

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

Stromversorgungsverträge einzubeziehen sowie sich bei der Abwicklung derartiger, nach dem 1. April 1977 geschlossener Verträge auf diese Bestimmungen zu berufen. Hinsichtlich der vorstehend bezeichneten Klauseln ist die Klage in beiden Instanzen erfolglos geblieben. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Unterlassungsbegehren weiter. Die Beklagte, die beim Berufungsgericht hinsichtlich der übrigen fünf Klauseln unterlegen ist, hat ihrerseits Revision eingelegt, diese aber vor der mündlichen Verhandlung zurückgenommen.

Aus den Gründen:

[4] Die Revision hat zum Teil Erfolg.

[5] I. Das Berufungsgericht (OLG Hamm, ZNER 2012, 548 ff.) hat zur Begründung seiner Entscheidung – soweit für das Revisionsverfahren von Interesse – im Wesentlichen ausgeführt:

[...]

[10] II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. Das Berufungsgericht hat die Klausel Nr. 3 rechtsfehlerhaft als wirksam beurteilt. Zu Recht hat es dagegen angenommen, dass die Klauseln Nr. 1 und 2 nicht zu beanstanden sind; insoweit ist die Revision zurückzuweisen.

[11] 1. Klausel 1

[12] Ohne Erfolg rügt die Revision, die Klausel 1 verstoße gegen § 308 Nr. 1 BGB, weil sich der Verwender nicht hinreichend bestimmte Fristen für die Annahme oder Ablehnung des Vertragsangebots des Kunden vorbehalte. Das ist – wovon das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht ausgeht – nicht der Fall. Die Klausel ist auch nicht gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Verbindung mit § 147 Abs. 2 BGB unwirksam.

[13] a) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden. Dabei sind die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen (Senatsurteile vom 21. Oktober 2009 – VIII ZR 244/08, WuM 2010, 27 Rn. 11; vom 24. März 2010 – VIII ZR 122/08, WM 2010, 1283 Rn. 19; BGH, Urteil vom 29. April 2008 – KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rn. 19). Zweifel bei der Auslegung gehen nach § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders. Diese Auslegungsregel führt im Verbandsprozess dazu, dass bei einer mehrdeutigen Klausel von den möglichen Auslegungen diejenige zugrunde zu legen ist, die zur Unwirksamkeit der Klausel führt (BGH, Urteile vom 21. April 2009 – XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 Rn. 31; vom 29. April 2008 – KZR 2/07, aaO; Senatsurteil vom 27. September 2000 – VIII ZR 155/99, BGHZ 145, 203, 223).

[14] b) Entgegen der Auffassung der Revision verstößt die Klausel 1 nicht gegen § 308 Nr. 1 BGB. Dabei kann dahin stehen, ob die Klausel – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts – nach kundenfeindlichster Auslegung eine zeitliche Bindung des Kunden an sein Belieferungsangebot voraussetzt. Denn selbst in diesem Fall beschränkte sich die Klausel – wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils für eine im Wesentlichen inhaltsgleiche Klausel entschieden hat (Senatsurteil vom 18. Juli 2012 – VIII ZR 337/11, ZIP 2012, 2064 Rn. 17 ff.) – bei der gebotenen Zusammenschau mit den übrigen in Ziffer 2.3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten getroffenen Regelungen auf eine Wiedergabe der vorliegend für die Bestimmung der Annahmefrist nach § 147 Abs. 2 BGB maßgeblichen Umstände und bindet dadurch den Kunden weder unangemessen lange noch für eine nicht hinreichend bestimmte Zeitdauer. Insofern benachteiligt die Klausel die Kunden der Beklagten auch nicht unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

[15] aa) Eine die Annahme eines Angebots behandelnde Klausel kann nicht nach § 308 Nr. 1 BGB als zu unbestimmt beanstandet werden, wenn sie sich auf eine Wiedergabe des Regelungsgehalts des § 147 Abs. 2 BGB beschränkt und die Annahmefrist davon abhängig macht, wann der Antragende den Eingang der Antwort unter den ihm bekannten oder in der Klausel bekannt gemachten regelmäßigen Umständen erwarten darf (Senatsurteil vom 18. Juli

2012 – VIII ZR 337/11, aaO Rn. 18 mwN). Dazu sind alle die Antwort möglicherweise verzögernden Umstände zu berücksichtigen, die dem Antragenden bekannt sind oder mit denen er zumindest rechnen muss (Senatsurteil vom 18. Juli 2012 – VIII ZR 337/11, aaO; BGH, Urteil vom 19. Dezember 2007 – XII ZR 13/06, WM 2008, 849 Rn. 21 mwN). Solche Umstände können sich auch aus dem Zusammenhang eines Gesamtklauselwerks – hier insbesondere aus den übrigen Bestimmungen in der Ziffer 2.3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – ergeben. Denn auch in dem Verfahren nach dem Unterlassungsklagengesetz ist eine Klausel vor dem Hintergrund des gesamten Formularvertrags auszulegen und darf nicht aus einem ihre Beurteilung mit beeinflussenden Zusammenhang gerissen werden (Senatsurteil vom 14. März 2012 – VIII ZR 202/11, ZIP 2012, 1036 Rn. 19).

[16] Hier sind für den Kunden aus den Bestimmungen in Ziffer 2.3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen die wesentlichen Voraussetzungen und der regelmäßige zeitliche Ablauf des Lieferantenwechselverfahrens nach § 14 der Verordnung über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (Stromnetzzugangsverordnung – StromNZV) vom 25. Juli 2005 (BGBl. I S. 2243) ersichtlich. Damit wird ihm vor Augen geführt, wann die Vertragsbestätigung der Beklagten erfolgen wird und wie lange er daher in diesem Regelfall an seinen Antrag gebunden ist (Senatsurteil vom 18. Juli 2012 – VIII ZR 337/11, aaO).

[17] bb) Die so konkretisierte Bindungsfrist ist hinreichend bestimmt. An einer hinreichenden Bestimmtheit fehlt es zwar, wenn der Kunde nicht in der Lage ist, die Bindungsfrist zu berechnen, weil ihr Beginn oder Ablauf ausschließlich oder zusätzlich von einem Ereignis abhängt, das in der Einfluss- oder Kenntnissphäre des Verwenders liegt (BGH, Urteile vom 6. Dezember 1984 – VII ZR 227/83, WM 1985, 199 unter II 2; vom 24. März 1988 – III ZR 21/87, WM 1988, 607 unter II 2; vom 23. Februar 1989 – VII ZR 89/87, BGHZ 107, 75, 79). Hier sind es aber Umstände aus der Sphäre des Kunden, nämlich die Bedingungen des Stromlieferungsvertrags des Kunden mit seinem Vorlieferanten, die den entscheidenden Einfluss auf den Lauf und damit die Bemessung der Bindungsfrist haben (Senatsurteil vom 18. Juli 2012 – VIII ZR 337/11, aaO Rn. 20).

[18] cc) Die Beklagte hat sich in der Klausel, soweit diese eine Aussage zur Antragsbindung des Kunden enthält, auch keine unangemessen lange Frist für die Annahme oder die Ablehnung des Angebots des Kunden vorbehalten. Denn die Annahmefrist, die sich in der Regel zusammensetzt aus der Zeit für die Übermittlung des Antrages an den Empfänger, für dessen Bearbeitungs- und Überlegungszeit sowie für die Übermittlung der Antwort an den Antragenden, ist nicht starr, sondern kann sich bei Vorliegen absehbarer Verzögerungen, die ein verständiger Antragsteller billigerweise in Rechnung zu stellen pflegt, verlängern (Senatsurteil vom 18. Juli 2012 – VIII ZR 337/11, aaO Rn. 21; BGH, Urteil vom 11. Juni 2010 – V ZR 85/09, WM 2010, 1514 Rn. 11 f. mwN).

[19] Diese Umstände, die der Beklagten eine Entscheidung über die Erfüllbarkeit des ihr angetragenen Versorgungsvertrags erst ermöglichen, hat die Beklagte dem Kunden in der Klausel durch Darlegung der Besonderheiten des Lieferantenwechselverfahrens nach § 14 StromNZV mitgeteilt. Dass sie sich eine noch darüber hinaus gehende Frist ausbedingen wollte, um über eine Vertragsannahme entscheiden zu können, liegt nach der Klauselgestaltung fern und wird von den an solchen Geschäften typischerweise Beteiligten verständigerweise auch nicht ernstlich in Betracht gezogen. Denn die Vertragsbestätigung soll nach dem Gesamtzusammenhang der Klausel unmittelbar nach Klärung der beschriebenen Voraussetzungen für das Zustandekommen des Stromlieferungsvertrages erfolgen. Der Kunde hat keinen Anlass zu der Annahme, die Beklagte hätte sich ohne erkennbaren Sinn noch einen zusätzlichen Zeitraum für ihre Entscheidung über eine Annahme des Vertragsangebots und eine damit einhergehende Verlängerung der Bindungsfrist des Kunden vorbehalten wollen (Senatsurteil vom 18. Juli 2012 – VIII ZR 337/11, aaO).

[20] 2. Klausel 2

[21] Die Revision rügt ohne Erfolg, die Klausel verstoße gegen § 309 Nr. 9 Buchst. a BGB, weil sich hieraus eine Laufzeit von mehr als zwei Jahren ab Vertragsschluss ergebe. Dies trifft – wie das Berufungsgericht zu Recht ausgeführt hat – nicht zu.

[22] a) Im Ausgangspunkt weist die Revision allerdings zutreffend darauf hin, dass die den anderen Vertragsteil bindende Laufzeit eines Dauerschuldverhältnisses im Sinne des § 309 Nr. 9 Buchst. a BGB bereits mit dem Abschluss des Vertrages beginnt und nicht erst mit einem etwa vereinbarten späteren Beginn der Leistungserbringung (Senatsurteil vom 17. März 1993 – VIII ZR 180/92, BGHZ 122, 63, 67 f.). Schutzzweck des genannten Klauselverbots ist es, eine übermäßig lange Bindung des Kunden zu verhindern, die dessen Dispositionsfreiheit beeinträchtigt. Ein Vertrag bindet jedoch bereits ab seinem Abschluss und nicht erst ab Beginn des Leistungsaustauschs.

[23] b) Davon ausgehend käme bei der vorliegenden Klausel eine mit der gesetzlich zulässigen Höchstbindungsdauer von zwei Jahren nicht zu vereinbarende Vertragslaufzeit dann in Betracht, wenn der Stromlieferungsvertrag durch eine Auftragsbestätigung der Beklagten zustande kommt, der Lieferbeginn – der eine einjährige Bindung auslöst – aber erst mehr als zwölf Monate später erfolgt (vgl. OLG Naumburg, ZNER 2011, 455 f.). Einer solchen zeitlichen Abfolge steht Ziffer 2.3 Satz 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten nicht entgegen. Dieser enthält zwar die Voraussetzung, dass der bisherige Stromlieferungsvertrag des Kunden vor dem Beginn der Lieferung durch die Beklagte beendet ist. Er schließt aber nicht aus, dass die Auftragsbestätigung der Beklagten und damit der Abschluss des neuen Stromlieferungsvertrags bereits vor der Beendigung des Altvertrages erfolgt und sich daher der Lieferbeginn durch die Beklagte auf die Zeit nach dem Auslaufen des bisherigen Versorgungsvertrags hinauszögert.

[24] c) Das Berufungsgericht hat aber eine solche zeitliche Abfolge, die zu einer unzulässigen Vertragsbindung von mehr als zwei Jahren führen könnte, zu Recht als lebensfremd betrachtet.

[25] Im Hinblick auf die Volatilität der Strompreise haben weder die Stromversorgungsunternehmen noch deren Kunden ein vernünftiges Interesse daran, einen Vertrag für einen über zwölf Monate in der Zukunft liegenden Lieferbeginn zu schließen. Der Kunde wird versuchen, von dem Wettbewerb im Strommarkt zu profitieren und gegebenenfalls einen günstigeren Tarif zu erhalten. Der Stromversorger wird sich nicht ohne konkreten Vorteil auf das Risiko einlassen, einen Strompreis zu vereinbaren, der möglicherweise deutlich unter dem bei Lieferbeginn geltenden Preisniveau liegt, zumal dieser Preisunterschied nicht ohne weiteres durch – häufig ohnehin umstrittene – Preisanpassungen ausgeglichen werden kann.

[26] Hinzu kommt, dass das Stromversorgungsunternehmen, das einen Vertrag bestätigt, obwohl der Lieferbeginn erst über zwölf Monate später erfolgen kann, sich in diesem Zeitraum einem nicht unerheblichen Verwaltungsaufwand ausgesetzt sehen kann, ohne hierfür eine Gegenleistung in Form eines Entgelts zu erhalten. Es müsste beispielsweise – die Wirksamkeit einer Preisanpassungsklausel unterstellt – Preisanpassungen individuell ankündigen. Weiter müsste es eventuelle Änderungsmitteilungen der Kunden, etwa bezüglich der Anschrift oder der Bankverbindung, bearbeiten.

[27] Die Beklagte hat dementsprechend unwidersprochen vorgebracht, in den Fällen einer erheblichen Verzögerung des Lieferbeginns aufgrund der vertraglichen Kündigungsfristen im Rahmen des bestehenden Liefervertrags des Kunden bereits keine Vertragsbestätigung zu versenden. Zwar kommt es beim Verbandsprozess nicht darauf an, wie der Verwender die Klausel tatsächlich handhabt, sondern allein darauf, wie er sie nach dem Regelungsgehalt, der ihr bei kundenfeindlichster Auslegung zukommt, handhaben könnte (BGH, Urteile vom 28. Januar 1987 – IV ZR 173/85, BGHZ 99, 374, 376; vom 23. Januar 2003 – III ZR 54/02, NJW 2003, 1237 unter II 3 a). Auch nach der kundenfeindlichsten Auslegung scheiden jedoch solche Auslegungsmöglichkeiten aus, die – wie die

vorliegend in Rede stehende zeitliche Abfolge – von den an solchen Geschäften typischerweise Beteiligten nicht in Betracht gezogen werden (BGH, Urteile vom 5. April 1984 – III ZR 2/83, BGHZ 91, 55, 61; vom 21. April 2009 – XI ZR 78/08, aaO Rn. 11). Die von der Revision befürchtete Konstellation ist letztlich zwar theoretisch denkbar, aber nach der Lebenserfahrung auszuschließen. Eine unzulässige Vertragsbindung des Kunden über einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren sieht daher die Klausel bei der gebotenen Betrachtung nicht vor.

[28] d) Auf die Auswirkungen des vorliegend im Vertrag enthaltenen Widerrufsrechts des Kunden kommt es damit – wie das Berufungsgericht zu Recht ausgeführt hat – nicht an.

[29] 3. Klausel 3

[30] Mit Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Klausel sei wirksam.

[31] Wie der Senat – nach Erlass des Berufungsurteils – zu einer inhaltsgleichen Klausel entschieden hat, ist diese nach der maßgeblichen kundenfeindlichsten Auslegung dahingehend zu verstehen, dass dem Versorger ein von einer vorherigen Benachrichtigung unabhängiges Zutrittsrecht eingeräumt wird. Mit diesem Inhalt hält die Klausel einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht stand (Senatsurteil vom 18. Juli 2012 – VIII ZR 337/11, aaO Rn. 25 ff.).

[32] a) Ein durchschnittlicher Vertragspartner kann die Klausel so verstehen, dass sie der Beklagten auch dann ein Zutrittsrecht zu den Räumen des Kunden gewährt, wenn dieser zuvor nicht benachrichtigt worden ist (Senatsurteil vom 18. Juli 2012 – VIII ZR 337/11, aaO Rn. 26). Denn eine Pflicht zur Benachrichtigung ist in der Klausel nicht geregelt. Sie begrenzt nur das Zutrittsrecht der Beklagten auf den damit verfolgten Ablesezweck. Es mag zwar sein, dass – wovon das Berufungsgericht als „allgemeinkundig“ ausgeht – auch der rechtlich nicht vorgebildete Kunde weiß, dass ein Stromversorger entweder einen Ablesetermin schriftlich anzukündigen pflegt oder bei einem unangemeldeten Besuch die Wohnung nur bei entsprechender Gestattung betreten darf. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Klausel, die diese Beschränkungen gerade nicht enthält, von einem durchschnittlichen Vertragspartner so verstanden werden kann, dass sie abweichend von der sonst geltenden Rechtslage ein jederzeitiges Zutrittsrecht der Beklagten regelt. Dieses Verständnis ist im Rahmen der kundenfeindlichsten Auslegung zugrunde zu legen.

[33] b) In dieser Auslegung hält die Klausel einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht stand.

[34] Sie benachteiligt den Vertragspartner der Beklagten entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, da sie von der durch den Gesetzgeber in §§ 9, 11 StromGVV getroffenen Regelung zur Verbrauchsablesung und dem dazu erforderlichen Zutrittsrecht abweicht. Diese Regelung gilt zwar für Sonderkundenverträge weder unmittelbar noch analog. Ihr kommt aber auch für diese Verträge eine „Leitbildfunktion im weiteren Sinne“ zu (Senatsurteil vom 18. Juli 2012 – VIII ZR 337/11, aaO Rn. 29).

[35] aa) Mit der in § 9 Satz 1 StromGVV enthaltenen Regelung, den Kunden zu benachrichtigen, bevor Zutritt zu dem Grundstück und den Räumen begehrt wird, werden verfassungsrechtliche Vorgaben gewahrt. Das Bundesverfassungsgericht hat es wegen des engen Zusammenhangs zwischen dem Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung und dem verfassungsrechtlichen Gebot unbedingter Achtung der Privatsphäre des Bürgers für erforderlich erachtet, dass dem Betroffenen vor Durchführung von Messungen in seiner Wohnung ausreichendes rechtliches Gehör gewährt wird und er zudem Gelegenheit hat, andere, ihn weniger belastende Modalitäten der Durchführung des Betretungsrechts anzubieten (BVerfGE 75, 318, 328 f.). Ein sachlicher Grund, vorliegend anders zu verfahren und abweichend vom Tarifkundenbereich, für den diese Anforderungen in § 9 Satz 1 StromGVV aufgegriffen und näher ausgestaltet worden sind, einem Energieversorgungsunternehmen im Sonderkundenbereich zu Ablesezwecken ein erleichtertes Zutritts-

recht in die Wohnung des Kunden zuzubilligen, ist nicht ersichtlich (Senatsurteil vom 18. Juli 2012 – VIII ZR 337/11, aaO Rn. 30).

[36] bb) Die Revisionserwiderung ist demgegenüber der Auffassung, eine unangemessene Benachteiligung des Kunden scheidet schon deshalb aus, weil die Klausel im Gegensatz zu § 9 StromGVV nur ein Betretungsrecht für den Fall regelt, dass der Kunde seine Ableseverpflichtung trotz vorheriger Aufforderung durch die Beklagte nicht erfüllt habe. Der Kunde müsse daher mit dem Besuch eines Mitarbeiters der Beklagten zum Zweck der Ablesung rechnen. Dies trifft indessen nicht zu (Senatsurteil vom 18. Juli 2012 – VIII ZR 337/11, aaO Rn. 32 f.).

[37] Welche vorrangigen Interessen der Beklagten Anlass geben könnten, ihr allein wegen einer Verletzung der (Selbst-)Ablesepflicht des Kunden zum Zwecke der Verbrauchsablesung ein an keine Einschränkungen gebundenes Zutrittsrecht in dessen Wohnung zuzubilligen, zeigt die Revisionserwiderung nicht auf; sie sind auch sonst nicht ersichtlich (Senatsurteil vom 18. Juli 2012 – VIII ZR 337/11, aaO Rn. 33).

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

5. Zum Auswahlermessen bei Wahl der Berechnungsmethode für BKZ

NAV § 11; NDAV § 11; EnWG §§ 17 Abs. 1, 18

1. Dem Versorgungsunternehmen verbleibt nach § 11 NAV, § 11 NDAV ein Auswahlermessen hinsichtlich der Wahl der Berechnungsmethode für die Baukostenzuschüsse. Das vom Verband der Netzbetreiber VDN e.V. beim VDEW empfohlene „Zwei-Ebenen-BKZ-Modell“ kann eine geeignete Grundlage für die Berechnung der für den Anschluss an das Niederspannungs- oder Niederdrucknetz zu zahlenden Baukostenzuschüsse bilden. Die Geeignetheit dieses Modells hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, deren Würdigung in erster Linie dem Tatrichter obliegt.

2. Das Transparenzgebot des § 17 Abs. 1 EnWG gilt im Anwendungsbereich des § 18 Abs. 1 EnWG und der ihn ausfüllenden Verordnungen nur insoweit, als es mit dem Inhalt der vorrangigen Sondervorschrift des § 18 EnWG nicht in Widerspruch steht (amtliche Leitsätze)

BGH, U. v. 12.12.2012 – VIII ZR 341/11 –; vorhergehend: OLG Jena, E. v. 16.11.2011 – 2 U 662/10 –; LG Mühlhausen, E. v. 24.06.2010 – 1 HKO 9/08 –

Aus dem Sachverhalt:

[1] Die Beklagte, örtliche Netzbetreiberin der Stadt N., erstellte auf Antrag des Klägers für dessen Gewerbeobjekt die Anschlüsse an das örtliche Strom- und Gasversorgungsnetz. Der Kläger wird in Niederspannung mit Strom und in Niederdruck mit Gas versorgt. Für die Anschlüsse erhob die Beklagte nach Pauschalen berechnete Baukostenzuschüsse in Höhe von insgesamt 34.490,46 € brutto, wovon 9.623,26 € brutto auf den Gasanschluss entfielen. Die Berechnung der Zuschüsse erfolgte auf der Grundlage des vom Verband der Netzbetreiber VDN e.V. beim VDEW empfohlenen „Zwei-Ebenen-BKZ-Modells“. Der Kläger zahlte den verlangten Betrag nur unter dem Vorbehalt „der Prüfung und Rechtmäßigkeit“.

[2] Er nimmt die Beklagte auf Rückzahlung der geleisteten Zuschüsse nebst Zinsen in Anspruch. Dabei zieht er die Billigkeit der Baukostenzuschüsse in Zweifel und verlangt eine Offenlegung der Kalkulation der Beklagten. Außerdem stellt er die Geeignetheit des von der Beklagten verwendeten Berechnungsmodells in Frage. Das Landgericht hat die Zahlungsklage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist vor dem Oberlandesgericht ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Aus den Gründen:

[3] Die Revision hat keinen Erfolg.

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

[...]

[14] II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand; die Revision ist daher zurückzuweisen.

[15] Das Berufungsgericht hat zu Recht einen Anspruch des Klägers gegen die Beklagte aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB auf Rückzahlung der unter Vorbehalt geleisteten Baukostenzuschüsse mit der Begründung verneint, dass die Zahlungen des Klägers mit Rechtsgrund erfolgt seien, da die Beklagte vorliegend den Baukostenzuschuss anhand des VDN-Modells habe ermitteln dürfen.

[16] 1. Das Berufungsgericht hat als Ausgangspunkt für die Überprüfung der Angemessenheit der verlangten Baukostenzuschüsse zu Recht den Maßstab des § 315 Abs. 3 BGB gewählt. Die Regelungen in § 11 Abs. 1, 2 NAV, § 11 Abs. 1, 2 NDAV ermächtigen den Netzbetreiber, vom Anschlussnehmer einen – auf der Grundlage der durchschnittlich für vergleichbare Fälle entstehenden Kosten pauschal berechneten – Baukostenzuschuss zu verlangen. Damit wird dem Netzbetreiber ein – an bestimmte Vorgaben geknüpftes (§ 11 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, Abs. 3 NAV (NDAV)) – einseitiges Leistungsbestimmungsrecht eingeräumt, das der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB unterliegt. Hiervon geht auch der Ordnungsgeber aus, der in der Begründung zur Niederspannungsanschlussverordnung (NAV) ausgeführt hat, eine pauschale Berechnung von Baukostenzuschüssen unterliege nach der Rechtsprechung der Billigkeitsprüfung nach § 315 Abs. 3 BGB (BR-Drucks. 367/06, S. 45). Auch wenn der Ordnungsgeber dabei auf Rechtsprechung Bezug genommen hat, die sich mit der Billigkeitskontrolle von – §§ 9, 10 AVBGasV bzw. § 9 AVBWasserV nachempfundenen – Allgemeinen Geschäftsbedingungen befasst (BGH, Urteil vom 4. Dezember 1986 – VII ZR 77/86, NJW 1987, 1828 f.; Senatsurteil vom 21. September 2005 – VIII ZR 8/05, RdE 2006, 117 unter II 1), hat er damit zum Ausdruck gebracht, dass er auch im Hinblick auf das von ihm eingeräumte einseitige Leistungsbestimmungsrecht von der Anwendbarkeit des § 315 Abs. 3 BGB ausgeht.

[17] 2. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Bemessung der dem Kläger in Rechnung gestellten Baukostenzuschüsse billigem Ermessen entspricht.

[18] Die tatrichterlichen Ausführungen zur Anwendung von § 315 BGB im konkreten Fall können vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob das Berufungsgericht den Begriff der Billigkeit verkannt, ob es die gesetzlichen Grenzen seines Ermessens überschritten oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat und ob es von einem rechtlich unzutreffenden Ansatz ausgegangen ist, der ihm den Zugang zu einer fehlerfreien Ermessensentscheidung versperrt hat (Senatsurteil vom 8. Juli 2009 – VIII ZR 314/07, NJW 2009, 2894 Rn. 18 mwN).

[19] Derartige Rechtsfehler sind dem Berufungsgericht nicht unterlaufen. Es hat sich eingehend mit den Vorgaben des VDN-Modells und dessen Geeignetheit für die Festsetzung von Baukostenzuschüssen im Niederspannungs- und Niederdruckbereich befasst. Weiter hat es rechtsfehlerfrei die Erkenntnisse des vom Landgericht bestellten Sachverständigen verwertet, der die Richtigkeit der von der Beklagten auf dieser Grundlage vorgenommenen Berechnungen bestätigt hat.

[20] 3. Die Berechnung der Baukostenzuschüsse genügt auch den Vorgaben in § 11 Abs. 1 NAV, § 11 Abs. 1 NDAV, wonach Baukostenzuschüsse höchstens in Höhe von 50 % der bei wirtschaftlich effizienter Betriebsführung im maßgeblichen Versorgungsbereich für die Erstellung oder Verstärkung der örtlichen Verteileranlagen notwendigen Kosten erhoben werden dürfen.

[21] a) Dies gilt zunächst für die Auswahl der Berechnungsmethode (VDN-Modell). Aus § 11 NAV, § 11 NDAV ergibt sich entgegen der Ansicht der Revision nicht, dass ein Energieversor-