

2355 045 72

Für das Nachschlagewerk!
Nicht für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: Verwaltungsrecht - Allgemeines (Verwaltungsakt:
Fehlerhaftigkeit)

Rechtssatz: Wird vor einem beeinträchtigenden Verwaltungsakt dem Betroffenen rechtliches Gehör nicht gewährt, so ist der Akt - vorbehaltlich abweichender Gesetzesvorschrift - nur dann nichtig, wenn er dadurch, möglicherweise zusammen mit anderen Umständen, zu einem dem Bereich der hoheitlichen Betätigung fremden, gesetzlich überhaupt nicht zu rechtfertigenden Akt reiner Willkür wird.

Aktenzeichen: V ZR 148/52

Urteil des BGH vom 14. Mai 1954

OLG Oldenburg

Verkündet
am 14. Mai 1954
Hoffmeister, Just.-
Ang. als Urkundsbe-
amter der Geschäfts-
stelle

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

In dem Rechtsstreit

der Energieversorgung W-EG AG in O (O.),
vertreten durch ihren Vorstand,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

die Elektrizitätsgenossenschaft H eGmbH in H, ver-
treten durch den Bürgermeister Wi und den Kaufmann
Johann W in H,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 30. April 1954 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Dr. von
Normann, Schuster, Dr. Piepenbrock und Dr. Großmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des
2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Oldenburg
vom 30. Juli 1952, soweit es zum Nachteil der Be-
klagten erkannt hat, aufgehoben. Das Teilurteil der
1. Zivilkammer des Landgerichts in Oldenburg vom
5. Februar 1952 wird auf die Berufung der Beklag-
ten weiter dahin abgeändert, daß die Klage zu 1) auf
Rechnungslegung in vollem Umfang abgewiesen wird. Die
Entscheidung über die Kosten des Berufungs- und Revi-
sionsverfahrens bleibt dem Schlußurteil des Landge-
richts vorbehalten.

Von Rechts wegen

12

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin versorgte bis zum Sommer 1944 mit ihrem Netz die Gemeinden H. und B. in Ostfriesland mit Strom, den sie von der allgemeinen Elektrizitätsversorgung Ostfrieslands bezog. Im Mai 1944 trat der Beauftragte des durch Führererlass vom 29. Juli 1941 (RGBl I, 464) eingesetzten Generalinspektors für Wasser und Energie, der Präsident Br., der gleichzeitig Leiter der Beklagten war, an die Klägerin und an andere Genossenschaften in Ostfriesland heran, um sie zu veranlassen, die technische Werkführung ihres Betriebes der Beklagten zu übertragen. Die Klägerin weigerte sich. Daraufhin verfügte der Beauftragte am 10. Juli 1944 mit ausdrücklicher Ermächtigung des Generalinspektors den zangsweisen Abschluss eines Werkführungsvertrages zwischen den Parteien. Die Beklagte übernahm auf Grund dessen die technische Leitung des Betriebes der Klägerin, der jedoch die Einnahmen aus dem Betrieb verblieben und die alle La ten zu tragen hatte.

Am 30. September 1944 fand in A. eine Verhandlung über die Elektrizitätsgenossenschaften unter Vorsitz eines Regierungsvertreters aus Berlin und unter Beteiligung des Präsidenten Br. und einiger anderen Herren der Beklagten statt. Der Vorsitzende erklärte hierbei den erschienenen Vertretern der Genossenschaften, aus Gründen der Landesverteidigung sei eine straffere Zusammenfassung der Energieversorgung notwendig. Es sei daher wegen des Zustandes der Anlagen zweckmässig, dass die Genossenschaften sie der Beklagten übereigneten. Nach Verhandlung über den Zustand der Anlagen entschied der Vorsitzende, dass die Beklagte in die Betriebe einer Reihe von Genossenschaften, darunter auch den der



Klägerin, eingewiesen würde. Ein Vertreter der Klägerin war bei dieser Verhandlung nicht anwesend. Die Klägerin hatte am Tage vorher ein Telegramm erhalten, worin sie im Auftrage des Generalinspektors für Wasser und Energie zu einer Verhandlung über die Instandsetzung ihres Ortnetzes geladen wurde. Weil jedoch kein Vertreter erschienen war, wurde der Geschäftsführer der Klägerin, Wi., während der Sitzung fernmündlich aufgefordert, zu der Verhandlung zu kommen, was er aber ablehnte. Mit Verfügung vom 10. Oktober 1944 untersagte der Generalinspektor unter Bezugnahme auf § 8 des Gesetzes zur Förderung der Energiewirtschaft vom 13. Dezember 1935 (RGBl. I. 1451 - Energiewirtschaftsgesetz = EnergWG -) der Klägerin den weiteren Betrieb ihrer Anlagen und wies die Beklagte in den Betrieb der Klägerin ein. Die Gegenvorstellungen der Klägerin waren erfolglos. Ein Entschädigungsverfahren nach § 9 EnergWG ist bisher von keiner der Parteien betrieben worden.

Die Klägerin hat geltend gemacht, die Verfügung vom 10. Oktober 1944 sei nichtig und die Beklagte daher verpflichtet, die aus dem Betriebe der Klägerin gezogenen Nutzungen herauszugeben. Sie hat vorgetragen: Ihr sei vor Erlass der Verfügung kein rechtliches Gehör gewährt worden, da weder das Telegramm noch das spätere Ferngespräch die Einweisung der Beklagten als Verhandlungsgegenstand hätten erkennen lassen und die statt dessen angegebene Instandsetzung des Ortsnetzes wegen des Verführungsvertrages Sache der Beklagten gewesen wäre. Ausserdem hätten die Voraussetzungen für ein Untersagungs- und Einweisungsverfahren gar nicht vorgelegen. Das Netz der Klägerin sei leistungsfähig und in ordnungsmässigem Zustand gewesen. Präsident

Br. [REDACTED] habe in seiner Doppelstellung als Beauftragter des Generalinspektors und als Leiter der Beklagten, um dieser das Elektrizitätsunternehmen der Klägerin zu verschaffen, mit falschen Angaben die Enteignung der Klägerin betrieben. Davon habe infolge jener Doppelstellung auch der Generalinspektor Kenntnis erlangt. Die Einweisungsverfügung sei daher wegen Willkür nichtig. Für die im Verhalten Br. [REDACTED] liegende vorsätzliche sittenwidrige Schädigung sei die Beklagte ersatzpflichtig, zumal auch ihr technischer Direktor Franssen bewusst falsche Angaben über den Zustand des Netzes der Klägerin gemacht habe.

Die Klägerin hat beantragt

- 1) die Beklagte zu verurteilen, Rechnung darüber zu legen, welche Einnahmen und Ausgaben sie seit dem 10. Oktober 1944 beim Betriebe des Leitungsnetzes der Klägerin gehabt habe;
- 2) die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin den Betrag zu zahlen, der sich nach ordnungsmässiger Rechnungslegung gem Nr 1) unter Berücksichtigung der abzugsfähigen Ausgaben als Überschuss ergebe,

hilfsweise, die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 7000:DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Januar 1950 zu zahlen.

Die Beklagte bestreitet jedes ordnungswidrige Verhalten ihrer Organe. Die Anlagen der Klägerin, führt sie aus, seien von einem unathängigen Sachverständigen, Dipl.Ing. J. [REDACTED], besichtigt und als veraltet und den stärkeren Anfor-

derungen nicht mehr gewachsen befunden worden, so daß sie hätten erneuert werden müssen. Dies sei jedoch der Beklagten wegen der damit verbundenen Aufwendungen an Material ohne Einweisung, lediglich auf Grund der Werkführung, nicht zumutbar gewesen. Die Klägerin habe gewusst, worum es sich bei der Verhandlung für sie gehandelt habe, ihr Vertreter habe nur nicht kommen wollen.

Die Klägerin behauptet demgegenüber, Dipl.Ing. J. habe das Netz nicht besichtigt, er sei nur durch H. gefahren.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme dem Klageantrag zu 1) durch Teilurteil stattgegeben.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten mit der Massgabe zurückgewiesen, dass, unter Abweisung des Klageantrags zu 1) im übrigen, die Beklagte verurteilt wurde, der Klägerin Auskunft über die seit dem 10. Oktober 1944 aus dem Leitungsnetz der Klägerin gezogenen Nutzungen zu geben. Es hat die Revision zugelassen.

Die Klägerin hatte im zweiten Rechtszug erklärt, sie stütze ihr Klagebegehren nur auf die Nichtigkeit der Einweisungsverfügung.

Mit ihrer Revision beantragt die Beklagte, unter entsprechender Aufhebung des Berufungsurteils auf die Berufung der Beklagten das Teilurteil abzuändern und den Klageantrag zu 1) in vollem Umfang abzuweisen, hilfsweise die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht führt aus:

Die Beklagte sei als unrechtmässige Besitzerin des Betriebes der Klägerin zur Herausgabe der Nutzungen nach den §§ 987, 988 BGB verpflichtet, weil die Untersagungs- und Einweisungsverfügung des Generalinspektors für Wasser und Energie vom 10. Oktober 1944, aus der die Beklagte ihr Besitzrecht ableitet, wegen Versagung des rechtlichen Gehörs nichtig sei.

Die telegrafische Ladung zur Verhandlung vom 30. September 1944 habe den späteren Zweck der Verhandlung nicht ersehen lassen. Nach dem Verhandlungsprotokoll habe sich der Vertreter der Klägerin, Wi [REDACTED], auf die telefonische Aufforderung geweigert, zu kommen, weil er auf Grund des Werkführungsvertrages nach wie vor die Beklagte für zuständig gehalten habe. Wie diese Begründung ergebe, sei Wi [REDACTED] am Fernsprecher nicht eindringlich und klar darauf hingewiesen worden, dass über die Enteignung des gesamten Betriebes entschieden werden sollte. Das werde durch seine glaubwürdige Aussage bestätigt. Die Versagung des rechtlichen Gehörs mache, wenn es vom Gesetz nicht vorgeschrieben sei, einen Verwaltungsakt zwar im allgemeinen nicht nichtig, wohl aber beim Vorliegen von Umständen, auf Grund deren die Versagung als besonders schwerwiegend erscheine. Solche Umstände seien gegeben. § 8 des Energiewirtschaftsgesetzes schreibe zwar nicht ausdrücklich vor, dass dem betroffenen Unternehmen Gelegenheit zur Stellungnahme hinsichtlich der beabsichtigten Betriebsuntersagung gegeben werden müsse, sehe jedoch vor, dass die Untersagung erst nach einem Untersagungsverfahren

ausgesprochen werde. Das Gesetz setze daher ein ordnungsmässiges Verfahren voraus, zu dem gehöre, dass dem Unternehmer Gelegenheit zur Stellungnahme geboten werde, zumal es sich um eine sonst mit strengen Verfahrensvorschriften zugunsten des Betroffenen versehene Enteignung eines ganzen Unternehmens handle und kein Rechtsmittelverfahren vorgesehen sei. Dazu komme, dass die Klägerin von der Besichtigung durch J. und den von ihm festgestellten angeblichen Mängeln nichts erfahren habe. Das Protokoll lasse auch nicht erkennen, dass eingehend über die sehr strengen Voraussetzungen des § 8 EnergWG verhandelt worden sei, vielmehr habe nach ihm J. nur einen kurzen Bericht über den Zustand aller Anlagen gegeben, wobei es erwähnt habe, dass das Netz der Klägerin schlecht gepflegt und wegen Annahme von Wehrmachtsanlagen überlastet sei. Das Protokoll ergebe aber nicht, dass auch geprüft worden sei, ob die Sicherung der Versorgung durch die Klägerin nicht auf andere Weise als durch Untersagung und Einweisung möglich gewesen wäre. Angesichts des Werkführungsvertrages habe auch keine Notwendigkeit bestanden, den Betrieb sofort zu untersagen, vielmehr hätte die Klägerin noch zu schriftlicher Äusserung aufgefordert werden können.

Da die Vertreter der Beklagten, die auf Einhaltung der Verfahrensvorschriften bei der Verfügung einer Reichsbehörde hätten vertrauen dürfen, weder gewusst noch grob fahrlässig nicht gewusst hätten, dass diese Einweisungsverfügung nichtig war, könne nach § 987 Abs 1 BGB die Klägerin die Herausgabe der Nutzungen erst vom Eintritt der Rechtshängigkeit an verlangen, für die Zeit vorher jedoch trotzdem nach § 988 BGB, weil sie wegen Nichtigkeit

der Einweisungsverfügung keinen Anspruch auf Entschädigung habe (RGZ 163, 351). Aus dem Herausgabeanspruch ergebe sich der Anspruch auf Auskunft über die gezogenen Nutzungen, der aber eine Rechnungslegungspflicht nicht enthalte, weil die Beklagte nicht mit der Herausgabe des Leitungsnetzes habe rechnen müssen. Ein Verzeichnis der gesamten aus dem Betriebe der Klägerin gezogenen Nutzungen sei vorzulegen (RGZ 137, 211).

II. Die Revision bezeichnet die Ausführungen des Berufungsgerichts in mehrfacher Hinsicht als rechtsirrig.

1. Sie wendet sich mit Recht gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Untersagungs- und Einweisungsverfügung sei nichtig. Diese Rechtsmeinung steht mit den vom Bundesgerichtshof zur Nichtigkeit von Verwaltungsakten aufgestellten Grundsätzen in Widerspruch und beruht auf Rechtsirrtum. Dass das Berufungsgericht diese Rechtsprechung noch nicht kennen konnte, ist für die rechtliche Beurteilung des Falles ohne Bedeutung.

a) Es ist zwar richtig, dass nach § 8 EnergWG der Untersagung des Betriebes ein Untersagungsverfahren vorauszugehen hat und dass die Anhörung des betreffenden Unternehmens sowohl zur Wahrung seiner Rechte als auch im Interesse sachgemässer Entscheidung als vom Gesetz für das Untersagungsverfahren gewollt unterstellt werden kann. Dementsprechend hat der Reichswirtschaftsminister in einem freilich nicht als Quelle objektiven Rechtes zu wertenden Erlasse vom 15. Oktober 1936 (abgedruckt bei Eiser-Riederer Energiewirtschaftsrecht 2. Aufl I, 233) an den Leiter der

Reichsgruppe Energiewirtschaft erklärt, er werde das Verfahren durch schriftlichen Anordnungsbescheid einleiten und der mit der Durchführung beauftragte Leiter der Energiewirtschaft werde den Sachverhalt mit den betroffenen und beteiligten Elektrizitätsversorgungsunternehmen ausreichend zu erörtern haben. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Nichtigkeit von Verwaltungsakten (BGHZ 1, 146; 2, 366; 4, 10; 4, 68 717; 4, 310) ist die Nichtigkeit nicht auf den Fall reiner Willkür des behördlichen Aktes (BGHZ 4, 24) beschränkt vielmehr kann auch ein formeller Mangel des Verwaltungsakts zu seiner Nichtigkeit führen z.B. die Unterlassung seiner Bekanntgabe an den Betroffenen (BGHZ 4, 20) oder der absolute Mangel sachlicher Zuständigkeit (BGHZ 4, 24). Im vorliegenden Fall betrifft der Mangel jedoch das dem Verwaltungsakt der Untersagung und Einweisung vorausgehende Verfahren, in dem Mängeln nicht dieselbe Bedeutung zuerkannt werden kann, wie solchen, welche die Bekanntgabe, das Existenzwerden des Aktes betreffen, weil der Verwaltungsakt, wenn er in gehöriger Form nach aussen erkennbar geworden ist, die Vermutung der Rechtswirksamkeit für sich haben muss (BGHZ 4, 22). Nicht nur die Möglichkeit von Verfahrensverstößen, sondern auch die gesetzliche Regelung selbst in einem so formellen Verfahren, wie es der Zivilprozeß ist (§ 295 ZPO), zeigen, dass die Verletzung jeder Verfahrensvorschrift im Verwaltungsrecht zur Nichtigkeit des Verwaltungsakts führen kann. Folge der Versagung des rechtlichen Gehörs im Verwaltungsverfahren - Nichtigkeitsgrund oder Aufhebungs- (Anfechtungs-) grund - wird nicht einheitlich beurteilt (vgl. für Nichtigkeit: Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I. Band

2. Aufl § 12 c S 190 unter Aufgabe seiner früheren Meinung in der 1. Aufl S 191; von Turegg, Verwaltungsrecht 2. Aufl S 125, 5 b; für Anfechtbarkeit: Jellinek, Verwaltungsrecht 3. Aufl S 271 und 290; Nebinger, Verwaltungsrecht allg. Teil 2. Aufl S 214; Heyer, SchleswigHanz 1949, 357 [361]). Dem Berufungsgericht ist darin zuzustimmen, dass die Versagung des rechtlichen Gehörs nicht für alle Fälle gleichheitlich beurteilt werden kann. Im Anschluss an die Rechtsprechung des Reichsgerichts und in Übereinstimmung mit der des IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs wird zu fragen sein, ob es sich infolge der Versagung des rechtlichen Gehörs - möglicherweise auch zusammen mit weiteren Umständen - um einen dem Bereich der hoheitlichen Betätigung unzweifelhaft fremden, gesetzlich überhaupt nicht zu rechtfertigenden Akt reiner Willkür handelt (RGZ 164, 162 [176]) oder, anders ausgedrückt, die Massnahme sich so weit von den an eine ordnungsmässige Verwaltung zu stellenden Anforderung entfernt, dass sie als Akt der Verwaltung überhaupt nicht mehr angesehen werden kann, vielmehr ausserhalb aller verwaltungsmässigen Erwägungen liegt (RGZ 168, 129 [137]). Im Gegensatz zu der Auffassung des Berufungsgerichts ist das Vorliegen eines Aktes reiner Willkür bei der hier strittigen Verfügung aber zu verneinen.

Die schriftliche Untersagungs- und Einweisungsverfügung ist im Auftrag des Generalinspektors von demselben Beamten (Oberregierungsrat S [REDACTED]) erlassen worden, der bei der Verhandlung in Aurich den Vorsitz geführt hatte. Nach den tatsächlichen, nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsrichters ist die Klägerin nicht unter Angabe

der Unterweisung und Einweisung als des Verhandlungsgegenstandes geladen worden und auch in dem Ferngespräch mit ihrem Vertreter Wi. [REDACTED] kein genügend deutlicher und eindringlicher Hinweis gegeben worden. Das Ferngespräch beweist jedoch, dass der Vertreter des Generalinspektors nicht die Absicht gehabt haben kann, die Klägerin vom rechtlichen Gehör auszuschliessen, sonst hätte man sich nicht bemüht, ihren Geschäftsführer doch noch zum Erscheinen zu veranlassen. Wie der Aktenvermerk über die Verhandlung ergibt, wurde mit den Genossenschaften, soweit sie vertreten waren, einzeln verhandelt, eine Erledigung in Bausch und Boden hat also nicht stattgefunden. Der Verhandlungsleiter hat einen unabhängigen, insbesondere also auch von der jetzigen Beklagten unabhängigen, dem Wirtschaftsministerium unterstehenden beamteten Sachverständigen über den Zustand der Ortsnetze, die notwendigen Instandsetzungs- und Umbauarbeiten, sowie die bisherigen Aufwendungen über die notwendigen Änderungen gehört. Hinsichtlich der Klägerin wurde in seiner Beschreibung der Verhältnisse darauf hingewiesen, dass das Netz teils sehr schlecht gepflegt sei und im übrigen durch die Abnahme der Wehrmachtsanlagen überlastet sei. Der Vorsitzende hatte den einzelnen Vertretern der Genossenschaften erklärt, dass die zur Zeit zu erledigenden Aufgaben der Landesverteidigung eine noch straffere Zusammenfassung der Energieversorgung notwendig mache und dass es mit Rücksicht auf den Zustand der elektrischen Versorgungsanlagen zweckmässig sei, dass die Genossenschaften die Anlagen der Beklagten übereigneten, damit diese in der Lage sei, die notwendigen Instandsetzungen und Umbauten ohne Rücksicht auf die Versorgungsgrenzen der Genossenschaften durchzuführen.

Das Berufungsgericht hebt besonders hervor, der Aktenvermerk lasse nicht erkennen, dass geprüft worden sei, ob die Sicherung der Versorgung nicht auf andere Weise möglich gewesen wäre.

Es kann ohne weiteres zugegeben werden, dass das Verfahren des Vertreters des Generalinspektors vor Erlass der Verfügung nicht mit der wünschenswerten Gründlichkeit durchgeführt worden ist und auch dem Bild nicht entsprach, das man sich nach dem oben genannten, allerdings in der Friedenszeit ergangenen, Erlass des Reichswirtschaftsministers über die Verfahrensgestaltung macht. Die Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben aber keineswegs, dass der Beauftragte des Generalinspektors die Verfügung erlassen hätte, ohne überhaupt eine Prüfung der formellen und materiellen Voraussetzungen für den Verwaltungsakt vorgenommen zu haben (BGHZ 4, 32). Das Bestehen des Betriebsführungsvertrages zwischen der Klägerin und der Beklagten war der entscheidenden Behörde bekannt, wie die Klägerin nicht bestreitet. Hat der Vertreter des Generalinspektors trotz Kenntnis dieses Vertrages die Einweisung und Untersagung ausgesprochen, obwohl der Vertrag am ehesten Massnahmen zur Beseitigung der dem Bericht des Sachverständigen J. entnommenen Mängel zugelassen hätte, so hat damit der Vertreter des Generalinspektors die Möglichkeit milderer Massnahmen im Sinne des § 8 EnergWG verneint, ohne dass insbesondere wegen des fehlenden Begründungszwangs für seine Entscheidung Willkür festgestellt werden könnte. Unrichtige Gesetzesauslegung und -anwendung, etwa unter dem Einfluss des Führererlasses über Kriegsmassnahmen in der Elektrizitätswirtschaft vom

6. August 1943 (RGBl I, 479) der, freilich unter Vorbehalt der Eigentums- und Vermögensverhältnisse, eine uneingeschränkte Verfügungsgewalt des Generalinspektors über Elektrizitätsbetriebe gewährte, Ermessensfehler oder selbst Ermessensmissbrauch reichen zur Begründung der Nichtigkeit des Verwaltungsakts nicht aus (BGHZ 4, 26). Auch kann insbesondere für die - objektiv eingetretene, wenn auch nicht beabsichtigte - Versagung des rechtlichen Gehörs kein entscheidendes Gewicht darauf gelegt werden, dass das Energiewirtschaftsgesetz kein Rechtsmittelverfahren kennt. Die Tatsache, dass die entscheidende Stelle das vom Gesetzgeber in sie gesetzte Vertrauen nicht voll rechtfertigt, macht ihre Entscheidungen nicht nichtig. Die Erwägungen, die es ausgeschlossen haben, den Kreis der Nichtigkeitsgründe für die Zeit fehlenden Verwaltungsrechtsschutzes zu erweitern (RGZ 4, 309), müssen auch hier gelten. Zurückhaltung in der Feststellung der Nichtigkeit ist auch deswegen geboten, weil nach § 8 Abs 2 EnergWG das beauftragte Unternehmen in die Rechte und Pflichten aus Energieversorgungsverträgen eintritt, die Dritten aber vom Zustandekommen der Verfügung keine Kenntnis haben. Eine etwaige Täuschung des Vertreters des Generalinspektors durch den Präsidenten Brand über die Voraussetzungen für die Verfügung führt gleichfalls nicht zur Nichtigkeit (Forsthoff 2. Aufl § 12 e S 196).

Nach alledem lässt sich die Nichtigkeit der Verfügung vom 10. Oktober 1944 nicht feststellen.

b) Wenn die Revision noch geltend macht, der Verfahrensmangel der fehlenden Anhörung der Klägerin sei auch geheilt, weil sie Gegenvorstellungen erhoben und damit ihre

Gesichtspunkte zu Gehör gebracht habe, und die Revision dabei auf das Vorbringen in der Klage S 5 und die Verfügung des Generalinspektors vom 29. November 1944 hinweist, so wäre das, die Nichtigkeit der Verfügung unterstellt, unbehelflich. Zwar ist im Tatbestand des Berufungsurteils angegeben, die Gegenvorstellungen der Klägerin seien erfolglos geblieben. Die Klägerin hat jedoch nur von einer Beschwerde bei ihrem Genossenschaftsverband in O. gesprochen, und die Verfügung des Generalinspektors vom 29. November 1944 betrifft einen gleichgelagerten Fall einer anderen Genossenschaft, nämlich der Elektrizitätsgenossenschaft für We. und Umgebung. Die Heilung scheitert also, ohne dass die rechtliche Möglichkeit untersucht zu werden brauchte, schon am mangelnden Tatsachenvortrag.

2. Die Erklärung der Klägerin in der Berufungsinstanz, dass sie ihr Klagebegehren nur auf die Nichtigkeit der Einweisungsverfügung stütze, ist nicht als unbeachtliche Rechtsausführung einer Partei zu werten, sondern als eine Beschränkung des Klagegrunds, durch die die Klägerin die Tatsachen fallen liess, die etwa auch ohne Nichtigkeit der Einweisungsverfügung zur Begründetheit ihres Klagebegehrens führen würden. Es bedarf daher keiner Untersuchung in dieser Richtung für den hier allein zu behandelnden Klageanspruch zu 1.

3. Nach den Ausführungen zu 1 besitzt die Beklagte die Anlagen der Klägerin nicht ohne rechtlichen Grund. Schon deshalb scheidet ein Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen aus. Vielmehr gab die Einweisung der Beklagten das Recht zum Besitz und zur Nutzung der Anlagen der Klägerin.

Die weiteren Darlegungen der Revision, daß die Beklagte auch deswegen Nutzungen nicht herauszugeben habe, weil nicht solche, sondern die Ertragnisse eines Gewerbebetriebs in Frage stünden (BGHZ 7, 209), außerdem das Berufungsgericht für die Zeit vor der Rechtshängigkeit die Unentgeltlichkeit des Besitzerwerbs zu Unrecht bejaht habe, bedürfen keiner Prüfung mehr.

Mit der Verneinung des Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen ist selbstverständlich nicht gesagt, daß die Klägerin auf Grund der rechtswirksamen Untersagung und Einweisung ihre Anlagen der Beklagten unentgeltlich zur Verfügung stellen müßte. Vielmehr entspricht die vorläufige Einweisung in den Gebrauch der Energieanlagen der vorläufigen Besitzeinweisung des Enteignungsrechts (Eiser-Riederer, § 8 EnergWG Anm 9 a. Darke, EnergWG, § 8 Anm 6 a u. c). Die Entschädigung für die mit der vorläufigen Einweisung verbundene Beeinträchtigung ist, da das Energiewirtschaftsgesetz keine diesbezügliche Vorschrift enthält, in dem vom Landesenteignungsrecht vorgesehenen Verfahren festzusetzen (Darke § 9 Anm 4 a; Eiser-Riederer § 9 Anm 5 d) d.h. im vorliegenden Fall entsprechend § 9 Abs 2 des preuß. Gesetzes über das vereinfachte Enteignungsverfahren vom 26. Juli 1922 (GS S 211) durch den Regierungspräsidenten. Der Rechtsweg steht zwar offen, aber erst gegen die Bemessung der Entschädigung durch die Verwaltungsbehörde (§ 6 Abs 1 des vorgenannten Gesetzes). Eine unmittelbare Anfechtung des Gerichtes ist nicht statthaft.

Mangels Bestehens des Anspruchs auf Herausgabe der Nutzungen hat auch die, wenn überhaupt, so nur aus jenem Anspruch abzuleitende Pflicht der Beklagten auf Auskunft über die aus dem Leitungsnetz gezogenen Nutzungen (RGZ 137, 311) keine Grundlage.

Das Berufungsurteil war daher, soweit es zum Nachteil der Beklagten erkannt hat, aufzuheben und auf die Berufung der Beklagten das Teilurteil des Landgerichts weiter dahin abzuändern, daß der Klageantrag zu 1 in vollem Umfang abgewiesen wurde. Zu einer weitergehenden Abweisung der Klage in Anwendung der Grundsätze des Reichsgerichts im Urteil vom 22. Oktober 1935 (HRR 1936 Nr 219) gab der Sachverhalt keinen Anlaß.

Die Entscheidung über die Kosten der zweiten und dritten Instanz war dem Schlußurteil des Landgerichts vorzubehalten.

Dr. Tasche Dr. v. Normann Schuster

Dr. Piepenbrock Dr. Großmann