die Beklagten verpflichtet gewesen seien, die von der Klägerin geforderten Preise zu zahlen, hat das Berufungsgericht auch den erwähnten Feststellungsantrag als begründet angesehen, und hat daher die Beklagte zu 1 entsprechend diesem Antrage verurteilt.

Soweit die Feststellung für die Zeit bis zum 31. Dezember 1957 getroffen worden ist, läßt dies, wie sich aus den Darlegungen ergibt, die den Zahlungsantrag der Klägerin und die Widerklage betreffen, keinen Rechtsirrtum erkennen, so daß die Revision der Beklagten auch in diesem Umfang keinen Erfolg haben kann.

10. Dagegen kann der erkennende Senat über den Feststellungsantrag, soweit er sich auf die Zeit vom 1. Januar 1958 bis zum Tage der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht, dem 17. März 1958, bezieht, zur Zeit nicht entscheiden.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, das zufolge des Berliner Übernahmegesetzes vom 5. September 1957 (GVBl 1109) auch dort am 1. Januar 1958 in Kraft getreten ist, verbietet marktbeherrschenden Unternehmen, zu denen die Klägerin als einziges EVU in Westberlin gehört, die mißbräuchliche Ausnutzung ihrer Marktstellung. Da die Beklagten der Klägerin einen derartigen Mißbrauch im Sinne des § 22 GWB vorgeworfen und die Revision überdies in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat ausdrücklich auf diese Vorschrift hingewiesen hat, hängt die Entscheidung über den Feststellungsantrag, soweit er sich auf die Zeit nach Inkrafttreten des erwähnten Gesetzes bezieht, von einer auf Grund dieses Gesetzes zu treffen-

den Entscheidung ab, zu der der erkennende Senat nicht befugt ist, da sie ausschließlich den nach dem erwähnten Gesetz zuständigen Gerichten vorbehalten worden ist. Gemäß § 96 Abs.2 GWB ist deshalb der erkennende Senat verpflichtet, das Verfahren insoweit bis zur Entscheidung durch die nach diesem Gesetz zuständigen Behörden und Gerichte auszusetzen (vgl. BGH Beschluß vom 9. Juli 1958 - KAR 1/58 - I ZR 185/55 - LM GWB § 87 Nr.1 = NJW 1958,1395 = MDR 1958,661), was durch einen gleichzeitig mit diesem Urteil verkündeten Beschluß geschehen ist. Der Sachverhalt, der hier in Frage steht, unterscheidet sich von dem Tatbestand, der dem zur Veröffentlichung in der Entscheidungssammlung vorgesehenen BGH Beschluß vom 15. Juni 1959 - KAR 1/59 - zugrundelag, dadurch, daß das nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu beurteilende Rechtsverhältnis zwischen den Parteien weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht unstreitig ist. Mithin sind schon aus diesem Grunde die in dem angeführten Beschluß entwickelten Grundsätze hier nicht anwendbar. Ebensovienig lassen sich die Gedankengänge des ebenfalls zum Abdruck in der Entscheidungssammlung vorgesehenen BGH-Urteils vom 23. April 1959 - VII ZR 2/58 - auf den hier zu entscheidenden Fall übertragen. Der erkennende Senat kann vielmehr erst dann über den Feststellungsanspruch entscheiden, soweit er sich auf die Zeit nach dem 1. Januar 1958 bezieht, nachdem das Verfahren vor den Kartellbehörden und -gerichten durchgeführt worden ist.

In dem Umfange, in dem die Revision sich schon jetzt als unbegründet erweist, ist sie gemäß §§ 557, 301 ZPO durch Teilurteil zurückgewiesen worden.

II. Anschlußrevision der Klägerin.

Mit der Anschlußrevision begehrt die Klägerin die Feststellung, daß die Beklagte zu 1 auch zukünftig während der Dauer des Strombezuges bei der Klägerin nicht berechtigt sei, Vorbehalte bezüglich des in Rechnung gestellten Entgelts zu machen, soweit diese mit der Ungültigkeit der mit Schreiben vom 11. August 1952 der Beklagten mitgeteilten Erhöhung des Strompreises begründet werden. Das Berufungsgericht hat ein Rechtsschutzinteresse der Klägerin an dieser Feststellung verneint. Es führt dazu aus, die Klägerin habe nicht dargetan, inwiefern die Gefahr bestehe, die Beklagte zu 1 werde sich dem im vorliegenden Rechtsstreit ergehenden Urteilsspruch, durch den ihr Rechtsstandpunkt als unbegründet festgestellt werde, nicht beugen und erneut Schwierigkeiten bei der Begleichung der Rechnungen machen. Nur wenn Anhaltspunkte dafür vorhanden wären, daß eine solche Befürchtung gerechtfertigt sei, ließe sich aber, so meint das Berufungsgericht, ein Interesse der Klägerin an der alsbaldigen Feststellung der Unbegründetheit etwaiger künftiger Vorbehalte der Beklagten bejahen.

Diesen Darlegungen des Berufungsgerichts kann, wie die Anschlußrevision mit Recht geltend macht, nicht gefolgt werden. Eine positive Feststellungsklage ist grundsätzlich immer dann zulässig, wenn der Beklagte einen Anspruch des Klägers außerprozessual bestreitet, dieser aber zur Erhebung einer sofortigen Leistungsklage wegen seines Anspruches nicht in der Lage oder nicht verpflichtet ist (vgl. Wieczorek ZPO § 256 Anm.C II a und V a m. Nachw.) Diese Voraussetzungen sind nach dem unstreitigen Sachverhalt hier gegeben. Denn die Klägerin hat geltend gemacht, daß sie auch in Zukunft vorbehaltlose Begleichung ihrer Stromrechnungen durch die Beklagte zu 1 zu beanspruchen habe, und sie ist nicht in der Lage, diesen Anspruch, dessen sie sich berühmt, durch eine sofortige

Leistungsklage geltend zu machen. Die Beklagte zu 1 hat dagegen vor und während des Rechtsstreits stets die Befugnis für sich in Anspruch genommen, die zukünftigen Stromrechnungen der Klägerin nur unter Vorbehalt bezüglich der Höhe des in Rechnung gestellten Entgelts mit Rücksicht auf die behauptete Unzulässigkeit der Strompreiserhöhung zu zahlen. Sie hat also den erwähnten Anspruch der Klägerin auch für die Zukunft bestritten. Damit stehen die Tatsachen fest, aus denen sich das rechtliche Interesse der Klägerin an einer alsbaldigen Feststellung im Sinne ihres zum Gegenstand der Anschlußrevision gemachten Antrages zwecks Klärung der Frage, ob die Beklagte zu 1 zu ihren Vorbehalten berechtigt ist, auch für die Zukunft ergibt. Zum Vortrag und Beweis weiterer Tatsachen zwecks Begründung ihres Feststellungsinteresses ist die Klägerin entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht verpflichtet. Ob das Feststellungsinteresse dann entfallen wäre, wenn die Beklagte zu 1 erklärt hätte, daß sie im Falle ihrer Verurteilung nach dem Zahlungs- und ersten Feststellungsantrag in Zukunft die Stromrechnungen ohne Vorbehalt bezahlen würde, bedarf nicht der Prüfung, da die Beklagte zu 1 eine solche Erklärung nicht abgegeben hat (vgl. zu dieser Frage RGZ 95, 504).

Die Entscheidung des Berufungsgerichts, das diesen Feststellungsantrag aus verfahrensrechtlichen Gründen abgewiesen hat, ist somit rechtsirrtümlich. Eine sachliche Entscheidung über die Anschlußrevision, die sich ausschließlich auf die Zeit nach dem 1. Januar 1958 bezieht, ist indessen dem erkennenden Senat aus den oben unter I 10 angeführten Gründen erst nach Erledigung des Verfahrens vor den Kartellbehörden und -gerichten möglich. Auch insoweit muß daher der Rechtsstreit gemäß § 96 Abs. 2 GWB ausgesetzt werden.

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits, soweit dieser endgültig erledigt ist, beruht auf §§ 91, 92, 97, 100 ZPO. Bei ihr ist berücksichtigt worden, daß die Klägerin mit dem dritten Feststellungsantrag, der mit 20 000 DM bewertet worden ist, vom Berufungsgericht rechtskräftig abgewiesen worden ist.

Dr.Großmann Dr. Gelhaar Artl Dr.Spieler Dr.Messner