BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 1/04

Verkündet am:
26. Januar 2005
K i r c h g e ß n e r,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. November 2004 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Beyer, Wiechers, Dr. Wolst sowie die Richterin Hermanns

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 3. Dezember 2003 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist ein Energieversorgungsunternehmen, das ein Stromleitungsnetz in C. betreibt; ihr obliegt die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern gemäß § 10 EnWG. Die Beklagte unterhält in einem von ihr geführten Seniorenzentrum in C. eine Abnahmestelle für Strom. Mit Wirkung ab 1. März 2001 schloß die Beklagte einen Energielieferungsvertrag mit der Firma E. AG (im folgenden: E.). Zu diesem Zweck schloß die E. mit der Rechtsvorgängerin der Klägerin, der EW. C. GmbH (im folgenden: Klägerin), einen "Rahmenvertrag zwischen Netzbetreiber und Lieferant zur Belieferung von Kunden über das Netz der EW. C. GmbH mit elektrischer Energie". Mit Schreiben vom 12. November 2001, das der E. am 14. November 2001 zuging, kündigte die Klägerin den Rahmenvertrag wegen Zahlungsverzugs der E. fristlos. Seit dem 15. November 2001

belieferte die Klägerin die Beklagte, die hiervon jedenfalls zunächst keine Kenntnis hatte, für eigene Rechnung mit Strom. Zu welchem Zeitpunkt die Beklagte diese Kenntnis nachfolgend erlangte, ist streitig.

Am 28. März 2002 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der E. eröffnet. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte die E. aufgrund einer - nicht widerrufenen - Einzugsermächtigung Abschlagszahlungen vom Konto der Beklagten abgebucht, und zwar für die Monate November 2001 (Abbuchung vom 12. Oktober 2001), Dezember 2001 (28. November 2001) und Januar bis März 2002 (21. Dezember 2001, 28. Dezember 2001 und 27. Februar 2002), sowie den Betrag der Jahresrechnung 2001 vom 21. Dezember 2001, insgesamt 4.681,20 €.

Mit ihrer Klage hat die Klägerin von der Beklagten Zahlung in Höhe von 6.203,52 € für Stromlieferungen im Zeitraum vom 15. November 2001 bis zum 31. März 2002 nach ihrem Allgemeinen Tarif verlangt. Sie hat behauptet, die Beklagte habe spätestens am 28. November 2001 von der Kündigung des Rahmenvertrags mit der E. gewußt. Das Landgericht hat der Klage hinsichtlich Ansprüchen der Klägerin wegen Stromlieferungen seit dem 1. Januar 2002 in Höhe von 3.914,76 € nebst Zinsen stattgegeben und die Klage im übrigen abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die gegen die klageabweisende Entscheidung gerichtete Berufung der Klägerin zurückgewiesen und auf die Berufung der Beklagten die Klage insgesamt abgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsantrag weiter.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht, dessen Urteil in OLGR Celle 2004, 137, und RdE 2004, 148, veröffentlicht ist, hat ausgeführt:

Ein vertraglicher Zahlungsanspruch stehe der Klägerin nicht zu. Die Parteien hätten am 15. November 2001 keinen Stromlieferungsvertrag geschlossen. Die Klägerin habe der Beklagten zwar mit der Lieferung des Stroms ein Vertragsangebot machen wollen. Dieses Angebot sei der Beklagten jedoch nicht zugegangen, da sie keine Möglichkeit gehabt habe, von der in der Stromlieferung liegenden Realofferte Kenntnis zu nehmen. Sie habe nicht erkennen können, daß der Strom nunmehr von der Klägerin geliefert worden sei, und habe daher davon ausgehen müssen und dürfen, daß sie weiter von der E. beliefert werde. Selbst wenn der Zugang des Angebots unterstellt werde, habe die Beklagte dieses jedenfalls nicht angenommen, da sie - mangels Kenntnis von der Kündigung des Rahmenvertrags und dem Wechsel des Stromlieferanten - kein Erklärungsbewußtsein gehabt habe. Die Klägerin habe die tatsächliche Stromabnahme durch die Beklagte auch nicht als Annahme des Angebots werten können. Vielmehr sei allein der Klägerin bekannt gewesen, daß die E. ihren Vertrag mit der Beklagten nicht mehr habe erfüllen können. Es habe ihr oblegen, klare (Vertrags-) Verhältnisse zu schaffen. Die Grundsätze in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10. Oktober 1991 (BGHZ 115, 311), wonach mit Inanspruchnahme der angebotenen Leistung (Abwasserbeseitigung) grundsätzlich ein Vertrag mit dem jeweiligen Anlagenbetreiber geschlossen werde, ohne daß es darauf ankomme, ob und zu welchem Zeitpunkt der Vertragspartner Kenntnis von einem Wechsel des Anlagenbetreibers erlangt habe, seien auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar, da seit Aufhebung des

Strommonopols neben dem Netzbetreiber auch ein Dritter Stromlieferant sein könne.

Die Parteien hätten auch zu keinem späteren Zeitpunkt zwischen dem 15. November 2001 und dem 31. März 2002 einen Energielieferungsvertrag geschlossen. Es sei weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, daß die Klägerin die Beklagte über die Kündigung des Rahmenvertrags und die Übernahme der Stromlieferung in Kenntnis gesetzt oder daß die Beklagte durch Dritte von den veränderten Verhältnissen erfahren habe. Dies folge entgegen der Auffassung des Landgerichts auch nicht aus der erstinstanzlichen Vernehmung des von der Klägerin benannten Zeugen S. .

Auch ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB stehe der Klägerin nicht zu. Maßgeblich sei vorliegend die Sicht des Zuwendungsempfängers, mithin der Beklagten, die davon ausgegangen sei, die Leistung von der E. zu erhalten. Die Klägerin habe zudem die zumutbare Möglichkeit gehabt, die Beklagte rechtzeitig zu informieren und auf diese Weise einen Vertragsschluß herbeizuführen. Angesichts dieser Umstände erscheine es sachgerecht, daß die Klägerin das Insolvenzrisiko der E. trage.

II.

Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings den konkludenten Abschluß eines Energielieferungsvertrags zwischen den Parteien durch Bereitstellung von Energie seitens der Klägerin und Entnahme von Strom durch die Beklagte im Anschluß an die Kündigung des Rahmenvertrags der Klägerin mit der E. am 15. November 2001 verneint. Für das Zustandekommen eines Vertrages fehlte es - auch auf der Grundlage der Lehre vom Vertragsschluß durch

sozialtypisches Verhalten - an den erforderlichen Willenserklärungen, solange die Beklagte keine Kenntnis von der Kündigung des Rahmenvertrags hatte und nicht wußte, daß die Klägerin sie für eigene Rechnung belieferte.

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Senatsurteile vom 17. März 2004 - VIII ZR 95/03, NJW-RR 2004, 928, unter II 2 a, und vom 30. April 2003 - VIII ZR 279/02, NJW 2003, 3131 = WM 2003, 1730, unter II 1 a m.w.Nachw.) ist grundsätzlich in dem Leistungsangebot des Versorgungsunternehmens ein Vertragsangebot in Form einer sogenannten Realofferte zum Abschluß eines Versorgungsvertrages zu sehen, das von demjenigen konkludent angenommen wird, der dem Leitungsnetz des Versorgungsunternehmens Elektrizität entnimmt; eine Erklärung, er wolle mit dem Unternehmen keinen Vertrag schließen, ist unbeachtlich, da sie in Widerspruch zu seinem eigenen tatsächlichen Verhalten steht. Dieser Rechtsgrundsatz, an den § 2 Abs. 2 der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden (AVBEltV) anknüpft, berücksichtigt die normierende Kraft der Verkehrssitte, die dem sozialtypischen Verhalten der Annahme der Versorgungsleistungen den Gehalt einer echten Willenserklärung zumißt (BGH, Urteil vom 16. Dezember 1964 - VIII ZR 51/63, NJW 1965, 387, unter II 2 a; BGHZ 95, 393, 399). Aus der Sicht des Kunden stellt sich typischerweise die Vorhaltung der Energie und die Möglichkeit der Energieentnahme an den ordnungsgemäßen Entnahmevorrichtungen des Energieversorgungsunternehmens nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte als Leistungsangebot und damit als Vertragsangebot dar (Hempel in: Ludwig/Odenthal/ Hempel/Franke, Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung, AVBEltV § 2 Rdnr. 92). Die Inanspruchnahme der angebotenen Leistungen beinhaltet - auch bei entgegenstehenden ausdrücklichen Äußerungen - die schlüssig erklärte Annahme dieses Angebots (Hempel, aaO, Rdnr. 93 f.), weil der Abnehmer weiß, daß die Lieferung nur gegen eine Gegenleistung erbracht zu werden

pflegt (vgl. Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., § 28 Rdnr. 39 f.; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, 3. Aufl., § 8, 2).

b) Die vorgenannten Grundsätze gelten jedoch nicht uneingeschränkt, wenn das Versorgungsunternehmen oder der Abnehmer zuvor mit einem Dritten eine Stromliefervereinbarung geschlossen haben. Der Senat hat bereits ausgesprochen, daß die Voraussetzungen für einen konkludenten Vertragsschluß fehlen, wenn ein Vertragsverhältnis zwischen dem Versorgungsunternehmen und einem Dritten besteht, aufgrund dessen die Energielieferungen erbracht werden (Senatsurteil vom 17. April 2004, aaO). Nichts anderes gilt in dem hier zu entscheidenden Fall, daß der Abnehmer einen Stromlieferungsvertrag mit einem anderen Energieversorger geschlossen hat und nicht weiß, daß dieser ihn nicht (mehr) beliefert (ebenso de Wyl/Essig/Holtmeier in: Schneider/Theobald, Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, § 10 Rdnr. 202 f., 208).

aa) Ob ein schlüssiges Verhalten als Willenserklärung zu werten ist, ist eine Frage der Auslegung (BGHZ 149, 129, 134). Dabei hat im Falle der Divergenz eine - dem Erklärenden zurechenbare - objektive Bedeutung des Verhaltens aus der Sicht des Erklärungsgegners Vorrang vor dem subjektiven Willen des Erklärenden (vgl. für den Fall fehlenden Erklärungsbewußtseins BGHZ 91, 324, 329 ff.; 109, 171, 177). Es mag sein, daß die Klägerin der Beklagten mit der weiteren Stromlieferung nach Kündigung des Rahmenvertrages gegenüber der E. ein eigenes Angebot auf Abschluß eines Energielieferungsvertrages unterbreiten wollte. Dies war jedoch für niemanden in der Situation der Beklagten zu erkennen. Die Beklagte hatte einen Stromlieferungsvertrag mit der E. geschlossen, der aus ihrer Sicht fortbestand und ungestört erfüllt wurde. Es bestand für sie - auch bei Anlegung eines objektiven Maßstabs - keine Veranlassung, die fortdauernde Stromlieferung anders denn als Erfüllung des Vertrages

mit der E. zu verstehen. Daß darin nunmehr ein eigenes Vertragsangebot der Klägerin liegen sollte, war nicht ersichtlich. Deshalb fehlte es an einem entsprechenden objektiven Erklärungswert des Verhaltens der Klägerin, solange die Beklagte von keiner Seite darüber informiert worden war, daß der Rahmenvertrag zwischen der Klägerin und der E. gekündigt worden war und die Klägerin nunmehr eine eigene Leistung gegenüber der Beklagten erbrachte.

Ebensowenig durfte die Klägerin vor diesem Zeitpunkt die Entnahme von Strom durch die Beklagte, die dabei kein Erklärungsbewußtsein hatte, als Annahme eines von ihr abgegebenen Angebotes verstehen. Sie wußte, daß sie die Beklagte nicht von der Kündigung des Rahmenvertrags mit der E. und darüber unterrichtet hatte, daß sie nunmehr selbst Vertragspartnerin der Beklagten werden wollte. Sie konnte auch nicht ohne weiteres davon ausgehen, daß eine entsprechende Information der Beklagten durch die E. erfolgt war. Das Verhalten der Beklagten hatte deshalb aus der Sicht der Klägerin - sozialtypisch - nicht den Inhalt, daß die Beklagte die Stromlieferung als entgeltliche Leistung der Klägerin in Anspruch nehmen und damit einen - weiteren - Energielieferungsvertrag schließen wollte.

Dem Verhalten der Parteien kam danach wegen des bestehenden und beiden bekannten Stromlieferungsvertrags der Beklagten mit der E. auch und gerade mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nicht ein auf Abschluß eines neuen Stromlieferungsvertrages gerichteter Erklärungswert zu. Ein Vertragsschluß scheitert deshalb daran, daß entsprechende Willenserklärungen (aus der maßgeblichen objektiven Sicht des jeweiligen Empfängers) nicht abgegeben worden sind; auf die vom Berufungsgericht aufgeworfene Frage des - vorrangig das Risiko der Übermittlung und des Verlustes einer abgegebenen Willenserklärung regelnden - Zugangs (vgl. MünchKommBGB/Einsele, 4. Aufl., § 130 Rdnr. 16, 32) der Erklärungen kommt es insoweit nicht an.

bb) Entgegen der Ansicht der Revision läßt sich eine andere Bewertung auch nicht aus der Entscheidung des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 10. Oktober 1991 (BGHZ 115, 311) herleiten. Danach ist bei einem Übergang der Abwasserbeseitigung von einer Gemeinde auf einen Zweckverband Vertragspartner des Benutzers der Abwasserbeseitigungsanlage grundsätzlich derjenige, der die Anlage betreibt, auch wenn der Benutzer von dem Wechsel des Betreibers keine Kenntnis erlangt hat. Bei einer solchen Fallgestaltung ist für den Benutzer eindeutig, daß die Abwasserbeseitigung nur von dem jeweiligen Betreiber der Anlage vorgenommen werden kann; dessen konkrete Person ist für ihn im Regelfall belanglos. Denn auch bei einem Wechsel des Anlagenbetreibers ist er nicht der Gefahr ausgesetzt, von verschiedenen Betreibern mit Ansprüchen konfrontiert zu werden, weil der Übergang im Verhältnis zwischen dem neuen und dem alten Anlagenbetreiber nur einvernehmlich erfolgen kann. Unter Berücksichtigung der Verkehrssitte schließt der Benutzer deshalb grundsätzlich einen Nutzungsvertrag mit dem jeweiligen Anlagenbetreiber als "dem, den es angeht".

Kommen dagegen - wie hier - als Lieferanten und Vertragspartner auch andere Personen als der jeweilige Netzbetreiber in Betracht mit der Folge, daß unter ihnen Konkurrenz besteht, gewinnt die Identität des Lieferanten und Vertragspartners für den Abnehmer entscheidende Bedeutung. Er hat ein Interesse daran, zum einen seinen Vertragspartner unter den verschiedenen Anbietern auszuwählen und zum andern das Entstehen gleichzeitiger vertraglicher Bindungen an verschiedene Lieferanten zu verhindern. Der Strombezug als solcher kann deshalb in diesem Fall nicht als Erklärung des Inhalts gewertet werden, der Abnehmer wolle in jedem Fall (auch) mit dem tatsächlichen Stromlieferanten kontrahieren, solange er nicht weiß und nicht wissen muß, daß sein ausdrücklich gewählter Vertragspartner die Lieferung eingestellt hat.

2. Rechtsfehlerfrei ist auch die weitere Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe von der Kündigung des Rahmenvertrages und der Übernahme der Stromlieferung für eigene Rechnung durch die Klägerin zu keinem Zeitpunkt zwischen dem 15. November 2001 und dem 31. März 2002 Kenntnis erlangt, so daß auch in diesem Zeitraum ein konkludenter Abschluß eines Energielieferungsvertrags zwischen den Parteien ausscheidet. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, es sei weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, daß die Klägerin die Beklagte über diese Umstände in Kenntnis gesetzt habe. Es sei weiter nicht ersichtlich, daß die Beklagte durch Dritte von den veränderten Verhältnissen erfahren oder auf Grund sonstiger Anhaltspunkte Anlaß gehabt hätte, bei der Klägerin oder der E. nachzufragen, ob sich hinsichtlich der Stromlieferung Änderungen ergeben hätten. Das ist entgegen der Auffassung der Revision aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen eines konkludenten Vertragsschlusses zwischen den Parteien trägt die Klägerin als diejenige, die Rechte aus einem Vertrag herleitet. Die Klägerin beruft sich für ihre Behauptung, die Beklagte sei spätestens Ende November 2001 von der Kündigung des Rahmenvertrags mit der E. in Kenntnis gesetzt worden, auf zwei Telefonate, die - unstreitig - der Zeuge S. mit dem Mitarbeiter K. der Beklagten Ende November 2001 und am 6. Dezember 2001 geführt hat. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Zeuge S. in diesen Telefonaten Angebote auf Abschluß eines Stromlieferungsvertrages gemacht beziehungsweise angekündigt, allerdings nicht für die Klägerin, sondern für die EW. AG, von der die Beklagte am 12. Dezember 2001 auch ein schriftliches Angebot erhalten hat. Im übrigen - so hat das Berufungsgericht dargelegt - habe der Zeuge S. bei seiner Vernehmung durch das Landgericht ausdrücklich bekundet, er könne sich nicht daran erinnern, Herrn K. in diesen Telefonaten über die Hintergründe des neuen Angebotes - also die Kündigung

des Vertrages mit der E. - informiert zu haben. Nach Auffassung des Berufungsgerichts läßt sich deshalb nicht feststellen, daß der Zeuge S. der Beklagten zugleich mit der Ankündigung eines neuen Angebots den Grund dafür erläutert habe. Da auf dem Strommarkt Wettbewerb herrsche, sei es nicht fernliegend, daß ein Angebot gemacht werde, um einem Konkurrenten einen Kunden abzuwerben. Diese Würdigung beruht nicht auf einem Verstoß gegen § 286 ZPO. Die von der Revision insoweit erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet. Von einer weitergehenden Begründung wird abgesehen (§ 564 ZPO).

3. Die Klägerin hat jedoch für die Stromlieferungen an die Beklagte in der Zeit zwischen dem 15. November 2001 und dem 31. März 2002 auf der Grundlage der tatrichterlichen Feststellungen des Berufungsgerichts Anspruch auf Vergütung nach ihrem Allgemeinen Tarif aus §§ 677, 683 Satz 1, 670 BGB.

a) Die Klägerin hat mit der ununterbrochenen Fortsetzung der Stromlieferung objektiv ein Geschäft für die Beklagte geführt (§ 677 BGB). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (zuletzt Urteil vom 21. Oktober 2003 - X ZR 66/01, NJW-RR 2004, 81 = WM 2004, 1397, unter III 2 a aa, m.w.Nachw.) kann eine Geschäftsbesorgung für einen anderen auch vorliegen, wenn der Geschäftsführer ein Geschäft nicht nur als eigenes, sondern auch als fremdes führt, d.h. in dem Bewußtsein und mit dem Willen, zumindest auch im Interesse eines anderen zu handeln. In diesem Zusammenhang ist zwischen objektiv und subjektiv fremden Geschäften zu unterscheiden. Bei objektiv fremden Geschäften, die schon ihrem Inhalt nach in einen fremden Rechts- oder Interessenkreis eingreifen, wird regelmäßig ein ausreichender Fremdgeschäftsführungswille vermutet. Das gilt grundsätzlich auch für Geschäfte, die sowohl objektiv eigene als auch objektiv fremde sind. Dabei kann es genügen, daß das Geschäft seiner äußeren Erscheinung nach nicht nur dem Besorger, sondern

auch einem Dritten zugute kommt (BGH, Urteil vom 21. Oktober 2003, aaO; Urteil vom 23. September 1999 - III ZR 322/98, NJW 2000, 72 = WM 1999, 2411, unter II 2 a, jeweils m.w.Nachw.).

So liegt der Fall hier. Objektiv war es Sache der Beklagten, sich nach Kündigung des Rahmenvertrages der Klägerin mit der E. und der daraus folgenden Unmöglichkeit ihrer weiteren Belieferung durch die E. um einen anderen Energielieferanten zu kümmern. Dazu war sie nicht zuletzt deshalb gehalten, weil sie ihrerseits gegenüber den Nutzern des von ihr betriebenen Seniorenzentrums zur Bereitstellung von Strom verpflichtet war. Indem die Klägerin davon abgesehen hat, die Stromzufuhr nach Kündigung des Beistellungsvertrages bis zu einem ausdrücklichen Lieferantrag der Beklagten zu unterbrechen, und die Beklagte fortgesetzt mit Energie bedient hat, hat sie deshalb objektiv nicht nur ihre eigenen Lieferinteressen, sondern jedenfalls auch - mit Rücksicht auf ihre Anschluß- und Versorgungspflicht nach § 10 EnWG - das Versorgungsinteresse der Beklagten wahrgenommen (vgl. BGH, Beschluß vom 27. Mai 1998 - XII ZR 114/96, NZM 1998, 713). Ein entsprechender Fremdgeschäftsführungswille ist daher zu vermuten; Umstände, durch die diese Vermutung widerlegt werden könnte, sind nicht erkennbar.

Der Fremdgeschäftsführung steht nicht entgegen, daß die Klägerin möglicherweise irrig davon ausging, es komme durch die Inanspruchnahme der von ihr weiterhin zur Verfügung gestellten Energie unmittelbar ein Vertragsverhältnis mit der Beklagten zustande. Denn der Umstand, daß sich der Geschäftsführer zur Leistung verpflichtet hat oder für verpflichtet hält, hindert nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 4. November 2004 - III ZR 172/03, ZIP 2004, 2324, unter II 3 b; Urteil vom 30. September 1993 - VII ZR 178/91, NJW 1993, 3196 = WM 1994, 74, unter II 2 a; Urteil vom 7. Januar 1971 - VII ZR 9/70, NJW 1971, 609, unter III 2 a, insoweit in BGHZ

55, 128 nicht abgedruckt; BGHZ 37, 258, 262 f.) einen Rückgriff auf die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht.

b) Für die Geschäftsbesorgung durch die Klägerin fehlte es an einem Auftrag oder einer sonstigen Berechtigung. Eine solche ergibt sich insbesondere nicht aus § 10 EnWG. Nach dieser Vorschrift ist die Klägerin zwar verpflichtet, in dem Gemeindegebiet, in dem die Beklagte ansässig ist, jedermann an ihr Versorgungsnetz anzuschließen und zu versorgen. § 10 EnWG normiert jedoch keine Pflicht zum Leistungsaustausch schlechthin ohne vorher durch Vereinbarung geschaffene vertragliche Grundlage, sondern lediglich einen Kontrahierungszwang (Danner in: Danner/Theobald, Energierecht, § 10 EnWG Rdnr. 23, 35). Die Vorschrift macht den Abschluß individueller Versorgungsverträge durch übereinstimmende Willenserklärungen nicht entbehrlich, sondern verpflichtet den Netzbetreiber lediglich dazu, das Angebot des Letztverbrauchers auf Abschluß eines Anschluß- und Versorgungsvertrags zu den allgemeinen Bedingungen und Tarifen anzunehmen (Hempel, aaO, § 2 AVBEltV Rdnr. 11; Eckert/Tegethoff in: Tegethoff/Büdenbender/Klinger, § 2 AVBEltV/ AVBGasV Rdnr. 3; Büdenbender, EnWG, § 10 Rdnr. 92). Ein solcher Antrag der Beklagten hat, wie ausgeführt, nicht vorgelegen.

c) Die Übernahme der Geschäftsführung durch die Klägerin entsprach dem Interesse und dem mutmaßlichen Willen der Beklagten (§ 683 Satz 1 BGB). Diese war als Betreiberin eines Seniorenzentrums zur Versorgung ihrer Nutzer mit Strom verpflichtet, also auf die ununterbrochene Energielieferung angewiesen.

d) Die Klägerin hat demnach gemäß §§ 683 Satz 1, 670 BGB Anspruch auf Ersatz derjenigen Aufwendungen, die sie nach den Umständen für erforderlich halten durfte. Erfolgt die auftraglose Besorgung eines fremden Geschäfts

- wie hier - im Rahmen des Berufs oder des Gewerbes des Geschäftsführers, so umfaßt der Aufwendungsersatzanspruch die übliche Vergütung (BGHZ 143, 9, 16; 65, 384, 390; BGH, Urteil vom 30. September 1993, aaO; Urteil vom 7. März 1989 – XI ZR 25/88, NJW-RR 1989, 970, unter II 2 d; Urteil vom 7. Januar 1971, aaO; MünchKommBGB/Seiler, 4. Aufl., § 683 Rdnr. 24 f.; Erman/Ehmann, BGB, 11. Aufl., § 683 Rdnr. 7). Dabei handelt es sich um den von der Klägerin nach Maßgabe der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden und der Bundestarifordnung Elektrizität angebotenen Allgemeinen Tarif. Daß der von der Klägerin für den Zeitraum vom 15. November 2001 bis 31. März 2002 in Rechnung gestellte Betrag von 6.203,52 € diesem entspricht, wird von der Revisionserwiderung nicht in Zweifel gezogen.

4. Nach dem der Revisionsentscheidung zugrunde zu legenden Sachverhalt ist jedoch nicht auszuschließen, daß die Beklagte dem Aufwendungsersatzanspruch der Klägerin aus Geschäftsführung ohne Auftrag ihrerseits im Hinblick auf die von ihr an die E. für die Zeit nach Kündigung des Rahmenvertrages noch geleisteten Zahlungen jedenfalls teilweise einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Anzeigepflicht nach § 681 Satz 1 BGB entgegenhalten kann.

a) Gemäß § 681 Satz 1 BGB ist der Geschäftsführer verpflichtet, dem Geschäftsherrn die Übernahme der Geschäftsführung anzuzeigen, sobald dies tunlich ist. Unterläßt er dies, ist der Geschäftsherr im Wege des Schadensersatzes so zu stellen, wie er stünde, wenn der Geschäftsführer rechtzeitig angezeigt hätte (BGHZ 65, 354, 357; Soergel/Beuthien, BGB, 12. Aufl., § 681 Rdnr. 4; MünchKommBGB/Seiler, 4. Aufl., § 681 Rdnr. 10). Die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß die Anzeige unterblieben ist, aber tunlich gewesen wäre, obliegt dem Geschäftsherrn, der einen Anspruch wegen eines Verstoßes

des Geschäftsführers gegen § 681 Satz 1 BGB geltend macht (Staudinger/ Wittmann, BGB (1995), § 681 Rdnr. 9; Soergel/Beuthien, aaO, § 681 Rdnr. 5; Baumgärtel/Laumen, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl., § 681 Rdnr. 1).

Die Beklagte hat behauptet, vor dem 31. März 2002 von der Klägerin keine Information darüber erhalten zu haben, daß diese den Rahmenvertrag mit der E. gekündigt und die Stromlieferung für eigene Rechnung übernommen hatte. Soweit es um die Verletzung von Aufklärungs- und Informationspflichten geht, muß der Anspruchsteller nach ständiger Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 20. Oktober 2000 – V ZR 285/99, NJW 2001, 64, 65; Urteil vom 20. Juni 1990 - VII ZR 182/89, NJW-RR 1990, 1422, unter II 2 a; Urteil vom 5. Februar 1987 - IX ZR 65/86, NJW 1987, 1322 = WM 1987, 590, unter II 1) allerdings nicht alle denkbaren Unterrichtungsmöglichkeiten ausschließen. Vielmehr trifft den Anspruchsgegner eine sekundäre Darlegungslast, aufgrund derer er eine konkrete, d.h. räumlich, zeitlich und inhaltlich spezifizierte Aufklärung vorzutragen hat, die der Anspruchsteller widerlegen muß. Dabei werden die Anforderungen an die Substantiierungslast des Gegners durch die Umstände des Einzelfalles bestimmt. Diese Grundsätze, die auf Zumutbarkeitserwägungen beruhen, müssen auch bei dem pflichtwidrigen Unterlassen einer Anzeige nach § 681 Satz 1 BGB Anwendung finden. Für den Geschäftsherrn ist der Beweis der unterbliebenen Anzeige, einer negativen Tatsache, mit besonderen Schwierigkeiten verbunden, wenn er alle theoretisch denkbaren Möglichkeiten widerlegen muß, während es für den Geschäftsführer im Regelfall keinen nennenswerten Aufwand bedeutet, zu den näheren Umständen der nach seiner Behauptung erfolgten Anzeige substantiiert vorzutragen.

b) Der ihr danach obliegenden sekundären Darlegungslast hat die Klägerin nach den bisherigen tatrichterlichen Feststellungen nicht genügt. Das Beru-

fungsgericht hat ausgeführt, es sei nicht vorgetragen, daß die Klägerin die Beklagte über die Kündigung des Rahmenvertrages und die Übernahme der Stromlieferung durch sie, die Klägerin, in Kenntnis gesetzt habe. Dies sei auch sonst nicht ersichtlich und ergebe sich - wie oben (unter 2) bereits ausgeführt -, insbesondere nicht aus der Aussage des Zeugen S. . Selbst wenn man unterstellt, daß sich die Klägerin die Aussage des Zeugen S. zu eigen gemacht hat, fehlt es mithin an Vortrag der Klägerin dazu, wann und durch wen sie der Beklagten die Übernahme der Geschäftsführung, d. h. die Aufnahme der Stromlieferung für eigene Rechnung, angezeigt haben will. Soweit die Revision auf Sachvortrag der Klägerin in der Berufungsbegründung verweist, hat diese dort nur dargelegt, sie habe der Beklagten Ende November 2001 durch den Zeugen S. ein Angebot zur Belieferung von deren Abnahmestelle angekündigt, und behauptet, die Beklagte habe (deshalb) bereits am 28. November 2001 gewußt, daß sie - die Klägerin - das Vertragsverhältnis mit der E. zum 15. November 2001 beendet hatte. Dieser Schluß ist indes nicht zwingend und vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei (siehe oben unter 2) abgelehnt worden. Mangels eines hinreichend substantiierten gegenteiligen Sachvortrags der Klägerin ist deshalb die Behauptung der Beklagten zugrunde zu legen, sie sei von der Klägerin nicht über die Kündigung des Rahmenvertrags mit der E. und die weitere Stromlieferung für eigene Rechnung der Klägerin informiert worden.

c) Die Klägerin ist deshalb verpflichtet, die Beklagte so zu stellen wie diese stünde, wenn sie ihr rechtzeitig, das heißt, sobald dies tunlich war, die Übernahme der Stromlieferung für eigene Rechnung angezeigt hätte. Zu dem danach maßgeblichen fiktiven Vermögensstand der Beklagten hat das Berufungsgericht - aus seiner Sicht folgerichtig - bisher keine ausreichenden Feststellungen getroffen.

aa) Tunlich ist die Anzeige der Geschäftsführung nach § 681 Satz 1 BGB, sobald es die Verhältnisse erlauben (Soergel/Beuthien, aaO, § 681 Rdnr. 2), die Anzeige also im Interesse des Geschäftsherrn objektiv geboten und dem Geschäftsführer zuzumuten ist (Baumgärtel/Laumen, aaO). Für die Beurteilung des danach maßgeblichen Zeitpunkts bedarf es hier weiterer tatrichterlicher Feststellungen dazu, wann die Klägerin tatsächlich in der Lage war, die Beklagte zu unterrichten. Dies hängt unter anderem davon ab, wie viele Kunden von der Kündigung des Rahmenvertrages mit der E. betroffen waren und in der Folge von der Klägerin informiert werden mußten, sowie davon, ob die Klägerin im Zeitpunkt der Kündigung gegenüber der E. die Identität und die Anschrift der Beklagten als Anschlußnehmerin ihrer Abnahmestelle kannte beziehungsweise wann sie diese ermitteln konnte. Das muß spätestens bis zum 28. November 2001 der Fall gewesen sein, als sie der Beklagten nach ihrem eigenen Vortrag telefonisch ein Vertragsangebot angekündigt hat.

bb) Ein Schaden kann der Beklagten durch die unterbliebene Anzeige nur entstanden sein, soweit ihre sich aus § 323 Abs. 1 und 3, § 325 Abs. 1 Satz 3 BGB (in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung) ergebenden Rückzahlungsansprüche gegenüber der insolventen E. wirtschaftlich wertlos sind. Dazu sind bisher ebenfalls keine Feststellungen getroffen.

Des weiteren kommt es für die Höhe des von der Klägerin zu ersetzenden Schadens darauf an, ob und welche weiteren Zahlungen die Beklagte an die E. nach einer pflichtgemäßen Mitteilung der Klägerin über die Kündigung des Rahmenvertrags und die Aufnahme der Stromlieferung für eigene Rechnung noch geleistet hätte, insbesondere ob und wann die Beklagte die Einzugsermächtigung der E. für die Zukunft widerrufen und der bereits am 12. Oktober 2001 erfolgten Abbuchung für November 2001 widersprochen hätte bzw. noch hätte widersprechen können. Zu klären ist schließlich, ob und in wel-

chem Umfang die Jahresrechnung 2001 der E. vom 21. Dezember 2001 Beträge für die Zeit nach dem 15. November 2001 enthielt oder von der Beklagten unabhängig von der Kündigung des Rahmenvertrags für den Stromverbrauch in der Zeit davor geschuldet war. Dasselbe gilt für die Abschlagszahlungen für November und Dezember 2001, falls diese - was naheliegt - in die Jahresrechnung 2001 einbezogen worden sind.

III.

Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben. Eine abschließende Entscheidung ist dem Senat nicht möglich, weil es hierzu weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf. Der Rechtsstreit ist daher unter Aufhebung des Berufungsurteils zu weiterer Sachaufklärung - gegebenenfalls unter Berücksichtigung ergänzenden Sachvortrags der Parteien - an die Vorinstanz zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

Dr. Deppert Dr. Beyer Wiechers

Dr. Wolst Hermanns