



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 16/02

Verkündet am:
4. November 2003
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

Strom und Telefon I

GWB § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1, § 33

- a) Beeinträchtigt ein marktbeherrschendes Unternehmen unter mißbräuchlicher Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem von ihm nicht beherrschten Drittmarkt, kann ein auf dem Drittmarkt tätiger Wettbewerber Unterlassung verlangen.
- b) Der räumlich relevante Markt der Versorgung von Kleinverbrauchern mit elektrischer Energie wird auch nach der Liberalisierung des Energiemarktes durch das Versorgungsgebiet des örtlichen Netzbetreibers bestimmt, solange der weit überwiegende Teil der abgenommenen Energiemenge (hier: mehr als 90 %) weiterhin von dem Netzbetreiber geliefert wird.
- c) Ein Kopplungsangebot, mit dem ein marktbeherrschender Stromversorger Strom und Telekommunikationsdienstleistungen zu einem vergünstigten Gesamtgrundpreis anbietet, ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, sofern keine Zwangskopplung vorliegt und auf dem Telekommunikationsmarkt keine Marktzutrittsschranken für Wettbewerber begründet werden.

BGH, Urt. v. 4. November 2003 – KZR 16/02 – OLG München
LG München I

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. September 2003 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch und die Richter Prof. Dr. Goette, Prof. Dr. Bornkamm, Dr. Raum und Dr. Meier-Beck

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts München vom 18. April 2002 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist die Deutsche Telekom AG. Die Beklagte zu 1 ist ein regional tätiges Stromversorgungsunternehmen, das im Allgäu ca. 80.000 Kunden mit Strom beliefert und sich im Mehrheitsbesitz der K. Verkehrs- und Beteiligungsgesellschaft mbH befindet. Die Beklagte zu 2, deren Geschäftsanteile zu 38,6 % von der Stadt A. , zu 27,1 % von der Beklagten

zu 1 und zu 12,3 % von der B. Landesbank gehalten werden, bietet Telekommunikationsdienstleistungen an.

Mit der Klage wendet sich die Klägerin gegen Kopplungsangebote, mit denen die Beklagte zu 2 – teilweise gemeinsam mit der Beklagten zu 1, teilweise gemeinsam mit anderen örtlichen Energieversorgern – den Strombezug sowie einen Telefon- und Internetanschluß zu einem einheitlichen monatlichen Grundpreis angeboten hat. So bewarb die Beklagte zu 2 mit den Stadtwerken A. einen Tarif unter der Bezeichnung "combitel" wie folgt:

→ **Mit combitel sparen Sie bis zu DM 174,- im Jahr.**

Wenn Sie z.B. eine Familie mit 4 Personen sind oder in einem high-tech Single-Haushalt leben.

combitel, das sind DM 44,- Grundpreis für Strom, Telefon und Internetzugang.

→ **Ihren persönlichen combitel-Vorteil rechnen wir Ihnen gerne aus. ...**

combitel	ab 5.6.2000
Grundpreis pro Monat (Strom, Telefon, Internet)	DM 44,-
Kilowattstunden	23,78 Pfennige
Erstlaufzeit	6 Monate

→ **Telefonkosten werden von der A. Kom separat abgerechnet. a. Strom combitel ist ein Angebot der Stadtwerke A. für das Stadtgebiet in Kooperation mit der A. Kom.**

Die Klägerin sieht in den Angeboten der Beklagten und der Werbung hierfür den Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung der Beklagten zu 1 und der anderen örtlichen Stromversorger und ein wettbewerbswidriges Verhalten unter dem Gesichtspunkt einer grundgesetzwidrigen "Rückverstaatlichung" des Telefonmarktes, einer kommunalrechtlich unzulässigen erwerbswirtschaftlichen Betätigung an den Beklagten unmittelbar oder mittelbar beteiligter Gebietskörperschaften, eines unlauteren Kopplungsangebots und eines Verstoßes gegen die Preisangabenverordnung.

Die Klage, mit der den Beklagten untersagt werden soll, für den Abschluß von Stromlieferungsverträgen und Telefon- und/oder Internetanschlußverträgen zu werben, bei denen der Bezug von Strom und/oder Telefon- und/oder Internetdienstleistungen preisvergünstigt angeboten wird, wenn der Kunde zugleich Stromkunde der Beklagten zu 1 ist und einen Telefonanschlußvertrag mit der Beklagten zu 2 abschließt bzw. einen solchen Vertrag abschließt und zugleich Stromkunde der Beklagten zu 1, der Stadtwerke A.

oder der L. -Elektrizitätswerke AG ist, sowie solche Preisvergünstigungen tatsächlich zu gewähren, und die sich ferner mit Insbesondere- und weiteren Hilfsanträgen gegen die konkrete Werbung der Beklagten und der vorgenannten anderen Energieversorger richtet, ist in beiden Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben.

Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Berufungsanträge weiter.

Die Beklagten treten dem Rechtsmittel entgegen.

Entscheidungsgründe:

A. Die Revision ist insgesamt zulässig.

Der Umstand, daß das Berufungsgericht die Revisionszulassung mit der grundsätzlichen Bedeutung begründet hat, die der Frage zukomme, ob sich privatrechtlich organisierte Unternehmen, die sich (teilweise) im Besitz der öffentlichen Hand befinden, auf dem Gebiet der Telekommunikation betätigen dürften, beschränkt die Nachprüfbarkeit des Berufungsurteils nicht. Denn die Revisionszulassung kann nicht auf eine bestimmte Rechtsfrage beschränkt werden (BGHZ 101, 276, 278); eine entsprechende Auslegung der nach dem Wortlaut des Tenors unbeschränkten Zulassung kommt daher nicht in Betracht. Da die Begründung des Klageanspruchs mit der geltend gemachten Unzulässigkeit der Betätigung von Unternehmen in staatlichem oder kommunalem Besitz auf dem Gebiet der Telekommunikation auch nur eine der gleichwertigen rechtlichen Rechtfertigungen des Klageanspruchs darstellt, kann in der Begründung der Zulassungsentscheidung auch nicht die Zulassung der Revision nur hinsichtlich eines Teils des Streitgegenstands gesehen werden.

B. In der Sache bleibt die Revision ohne Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Klage im Ergebnis zutreffend unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten als unbegründet angesehen.

I. 1. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch gegen die Beklagte zu 1 aus § 33 i.V.m. § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 GWB verneint, da die Klägerin nicht

dargetan habe, daß die Beklagte zu 1 auf dem sachlich relevanten Markt der Belieferung von Kleinkunden mit Strom über eine marktbeherrschende Stellung verfüge. Davon könnte nur ausgegangen werden, wenn für den räumlich relevanten Markt nicht auf das gesamte Bundesgebiet, sondern nur auf den regionalen Markt abgestellt werde, auf dem die Beklagte zu 1 tätig sei. Dies sei nach der Liberalisierung des Strommarktes jedoch nicht mehr zu rechtfertigen. Unstreitig gebe es mehrere Stromanbieter (ares, Yello, RWE/Avanza, e.on), die bundesweit tätig seien und mit denen mithin auch Kunden im örtlichen Versorgungsbereich der Beklagten zu 1 Stromlieferverträge abschließen könnten. Marktabschottende Maßnahmen in Bezug auf das Versorgungsgebiet der Beklagten zu 1 seien nicht dargetan. Die Beklagte zu 1 habe vorgetragen, sie stelle anderen Stromversorgern ihr Verteilungsnetz für die Durchleitung zu angemessenen (veröffentlichten) Bedingungen zur Verfügung; zahlreiche Stromhändler belieferten Abnehmer in ihrem Netzgebiet. Daß die Beklagte zu 1 entgegen diesem Vortrag die Durchleitung verweigere, behauptete auch die Klägerin nicht. Auch sonst zeige sie keine Umstände auf, die es rechtfertigen könnten, als örtlich relevanten Markt für die Belieferung von Privatkunden auf das Netzgebiet der Beklagten zu 1 abzustellen. Insbesondere sei es nicht angängig, unter Hinweis auf den hohen Kundenanteil der Beklagten zu 1 von behaupteten 96 % darauf zu schließen, daß ein Wettbewerb mit überregional tätigen Stromanbietern aufgrund der geringen Wechselquote nicht stattfindet.

Unabhängig hiervon könne auch eine sachlich nicht gerechtfertigte Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten der Klägerin auf dem Telekommunikationsmarkt nicht angenommen werden. In dem Angebot eines gemeinsamen Grundpreises für den Bezug von Strom bei der Beklagten zu 1 und die

Inanspruchnahme von Telefondienstleistungen der Beklagten zu 2 sei keine dem Leistungswettbewerb fremde Kopplung von nicht zusammengehörenden Leistungen zu sehen. Es liege weder eine Zwangskopplung vor, noch werde eine begehrte mit einer weniger begehrten Leistung gekoppelt, etwa um den Absatz letzterer zu fördern, da in (fast) jedem Haushalt eine Nachfrage sowohl nach dem Bezug von Strom als auch nach einem Telefonanschluß vorhanden sei. Beide Leistungen könnten auch nicht als willkürlich zusammengefaßt angesehen werden. Nach dem erreichten Stand der Technik und den zwischenzeitlich geschaffenen rechtlichen Voraussetzungen bestünden sachliche Berührungspunkte; beide Leistungen wüchsen zukünftig beim Einsatz bestimmter Leistungstechniken eng zusammen ("Telefon aus der Steckdose"). Es sei auch nicht dargetan, daß der Preisvorteil des gemeinsamen Grundpreises nicht nach kaufmännischen Grundsätzen kalkuliert wäre, etwa indem der Preis durch überbeuerte Strompreise "subventioniert" werde. Das Angebot von attraktiven Preisen gehöre ebenso wie die Weitergabe von Kostenvorteilen aufgrund erreichter Synergieeffekte zum Kernbereich des Leistungswettbewerbs. Derartige Maßnahmen könnten auch einem marktbeherrschenden Unternehmen, selbst wenn sie zur Erhaltung bzw. zum Ausbau des Kundenstamms dienten, nicht ohne weiteres versagt werden. Auch angesichts der Höhe des gewährten Preisvorteils von monatlich etwa 15 DM, dessen "Anlockwirkung" eher gering erscheine, sei nicht zu befürchten, daß allein deshalb mit einem massiven Abwandern von Kunden der Klägerin bzw. anderer Telekommunikationsunternehmen gerechnet werden müßte.

2. Die Revision hält die räumliche Marktabgrenzung des Berufungsgerichts für unzutreffend. Entgegen dessen Auffassung liege in dem angegrif-

fenen Kombinationsangebot der Beklagten zu 1 auch eine sachlich nicht gerechtfertigte Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten der Klägerin im Sinne von § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB auf dem Telekommunikationsmarkt. Das Berufungsgericht verkenne, daß es bei dem Kopplungsangebot nicht um die Weitergabe von Kostenvorteilen "aufgrund erreichter Synergieeffekte" gehe. Solche Synergieeffekte lägen zwischen den beiden Beklagten nicht vor, weil die Beklagte zu 1 auf dem Strommarkt und die Beklagte zu 2 auf dem Telekommunikationsmarkt tätig sei. Durch das Kopplungsangebot würden die öffentlich-rechtlichen Aufgaben der Kommunen im Bereich der Daseinsvorsorge (Stromversorgung) und ihre hierdurch erlangte Stellung mit der rein privatwirtschaftlichen Tätigkeit eines Beteiligungsunternehmens (Telefondienstleistungen) verquickt. Diese Verquickung bestehe konkret darin, daß die Angebote der beiden Beklagten mit dem Motiv und der Zielsetzung verknüpft würden, das überkommene, gerade nicht im Wettbewerb errungene Monopol der Beklagten zu 1 auf dem Strommarkt auf den Telekommunikationsmarkt zu übertragen, zumindest aber als – noch – strukturbedingten, wettbewerbsfremden Vorteil vor anderen Anbietern zu nutzen. Weiterhin setzten die Beklagten die strukturbedingte Abhängigkeit der Stromverbraucher von der Beklagten zu 1 ein, um mittels eines preisverschleiernenden Anlockeffektes neue Abhängigkeiten auf einem anderen Markt zu schaffen. Denn naturgemäß gehe von dem Angebot eines kommunalen Unternehmens, das seit jeher als ein Monopolist im Bereich der Daseinsvorsorge tätig sei, eine "Sogwirkung" auf die Verbraucher aus. Diese gründe sich aber nicht auf Leistung, sondern – mangels bestehender Alternativen in dem Bereich der Daseinsvorsorge – auf die Gewohnheit der Verbraucher, von diesem Unternehmen "versorgt" zu werden. Andererseits gebe es eine Zwangssituation des Kunden, der nach einem Wechsel zu dem gekop-

pelten Angebot hieran auch dann festgehalten werde, wenn das Telekommunikationsangebot anderer Unternehmen wie auch der Klägerin dem Telekommunikationsbestandteil des Kopplungsangebotes überlegen sei.

3. Die Angriffe der Revision haben im Ergebnis keinen Erfolg.

a) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß der Klägerin ein Unterlassungsanspruch nach § 33 i.V.m. § 19 Abs. 1 GWB zustehen kann, wenn die Beklagte zu 1 auf dem sachlich und räumlich relevanten Strommarkt marktbeherrschend ist und unter mißbräuchlicher Ausnutzung dieser marktbeherrschenden Stellung die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf dem – von ihr nicht beherrschten – Telekommunikationsmarkt in für den Wettbewerb erheblicher Weise beeinträchtigt.

Denn die Beeinträchtigung muß nicht auf dem beherrschten Markt, sondern kann auch auf einem Drittmarkt eintreten, sofern nur der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen der Marktbeherrschung und dem mißbilligten Verhalten oder seiner wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkung gegeben ist (KG WuW/E OLG 3124, 3129; OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 880, 883; Möschel in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 19 Rdn. 114; Schulz in Langen/Bunte, Kartellrecht, 9. Aufl., § 19 GWB Rdn. 133). Das entspricht der weiten Fassung der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB, mit der mißbräuchliches Verhalten auch auf nicht beherrschten Märkten erfaßt werden sollte (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des GWB, BT-Drucks. IV/2564, S. 15) und durch die demgemäß auch die Konkurrenten des Marktbeherrschers auf dem Drittmarkt geschützt werden (Bornkamm in

Langen/Bunte aaO § 33 GWB Rdn. 23; a.A. aufgrund zu enger Definition des Schutzzwecks Knöpfe/Leo in Gemeinschaftskommentar, 5. Aufl., § 19 GWB Rdn. 1645). Ob demgegenüber für die Anwendung des § 20 Abs. 1 GWB daran festzuhalten ist, daß das behinderte Unternehmen auch auf dem beherrschten Markt tätig sein muß, wie dies der Senat zu § 26 Abs. 2 GWB a.F. angenommen hat (Urt. v. 23.2.1988 – KZR 17/86, WuW/E 2483 – Sonderungsverfahren), bedarf im Streitfall keiner Entscheidung.

b) Dagegen hält es der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand, daß das Berufungsgericht eine marktbeherrschende Stellung der Beklagten zu 1 verneint hat.

Die hierfür entscheidende räumliche Marktabgrenzung bestimmt sich nach den tatsächlichen räumlichen Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite (vgl. BGH WuW/E 2483, 2487 f. – Sonderungsverfahren; BGH, Beschl. v. 19.12.1995 – KVR 6/95, WuW/E 3037, 3042 – Raiffeisen), hier der Kleinverbraucher von elektrischer Energie (Haushalts-, Gewerbe- und landwirtschaftliche Kunden mit einem Jahresverbrauch von unter 30.000 kWh und einer Stromabnahme aus Niederspannungsnetzen). Kleinere räumliche Teilmärkte sind immer dann zu bilden, wenn die Austauschmöglichkeiten der Nachfrager aus objektiven Gründen regional begrenzt sind. Hierfür können rechtliche Schranken ursächlich sein, wie sie im Bereich der leitungsgebundenen Versorgungswirtschaft aufgrund der Bereichsausnahme des § 103 GWB a.F. vom Kartellverbot und der hierdurch ermöglichten Demarkations- und Konzessionsverträge bestanden haben. Regionale Teilmärkte können jedoch auch aus wirtschaftlichen, technischen oder sonstigen tatsächlichen Gegebenheiten resultie-

ren, wobei die tatsächlichen Verbrauchergewohnheiten zu berücksichtigen sind (Ruppelt in Langen/Bunte aaO § 19 GWB Rdn. 27; Bornkamm in Schwarze (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht im Zeichen der Globalisierung, S. 117, 126).

Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Kunden im örtlichen Versorgungsbereich der Beklagten zu 1 Stromlieferungsverträge mit einer Mehrzahl bundesweit tätiger Stromanbieter abschließen können. Es hat dem Vorbringen der Parteien keine Anhaltspunkte dafür entnommen, daß es die Beklagte zu 1 etwa durch unangemessene Bedingungen für die Durchleitung unternehme, das Gebiet ihres Verteilungsnetzes gegen solche Anbieter abzuschotten. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe hierbei Vorbringen der Klägerin übergangen, ist nicht begründet. Aus dem von der Revision in Bezug genommenen Schriftsatz vom 11. Februar 2002 ergibt sich nicht, daß die Klägerin konkrete Hindernisse vorgetragen hat, die dem Wechsel eines Stromkunden der Beklagten zu 1 zu einem anderen Anbieter entgegenstehen oder einen solchen Wechsel erschweren könnten.

Das reicht jedoch nicht aus, um eine regional marktbeherrschende Stellung der Beklagten zu 1 zu verneinen. Das Kriterium der räumlichen Abgrenzung des relevanten Marktes ist ein Hilfskriterium für die Feststellung, ob ein Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern eine überragende Marktstellung hat (§ 19 Abs. 2 GWB). Ziel der Bestimmung des relevanten Marktes ist damit die Ermittlung der Wettbewerbskräfte, denen sich die betei-

ligten Unternehmen zu stellen haben (Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. C 372 S. 5). Sie ermöglicht es, der Zielsetzung des § 19 GWB entsprechend die mißbräuchliche Ausnutzung nicht hinreichend vom Wettbewerb kontrollierter Handlungsspielräume zu Lasten Dritter zu unterbinden (BGHZ 128, 17, 27, 29 – Gasdurchleitung). Es kann daher nicht unberücksichtigt bleiben, wenn unbeschadet an sich bestehender überregionaler Austauschmöglichkeiten in einem regionalen Bereich tatsächlich kein nennenswerter Wettbewerb stattfindet, weil die Nachfrager überregionale Angebote nicht oder praktisch nicht wahrnehmen.

Da das Berufungsgericht hierzu keine Feststellungen getroffen hat, ist für die revisionsrechtliche Beurteilung von dem Vorbringen der Klägerin auszugehen, daß der Kundenanteil der Beklagten zu 1 in ihrem angestammten Versorgungsgebiet weiterhin bei 96 % liege. Ein derartiger Marktanteil ist auf dem im Streitfall sachlich relevanten Strommarkt, der durch die Nachwirkungen der ehemaligen Monopolstrukturen und die typischerweise fortbestehende Verfügungsmacht eines einzigen Anbieters über das lokale Niederspannungsnetz gekennzeichnet ist, ein hinreichendes Indiz dafür, daß sich ein Wettbewerb auf dem betreffenden Orts- oder Regionalmarkt noch kaum entfaltet hat.

Denn eine Änderung der durch regional begrenzte Märkte bestimmten Marktverhältnisse tritt nicht notwendigerweise bereits mit der Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen ein, die bislang die regionale Begrenzung der Märkte ermöglicht haben. Maßgeblich ist vielmehr die Entwicklung der tatsächlichen Marktverhältnisse (BGHZ 136, 268, 277 – Stromversorgung Aggertal).

Sie gibt auch Aufschluß über die Wirkkraft der rechtlichen Rahmenbedingungen (Busche in Festschrift für Jürgen F. Baur, 2002, S. 99, 110). Insoweit kann nicht unberücksichtigt bleiben, daß auch dort, wo konkrete Wettbewerbshindernisse insbesondere in Gestalt unangemessen hoher Netznutzungsentgelte nicht bestehen mögen, die tatsächliche Bereitschaft der privaten Verbraucher, sich mit den Angeboten überregionaler Anbieter auseinanderzusetzen, gering ausgeprägt ist (vgl. nur Bericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit an den Deutschen Bundestag über die energiewirtschaftlichen und wettbewerblichen Wirkungen der Verbändevereinbarungen [Monitoring-Bericht] vom 31.8.2003, S. 27 ff.). Hierfür wirkt eine Mehrzahl von Gründen zusammen. Zum einen führen Homogenität des Gutes, stagnierende Nachfrage, eingeschränkte Möglichkeiten der Produktinnovation, transparente Erzeugungskosten und Verkaufspreise und Zusammenarbeit beim Netz- und Kraftwerksbetrieb zu tendenziell eher geringen Preisunterschieden. Zum anderen treffen diese auf eine offenbar ohnehin gering ausgeprägte Verbraucherbereitschaft zum Wechsel des Anbieters. Die typischerweise jahrzehntelangen Gebietsmonopoltraditionen wirken ersichtlich stark nach, was damit zusammenhängen mag, daß der Verbraucher bei der Stromversorgung und der Energieversorgung überhaupt wegen ihrer elementaren Bedeutung für die Sicherung der Lebensgrundlagen dazu neigt, am Vertrauten und Bewährten festzuhalten. Im Bewußtsein der privaten Endverbraucher ist die Stromversorgung vielfach noch immer wie selbstverständlich mit dem örtlichen Netzbetreiber verbunden. Das entspricht auch insofern den tatsächlichen Gegebenheiten, als die Alternative der "Durchleitung" der Energie eines anderen Anbieters tatsächlich nur eine rechtliche Fiktion darstellt, die an der faktischen Versorgung durch den Betreiber des lokalen oder regionalen Netzes nichts ändert. Es kommt hinzu, daß der

Verbraucher aufgrund der bestehenden Vertragssituation typischerweise keine Entscheidung darüber treffen muß, ob er das Vertragsverhältnis mit seinem bisherigen Stromversorger fortsetzen oder zu einem anderen wechseln will. Sofern er nicht, etwa wegen eines Umzugs, ein neues Vertragsverhältnis begründen muß, kann er den Dingen ihren Lauf und es bei der seit jeher bestehenden Versorgung durch den örtlichen Anbieter bewenden lassen.

Diese tatsächlichen Marktgegebenheiten können bei der räumlichen Marktabgrenzung nicht außer Acht gelassen werden; sie rechtfertigen es, bei der Stromversorgung von Kleinkunden weiterhin von einem regionalen Teilmarkt auszugehen, solange – wie im Streitfall mit mehr als 90 % – der weit überwiegende Teil der abgenommenen Energiemenge von dem Netzbetreiber geliefert wird.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Änderung des § 6 Abs. 1 EnWG durch das Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 20. Mai 2003 (BGBl. I S. 686). Die Beklagten haben in der mündlichen Verhandlung die Auffassung vertreten, die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung der örtlichen Netzbetreiber sei mit § 6 Abs. 1 Sätze 4 und 5 EnWG unvereinbar, da das Gesetz in diesen Vorschriften davon ausgehe, daß ein wirksamer Wettbewerb bereits gewährleistet sei. Das trifft jedoch nicht zu. Nach § 6 Abs. 1 Satz 5 EnWG spricht zwar bei Einhaltung der Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie und über Prinzipien der Netznutzung vom 13. Dezember 2001 (BAnz. Nr. 85b v. 8.5.2002) bis zum 31. Dezember 2003 grundsätzlich eine Vermutung für die Erfüllung der Bedingungen guter fachli-

cher Praxis im Sinne des § 6 Abs. 1 Satz 1 EnWG. Die Bedingungen guter fachlicher Praxis dienen indes, wie § 6 Abs. 1 Satz 4 EnWG ausdrücklich bestimmt, der Erreichung der Ziele des § 1 EnWG und der Gewährleistung wirksamen Wettbewerbs. Das Gesetz umschreibt damit keinen Ist-Zustand, sondern formuliert eine Zielsetzung. Da der Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung einem wirksamen Wettbewerb, wie ihn das Energiewirtschaftsgesetz gewährleisten will, offensichtlich entgegensteht, bestimmt § 6 Abs. 1 Satz 6 EnWG konsequenterweise, daß § 19 Abs. 4 und § 20 Abs. 1 und 2 GWB unberührt bleiben. Für Tatbestandsvoraussetzungen und Anwendungsbereich dieser Vorschriften ist daher die Neufassung des § 6 Abs. 1 EnWG ohne Bedeutung.

c) Das Berufungsgericht hat indessen zutreffend angenommen, daß das beanstandete Kopplungsangebot keinen Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Beklagten zu 1 darstellt, insbesondere nicht die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Telekommunikationsmarkt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt (§ 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 1 GWB).

Dabei kann dahinstehen, ob die von der Revision angegriffene Erwägung des Berufungsgerichts, die Weitergabe von Kostenvorteilen aufgrund von Synergieeffekten gehöre zum Kernbereich des Leistungswettbewerbs, im Streitfall zu Recht herangezogen worden ist. Denn unabhängig hiervon hat das Berufungsgericht das angegriffene Kopplungsangebot als sachlich gerechtfertigt angesehen, indem es rechtsfehlerfrei und von der Revision unbeanstandet

sowohl eine Zwangskopplung als auch die Kopplung einer begehrten mit einer weniger begehrten Leistung verneint hat.

Die Rüge der Revision, es handele sich um einen leistungsfremden Eingriff in das Marktgeschehen, bei dem Aufgaben der Daseinsvorsorge mit rein privatwirtschaftlicher Tätigkeit verquickt und die strukturbedingte Abhängigkeit der Stromverbraucher von der Beklagten zu 1 ausgenutzt werde, ist nicht begründet. Die hierbei zugrundegelegte Charakterisierung einerseits der Stromversorgung als Daseinsvorsorge und andererseits von Telefondienstleistungen als privatwirtschaftliche Tätigkeit ist unzutreffend. Die Beklagten handeln als private Anbieter, gleichviel ob sie die Versorgung mit elektrischer Energie oder die Erbringung von Telefondienstleistungen anbieten. Wenn sie im Rahmen der Zusammenarbeit mit der Beklagten zu 2 Stromkunden für den Bezug von Telekommunikationsdienstleistungen gewinnen will, stehen der Beklagten zu 1 daher keine dem Leistungswettbewerb fremden Mittel zur Verfügung, die sich daraus ergäben, daß sie als Stromversorger Verantwortung für die Daseinsvorsorge träge. Aus dem Umstand, daß die Kunden der Beklagten zu 1 nur in geringem Umfang von der Möglichkeit Gebrauch machen, zu einem anderen Stromanbieter zu wechseln, kann nicht geschlossen werden, die betreffenden Kunden könnten sich deswegen veranlaßt oder gar gedrängt fühlen, auch Telekommunikationsdienstleistungen von der Beklagten zu 1 bzw. einem mit ihr zusammenarbeitenden Unternehmen zu beziehen. Entsprechende Feststellungen hat das Berufungsgericht jedenfalls nicht getroffen. Sie liegen nach der Lebenserfahrung auch fern, weshalb die (nur) hierauf gestützten Rügen der Revision ohne Erfolg bleiben müssen. Die Nutzung des Kopplungsangebots der Beklagten setzt voraus, daß der Stromkunde die Entscheidung trifft, zum

einen wenn nicht den Stromanbieter, so doch den Stromtarif und zum anderen den Telefondienstanbieter zu wechseln. Sie verlangt insofern, daß sich der Verbraucher gerade von der vermeintlich selbstverständlichen überkommenen Vorstellung löst, daß er den Strom zu einem von ihm nicht beeinflussbaren Preis von seinem örtlichen Versorger und Telefondienstleistungen zu gleichfalls nicht beeinflussbaren Preisen von der Klägerin bezieht.

Aus den gleichen Gründen ist es auch nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht nichts für eine "Sogwirkung" festgestellt hat, die örtliche Verbraucher dazu veranlassen könnte, Telekommunikationsdienstleistungen von der Beklagten zu 1 zu beziehen, weil sie, wie die Revision meint, es gewohnt wären, von diesem Unternehmen "versorgt" zu werden.

Da sich, wie nachfolgend ausgeführt, das angegriffene Kopplungsangebot auch nicht als unlauterer Wettbewerb darstellt, genügt zu seiner Rechtfertigung, daß die Beklagte zu 1 ihren Kunden damit ein preislich attraktives Angebot für den Fall unterbreiten will, daß sie auf dieser Grundlage sowohl Strom als auch Telekommunikationsdienstleistungen beziehen. Das ist auch dem Marktbeherrscher nicht verwehrt. Jedem Unternehmen, auch einem marktbeherrschenden, steht ein unternehmerischer Freiraum zu; es ist grundsätzlich ihm selbst überlassen, die Art seiner wirtschaftlichen Betätigung zu bestimmen und zu entscheiden, mit welchen Waren oder Leistungen es am Markt teilnehmen will, sofern es sich hierbei nicht solcher Mittel bedient, die der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zuwiderlaufen (BGHZ 107, 273, 279 – Staatslotterie; 128, 17, 36 – Gasdurchleitung; 129, 53, 64 – Importarzneimittel).

Der Einsatz solcher Mittel setzt zwar in dem hier vorliegenden Fall der Erstreckung der wirtschaftlichen Betätigung eines marktbeherrschenden Unternehmens auf einen Drittmarkt nicht notwendigerweise voraus, daß das wettbewerbliche Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens als solches zu beanstanden ist. Vielmehr kann sich der Widerspruch zu der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegebenenfalls auch aus den Auswirkungen des wettbewerblichen Handelns des Marktbeherrschers ergeben, wenn nämlich hierdurch auf dem Drittmarkt Marktzutrittsschranken für Wettbewerber errichtet werden. Hierfür ergibt sich aus den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts jedoch nichts.

Das Berufungsgericht hat daher zu Recht angenommen, daß die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen nicht ohne sachlich gerechtfertigten Grund in einer für den Wettbewerb auf dem Telekommunikationsmarkt erheblichen Weise beeinträchtigt werden.

4. Soweit sich die Klage gegen Kopplungsangebote richtet, die die Beklagte zu 2 gemeinsam mit anderen Energieversorgern macht, ergeben sich aus den Feststellungen des Berufungsgerichts keine Anhaltspunkte für eine abweichende Beurteilung; die Revision macht hierfür auch nichts geltend.

II. Das Berufungsgericht hat zutreffend auch einen Unterlassungsanspruch der Klägerin nach § 1 UWG verneint.

1. Ein solcher Anspruch ergibt sich entgegen der Meinung der Klägerin nicht aus einer nach Art. 92, 87 BayGO unzulässigen erwerbswirtschaftlichen Betätigung der an den Beklagten beteiligten Körperschaften. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Anspruch aus § 1 UWG nicht immer schon dann gegeben, wenn ein Wettbewerber Vorschriften verletzt, bei deren Einhaltung er aus dem Markt ausscheiden müßte. Auch bei der Verletzung von Vorschriften über den Marktzutritt muß anhand einer am Schutzzweck des § 1 UWG auszurichtenden Würdigung des Gesamtcharakters des Verhaltens geprüft werden, ob dieses durch den Gesetzesverstoß das Gepräge eines wettbewerbsrechtlich unlauteren Verhaltens erhält. Der Gesetzesverstoß genügt dazu allein nicht, wenn die verletzte Norm nicht zumindest eine sekundäre wettbewerbsbezogene, d.h. entsprechend dem Normzweck des § 1 UWG eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion hat (BGHZ 150, 343, 348 – Elektroarbeiten; BGH, Urt. v. 26.9.2002 – I ZR 293/99, WRP 2003, 262, 264 – Altautoverwertung). Eine solche Schutzfunktion kommt, wie die Revision auch nicht mehr in Zweifel zieht, der Vorschrift des Art. 87 BayGO nicht zu (BGHZ 150, 343, 348 ff. – Elektroarbeiten).

2. Entsprechendes gilt für eine Zuwiderhandlung gegen ein "Rückverstaatlichungsverbot", das die Klägerin Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG entnehmen will. Selbst wenn davon auszugehen wäre, daß die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen durch diese Vorschrift des Grundgesetzes materiell privatisiert und der Aufgabenwahrnehmung durch solche Unternehmen entzogen werden sollte, die ausschließlich oder mehrheitlich in staatlicher oder kommunaler Hand sind (so Elftes Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Drucks. 13/5309, Tz. 60; Bullinger/Mestmäcker, Multimedia-Dienste, S. 82

f.; Müller, DVBl. 1998, 1256, 1258 ff.; Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 12. Aufl., S. 273; wohl auch Stern/Bauer in Stern, Postrecht der Bundesrepublik Deutschland, Art. 87f GG Rdn. 15; einschränkend Windthorst in Sachs, GG, 3. Aufl., Art. 87f Rdn. 28a ["soweit privatwirtschaftliche Entscheidungsautonomie (nicht) gewährleistet ist"]; ablehnend OLG Düsseldorf GRUR-RR 2002, 285, 287 f.; Badura in Bonner Kommentar, Bearb. 1997, Art. 87f GG Rdn. 22; Ebsen, DVBl. 1997, 1039, 1042; Ehlers, DVBl. 1998, 497, 502; Gersdorf in v. Mangold/Klein/Starck, GG, 4. Aufl., Art. 87f Abs. 2 Rdn. 74 f.; Lerche in Maunz/Dürig, GG, Bearb. 1996, Art. 87f Rdn. 58; Pünder, DVBl. 1997, 1353 f.; Trute, VVDStRL 57, 216, 226 f.), könnte ein Verstoß gegen eine derartige gesetzliche Schranke mangels einer auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogenen Schutzfunktion aus denselben Gründen keine wettbewerbsrechtlichen Ansprüche von Wettbewerbern begründen wie ein Verstoß gegen Art. 87 BayGO (vgl. zur fehlenden wettbewerbsrechtlichen Bedeutung einer materiellen Privatisierung des Abfallrechts BGH WRP 2003, 262, 264 – Altautoverwertung). Um so mehr hätte dies zu gelten, wenn sich die Bedenken gegen die Tätigkeit kommunaler Unternehmen auf dem Telekommunikationssektor gar nicht aus einem verfassungsrechtlichen Gebot zur materiellen Privatisierung ergeben sollten. So begründet Gersdorf (aaO Art. 87f Abs. 2 Rdn. 81 f.; AfP 1998, 470, 471 ff.), auf dessen Ausführungen sich die Klägerin in den Tatsacheninstanzen bezogen hat, im Hinblick darauf, daß Art. 87f GG den Bund nicht verpflichtet, seine Beteiligung an den Nachfolgeunternehmen des Sondervermögens Deutsche Bundespost aufzugeben, seine verfassungsrechtlichen Bedenken statt mit einem Gebot zur materiellen Privatisierung damit, daß die Beachtung des Prinzips demokratischer Legitimation (Art. 20 Abs. 2 Satz 1, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG) es verbiete, staatliche oder kommunale Eigen- und

Beteiligungsgesellschaften mit der von Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG geforderten Unternehmensautonomie auszustatten. Eine etwaige Verletzung dieses Prinzips wäre jedoch erst recht ohne wettbewerbsrechtliche Bedeutung.

3. Soweit die Revision dem auch im vorliegenden Zusammenhang entgegenhalten will, sie wende sich lediglich gegen die unlautere Verquickung der Sonderstellung der Beklagten zu 1 als eines (kommunalen) Unternehmens der Daseinsvorsorge mit der rein privatwirtschaftlichen Tätigkeit ihres Beteiligungsunternehmens, bei der die Beklagte zu 1 die besondere Vertrauensstellung ausnutze, die sie als Unternehmen der Daseinsvorsorge auf dem Gebiet der Stromversorgung über Jahrzehnte hinweg erlangt habe, findet dies, wie bereits ausgeführt, in den Feststellungen des Berufungsgerichts und dem Vorbringen der Klägerin in den Tatsacheninstanzen keine Grundlage.

4. Auf den rechtlichen Gesichtspunkt eines Verstoßes der Beklagten zu 1 gegen § 6 Abs. 1 Nr. 2 TKG, nach dem einer Lizenz bedarf, wer Sprachtelefondienst auf der Basis selbst betriebener Telekommunikationsnetze anbietet, kommt die Revision zu Recht nicht zurück. Das Berufungsgericht hat diese Klagebegründung zutreffend mit dem Hinweis zurückgewiesen, daß die Beklagte zu 1 kein Telekommunikationsnetz betreibe (ebenso OLG Düsseldorf GRUR-RR 2002, 285, 287).

5. Das Angebot der Beklagten ist auch nicht deshalb zu beanstanden, weil die Kopplung von Stromversorgung und Telekommunikationsdienstleistungen als solche wettbewerbswidrig wäre.

a) Die Anforderungen, die das Wettbewerbsrecht an die Zulässigkeit von Kopplungsangeboten stellt, müssen sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an den Gefahren orientieren, die von derartigen Geschäften für die Verbraucher ausgehen, vornehmlich an der Gefahr, daß diese über den tatsächlichen Wert eines Angebots getäuscht oder doch unzureichend informiert werden (BGHZ 151, 84, 89 – Kopplungsangebot I; BGH, Urt. v. 13.6.2002 – I ZR 71/01, GRUR 2002, 979, 981 – Kopplungsangebot II). Kopplungsangebote erschweren, sofern sie wie typisch keine Einzelpreise ausweisen, den Preisvergleich durch den Verbraucher und enthalten darüberhinaus ein gewisses Irreführungs- und Preisverschleierungspotential. Außerdem kann von Kopplungsangeboten – insbesondere, wenn ein Teil der Leistung "unentgeltlich" sein soll, oder bei an ein Absatzgeschäft gekoppelten Gewinnspielen – in Einzelfällen eine so starke Anlockwirkung ausgehen, daß auch bei einem verständigen Verbraucher die Rationalität der Nachfrageentscheidung in den Hintergrund tritt (BGH aaO).

b) Auch wenn deshalb im Interesse des Verbrauchers eine Transparenz des Angebots zu fordern ist (BGH aaO), so läßt sich hieraus doch nicht ableiten, daß die Angabe eines gemeinsamen Grundpreises für zwei oder mehrere unterschiedliche Leistungen, wie sie hier bei einem monatlichen Grundpreis für Strom, Telefon und Internet in Rede steht, als solche zu beanstanden wäre. Sie erschwert zwar den Preisvergleich, weil der Verbraucher, wenn er das Kopplungsangebot mit den Einzelpreisen desselben oder anderer Anbieter vergleichen will, diese Einzelpreise ermitteln und addieren muß, um zu erkennen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang das Kopplungsangebot mit einem Preisvorteil verbunden ist. Ebenso wenig wie der Generalklausel des § 1

UWG oder dem Irreführungsverbot eine Verpflichtung entnommen werden kann, stets den Wert einer Zugabe anzugeben (BGH aaO), kann jedoch verlangt werden, daß für in einem gemeinsamen Grundpreis zusammengefaßte Leistungen Einzelpreise angegeben werden, die der Anbieter tatsächlich nicht fordert, eben weil er die Leistungen zu dem gemeinsamen Grundpreis nur gemeinsam abgibt. Insofern hindert das Transparenzgebot grundsätzlich weder die Kopplung selbst noch die Angabe (lediglich) eines einheitlichen Preises. Vielmehr ist es Sache des Verbrauchers, Preisvergleiche anzustellen und sich Gedanken über die Preiswürdigkeit eines Angebots zu machen, denn zumindest anhand des maßgebenden Gesamtpreises sind Preisvergleiche immer möglich (BGH, Urt. v. 27.2.2003 – I ZR 253/00, GRUR 2003, 538, 539 – Gesamtpreisangebot). Im Streitfall ist die gewisse Mühe, die ein Preisvergleich zwischen dem von den Beklagten angebotenen gemeinsamen Grundpreis und den von den Beklagten und anderen Anbietern verlangten Einzelgrundpreisen sowie den jeweiligen nutzungsabhängigen Entgelten bereitet, um so eher hinzunehmen, als die Entscheidung über einen Wechsel des Strom- und des Telekommunikationsdienstleisters regelmäßig nicht ohne nähere Prüfung der Angebote erfolgen wird.

6. Schließlich hat das Berufungsgericht auch zutreffend einen Verstoß gegen die Preisangabenverordnung verneint.

Wer Letztverbrauchern gewerbsmäßig Elektrizität, Gas, Fernwärme oder Wasser leitungsgebunden anbietet oder als Anbieter dieser Waren gegenüber Letztverbrauchern unter Angabe von Preisen wirbt, hat nach § 3 PAngV den verbrauchsabhängigen Preis je Mengeneinheit einschließlich der Umsatzsteuer

und aller spezifischen Verbrauchssteuern (Arbeits- oder Mengenpreis) im Angebot oder in der Werbung anzugeben. Wer neben dem Arbeits- oder Mengenpreis einen nicht verbrauchsabhängigen Preis fordert, hat diesen nach § 3 Satz 4 i.V.m. Satz 3 PAngV vollständig in unmittelbarer Nähe des Arbeits- oder Mengenpreises anzugeben. Dem ist mit der Angabe des gemeinsamen Grundpreises für Strom, Telefon und Internet genügt. § 3 PAngV enthält keine Vorschriften darüber, wie der nicht verbrauchsabhängige Preis zu berechnen ist oder für welche nicht verbrauchsabhängigen Leistungen er verlangt werden darf, sondern verlangt nur die Angabe des tatsächlich geforderten Preises. Für den von der Revision für geboten erachteten Ausweis eines kalkulatorischen, aber tatsächlich nicht verlangten gesonderten Grundpreises für Strom bietet die Vorschrift daher keine Grundlage.

Hirsch

Goette

Bornkamm

Raum

Meier-Beck