

nur ein sehr geringer Teil der betroffenen Kunden solche Ansprüche überhaupt geltend macht, so dass beim Versorger der weitaus größte Teil der rechtsgrundlos erlangten Erhöhungsbeträge verbleibt.

5. Zur Frage der Entreicherung des Versorgers nach § 818 Abs. 3 BGB,³⁹ zum Fristbeginn der dreijährigen Regelverjährung⁴⁰ und zu deren subjektiven Voraussetzungen nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB⁴¹ setzt das Urteil die bisherige Rechtsprechungslinie des BGH fort.

der unwirksamen Preisanpassungsklausel bereits mit Wirkung vom 1.11.1994 abgeschlossen worden. Wegen der dreijährigen Regelverjährung ergab sich für den klagenden Kunden erst für die Zeit ab dem 9.4.2006 ein durchsetzbarer Rückzahlungsanspruch (s. Rn. 45 f.). Dem beklagten Versorger verbleiben dadurch für mehr als 11 Jahre die rechtsgrundlos erlangten Erhöhungsbeträge. Durch die „Fristenlösung“ des VIII. Zivilsenats vergrößert sich dieser Vorteil noch weiter um die Erhöhung des für die Berechnung des Rückzahlungsbetrages maßgeblichen Ausgangspreises.

39. Leitsatz b) und Rn. 41–44 des Urteils.

40. Leitsatz c) und Rn. 46 des Urteils

41. Rn. 47–49 des Urteils, insb. auch BGH v. 26.9.2012, VIII ZR 249/11, ZNER 2013, 44, Rn. 41–44.

3. Verwirkung der Rückforderung überzahlter Netznutzungsentgelte nur unter ganz besonderen Umständen

BGB § 315; EnWG 1998 § 6 Abs. 1

1. Die Verwirkung eines Rückzahlungsanspruchs kann nur dann angenommen werden, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist (Zeitmoment) und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (Umstandsmoment).

2. Ein solcher Umstand liegt nicht schon darin, dass der Rückforderungsberechtigte nur einen allgemein gehaltenen Vorbehalt der Rückforderung für den Fall erklärt hat, dass die in Rechnung gestellten Netznutzungsentgelte der Höhe nach unangemessen oder aus anderen Gründen rechtsmissbräuchlich sind und diesen Vorbehalt nicht später wiederholt hat.

3. Der Rückforderungsanspruch muss auch nicht unmittelbar nach Ergehen einer höchstrichterlichen Entscheidung zur Überprüfbarkeit von Netznutzungsentgelten geltend gemacht werden. Vielmehr kann der Rückforderungsberechtigte grundsätzlich die mit der Regelverjährung verbundene Überlegungsfrist voll ausschöpfen.

4. Ein die Verwirkung begründender besonderer Umstand liegt auch nicht darin, dass die Beklagte bei frühzeitiger Geltendmachung von Rückzahlungsansprüchen ihrerseits Rückzahlungsansprüche gegen die Klägerin bzw. deren Schwestergesellschaften angemeldet hätte und nunmehr an der Verfolgung eigener Ansprüche gehindert sei. Dafür muss die Vorschrift des § 215 BGB beachtet werden. Wenn die Beklagte nicht vorträgt, dass aufgrund des Zeitablaufs ein Verlust von Beweismitteln in der Belegung eingetreten ist oder dies droht, liegt in der verzögerten Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs keine mit Treu und Glauben unvereinbare Härte.

(Leitsätze der Redaktion)

BGH, U. v. 29.01.2013 – EnZR 16/12 –; vorgängig: OLG

Düsseldorf, E. v. 22.02.2012 – VI-2 U (Kart) 3/11; LG Köln, E. v.

29.04.2011 – 90 O 98/09 (Kart) –

Aus dem Tatbestand:

[1] Die Klägerin begehrt die gerichtliche Bestimmung des angemessenen Stromnetznutzungsentgelts für den Zeitraum vom 1. Januar 2003 bis zum 28. Oktober 2005 und Rückzahlung zu viel gezahlten Entgelts.

[2] Die Klägerin, eine Stromhändlerin und -lieferantin, nutzte seit Januar 2002 das Netz der Beklagten zu 1, das diese zum 1. Januar 2005 an die Beklagte zu 2 verpachtete. [...] Mit Schreiben vom 6. März 2003 teilte die Klägerin der Beklagten zu 1 mit, dass die Zahlung der Netznutzungsentgelte unter dem Vorbehalt der vollständigen oder teilweisen Rückforderung für den Fall stehe, „dass die in Rechnung gestellten Netznutzungsentgelte unter Berücksichtigung diesbezüglicher Verwaltungs- oder Rechtsverfahren nachweislich der Höhe nach unangemessen oder aus anderen Gründen missbräuchlich sind“. Mit Schreiben vom 27. März 2003 bestätigte die Beklagte zu 1, den Vorbehalt zur Kenntnis genommen zu haben. Die jeweiligen Jahresabrechnungen erfolgten zusammen mit der Abschlagsrechnung für den Monat Dezember im Januar des Folgejahres. Die Klägerin zahlte die von den Beklagten – aufgrund der jeweils zum Jahresbeginn herausgegebenen Preisblätter – geforderten Entgelte.

[3] Mit Schreiben vom 13. November bzw. 22. Dezember 2008 forderte die Klägerin von den Beklagten die Rückzahlung überhöhter Netznutzungsentgelte [in Höhe von ca. 675.000 Euro] [...]

[4] Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

Aus den Gründen:

[5] Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

[6] I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

[...]

[10] II. Diese Beurteilung des Berufungsgerichts hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

[11] 1. Das Berufungsgericht ist allerdings zu Recht davon ausgegangen, dass die von der Beklagten verlangten Netznutzungsentgelte gemäß § 315 BGB auf ihre Billigkeit hin zu überprüfen sind. Nach der Rechtsprechung des Senats steht dem Netzbetreiber in dem hier maßgeblichen Zeitraum bei der Bestimmung des Netznutzungsentgelts im Falle einer entsprechenden vertraglichen Gestaltung ein vertragliches oder nach § 6 Abs. 1 EnWG 1998 ein gesetzliches Leistungsbestimmungsrecht zu, das er regelmäßig nach billigem Ermessen auszuüben hat und das hinsichtlich der Billigkeit seiner Bestimmung der gerichtlichen Nachprüfung unterliegt (vgl. Senatsurteil vom 20. Juli 2010 EnZR 23/09, RdE 2010, 385 Rn. 17 – Stromnetznutzungsentgelt IV). Dies ist hier der Fall.

[12] 2. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung lässt sich auf Grundlage seiner Feststellungen eine Verwirkung des Rückzahlungsanspruchs der Klägerin nicht bejahen.

[13] a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Recht verwirkt, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist (Zeitmoment) und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (Umstandsmoment). Letzteres ist der Fall, wenn der Verpflichtete bei objektiver Betrachtung aus dem Verhalten des Berechtigten entnehmen durfte, dass dieser sein Recht nicht mehr geltend machen werde. Ferner muss sich der Verpflichtete im Vertrauen auf das Verhalten des Berechtigten in seinen Maßnahmen so eingerichtet haben, dass ihm durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstünde (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteile vom 6. März 1986 III ZR 195/84, BGHZ 97, 212, 220 f., vom 20. Oktober 1988 VII ZR 302/87, BGHZ 105, 290, 298 und vom 20. Juli 2010 EnZR 23/09, RdE 2010, 385 Rn. 20 – Stromnetznutzungsentgelt IV, jeweils mwN). Unterliegt ein Rückforderungsanspruch der (kurzen) regelmäßigen Verjährung von drei Jahren (§§ 195, 199 BGB), kann eine weitere Abkürzung dieser Verjährungsfrist durch Verwirkung nur noch unter ganz besonderen Umständen angenommen werden (vgl. Senatsurteil vom 20. Juli 2010 – EnZR 23/09, RdE 2010, 385 Rn. 22 – Stromnetznutzungsentgelt IV; BGH, Urteil vom 11. Oktober 2012 – VII ZR 10/11, NJW 2012, 3569 Rn. 20). Denn dem Gläubiger soll

die Regelverjährung grundsätzlich ungekürzt erhalten bleiben, um ihm die Möglichkeit zur Prüfung und Überlegung zu geben, ob er einen Anspruch gerichtlich geltend macht.

[14] b) Nach diesen Maßstäben hat das Berufungsgericht die Voraussetzungen der Verwirkung zu Unrecht bejaht. Es hat insbesondere nicht hinreichend berücksichtigt, dass die Verwirkung eines der Regelverjährung unterliegenden Anspruchs nur unter ganz besonderen Umständen angenommen werden kann. Solche Umstände liegen auf Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts nicht vor.

[15] Es ist bereits ohne Belang, dass die Klägerin nur im März 2003 einen sehr allgemein gehaltenen Vorbehalt erklärt hat und diesen weder gegenüber der Beklagten zu 1 noch gegenüber der Beklagten zu 2 wiederholt hat. Ein solcher Vorbehalt kann lediglich dazu führen, bei dem Schuldner des Rückforderungsanspruchs gar nicht erst den Eindruck entstehen zu lassen, der Gläubiger habe von einer Überprüfung der Entgelthöhe Abstand genommen (vgl. Senatsurteil vom 20. Juli 2010 EnZR 23/09, RdE 2010, 385 Rn. 23 f. – Stromnetznutzungsentgelt IV). Aus seinem Unterbleiben oder einer fehlenden Wiederholung kann jedoch nicht positiv der Schluss gezogen werden, der Gläubiger wolle einen Rückforderungsanspruch nicht mehr geltend machen.

[16] Zu große Bedeutung hat das Berufungsgericht ferner dem Umstand beigemessen, dass die Klägerin das Senatsurteil vom 18. Oktober 2005 (KZR 36/04, BGHZ 164, 336 – Stromnetznutzungsentgelt I) und die weiteren Entscheidungen des Senats zur Überprüfbarkeit von Netznutzungsentgelten (vgl. Senatsurteile vom 7. Februar 2006 – KZR 8/05, WuW/E DE-R 1730 Rn. 13 – Stromnetznutzungsentgelt II und vom 4. März 2008 – KZR 29/06, WuW/E DE-R 2279 Rn. 21 – Stromnetznutzungsentgelt III) nicht zum Anlass für eine – umgehende – Geltendmachung von Rückzahlungsbegehren genommen hat. Auch im Hinblick auf diese Entscheidungen durfte die Klägerin grundsätzlich die mit der Regelverjährung verbundene Überlegungsfrist voll ausschöpfen. Ein besonderer Umstand, der die Einrede der Verwirkung begründen könnte, liegt darin nicht.

[17] Schließlich hat das Berufungsgericht auch zu Unrecht einen ganz besonderen Umstand für die Annahme einer Verwirkung darin gesehen, dass die Beklagte bei frühzeitiger Geltendmachung von Rückzahlungsansprüchen durch die Klägerin ihrerseits Rückzahlungsansprüche gegen die Klägerin bzw. deren Schwestergesellschaft angemeldet hätte und sie nunmehr an der Verfolgung eigener Ansprüche gehindert sei. Soweit das Berufungsgericht dies mit einem – nunmehr bestehenden – erheblichen Verjährungsrisiko begründet, hat es die Vorschrift des § 215 BGB unbeachtet gelassen. Dass bei der Beklagten aufgrund des Zeitablaufs ein Verlust von Beweismitteln oder Belegen eingetreten ist oder dies droht, hat sie nicht vorgetragen. Aufgrund dessen kann nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht davon ausgegangen werden, dass für die Beklagte mit der verzögerten Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs eine mit Treu und Glauben unvereinbare Härte verbunden ist.

[...] [Vom weiteren Abdruck wurde abgesehen.]

4. Zur gesetzlich zulässigen Höchstbindungsdauer gemäß § 309 Nr. 9 lit. a BGB bei einem Stromliefervertrag

BGB § 309 Nr. 9 Buchst. a

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die ein Energieversorgungsunternehmen in Stromversorgungsverträgen mit Endverbrauchern verwendet, verstößt die Klausel

– **(Klausel 1): „Der Stromliefervertrag kommt zustande, sobald R. ihnen in einem weiteren Schreiben (bzw. bei Auftragserteilung gemäß 2.2 ggf. auch per E-Mail) das Zustandekommen bestätigt und den verbindlichen Lieferbeginn mitteilt.“ [Wenn ihr Auftrag bis zum 15. eines Monats bei R. eingegangen ist, beginnt die Stromlieferung in der Regel am 01. des übernächsten Monats. Voraussetzung ist allerdings, dass ihr bisheriger Stromliefervertrag vor Lieferbeginn beendet werden konnte]**

nicht gegen § 308 Nr. 1 BGB oder § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Verbindung mit § 147 Abs. 2 BGB;

– **(Klausel 2): „Der Vertrag hat eine Erstlaufzeit von einem Jahr. Die Erstlaufzeit beginnt mit dem in der Auftragsbestätigung genannten Lieferbeginn.“**

nicht gegen § 309 Nr. 9 Buchst. a BGB.

– **(Klausel 3): „Bitte lesen Sie auf schriftliche Anfrage der R. Ihren Zählerstand selbst ab. Werden die Messeinrichtungen von Ihnen nicht abgelesen, kann R. auf Ihre Kosten die Ablesung selbst vornehmen, den Verbrauch schätzen oder einen Dritten mit der Ablesung beauftragen. Zu diesem Zweck müssen Sie R. oder dem Beauftragten den Zutritt zu Ihren Räumen gestatten.“**

gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. (Klauseln 1 und 3 Leitsätze der Redaktion, der Rest ist amtlicher Leitsatz.)

BGH, U. v. 12.12.2012 – VIII ZR 14/12 –; vorgängig: OLG Hamm, E. v. 09.12.2011 – I-19 U 38/11 (= ZNER 2012, 548 ff.); LG Dortmund, E. v. 14.01.2011 – 25 O 230/11 –

Aus dem Tatbestand:

[1] Der Kläger ist ein in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 Abs. 1 UKlaG eingetragener Verbraucherschutz-Dachverband. Die Beklagte ist ein Energieversorgungsunternehmen. Sie legt Stromversorgungsverträgen mit Endverbrauchern ihre „Allgemeinen Geschäftsbedingungen R. Naturstrom“ zugrunde. Der Kläger hält – soweit in der Revisionsinstanz noch von Bedeutung – die nachfolgenden Bestimmungen mit Ausnahme der in eckigen Klammern gesetzten Teile für unwirksam.

„[2 Wie kommt mein Vertrag zustande und ab wann bekomme ich Strom von R. ?

2.3] Der Stromliefervertrag kommt zustande, sobald R. Ihnen in einem weiteren Schreiben (bzw. bei Auftragserteilung gemäß 2.2 ggf. auch per E-Mail) das Zustandekommen bestätigt und den verbindlichen Lieferbeginn mitteilt. [Wenn Ihr Auftrag bis zum 15. eines Monats bei R. eingegangen ist, beginnt die Stromlieferung in der Regel am 1. des übernächsten Monats. Voraussetzung ist allerdings, dass Ihr bisheriger Stromliefervertrag vor Lieferbeginn beendet werden konnte.]

[4 Wie lang ist die Laufzeit meines Vertrages?]

Der Vertrag hat eine Erstlaufzeit von einem Jahr. Die Erstlaufzeit beginnt mit dem in der Auftragsbestätigung genannten Lieferbeginn.

[7 Wie wird mein Zählerstand abgelesen?]

Bitte lesen Sie auf schriftliche Anfrage der R. Ihren Zählerstand selbst ab. Werden die Messeinrichtungen von Ihnen nicht abgelesen, kann R. auf Ihre Kosten die Ablesung selbst vornehmen, den Verbrauch schätzen oder einen Dritten mit der Ablesung beauftragen.] Zu diesem Zweck müssen Sie R. oder dem Beauftragten den Zutritt zu Ihren Räumen gestatten.“

[2] Der Kläger wendet sich also gegen die Klauseln in Ziffer 2.3 Satz 1 (im Folgenden: Klausel 1), Ziffer 4 (im Folgenden: Klausel 2) und Ziffer 7 Satz 3 (im Folgenden: Klausel 3).

[3] Er hat die Beklagte darauf in Anspruch genommen, es zu unterlassen, die vorstehend bezeichneten drei Klauseln sowie fünf weitere Klauseln als Allgemeine Geschäftsbedingungen in mit Verbrauchern geschlossene