

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

EnergWIG §§ 6, 7; Bundestarifordnung Elektrizität § 1

- a) Standardisierte Vertragsmuster für den Strombezug durch Sonderkunden stellen jedenfalls dann keine Tarife im Sinn von § 1 Abs. 2 BTOElt. dar, wenn das Versorgungsunternehmen sie nicht veröffentlicht hat.
- b) Zur Pflicht des Versorgungsunternehmens, einen nach Tarif belieferten Stromkunden auf die Möglichkeit hinzuweisen, eine für ihn möglicherweise günstigere Sondervereinbarung abzuschließen.

BGH, Urt. v. 12. Dezember 1984 - VIII ZR 295/83 - OLG Hamm
LG Münster

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 295/83

URTEIL

Verkündet am:
12. Dezember 1984
Kanik
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Helmut B. [REDACTED] GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer
Reinhold B. [REDACTED], S. [REDACTED]straße [REDACTED] in M. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die S. [REDACTED] M. [REDACTED] GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer
Dr. Peter G. [REDACTED], Hans-Bert K. [REDACTED], A. [REDACTED]weg [REDACTED] in
M. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Dezember 1984 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Dr. Skibbe, Dr. Zülch und Dr. Paulusch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 14. Oktober 1983 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf verwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin betreibt einen Großhandel für Sanitärbedarf, Heizung und Küchen. Den benötigten Strom bezog sie bereits in den Jahren vor 1979 von dem verklagten Energieversorgungsunternehmen zu einem der von ihm angebotenen allgemeinen Tarife. Am 3. Oktober 1979 ließ die Beklagte auf eigene Veranlassung durch das Tarifbüro T [REDACTED] GmbH den Betrieb der Klägerin daraufhin untersuchen, ob eine Änderung des bisherigen Tarifs für diese vorteilhaft sei. Nach Beendigung der Untersuchung teilte sie der Klägerin mit:



"Vor kurzem haben wir im Rahmen einer allgemeinen Prüfung durch unseren Beauftragten die elektrischen Anschlußwerte Ihrer Anlage feststellen lassen. Dabei ergab sich, daß unter Berücksichtigung Ihres Stromverbrauchs im letzten Abrechnungsjahr und unter Zugrundelegung der tariflichen Bezugsgrößen ein Wechsel des bisherigen Tarifes nicht empfehlenswert ist.

Zu Ihrer Information fügen wir diesem Schreiben die von uns ermittelten Anschlußwerte und die z.Zt. gültigen Tarifpreise bei."

Über ihre allgemeinen Tarife hinaus gewährt die Beklagte Großkunden des Wirtschafts- und Geschäftslebens die Möglichkeit, Strom zu besonderen Bedingungen zu beziehen. Der Abschluß solcher Sonderabkommen vollzieht sich auf der Grundlage standardisierter Preis- und Vertragsbestimmungen. Ihr wesentlicher Unterschied zu den allgemeinen Tarifen besteht in der andersartigen Ermittlung der Grund- und Arbeitspreise. Bei den allgemeinen Gewerbetarifen der Beklagten knüpft der im Grundpreis enthaltene Bereitstellungspreis an einen bestimmten Prozentsatz der Nennleistung der bei dem Kunden aufgestellten Verbrauchseinrichtungen an. Bei den "Sonderabkommen GÜ" orientiert er sich dagegen an der vom Kunden "bestellten" Leistung. Der Arbeitspreis ist bei den allgemeinen Tarifen im gesamten Leistungsbereich konstant. Bei den Sonderabkommen ist ein überproportional hoher Zuschlag zum (Grund-)Arbeitspreis für den Teil der abgenommenen Energie zu zahlen, der über die bestellte Leistung hinausgeht. Die Bedingungen der Sonderabkommen werden von der Beklagten nicht öffentlich bekanntgemacht.

Im September 1981 erfuhr die Klägerin von dritter Seite von der Existenz der Sonderabkommen. Am 18. September 1981 schloß sie daraufhin mit der Beklagten einen entsprechenden Vertrag nach dem Muster GÜ I unter Berücksichtigung einer bestellten Leistung von zunächst 30 Kw, die später stufenweise auf 22,5 Kw herabgesetzt wurde.

Mit der vorliegenden Klage nimmt die Klägerin die Beklagte in Höhe von 11.646,97 DM auf Schadensersatz in Anspruch. Sie macht geltend, daß sie diesen Betrag gegenüber dem in der Zeit vom 3. Oktober 1979 bis 29. September 1981 (dem ersten Ablesedatum nach dem 18. September 1981) gezahlten Tarifpreis hätte einsparen können, wenn die Beklagte mit ihr bereits im Anschluß an die Untersuchung vom 3. Oktober 1979 ein Sonderabkommen GÜ I mit einer bestellten Leistung von 27 Kw abgeschlossen hätte. Auf die Möglichkeit zum Abschluß eines solchen Sonderabkommens, meint die Klägerin, hätte die Beklagte sie bereits bei jener Gelegenheit hinweisen müssen. Sie selbst hätte, wie die Entwicklung im Jahr 1981 zeige, auf einen solchen Hinweis sofort um den Abschluß eines Sonderabkommens gebeten.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, sie sei weder zum Abschluß eines Sonderabkommens mit der Klägerin noch auch nur zu einem entsprechenden Hinweis verpflichtet gewesen. Sie hat den geltend gemachten Schaden bestritten.

Das Landgericht hat den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision, die die Beklagte zurückzuweisen beantragt, verfolgt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Klägerin könne Ersatz des geltend gemachten Schadens nur verlangen, wenn die Beklagte es im Rahmen des bestehenden Stromlieferungsvertrags pflichtwidrig und schuldhaft unterlassen habe, sie auf die Sonderabkommen GÜ hinzuweisen, sei es durch öffentliche Bekanntmachung oder durch persönliche Unterrichtung. Eine solche Verpflichtung habe indessen nicht bestanden. Nach § 6 Abs. 1 Ener-

giewirtschaftsgesetz (EnergG) seien Elektrizitätsversorgungsunternehmen lediglich gehalten, allgemeine Bedingungen und allgemeine Tarifpreise öffentlich bekanntzugeben und zu diesen Bedingungen und Preisen jedermann an ihr Versorgungsnetz anzuschließen. Ihre inhaltliche Ausgestaltung erhalte diese Bestimmung durch § 1 Abs. 2 der Verordnung über allgemeine Tarife für die Versorgung mit Elektrizität (Bundestarifordnung Elektrizität - BTOElt.), wonach die Verpflichtung sich auf die öffentliche Bekanntgabe zweier Grundpreistarife (§§ 3 bis 7), eines Kleinverbrauchstarifs (§ 9) und eines Schwachlasttarifs (§ 10) erstrecke. Hier gehe es dagegen um die rechtliche Einordnung sogenannter Sondervereinbarungen, die Elektrizitätsversorgungsunternehmen - wie gerichtsbekannt sei - mit einzelnen Abnehmern oder Abnehmergruppen zu schließen pflegten. Bei solchen Verträgen handele es sich auch dann nicht um Tarife im Sinne der genannten Bestimmungen, wenn sie - wie hier - auf vorgefertigten Vertragsmustern beruhten, die dem Kunden praktisch keinen Einfluß auf die Vertragsgestaltung ließen. Daß Sonderverträge nicht als Tarife einzuordnen seien, ergebe sich gerade aus dem Willen der Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die davon erfaßten Versorgungsverhältnisse aus dem Tarifbereich herauszunehmen. Letztlich könne aber offen bleiben, ob Sonderabkommen ebenso wie Tarife zu veröffentlichen seien. Denn die Beklagte treffe an einer eventuellen Verletzung der Bekanntmachungspflicht jedenfalls kein Verschulden. Obwohl allgemein bekannt sei, daß ein Teil der Stromkunden über Sonderverträge beliefert werde, enthielten weder das Energiewirtschaftsgesetz noch die Bundestarifordnung Elektrizität (BTOElt.) Vorschriften über die öffentliche Bekanntmachung derartiger Verträge. Wenn sich zudem die einschlägige Literatur gegen eine Bekanntmachungspflicht ausspreche und die zuständige Aufsichtsbehörde (§ 13 BTOElt.) keinen Grund zum Eingreifen sehe, könne sich das Elektrizitätsversorgungsunternehmen auf die Rechtmäßigkeit seines Tuns verlassen.

Diese Darlegungen des Berufungsgerichts sind von Rechts wegen nicht zu beanstanden.

I. 1. Es entspricht heute einhelliger Auffassung, daß die allgemeinen Tarife der Elektrizitätsversorgungsunternehmen auch insoweit veröffentlichungspflichtig sind, als es sich um freiwillige Tarife (sogenannte Zusatztarife) im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 BTOElt. handelt, die neben den im Halbsatz 1 der vorgenannten Bestimmung geregelten Pflichttarifen angeboten werden können (Obernolte in: Eiser/ Riederer/Obernolte/ Danner, Energiewirtschaftsrecht, Stand Juli 1983, III Energiepreisrecht S. 102 c, Anm. 2.1.3; Tegethoff/Büdenbender/Klinger, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, Stand August 1983, Bd. I, § 6 EnWG, Rdn. 91 und Bd. II, § 1 BTOElt., Rdn. 79 unter ausdrücklicher Aufgabe der in der Vorauflage vertretenen gegenteiligen Meinung). Ebenso unbestritten ist, daß echte Sondervereinbarungen nicht der Veröffentlichungspflicht nach §§ 6 Abs. 1 EnergG, § 1 Abs. 2 BTOElt. unterliegen (Obernolte aaO, III Energiepreisrecht, S. 100 f, Anm. 1.7.2.2 a.E.; Büdenbender, Energierecht, Rdn. 292; Tegethoff/Büdenbender/Klinger aaO, Bd. I, § 6 EnergG Rdn. 92 und Bd. II, § 1 BTOElt. Rdn. 79 Fn. 117). Diese Auffassung findet ihre Grundlage darin, daß für die inhaltliche Ausgestaltung von Sonderabnehmerverträgen - vorbehaltlich kartellrechtlicher Gesichtspunkte (dazu unten III) - der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt (vgl. die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes vom 1. Juli 1971 - KZR 16/70 = WuW/E BGH 1195 = BB 1971, 1175 und vom 28. September 1982 - KZR 27/81 = RdE 1983, 4,6; Tegethoff/Büdenbender/ Klinger aaO, Bd. I, § 6 EnWG, Rdn. 86, 211; Büdenbender, aaO; Danner in: Eiser/Riederer/Obernolte/Danner aaO, § 6 EnWG, Anm. 4 b aaO, I S. 152; Baur, Das Diskriminierungsverbot im Energieversorgungsbereich, Heidelberg/Hamburg 1979, S. 19, 22; Evers, Das Recht der Energieversorgung, 2. Aufl., S. 133, 169 ff.; Fischerhof in: v. Brauchitsch/Ule, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Bd. VIII, Halbband 2 Wirtschaftsverwaltungsrecht II, § 6 EnergG Anm. III). Davon geht

auch § 11 der 5. DVO zum Energiewirtschaftsgesetz vom 21. Oktober 1940 (RGBl. I S. 1391) aus. Nach dieser Vorschrift besteht kein klagbarer Anspruch des Sonderabnehmers auf Anschluß und Versorgung zu Bedingungen und Preisen, die für ihn günstiger sind als die allgemeinen Bedingungen und die allgemeinen Tarifpreise. Konnte die Klägerin somit von der Beklagten nicht verlangen, zu den Sondervertragsbedingungen versorgt zu werden, so fehlt es auch an einer Rechtsgrundlage dafür, ihr einen Anspruch auf veröffentlichte Information über deren Inhalt einzuräumen.

2. Der vorliegende Fall wirft allerdings die Frage auf, ob ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen, wenn es, wie hier die Beklagte, standardisierte Vertragsmuster und Bedingungen schafft, um diese in einer Vielzahl von Fällen zum Vertragsabschluß mit Sonderkunden zu verwenden, nicht in Wirklichkeit "versteckte" Tarife aufstellt, die wegen dieser Eigenschaft als Zusatztarife (s. oben 1) zu veröffentlichen wären. Die Antwort hierauf bestimmt sich danach, was unter dem Begriff "Tarif" zu verstehen ist. Versteht man darunter zutreffend dasjenige Preisgefüge, zu dem sich ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen öffentlich erbieidet, im Rahmen seiner aus § 6 EnergG folgenden Verpflichtung jedermann an sein Versorgungsnetz anzuschließen und zu versorgen (so Obergerichte in: Eiser/Riederer/Obergerichte/Danner aaO, III Energiepreisrecht, S. 98 a Rdn. 1.3.2. und II S. 102 d Rdn. 2.1.3; Hermann in: Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer, Kommentar zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen, Bd. II, 1984, Rechtsgrundlagen, Rdn. 59 Fn. 58), so hängt die Qualifikation derartiger Formularverträge als Tarife allein von dem Willen des betreffenden Elektrizitätsversorgungsunternehmens ab, die darin enthaltenen Bedingungen der Allgemeinheit und nicht nur einzelnen Abnehmern anzubieten. Das Berufungsgericht hat darin recht, daß für einen solchen Willen unter anderem der Veröffentlichung der Vertragsmuster indizielle Bedeutung zukommen kann

(vgl. zu dieser Praxis Tegethoff/Büdenbender/Klinger aaO, Bd. I, § 6 EnergG, Rdn. 92 und Danner: Eiser/Riederer/Obernolte/Danner, § 6 EnergG Nr. 4 Anm. b aa I S. 151 und Nr. 4 a Sonderkunden Anm. b I S. 155). Ob und unter welchen weiteren Voraussetzungen die veröffentlichten Vertragsmuster letztlich als Tarife behandelt werden müßten, kann indessen dahingestellt bleiben. Wenn das Unternehmen - wie hier - eine Publikation unterläßt, so spricht dies jedenfalls gerade gegen seinen Willen, die Bedingungen der Gesamtheit seiner Kunden - ungeachtet der jeweiligen Anschluß- und Verbrauchsstrukturen - anzubieten. Die Standardisierung beruht in solchen Fällen vielmehr auf einer kostensparenden Vereinfachung des Geschäftsablaufs und ist im übrigen weitgehend Ausfluß des kartellrechtlichen Gleichbehandlungsgebots (Danner aaO, Nr. 4 a Sonderkunden Anm. b I S. 155/155 a). Da die Klägerin tatsächliche Umstände, die für einen hiervon abweichenden Willen der Beklagten sprechen könnten, nicht vorgetragen hat, hat das Berufungsgericht die Sondervertragsbedingungen mit Recht nicht als veröffentlichungspflichtigen Tarif angesehen.

3. An dieser rechtlichen Einordnung ändert sich auch nichts dadurch, daß die Bedingungen des Abkommens Gl) I den Hinweis enthalten, den Preisen des Sonderabkommens lägen die Grundpreise der allgemeinen Tarife zugrunde, die Änderung der Bereitstellungs-, Arbeits- und Verrechnungspreise sei an die Änderung der entsprechenden Daten der Grundpreistarife gebunden (Ziff. 5) und die allgemeinen Tarife seien ergänzend anzuwenden, soweit nichts anderes vereinbart sei (Ziff. 6). Denn auch die darin enthaltene Anknüpfung an Teile der tariflichen Regelung ist durch die Vertragsfreiheit im Sonderkundenbereich gedeckt und ändert nichts an der besonderen Natur der Sondervereinbarung.

Das gilt gleichermaßen hinsichtlich des Umstandes, daß dem Sonderabkommen GÜ I eine Preisstruktur zugrunde liegt, die inhaltlich alle Voraussetzungen von § 7 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 BTOElt. erfüllt und die von der Beklagten daher auch als Pflicht- oder Zusatztarif nach § 1 Abs. 2 BTOElt. hätte angeboten werden können. Mißverständlich ist insoweit allerdings die Bemerkung des Berufungsgerichts, das Sonderabkommen werde von der Beklagten "auf der Grundlage des § 7 BTOElt. angeboten". Wie die Verweisung in § 1 Abs. 2 BTOElt. zeigt, konkretisiert § 7 BTOElt. das Recht der Elektrizitätsversorgungsunternehmen zur näheren Ausgestaltung ihrer Tarife, mag es sich dabei um Pflicht- oder Zusatztarife handeln. Da das Berufungsgericht die Annahme eines Tarifs aber gerade abgelehnt hat, können seine Ausführungen nur als Hinweis auf die tatsächlich vorhandene Ähnlichkeit mit der Regelung in § 7 BTOElt. verstanden werden. Auch eine solche Kongruenz gibt aber keinen Anlaß, die Sonderabkommensbedingungen als Tarif anzusehen. Denn daß die in § 7 BTOElt. aufgezeigte Preisstruktur im Sonderabnehmerbereich ebenso eine Rolle spielt wie im Tarifabnehmerbereich, liegt allein an dem in beiden Bereichen gleichermaßen praktizierten Prinzip der kostenorientierten Preisbildung (Büdenbender aaO, Rdn. 292 und 319; Danner in: Eiser/Riederer/Oberholte/Danner aaO, § 6 EnergG, Nr. 4 a Sonderkunden Anm. b I S. 155 a) und ändert nichts an der grundsätzlichen Verschiedenartigkeit beider Bereiche.

II. Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts, ein vertraglicher Schadenersatzanspruch sei auch nicht deswegen entstanden, weil die Beklagte der Klägerin nach Feststellung der Anschlußwerte durch die Firma T [REDACTED] GmbH im Jahr 1979 schriftlich mitgeteilt habe, ein Wechsel des bisherigen Tarifs sei nicht empfehlenswert, ohne sie zugleich auf die Möglichkeit zum Abschluß eines Sonderabkommens hinzuweisen.

Daß dieser Hinweis, soweit er die Wahl der zur Verfügung stehenden Tarife betraf, etwa falsch gewesen sei, hat die Klägerin selbst nicht behauptet. Auch die Revision stellt nicht in Abrede, daß die Klägerin zur Tarifwahl als solcher richtig beraten war. Sie meint allerdings, eine weitergehende Verpflichtung der Beklagten zu einem Hinweis auch auf ihre Sondervertragsbedingungen ergebe sich zum einen aus der dauernden Geschäftsverbindung der Parteien und zum anderen deswegen, weil die Klägerin sich aufgrund des Gebietsmonopols der Beklagten dieser gegenüber in keiner freien Wettbewerbssituation befunden habe.

1. Bei dem Hinweis auf die Monopolstellung der Beklagten handelt es sich um einen kartellrechtlichen Gesichtspunkt, auf den im Zusammenhang mit weiteren Rügen der Klägerin gesondert einzugehen sein wird (s. unten III).

2. Wenn auch die sich aus dem Strombezugsvertrag ergebende andauernde Geschäftsverbindung der Parteien in einzelnen Bereichen eine verstärkte Rücksichtnahme auf die Belange des Vertragspartners gebieten mag, so vermag sie doch nicht - worauf aber die Vorstellung der Revision hinausläuft - Aufklärungspflichten zu schaffen, die - wie hier - weder im Vertrage selbst noch in gesetzlichen Vorschriften begründet sind.

a) Da das zwischen den Parteien seinerzeit bestehende Vertragsverhältnis gerade auf der Grundlage eines der von der Beklagten angebotenen allgemeinen Tarife abgeschlossen war, ließ sich aus ihm unmittelbar eine Hinweispflicht auf die Sonderabkommen nicht entnehmen.

b) Soweit die BTOElt. den Elektrizitätsversorgungsunternehmen individuelle Aufklärungs- und Hinweispflichten auferlegt, beziehen diese sich - wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat - ebenfalls ausschließlich auf den tariflichen Bereich.

Nach § 8 Satz 1 BTOElt. sollen Elektrizitätsversorgungsunternehmen den Kunden mitteilen, welche Angaben im einzelnen zur Bildung des Grundpreises erforderlich sind. Der Hinweis dient dem Kunden als Grundlage dafür, in seinem Bereich die für die Bildung des jeweiligen tariflichen Grundpreises erforderlichen Feststellungen zu treffen und die erhobenen Daten dem Elektrizitätsversorgungsunternehmen mitzuteilen (§ 8 Satz 2 BTOElt., vgl. auch Senatsurteil vom 13. Dezember 1978 - VIII ZR 11/78 = WM 1979, 281). Nach § 1 Abs. 2 Satz 2 BTOElt. sollen die Kunden bei Tarifänderungen, im übrigen in Abständen von nicht mehr als drei Jahren in allgemeiner Form über die für die jeweiligen Abnahmeverhältnisse preisgünstigsten Tarife unterrichtet werden. Diese Hinweispflicht ist vor dem Hintergrund des in § 2 Abs. 1 Satz 1 BTOElt. für den Kunden niedergelegten Rechts zu sehen, unter mehreren Tarifen den für seine Verhältnisse günstigsten auszuwählen (vgl. die amtliche Begründung, BR-Drucksache 288/71, S. 13).

Bewertet man die von der Beklagten veranlaßte Untersuchung der Firma T■■■■■■ GmbH und das nachfolgende Schreiben vor diesem Hintergrund, so zeigt sich, daß die Beklagte letztlich sogar mehr geleistet hat, als sie tarifrechtlich zu tun verpflichtet war. Die Feststellung der Anschlußwerte erfolgte ersichtlich zum Zweck der Aktualisierung der für die Berechnung des tariflichen Grundpreises nach § 6 Abs. 1, 3 BTOElt. erforderlichen Daten und enthob die Klägerin daher insoweit eigener Ermittlungen nach § 8 Satz 2 BTOElt. Die Mitteilung, daß nach den erhobenen Daten unter Berücksichtigung des letztjährigen Stromverbrauchs ein Wechsel des bisherigen Tarifs nicht empfehlenswert sei, stellte sich als zutreffender Hinweis nach § 1 Abs. 2 Satz 2 BTOElt. dar, und zwar nicht nur - wie dort gefordert - in allgemeiner, sondern sogar in konkreter Form, nämlich bezogen auf die individuellen Verbrauchsdaten der Klägerin.

3. Eine weitergehende Aufklärungspflicht auf die Existenz der Sonderverträge ergibt sich auch nicht aus anderen Gesichtspunkten:

Das Berufungsgericht hat zwar ausgeführt, eine solche Verpflichtung hätte dem Grunde nach dann bestanden, wenn der Beklagten bekannt gewesen wäre oder ihr hätte bekannt sein müssen, daß die Klägerin bei Abschluß des Sonderabkommens GÜ zu wesentlich günstigeren Bedingungen Strom hätte beziehen können als nach den allgemeinen Tarifen. Woraus sich eine solche Verpflichtung ergeben soll, hat es allerdings nicht dargelegt. Nähere Ausführungen waren aus seiner Sicht auch entbehrlich, weil es die tatsächlichen Voraussetzungen für eine entsprechende Kenntnis oder ein Kennenmüssen der Beklagten verneint hat. Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg. Im einzelnen gilt folgendes:

a) Der Senat vermag bereits den der Klägerin günstigen rechtlichen Ausgangspunkt des Berufungsgerichts nicht zu teilen. War die Beklagte nach den Ausführungen zu I 1 nicht verpflichtet, die Klägerin überhaupt zu den günstigeren Sonderabkommensbedingungen zu versorgen, so war ein Hinweis auf diese Bedingungen auch dann nicht geboten, wenn die Beklagte um den sich daraus für die Klägerin gegebenenfalls ergebenden Vorteil wußte.

b) Im übrigen hat das Berufungsgericht jedenfalls zutreffend die tatsächlichen Voraussetzungen für eine solche Kenntnis der Beklagten verneint. Es hat ausgeführt, die Beklagte habe unter Beweisantritt vorgebracht, daß für sie und die Angestellten der mit der Aufnahme der Anschlußwerte beauftragten Firma T [REDACTED] GmbH nicht erkennbar gewesen sei, daß das Sonderabkommen GÜ günstiger als der von der Klägerin in Anspruch genommene Tarif gewesen sei. Dem habe die Klägerin nicht widersprochen. Im übrigen habe die Beklagte im einzelnen überzeugend dargelegt,

daß im Tarifikundenbereich, in dem sich die Klägerin seinerzeit befunden habe, aus dem Verbrauch keine Schlußfolgerungen auf die Höhe der beanspruchten Leistung im allgemeinen und die Leistungsspitzen im besonderen gezogen werden könnten. Nur mit Hilfe besonderer Stromzähler lasse sich ermitteln, ob tatsächlich nur die bestellte und keine höhere Leistung in Anspruch genommen werde.

Die Revision meint demgegenüber zwar, das Berufungsgericht habe sich, weil es Vorbringen der Klägerin übergangen habe, der Erkenntnis verschlossen, daß die Beklagte nach dem Ergebnis der Untersuchungen des Tarifbüros Terschluse GmbH über den zu erwartenden Stromverbrauch "bestens unterrichtet" und deswegen durchaus zu einer vergleichenden Feststellung in der Lage gewesen sei. Damit vertieft die Revision allerdings nur die in zweifacher Hinsicht fehlerhafte Einschätzung der Klägerin, die Untersuchungsergebnisse der Firma T [REDACTED] GmbH enthielten Erkenntnisse über ihren künftigen Stromverbrauch und aus dem Stromverbrauch allein ließen sich Schlüsse darauf ziehen, daß ein Sonderabkommen vorteilhafter als die tarifliche Regelung sei. Sie verkennt zudem, daß das Berufungsgericht das Vorbringen der Klägerin nicht übergangen, dieses vielmehr mit Recht als unschlüssig angesehen hat.

aa) Die von der Beklagten zu den Gerichtsakten gereichten Untersuchungsberichte der Firma T [REDACTED] GmbH, auf die die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 18. November 1982 selbst Bezug genommen hat, weisen aus, daß das beauftragte Tarifbüro lediglich die tatsächlichen Anschlußwerte (d.h. die Nennleistungen) der im Unternehmen der Klägerin vorhandenen Verbrauchseinrichtungen ermittelt hat. Aus diesen Werten hat es sodann nach Maßgabe von § 6 Abs. 1 und 3 BTOElt. in Verbindung mit Nr. 4.3. der all-

gemeinen Tarife der Klägerin die sogenannten tariflichen Anschlußwerte errechnet, die die Grundlage für die Bildung des Bereitstellungspreises in den Grundtarifen für den gewerblichen Bedarf darstellen (§ 6 Abs. 1 BTOElt.). Tatsächliche Feststellungen über den "voraussichtlichen Verbrauch" an elektrischer Arbeit enthielten die Untersuchungsberichte nicht und konnten sie naturgemäß auch nicht enthalten.

bb) Im übrigen scheidet die Kenntnis des Stromverbrauchs als Kriterium für eine annähernd exakte Vergleichsrechnung zwischen den Grundtarifen und den Sonderabkommen GÜ aber auch aus. Während sich das von dem Stromkunden zu zahlende Entgelt bei den Grundpreistarifen wegen des in allen Leistungsbereichen konstanten Arbeitspreises unmittelbar aus dem Verbrauch innerhalb einer bestimmten Verbrauchsperiode errechnen läßt, ist dies nach der Struktur der Sonderabkommen GÜ gerade nicht möglich. Hier richtet sich der Arbeitspreis danach, ob die vom Stromkunden abgenommene Arbeit (elektrische Energie) innerhalb des "bestellten" Leistungsumfangs bleibt. Übersteigt sie diesen, so wächst der Arbeitspreis für den Mehrverbrauch auf Werte, die erheblich über dem der Grundpreistarife liegen. Ein solchermaßen erhöhter Arbeitspreis kann den Vorteil des bei den Sonderabkommen im Prinzip günstigeren Bereitstellungspreises leicht aufzehren. Eine sinnvolle Entscheidung über den Umfang der zu bestellenden Leistung, die allein in der Hand des jeweiligen Abnehmers liegt, hängt deshalb in erster Linie von einer genauen Kenntnis des Leistungsbedarfs im allgemeinen und der Leistungsspitzen im besonderen ab. Da die elektrische Leistung physikalisch als die pro Zeiteinheit erbrachte elektrische Arbeit definiert ist, liegt es auf der Hand, daß dem gleichen Verbrauch an elektrischer Arbeit (Energie) sowohl ein hoher Leistungsbedarf bei nur wenigen Betriebsstunden als auch ein geringer Leistungsbedarf bei gleichmäßiger Auslastung der angeschlossenen Verbrauchseinrichtungen zugrunde liegen kann. Nach den

Sondervertragsbedingungen kann daher ein Unternehmen, das eine gleichmäßige Auslastung seiner stromverbrauchenden Geräte ausweist, durch Bestellung einer niedrigen Leistung den Bereitstellungspreis bei gleichem Verbrauch geringer halten als ein Stromabnehmer, der wegen auftretender Belastungsspitzen im Interesse der Vermeidung überproportional hoher Arbeitspreise von vornherein eine höhere Leistung "bestellen" muß. Dies zeigt, daß die Entscheidung für den Abschluß eines Sonderabkommens, insbesondere für die kostengünstige Bemessung der zu bestellenden Leistung, eine exakte Kenntnis der konkreten Belastungsstruktur des jeweiligen Verbrauchers voraussetzt. Eine solche Strukturanalyse war aber gerade nicht Gegenstand der im Auftrag der Beklagten von dem Tariffbüro T [REDACTED] GmbH durchgeführten Tarifaufnahme. Wenn das Berufungsgericht daher nicht das Vorbringen der Klägerin, sondern den dargestellten Vortrag der Beklagten zur Grundlage seiner Schlußfolgerung gemacht hat, aus den Feststellungen der Firma T [REDACTED] GmbH habe die Beklagte die ihr von der Klägerin unterstellten Kenntnisse nicht gewinnen können, so beruht das auf einer zutreffenden Würdigung der miteinander zu vergleichenden Preisgefüge unter Beachtung der physikalischen Gesetzmäßigkeiten und ist daher von Rechts wegen nicht zu beanstanden.

III. Erfolg hat die Revision indessen, soweit das Berufungsgericht den geltend gemachten Schadenersatzanspruch auch unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten (§ 26 Abs. 2 GWB) verneint hat.

Bei § 26 Abs. 2 GWB handelt es sich um ein Schutzgesetz im Sinne von § 35 GWB, dessen Verletzung grundsätzlich geeignet ist, einen Schadenersatzanspruch zu begründen (BGH, Urteile vom 22. Oktober 1973 - KZR 3/73, WUW/E BGH 1299, 1301 und vom 26. Oktober 1961 - KZR 1/61, BGHZ 36, 91, 100). Keinen Bedenken unterliegt auch die Annahme des Berufungsgerichts,

bei der Beklagten handele es sich als einziger Anbieterin von Strom aus dem Niederspannungsnetz im Raum M■■■■■ um ein marktbeherrschendes, mindestens aber um ein marktstarkes Unternehmen im Sinne von § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB. Hinsichtlich der weiteren Voraussetzungen des § 26 Abs. 2 GWB hat das Berufungsgericht ausgeführt: Was unter Gleichartigkeit strombeziehender Unternehmen zu verstehen sei, bedürfe keiner Entscheidung. Bei der Prüfung der Frage, ob eine unbillige Behinderung oder eine unterschiedliche Behandlung durch das marktbeherrschende Unternehmen gegeben sei, komme es entscheidend auf eine Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes an. Dem Vortrag der Klägerin lasse sich indessen nicht entnehmen, daß sie in ihrer wettbewerblichen Stellung in irgendeiner Weise benachteiligt worden sei. Das Gegenteil folge aus dem unstreitigen Vorbringen der Beklagten, wonach die Klägerin die einzige Sanitärgroßhandlung sei, mit der sie bisher ein Sonderabkommen GÜ abgeschlossen habe. Diese Ausführungen verkürzen die Problematik des Falles, weil sie den Streitstoff nicht vollständig erfassen.

1. Mit Recht ist das Berufungsgericht allerdings der Klägerin nicht bereits in der Auffassung gefolgt, allein der unstreitige Umstand, daß die Beklagte mit einer Vielzahl von Großkunden Sondervereinbarungen geschlossen habe, gebiete ihr aufgrund ihrer Monopolstellung eine Gleichbehandlung dahingehend, daß sie auch ihren übrigen Kunden in gleicher Situation die entsprechende Möglichkeit gewähre. Diese räume sie ihren Kunden nur ein, wenn sie ihnen auch das Wissen um die Existenz der standardisierten Sondervertragsbedingungen vermittle. Daraus entspringe eine entsprechende Informationsverpflichtung.

Die Auffassung der Klägerin würde dazu führen, dem für die Belieferung mit Strom bestehenden Diskriminierungsverbot ohne weiteres schon Rechtswirkungen für das Vorfeld vertraglicher Beziehungen beizulegen. Sie hätte im Ergebnis eine über die spezifische Regelung in § 1 Abs. 2 BTOElt. hinausgehende Veröffentlichungspflicht für Sonderabkommensbedingungen zur Folge, weil der Kreis der möglichen Interessenten allenfalls auf diese Weise lückenlos erfaßt werden könnte. Das jedoch würde den Rahmen des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots sprengen. Die Beklagte genügt - soweit hier von Belang - dem Erfordernis der Gleichbehandlung dadurch, daß sie unstreitig die Praxis verfolgt, mit jedem anfragenden Interessenten bei Bestehen der geeigneten Voraussetzungen ein Sonderabkommen zu schließen (in diesem Sinne auch Tegethoff/Büdenbender/Klinger aaO, Bd. I, § 6 EnergG Rdn. 92). Auf die Kenntnis oder Unkenntnis eines potentiellen Sonderkunden kommt es nicht an. Es ist im Wirtschaftsleben regelmäßig Sache des Interessenten, sich bei seinem Geschäftspartner nach den günstigsten Konditionen zu erkundigen. Von diesen Grundsätzen im Geschäftsverkehr mit Elektrizitätsversorgungsunternehmen abzugehen, besteht kein Anlaß, zumal deren Praxis, mit Großabnehmern Sondervereinbarungen zu schließen, vom Berufungsgericht sogar als allgemein offenkundig im Sinne von § 291 ZPO angenommen worden ist, ohne daß die Revision dies beanstandet hätte. Daß gerade die Klägerin diese Kenntnis nicht hatte, kann der Beklagten nicht zum Nachteil gereichen.

2. Damit steht aber noch nicht fest, daß ein fehlender Hinweis nicht im Einzelfalle dennoch auch den Tatbestand einer Ungleichbehandlung im Sinne von § 26 Abs. 2 GWB erfüllen kann. Sie setzt nicht immer eine gezielte Benachteiligung des Diskriminierten voraus, sondern kann auch dann vorliegen, wenn der Verbotsadressat nur einzelne Geschäftspartner bevorzugt (Benisch in: Gemeinschaftskommentar, 4. Aufl., § 26 Abs. 2 und 3, Rdn. 83;

Markert in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 26 Rdn. 188; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, Kommentar zum Kartellgesetz, 6. Aufl., § 26 Rdn. 178; Müller/Gießler/Scholz, Wirtschaftskommentar, Kommentar zum GWB, 4. Aufl., § 26 Rdn. 77; vgl. auch BGH, Urteil vom 19. Juni 1975 - KZR 10/74 = WUW/E BGH 1405, 1410 (Grenzmengenabkommen) = NJW 1975, 2065; a.A. Frankfurter Kommentar zum GWB, § 26 Rdn. 74). Insoweit rügt die Revision mit Recht, wenn auch in einem anderen Zusammenhang, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die Klägerin ihre im Sinne von § 26 Abs. 2 GWB maßgebliche Benachteiligung im Schriftsatz vom 24. März 1982 (GA 21) auf den unter Zeugenbeweis gestellten Vortrag gestützt hat, die Beklagte kläre seit Jahren Großkunden regelmäßig nach Abschluß der Jahresrechnung darüber auf, daß sie bei Abschluß eines Sonderabkommens preislich besser stünden als bei dem bisherigen Tarif. In der Anlage zu diesem Schriftsatz hat die Klägerin ein Formularschreiben der Beklagten vorgelegt, das diesen Sachvortrag - allerdings nur für den Bereich der Gasversorgung - bestätigt, und behauptet, "entsprechende" Schreiben existierten auch für Stromkunden. Zwar handelt es sich hierbei um erstinstanzliches Vorbringen. Es ist aber nichts dafür ersichtlich, daß die Klägerin im Berufungsrechtszug davon hat abrücken wollen. Da sie in erster Instanz obsiegt und das Landgericht ihr diesbezügliches Vorbringen als für seine Entscheidung unerheblich angesehen hatte, war sie nicht gehalten, es im Berufungsrechtszug zu wiederholen. Es genügte vielmehr die - in der Berufungserwiderung enthaltene - allgemeine Verweisung auf das erstinstanzliche Vorbringen (BGH, Urteil vom 13. März 1981 - I ZR 65/79 = GRUR 1981, 676, 677).

Das Berufungsgericht durfte das Vorbringen der Klägerin ohne Ausübung seiner Fragepflicht aus § 139 ZPO auch nicht etwa deswegen übergehen, weil die Beklagte in ihrer Erwiderung darauf ebenfalls noch in erster Instanz

vorgetragen hatte (Schriftsatz vom 19. April 1982, S. 7 f.), im Bereich der Elektrizitätsversorgung finde die von der Klägerin angesprochene Beratung nur gegenüber solchen Großkunden statt, die bereits Sonderkunden seien, bei denen also aufgrund der vorhandenen Leistungsmessung allein die Möglichkeit bestehe, rechnerisch zu ermitteln, ob ein bestimmter Sondervertragstyp für den Kunden preisgünstiger sei; entsprechende Hinweise an Tarifikunden, bei denen keine Leistungsmessung erfolge, habe sie nicht gegeben. Das von der Klägerin zu den Akten gereichte Rundschreiben an die Gaskunden lasse keinerlei Rückschlüsse auf ihre Praxis im Bereich der Stromversorgung zu. Im Gasversorgungsbereich biete sie Sonderabkommen bereits für Haushalte an, die mit Gas nicht nur kochten, sondern auch heizten. Da der Kochgasbedarf für jede Wohnung und jeden Haustyp ganz wesentlich unter dem Heizgasbedarf liege, lasse sich demzufolge in diesem Bereich aus einem bestimmten Verbrauch schließen, daß der betreffende Kunde zu den Tarifpreisen nicht nur koche, sondern auch eine Heizanlage betreibe. Das gebe ihr Veranlassung, solche Kunden auch ohne entsprechende Rechtspflicht auf die Möglichkeit des Sonderabkommens hinzuweisen.

Auch wenn die Klägerin zu diesem Vorbringen nicht mehr Stellung genommen hat, durfte das Berufungsgericht nicht ohne weiteres davon ausgehen, sie habe ihr entgegenstehendes früheres Vorbringen und den insoweit aufgestellten Beweisantritt fallengelassen. Allein das Schweigen einer Partei auf das substantiierte Bestreiten des Gegners rechtfertigt für sich genommen selbst dann nicht die Annahme, die Partei verzichte auf die Berücksichtigung ihres Vorbringens, wenn die Gegenerklärung, was für die Erklärung der Beklagten aus den Darlegungen zu II 3 b bb folgt, eine gewisse innere Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit in sich trägt. Einer Ergänzung hätten die früheren Ausführungen der Klägerin allenfalls dann bedurft, wenn sie infolge der Einlassung der Beklagten unklar geworden wären und nicht

mehr den Schluß auf die behauptete Ungleichbehandlung zugelassen hätten (vgl. Senatsurteil vom 16. Mai 1962 - VIII ZR 79/61, NJW 1962, 1394, 1395 = WM 1962, 719, 720; BGH, Urteil vom 12. Juli 1984 - VII ZR 123/83, WM 1984, 1380 unter II 1 a). Selbst wenn das Berufungsgericht dies hätte annehmen wollen, hätte es die unter Beweis gestellte Behauptung der Klägerin nicht ohne vorherigen Hinweis darauf (§ 139 ZPO) unberücksichtigt lassen dürfen. Da es indessen den gesamten vorerwähnten Streitstoff bei seiner Entscheidung außer acht gelassen hat, war das Berufungsurteil aufzuheben. Eine abschließende Entscheidung ist dem erkennenden Senat nicht möglich, weil noch tatrichterliche Feststellungen zu treffen sind. Die Sache war daher, auch zur Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens, in die Berufungsinstanz zurückzuverweisen, und zwar an den hier zuständigen Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf (§§ 92, 93 GWB i. Vbdg. mit der Verordnung vom 7. Januar 1958, GVBl. NRW S. 17, zuletzt geändert durch die Verordnung vom 24. Juni 1974, GVBl. NRW S. 220), weil die abschließende Entscheidung des Rechtsstreits unter den zuvor aufgezeigten kartellrechtlichen Gesichtspunkten zu erfolgen hat (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 1975 - II ZR 60/74, WuW/E BGH 1397/1398 - Flugasche -).

3. Für die weitere Behandlung der Sache wird das Berufungsgericht folgendes zu beachten haben:

a) Sollte der Prozeßstoff auf der Basis des Vorbringens der Beklagten im Schriftsatz vom 19. April 1982 unstreitig werden oder von der für den Tatbestand der Ungleichbehandlung beweispflichtigen Klägerin im Wege der Beweisaufnahme nicht widerlegt werden können, so wäre die Klage abzuweisen. Es fehlte dann nämlich an einer unterschiedlichen Behandlung im Sinne von § 26 Abs. 2 GWB, weil nicht feststünde, daß die Beklagte Kunden, die wie

die Klägerin bisher nicht Sondervertragskunden waren, auf die Möglichkeit zum Abschluß eines Sonderabkommens hingewiesen hat, während sie der Klägerin gegenüber einen solchen Hinweis unterlassen hat. Die Information der Sondervertragskunden über den günstigsten Sondervertragstyp liegt auf einer anderen Ebene. Ihr entspricht für den tariflichen Bereich der Hinweis nach § 1 Abs. 2 Satz 2 BTOElt., den die Beklagte der Klägerin erteilt hat (vgl. oben II 2 b).

b) Sollten die weiteren tatrichterlichen Feststellungen dagegen den Vortrag der Klägerin bestätigen, wonach die Beklagte unaufgefordert Hinweise auf die Möglichkeit des Abschlusses von Sondervereinbarungen auch gegenüber Tarifikunden im Stromversorgungsbereich abgegeben hat, so läge offensichtlich der Tatbestand einer Ungleichbehandlung vor. Es bedürfte dann weiterer Prüfung zu der Frage, ob es sich bei den Adressaten der Hinweise um "gleichartige Unternehmen" im Sinne von § 26 Abs. 2 GWB gehandelt hat. Die Beklagte wird Gelegenheit haben, die sachliche Rechtfertigung einer unterschiedlichen Praxis bei der Erteilung von Hinweisen darzutun.

Braxmaier

Wolf

Dr. Skibbe

Dr. Zülch

Dr. Paulusch