



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VIII ZR 279/11

Verkündet am:  
26. September 2012  
Ermel,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: \_\_\_\_\_ ja

AVBEitV § 4, BGB § 199 Abs. 1, § 204 Abs. 1 Nr. 1, § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1;  
ZPO § 256 Abs. 1

Zum Beginn der Verjährung für Rückzahlungsansprüche aufgrund unwirksamer  
Preisänderungsklauseln in einem Stromlieferungsvertrag mit Sonderkunden.

BGH, Urteil vom 26. September 2012 - VIII ZR 279/11 - OLG Koblenz  
LG Mainz

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Juni 2012 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richterinnen Dr. Milger, Dr. Hessel und Dr. Fetzer sowie den Richter Dr. Büniger

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Klägers werden das Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 11. August 2011 und das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Mainz vom 16. April 2010 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Antrag des Klägers abgewiesen worden ist, festzustellen, dass der unter der Kundennummer bei der Beklagten geführte Stromlieferungsvertrag zwischen den Parteien über den 9. April 2009 hinaus ungekündigt fortbesteht.

Weiter wird auf die Revision des Klägers das Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 11. August 2011 insoweit aufgehoben, als das Bestehen von Rückzahlungsansprüchen des Klägers für den Zeitraum von 9. April 2009 bis 31. Dezember 2009 verneint, der Antrag auf Feststellung der mangelnden Fälligkeit der im Zeitraum von 2005 bis 2007 erteilten Endabrechnungen als unbegründet abgewiesen und der auf Feststellung eines Leistungsverweigerungsrechts wegen Verjährung gerichteten Widerklage der Beklagten auch hinsichtlich derjenigen Rückzahlungsansprüche stattgegeben worden ist, die auf in der zweiten Jahreshälfte 2006 geleistete und mit Verbrauchsabrechnung vom 15. August 2007 abgerechnete Abschlagszahlungen zurückzuführen sind.

Es wird festgestellt, dass der unter der Kundennummer bei der Beklagten geführte Stromlieferungsvertrag zwischen den Parteien über den 9. April 2009 hinaus ungekündigt fortbesteht.

Der Antrag des Klägers festzustellen, dass die Forderungen der Beklagten aus den Endabrechnungen vom 15. August 2005, vom 14. August 2006 und vom 15. August 2007 bezogen auf den Stromverbrauch nicht fällig seien, wird als unzulässig abgewiesen.

Die Widerklage wird hinsichtlich derjenigen Rückzahlungsansprüche abgewiesen, die auf im Zeitraum vom 1. Juli 2006 bis 31. Dezember 2006 geleistete und mit Verbrauchsabrechnung vom 15. August 2007 abgerechnete Abschlagszahlungen gestützt werden.

Soweit das Bestehen von Rückzahlungsansprüchen des Klägers für den Zeitraum von 9. April 2009 bis 31. Dezember 2009 verneint worden ist, wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision des Klägers wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger bezieht von der Beklagten seit 2000 Strom, zunächst aufgrund eines am 27. Juni 2000 mit der Beklagten geschlossenen, vorformulierten Stromlieferungsvertrags. Im Vertragsformular ist angekreuzt, dass die Abrechnung nach der "Individualvereinbarung Spartarife" erfolgen soll. Weiter wird den Parteien unter Hinweis auf § 32 AVBEItV nach Ablauf des ersten Jahres eine Kündigungsmöglichkeit mit einer Frist von drei Monaten zum Monatsende eingeräumt. Ergänzend verweist der Vertrag auf die AVBEItV, deren Text dem Kläger weder bei Vertragsschluss noch später übergeben wurde.

2 Die Beklagte änderte wiederholt ihre Preise. Der Kläger leistete in den Jahren 2005 bis 2007 ohne Beanstandungen die monatlichen Abschläge und glich die Jahresabrechnungen vom 15. August 2005, 14. August 2006 und 15. August 2007 aus.

3 Am 16. April 2007 schlossen die Parteien einen neuen Vertrag. Die Abrechnung sollte nun nach dem Tarif "Strompreise nach Maß" erfolgen. Der Vertrag sah eine Preisgarantie bis Ende Dezember 2008 vor und räumte den Vertragspartnern - nach einer Vertragslaufzeit von einem Jahr - eine Kündigungsmöglichkeit mit einer Frist von drei Monaten zum Monatsende ein. Vertragsbestandteil dieses Vertrages wurden die "Allgemeinen Geschäftsbedingungen Strom der E. AG", die in Ziffer 6.4 ein einseitiges Preisanpassungsrecht der Beklagten enthalten.

4 Zudem finden sich dort folgende Bestimmungen:

"8.1. Die E. AG ist berechtigt, sofort die Lieferung einzustellen und die Anschlussnutzung unterbrechen zu lassen, wenn der Kunde in nicht unerheblichem Maße schuldhaft Strom unter Umgehung, Beeinflussung oder vor Anbringung der Messeinrichtungen verwendet ("Stromdiebstahl").

8.2. Gleiches gilt bei Zahlungsverzug des Kunden ab einem säumigen Betrag von mindestens € 100,00 (inklusive Mahn- und Inkassokosten unter Berücksichtigung etwaiger Anzahlungen und Vorauszahlungen nach Ziffer 5.1 oder Sicherheitsleistungen nach Ziffer 5.3), wenn dem Kunden spätestens vier Wochen zuvor die Unterbrechung angedroht und drei Werktage vorher die Unterbrechung erneut angekündigt wurde.

...

8.4. Der Vertrag kann aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Frist gekündigt und die Lieferung eingestellt werden. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn die Voraussetzungen nach Ziffer 8.1 oder 8.2 wiederholt vorliegen und, im Fall des wiederholten Zahlungsverzugs, dem Kunden die Kündigung zwei Wochen vorher angedroht wurde."

5 Mit Schreiben vom 15. Dezember 2008 widersprach der Kläger erstmals den seit dem Jahr 2000 erfolgten Preiserhöhungen der Beklagten und kündigte an, künftig unter Vorbehalt einen geringeren als den von der Beklagten geforderten Preis zu zahlen. Da die Beklagte in der Folgezeit trotzdem vom Konto des Klägers den vollen Abschlagsbetrag einzog, widerrief der Kläger mit anwaltlichem Schreiben vom 8. April 2009 die erteilte Einzugsermächtigung. Daraufhin kündigte die Beklagte den Stromliefervertrag durch Schreiben vom 9. April 2009 mit sofortiger Wirkung und berief sich dabei darauf, die Durchführung des kostengünstigen Bankeinzugsverfahrens sei Voraussetzung für die am 16. April 2007 getroffene Sondervereinbarung. Seitdem beliefert sie den Kläger im Rahmen der Grundversorgung.

6 Mit seiner Klage hat der Kläger zunächst die Feststellung begehrt, dass fünf konkret benannte, im Zeitraum von 2005 bis 2007 vorgenommene Strompreisbestimmungen der Beklagten und die Endabrechnungen aus den Jahren 2005 bis 2007 unwirksam und unbillig seien. Ferner hat er die Feststellung begehrt, dass der zwischen den Parteien bestehende Liefervertrag nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 9. April 2009 aufgelöst worden sei, sondern ungekündigt fortbestehe. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

- 7 Mit seiner hiergegen gerichteten Berufung hat der Kläger beantragt, unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils festzustellen, dass vier konkret benannte, im Zeitraum von 2005 bis 2006 von der Beklagten vorgenommene Preisbestimmungen unwirksam seien, soweit diese den vertraglichen Ausgangspreis überstiegen (Antrag zu 1). Daneben hat der Kläger die Feststellung begehrt, dass die auf den Stromverbrauch bezogenen Endabrechnungen der Beklagten vom 15. August 2005, 14. August 2006 und 15. August 2007 nicht fällig seien (Antrag zu 2) beziehungsweise - so sein Hilfsantrag - unwirksam seien, sofern sie auf Preisbestimmungen beruhten, die den vertraglichen Ausgangspreis überstiegen. Weiter hat der Kläger beantragt festzustellen, dass der mit der Beklagten bestehende Liefervertrag über den 9. April 2009 hinaus ungekündigt fortbestehe (Antrag zu 3) und dass ihm aus dem Versorgungszeitraum vom 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2009 Rückzahlungsansprüche zustünden (Antrag zu 4).
- 8 Die Beklagte hat hilfsweise im Wege der Widerklage die Feststellung begehrt, dass sie berechtigt sei, die Rückerstattung gezahlter Stromentgelte für den Zeitraum bis einschließlich 31. Dezember 2006 wegen Verjährung zu verweigern.
- 9 Das Berufungsgericht hat - unter teilweiser Abänderung und vollständiger Neufassung des erstinstanzlichen Urteils sowie unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung - festgestellt, dass die von der Beklagten zum 1. März 2005 und 1. März 2006 vorgenommenen Preisbestimmungen unwirksam sind, soweit diese die vertraglich vereinbarten Ausgangspreise übersteigen. Daneben hat es auf den - auf die Feststellung der "Unwirksamkeit" erteilter Endabrechnungen gerichteten - Hilfsantrag des Klägers festgestellt, dass Forderungen der Beklagten aus den Endabrechnungen vom 15. August 2005, 14. August 2006 und 15. August 2007 aufgrund des Stromverbrauchs bis zum 15. April 2007

insoweit nicht bestehen, als diese auf Preisbestimmungen beruhen, die den vereinbarten Ausgangspreis übersteigen. Ferner hat das Berufungsgericht das Bestehen von Rückzahlungsansprüchen für den Zeitraum vom 1. Januar 2005 bis zum 15. April 2007 festgestellt. Die weitergehende Klage hat es abgewiesen und der Feststellungswiderklage stattgegeben.

10 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren insoweit weiter, als das Berufungsgericht den Klageantrag zu 2 im Hauptantrag und den Klageantrag zu 3 insgesamt abgewiesen sowie das Bestehen von Rückzahlungsansprüchen (Klageantrag zu 4) auf den Zeitraum bis zum 15. April 2007 beschränkt hat. Zudem verfolgt er seinen Klageabweisungsantrag bezüglich der Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe:

11 Die Revision hat teilweise Erfolg.

I.

12 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung - soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse - im Wesentlichen ausgeführt:

13 Der Beklagten sei weder ein einseitiges Preisänderungsrecht eingeräumt worden noch sei über die von ihr vorgenommenen Preiserhöhungen eine vertragliche Vereinbarung zustande gekommen. Die Geltung des Preisänderungsrechts in § 4 Abs. 1, 2, § 32 Abs. 2 AVBEItV sei bereits deswegen nicht wirksam vereinbart worden, weil es an einer Einbeziehung der AVBEItV fehle, deren Text dem Kläger unstreitig nicht ausgehändigt worden sei. Unabhängig davon

stelle der Verweis auf die AVBEItV keine unveränderte Übernahme des nach diesem Regelwerk bestehenden Preisänderungsrechts dar, weil im Hinblick auf die eigenständig geregelte Kündigung des Vertrags nach der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung unklar sei, ob im Falle einer Preisanpassung das bei Preisänderungen nach § 4 Abs. 1, 2 AVBEItV dem Kunden eingeräumte Sonderkündigungsrecht des § 32 Abs. 2 AVBEItV greifen solle. Durch die ergänzende Bezugnahme auf die AVBEItV sei damit kein der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB standhaltendes Preisanpassungsrecht der Beklagten vereinbart worden. Daher sei der vom Kläger im Berufungsverfahren gestellte Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit der unstreitig zum 1. März 2005 und zum 1. März 2006 erfolgten, den ursprünglich vereinbarten Strompreis übersteigenden Preisbestimmungen (Klageantrag zu 1) begründet.

14           Abzuweisen sei dagegen der weiter vom Kläger in der Berufungsinstanz gestellte Antrag auf Feststellung, dass die Endabrechnungen aus den Jahren 2005 bis 2007 nicht fällig seien (Klageantrag zu 2 - Hauptantrag). Die bezeichneten Abrechnungen seien zwar im Hinblick auf die von der Beklagten unrechtmäßig vorgenommenen Preiserhöhungen überhöht und daher unrichtig. Dies habe aber nicht zur Folge, dass auch hinsichtlich des tatsächlich geschuldeten Anteils der berechneten Forderungen keine Fälligkeit eingetreten sei. Insoweit könne dahinstehen, ob insoweit das erforderliche Feststellungsinteresse (§ 256 Abs. 1 ZPO) vorhanden sei. Die Fälligkeit des Kaufpreises für die Energielieferungen richte sich nach der - im Vertrag vom 27. Juni 2000 in Bezug genommenen - Regelung des § 27 Abs. 1 AVBEItV. Diese Regelung besage nicht, dass nur eine inhaltlich richtig ermittelte Forderung fällig werde. Vielmehr sei ausreichend, dass die Rechnung den Anforderungen des § 26 AVBEItV genüge, also verständlich sei und die maßgeblichen Berechnungsfaktoren vollständig und in allgemein verständlicher Weise wiedergebe. Dies sei der Fall.

- 15            Soweit in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 9. Februar 2011 (VIII ZR 295/09) eine abweichende Meinung vertreten werde, schließe sich das Berufungsgericht dem nicht an. Die mangelnde Fälligkeit einer Forderung wegen unberechtigter Preiserhöhungen könne sich nur auf den Teil der in Rechnung gestellten Beträge erstrecken, der nicht geschuldet sei. Hierfür fehle allerdings ein rechtliches Interesse, denn es sei selbstverständlich, dass nicht bestehende Forderungen auch nicht fällig sein könnten. Es sei kein Grund ersichtlich, warum auch bezüglich des tatsächlich geschuldeten Teils der Entgelte Fälligkeit erst nach Zugang einer sachlich richtigen Abrechnung oder eines Gerichtsurteils eintreten solle.
- 16            Ebenfalls als unbegründet abzuweisen sei der Klageantrag zu 3 auf Feststellung, dass der Liefervertrag durch die Kündigung der Beklagten nicht beendet worden sei. Das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis sei durch das Schreiben der Beklagten vom 16. April 2007 wirksam fristlos gekündigt worden. Zwar lägen die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung nach Ziffer 8.3 i.V.m. Ziffer 8.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten nicht vor, da der Kläger weder mit einem Mindestbetrag von 100 € in Rückstand geraten noch ihm die Kündigung zwei Wochen vorher angekündigt worden sei. Eine außerordentliche Kündigung könne jedoch auch auf andere wichtige Gründe gestützt werden. Maßgeblich sei insoweit die Legaldefinition eines wichtigen Grundes in § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach erforderlich sei, dass dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden könne.
- 17            Dabei könne dahinstehen, ob der Widerruf der Einzugsermächtigung für sich allein einen wichtigen Grund darstelle. Die fristlose Kündigung sei schon

deswegen berechtigt, weil sich der Kläger ernsthaft und endgültig geweigert habe, den geforderten Strompreis künftig in voller Höhe zu zahlen. Der Kläger sei nicht berechtigt gewesen, die im Stromlieferungsvertrag vom 16. April 2007 vereinbarten Zahlungsbeträge herabzusetzen. Weder unterliege der dort vereinbarte Ausgangspreis einer Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB noch seien nach Abschluss dieses Vertrags Preiserhöhungen vorgenommen worden. Für die Beklagte habe aufgrund des Schreibens des Klägersvertreters vom 8. April 2009, in dem für den Fall einer erneuten Abbuchung der geforderten Beträge "weitere Schritte" angedroht worden seien, festgestanden, dass der Kläger seine vertraglichen Verpflichtungen nicht erfüllen würde. Bei dieser Sachlage sei eine Mahnung als "bloße Förmerei" entbehrlich gewesen. Der Beklagten sei es auch nicht zuzumuten gewesen, abzuwarten, bis der Zahlungsrückstand einen Betrag von 100 € erreiche.

18 Die ausgesprochene Kündigung verstoße auch nicht gegen Treu und Glauben; insbesondere sei der Rechtsgedanke der § 19 Abs. 2 Satz 5, § 21 Satz 2 StromGVV, wonach eine fristlose Kündigung nicht auf Zahlungsrückstände gestützt werden dürfe, die der Kunde schlüssig und form- und fristgerecht beanstandet habe, nicht anwendbar. Den Forderungen der Beklagten lägen die vertraglich vereinbarten Anfangspreise zugrunde, so dass der Kläger keine Rechte aus § 315 Abs. 3 BGB habe ausüben können. Auch habe die Kündigung den Kläger nicht in eine Notlage gebracht, da er im Rahmen der Grundversorgung weiter beliefert worden sei und zudem zu einem anderen Stromversorger hätte wechseln können.

19 Der Klageantrag zu 4, mit welchem die Feststellung des Bestehens von Rückzahlungsansprüchen begehrt werde, sei zulässig, aber nur teilweise begründet. Es bestehe ein rechtliches Interesse (§ 256 Abs. 1 ZPO) an der begehrteten Feststellung. Einer Leistungsklage stehe entgegen, dass sich der Klä-

ger auch hinsichtlich des ursprünglich vereinbarten Preises auf eine gerichtliche Billigkeitsprüfung berufe und damit aus seiner Sicht daran gehindert sei, die Höhe seiner Rückforderungsansprüche ohne vorherige Bestimmung des vereinbarten Preises durch das Gericht zu beziffern. Sollte der Kläger diesen Einwand im Berufungsverfahren hinsichtlich bestimmter Beträge habe fallen lassen, ergebe sich sein Feststellungsinteresse daraus, dass sein Begehren auch verjährte Ansprüche erfasse; insofern verspreche eine Leistungsklage keinen Erfolg. Die Verjährung stehe einem Feststellungsinteresse nicht entgegen, weil auch verjährte Ansprüche fortbeständen. Die Klage sei allerdings nur hinsichtlich des Zeitraums vom 1. Januar 2005 bis einschließlich 15. April 2007 begründet. Denn mit dem Abschluss des Folgevertrags am 16. April 2007 seien allein die dort vereinbarten Preise maßgeblich.

20            Uneingeschränkt Erfolg habe dagegen die zulässige Widerklage der Beklagten. Einreden, die einer Partei gegen einen von der Gegenseite geltend gemachten Anspruch zustünden, stellten ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO dar. Der Widerklageantrag decke sich auch nicht mit der vom Kläger beantragten Feststellung, dass Rückforderungsansprüche gegen die Beklagte bestünden. Solange ein Anspruch nicht erfüllt oder auf andere Art und Weise zum Erlöschen gebracht worden sei, bestehe er trotz eingetretener Verjährung. Die Widerklage sei auch begründet, denn die Beklagte sei berechtigt, die Rückerstattung der vom Kläger für die Jahre 2005 und 2006 gezahlten Stromentgelte gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 Nr. 1, 2 BGB wegen Verjährung zu verweigern.

21            Die bereicherungsrechtlichen Rückzahlungsansprüche des Klägers (§ 812 Abs. 2 Satz 1 Fall 1 BGB) unterlägen der dreijährigen Regelverjährung nach § 195 BGB. Da die Rückzahlungsansprüche jeweils im Zeitpunkt der Leistung an die Beklagte entstanden seien (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB) und der Kläger

im Zeitpunkt der Zahlung Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen erlangt habe oder jedenfalls ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB), habe die Verjährungsfrist mit dem Schluss des Jahres zu laufen begonnen, in dem die jeweilige Zahlung erbracht worden sei. Für den Beginn der Verjährungsfrist sei allein die Kenntnis von der erbrachten Leistung und von den tatsächlichen Umständen entscheidend, aus denen sich die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts ergebe. Ob der Kläger hieraus auch den Schluss auf das Fehlen des Rechtsgrundes seiner Leistung gezogen habe, sei dagegen unerheblich. Es liege kein Fall einer außergewöhnlich unsicheren oder zweifelhaften Rechtslage vor, bei der sich der Verjährungsbeginn ausnahmsweise hinausschiebe. Denn die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zur Unwirksamkeit von Preisänderungsklauseln in Energieversorgungsverträgen beruhten auf einer seit Jahrzehnten geltenden Rechtsprechung zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Bis zur Erhebung der Klage auf Feststellung des Bestehens von Rückforderungsansprüchen im Jahre 2010 seien daher Rückforderungsansprüche des Klägers hinsichtlich der vor dem 1. Januar 2006 erbrachten Zahlungen verjährt, so dass die Beklagte nur mit Rückforderungsansprüchen aus dem Zeitraum vom 1. Januar 2007 bis zum 15. April 2007 rechnen müsse.

22

Die Verjährung dieser Ansprüche sei durch die ursprünglich erhobenen Feststellungsklageanträge nicht gehemmt worden. Zwar könne gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB auch die Erhebung einer Feststellungsklage die Verjährung hemmen, sofern diese Klage auf die Feststellung des Anspruchs gerichtet sei. Bei der Feststellung der Unwirksamkeit und Unbilligkeit der von der Beklagten vorgenommenen Preisbestimmungen handele es sich aber nicht um die Feststellung eines Anspruchs, sondern lediglich um die Feststellung des Inhalts des Rechtsverhältnisses, welches den teilweise rechtsgrundlosen Zahlungen zugrunde gelegen habe. Gleiches gelte für den in erster Instanz gestellten Klage-

antrag auf Feststellung, dass die Endabrechnungen der Beklagten unbillig und unwirksam seien, der ebenfalls nicht die Feststellung eines Rückzahlungsanspruchs umfasse.

II.

23                Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

24                1. Hinsichtlich des auf die Feststellung der mangelnden Fälligkeit der Endabrechnungen vom 15. August 2005, 14. August 2006 und 15. August 2007 gerichteten Klageantrags zu 2 (Hauptantrag) hat das Berufungsgericht zu Unrecht in der Sache entschieden. Dieser Klageantrag ist bereits unzulässig. Es fehlt - wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden hat - am Feststellungsinteresse, da der Schuldner, der eine nicht fällige Forderung erfüllt hat, gemäß § 813 Abs. 2 BGB keine hierauf gestützte Rückerstattung verlangen kann (Senatsurteil vom 6. Juni 2012 - VIII ZR 198/11, NJW 2012, 2659 Rn. 25).

25                2. Weiter hat das Berufungsgericht den Klageantrag zu 3 rechtsfehlerhaft abgewiesen. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts ist der am 16. April 2007 zwischen den Parteien geschlossene Sonderkundenvertrag nicht durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 9. April 2008 beendet worden.

26                a) Die Ankündigung des Klägers im Schreiben vom 15. Dezember 2008, künftig geringere als die von der Beklagten geforderten Abschlagsbeträge zu entrichten, stellt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keinen zur fristlosen Kündigung des Stromliefervertrages berechtigenden Kündigungsgrund im Sinne von Ziffer 8.3. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten dar. Die Beantwortung der Frage, ob ein wichtiger Grund zur fristlosen

Kündigung des Vertragsverhältnisses vorliegt, ist das Ergebnis einer wertenden Betrachtung. Diese obliegt in erster Linie dem Tatrichter und kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob der Tatrichter die maßgeblichen Tatsachen vollständig festgestellt und gewürdigt und ob er die allgemein anerkannten Maßstäbe berücksichtigt und richtig angewandt hat (vgl. Senatsurteil vom 21. Oktober 2009 - VIII ZR 64/09, NJW 2009, 3781 Rn. 19 mwN zu § 543 Abs. 1 BGB). Gemessen daran halten die Ausführungen des Berufungsgerichts einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand. Dabei kann offenbleiben, ob der Kläger in voller Höhe zur Zahlung der verlangten Abschläge verpflichtet war. Keiner Entscheidung bedarf auch die Frage, ob eine Kündigung des Versorgungsverhältnisses schon im Hinblick auf die vom Kläger gegen die Angemessenheit der verlangten Abschlagsbeträge erhobenen Einwendungen ausgeschlossen wäre.

27           aa) Ziffer 8.3. Satz 1 in den Stromlieferungsvertrag vom 16. April 2007 einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten sieht vor, dass das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund gekündigt werden kann. Nach Ziffer 8.3. Satz 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen liegt ein wichtiger Grund insbesondere dann vor, wenn die Voraussetzungen nach Ziffer 8.1. ("Stromdiebstahl") oder nach Ziffer 8.2. (Zahlungsverzug in Höhe von mindestens 100 €) wiederholt vorliegen und im Falle des wiederholten Zahlungsverzugs dem Kunden die Kündigung zwei Wochen vor Ausspruch angekündigt wurde. Die Voraussetzungen der Regelung in Ziffer 8.3. Satz 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind nach den im Revisionsverfahren nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht erfüllt. Der Kläger ist weder mit einem 100 € übersteigenden Betrag in Rückstand geraten noch wurde ihm die Kündigung des Vertragsverhältnisses vorher angedroht.

28

bb) Anders als das Berufungsgericht meint, war die Beklagte auch nicht nach Ziffer 8.3. Satz 1 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur fristlosen Kündigung des Stromlieferungsvertrags berechtigt. Durch die an § 19 Abs. 2, § 21 StromGVV angelehnte Bestimmung in Ziffer 8.3. Satz 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten wird - was das Berufungsgericht übersehen hat - vorgegeben, welches Gewicht einer - eingetretenen oder absehbaren - Zahlungsverzögerung zukommen muss, um eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses als unzumutbar erscheinen zu lassen und damit eine Kündigung aus wichtigem Grund nach Ziffer 8.3. Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu rechtfertigen. Nach Ziffer 8.3. Satz 2 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist die Beklagte zur fristlosen Kündigung des Stromlieferungsvertrags wegen Zahlungsverzugs nur dann berechtigt, wenn der Kunde wiederholt mit einem Betrag von mindestens 100 € in Rückstand geraten und ihm die Kündigung zwei Wochen vorher angedroht worden ist. Geringere oder einmalige Zahlungsrückstände sollen dagegen kein Recht der Beklagten begründen, sich fristlos vom Vertrag zu lösen. Die in Ziffer 8.3. Satz 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten zum Ausdruck kommende Wertung darf bei der Bewertung, ob ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung im Sinne von Ziffer 8.3. Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorliegt, nicht außer Betracht bleiben. Generalklauselartige Kündigungstatbestände sind regelmäßig gleichgewichtig mit den zu ihrer Ausfüllung geschaffenen Regeltatbeständen (vgl. BVerfGE 84, 366, 371 f. zu § 564a BGB aF; Senatsurteil vom 9. Mai 2012 - VIII ZR 238/11, NJW 2012, 2342 Rn. 13 mwN zu § 573 BGB). Für die Frage, ob ein Verhalten zu einer Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt, kommt es daher allein darauf an, ob es ebenso schwer wiegt wie die beispielhaft aufgeführten Kündigungsgründe (Senatsurteil vom 9. Mai 2012 - VIII ZR 238/11, aaO mwN). Gemessen hieran kommt dem Verhalten des Klägers nicht das Gewicht einer zur fristlosen Kündigung berechtigenden Pflicht-

verletzung zu. Infolge der Ankündigung des Klägers besteht lediglich die Befürchtung, dass in Zukunft ein Zahlungsverzug eintreten wird. Ungewiss ist aber, in welcher Höhe Zahlungsrückstände auflaufen werden und ob es wiederholt zu einem signifikanten Zahlungsverzug kommen wird. Auch kommt dem Umstand Bedeutung zu, dass die Beklagte von einer Kündigungsandrohung abgesehen hat.

29            b) Die - im Kündigungsschreiben vom 9. April 2009 allein als Kündigungsgrund angegebene - Weigerung des Klägers, künftig am Lastschriftverfahren teilzunehmen, berechtigt die Beklagte ebenfalls nicht zur fristlosen Kündigung des Stromlieferliefervertrages nach Ziffer 8.3. Satz 1 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Das Berufungsgericht hat bereits keine Feststellungen dazu getroffen, ob der Kläger nach den Regelungen im Vertrag vom 16. April 2007 überhaupt zu dieser Zahlungsart verpflichtet war. Dass eine solche Verpflichtung besteht, ist der Vertragsurkunde vom 16. April 2007 nicht zu entnehmen; eine entsprechende Lastschriftklausel enthält nur der durch den Vertrag vom 16. April 2007 abgelöste Vertrag vom Juni 2000. Es kann daher offen bleiben, ob auch eine auf den Widerruf der erteilten Einzugsermächtigung gestützte fristlose Kündigung des Vertragsverhältnisses eine vorherige Abmahnung voraussetzen würde.

30            c) Der Stromlieferungsvertrag ist auch nicht durch eine ordentliche Kündigung der Beklagten aufgelöst worden. Eine solche hat die Beklagte nicht ausgesprochen. Eine Umdeutung der fristlosen Kündigung des Stromliefervertrages in eine ordentliche Kündigung kommt nicht in Betracht. Zwar ist eine Umdeutung einer unwirksamen außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung im Einzelfall nicht ausgeschlossen. Voraussetzung hierfür ist aber, dass der Wille, den Vertrag auf jeden Fall zum nächstmöglichen Termin zu beenden, für den Kündigungsgegner zweifelsfrei erkennbar ist. Dieser muss sich

eindeutig aus der Kündigungserklärung selbst oder aus Umständen ergeben, die dem Kündigungsgegner bekannt sind (Senatsurteil vom 12. Januar 1981 - VIII ZR 332/79, NJW 1981, 976 unter II 1 e aa; BGH, Urteil vom 24. November 2006 - LwZR 6/05, NJW 2007, 1269 Rn. 14; jeweils mwN).

31 Vorliegend ergibt sich aus der Kündigungserklärung ein Wille der Beklagten zur ordentlichen Kündigung des Vertragsverhältnisses nicht. Dass die Beklagte in anderer Weise als durch die Kündigungserklärung selbst zu erkennen gegeben hat, den Vertrag in jedem Fall beenden zu wollen, ist weder festgestellt noch sonst ersichtlich (vgl. Senatsurteil vom 12. Januar 1981 - VIII ZR 332/79, aaO unter II 1 e bb).

32 3. Von Rechtsfehlern beeinflusst ist auch die vom Berufungsgericht vorgenommene Beschränkung der von ihm anerkannten Rückforderungsansprüche des Klägers auf den Zeitraum von 1. Januar 2005 bis 15. April 2007.

33 a) Das Berufungsgericht geht zwar im Ansatz zutreffend davon aus, dass der im Vertrag vom 16. April 2007 vereinbarte Ausgangspreis keiner Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB unterliegt. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des Senats findet eine Billigkeitskontrolle der von den Parteien - sei es bei Vertragsschluss oder später - vereinbarten Preise in entsprechender Anwendung von § 315 BGB auch bei einer Monopolstellung des Stromversorgers nicht statt (vgl. Senatsurteile vom 19. November 2008 - VIII ZR 138/07, BGHZ 178, 362 Rn. 18; vom 8. Juli 2009 - VIII ZR 314/07, WM 2009, 1957 Rn. 17; vom 9. Februar 2011 - VIII ZR 295/09, WM 2011, 1860 Rn. 45; vom 26. September 2012 - VIII ZR 240/11, zur Veröffentlichung bestimmt, unter II 2; jeweils zur Gasversorgung).

34           b) Das Berufungsgericht hat jedoch rechtsfehlerhaft die Möglichkeit ausgeschlossen, dass dem Kläger auch hinsichtlich der ab April 2009 gezahlten Stromentgelte Rückforderungsansprüche zustehen könnten.

35           aa) Ohne Erfolg beruft sich die Revision in diesem Zusammenhang allerdings darauf, das Berufungsgericht habe verfahrensfehlerhaft das Schreiben der Beklagten vom 17. Dezember 2008 unberücksichtigt gelassen, in dem diese eine Preiserhöhung zum 1. April 2009 für erforderlich erklärt hatte. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, nach dem am 16. April 2008 erfolgten Abschluss des Folgevertrags seien keine Preiserhöhungen mehr vorgenommen worden. Es kann offen bleiben, ob dieser Feststellung Tatbestandswirkung nach § 314 ZPO zukommt, die sich nur durch eine Tatbestandsberichtigung nach § 320 ZPO beseitigen ließe, oder ob sie - wie die Revision annimmt - aufgrund einer Beweiswürdigung getroffen wurde. Denn auch im letztgenannten Fall wäre dem Berufungsgericht kein revisionsrechtlich beachtlicher Rechtsfehler unterlaufen. Die Revision zeigt nicht auf, dass das Berufungsgericht Sachvortrag der Parteien über eine tatsächlich zum 1. April 2009 vorgenommene Preiserhöhung übergangen hat. Dem von der Beklagten in anderem Zusammenhang vorgelegten Schreiben vom 17. Dezember 2008 lässt sich nicht entnehmen, dass die dort für erforderlich erachtete Preiserhöhung auch vorgenommen wurde.

36           bb) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht jedoch angenommen, dass die zwischen den Parteien bestehende Sondervereinbarung vom 16. April 2007 mit dem Zugang der fristlosen Kündigung der Beklagten vom 9. April 2009 aufgelöst worden sei und der Kläger ab diesem Zeitpunkt die höheren Grundversorgungstarife geschuldet habe. Sollte der Kläger ab diesem Zeitpunkt - wozu bislang Feststellungen fehlen - Grundversorgungstarife entrichtet haben, die die von ihm nach der Sondervereinbarung vom 16. April 2007

geschuldeten Stromentgelte überstiegen, wären auch insoweit Rückforderungsansprüche des Klägers entstanden.

37 4. Nicht frei von Rechtsfehlern sind auch die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht der Widerklage der Beklagten festzustellen, dass sie berechtigt sei, die Rückerstattung gezahlter Stromentgelte für den Zeitraum bis zum 31. Dezember 2006 wegen Verjährung zu verweigern, stattgegeben hat.

38 a) Zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass die Feststellungswiderklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO zulässig ist.

39 aa) Die von der Beklagten begehrte Feststellung ihrer Berechtigung die Rückerstattung gezahlter Stromentgelte wegen Verjährung zu verweigern, stellt entgegen der Ansicht der Revision ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis und nicht nur ein bloßes Element eines Rechtsverhältnisses dar (vgl. RGZ 74, 292, 294; BGH, Urteil vom 23. September 1968 - II ZR 67/66, WM 1968, 1253; Senatsurteil vom 10. November 1982 - VIII ZR 156/81, NJW 1983, 392 unter II 3; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 256 Rn. 26).

40 bb) Auch das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben. Die zum Gegenstand der Widerklage gemachte Frage, ob der Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht wegen Verjährung zusteht, ist nicht Gegenstand des vom Kläger erhobenen Antrags zu 4 auf Feststellung, dass ihm Rückforderungsansprüche gegen die Beklagte zustehen. Denn dieser Antrag ist bei der gebotenen und auch vom Berufungsgericht vorgenommenen Auslegung, die auch die Revision nicht angreift, dahin zu verstehen, dass allein das Bestehen von (bereicherungsrechtlichen) Rückforderungsansprüchen festgestellt werden soll. Der Eintritt der Verjährung hat aber für sich genommen weder Auswirkungen auf das Bestehen noch auf die Durchsetzbarkeit eines Anspruchs (Senatsurteil vom 27. Januar 2010 - VIII ZR 58/09, BGHZ 184, 128

Rn. 27 mwN). Der Schuldner ist ab dem Verjährungseintritt lediglich berechtigt, dauerhaft die Leistung zu verweigern (§ 214 BGB), was dem Anspruch dann die Durchsetzbarkeit nimmt (Senatsurteil vom 27. Januar 2010 - VIII ZR 58/09, aaO mwN). Nach dem so verstandenen Inhalt des Klageantrags zu 4 ist die Frage der Verjährung nicht Bestandteil dieses Feststellungsbegehrens. Etwas anderes würde nur gelten, wenn mit dem Klageantrag zu 4 das Ziel verfolgt worden wäre festzustellen, dass eine aus einem Schuldverhältnis resultierende - noch nicht bezifferbare - Leistungspflicht des Schuldners besteht. In einem solchen Fall müsste auch geprüft werden, ob die in Betracht kommenden Ansprüche nach materiellem Recht verjährt sind (vgl. BGH, Urteil vom 2. Dezember 2010 - IX ZR 247/09, BGHZ 187, 337 Rn. 12). Eine solch weitreichende Feststellung ist aber nicht Gegenstand des Klageantrags zu 4.

41            b) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann nicht angenommen werden, dass die Rückforderungsansprüche des Klägers für Zahlungen aus dem Zeitraum vom 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2006 sämtlich verjährt wären. Die Rückforderungsansprüche für Stromentgelte, welche der Kläger in den Jahren 2005 und 2006 als Abschlagszahlungen erbracht hat, sind nicht verjährt, soweit die Endabrechnung hierüber erst nach dem 31. Dezember 2006 erfolgt ist. Dies betrifft die im Zeitraum vom 1. Juli bis 31. Dezember 2006 erbrachten Abschlagszahlungen, über die mit Verbrauchsabrechnung vom 15. August 2008 abgerechnet worden ist.

42            aa) Die Rückzahlungsansprüche des Klägers aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB verjähren - wovon auch das Berufungsgericht ausgeht - innerhalb der dreijährigen Regelverjährungsfrist des § 195 BGB (BGH, Urteil vom 23. Januar 2007 - XI ZR 44/06, BGHZ 171, 1 Rn. 18).

43           bb) Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und in dem der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

44           (1) Das Berufungsgericht hat zu Unrecht angenommen, dass ein Rückzahlungsanspruch des Klägers bereits zum Zeitpunkt der Erbringung der einzelnen Abschlagszahlungen entstanden ist. Wie der Senat - nach Erlass des Berufungsurteils - entschieden hat (Senatsurteil vom 23. Mai 2012 - VIII ZR 210/11, NJW 2012, 2647 Rn. 9 ff.), entsteht ein Rückforderungsanspruch nicht bereits mit der Leistung der einzelnen Abschlagszahlungen, sondern erst mit Erteilung der Abrechnung.

45           (2) Rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass in dem Zeitpunkt, in dem die Rückforderungsansprüche objektiv entstanden sind, auch die subjektiven Voraussetzungen des Verjährungsbeginns nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB gegeben waren.

46           (a) Die Feststellung, ob und wann der Gläubiger Kenntnis von bestimmten Umständen hatte oder ob seine Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruht, unterliegt als Ergebnis tatrichterlicher Würdigung nur einer eingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht darauf, ob der Streitstoff umfassend, widerspruchsfrei und ohne Verstoß gegen Denk- und Erfahrungssätze gewürdigt worden ist und ob der Tatrichter den Begriff der groben Fahrlässigkeit verkannt oder bei der Beurteilung des Grades der Fahrlässigkeit wesentliche Umstände außer Betracht gelassen hat. Die Frage, wann eine für den Beginn der Verjährung hinreichende Kenntnis vorhanden ist, ist jedoch nicht ausschließlich Tatfrage, sondern wird maßgeblich durch den der Beurteilung des

Revisionsgerichts unterliegenden Begriff der Zumutbarkeit der Klageerhebung geprägt (BGH, Urteil vom 15. Juni 2010 - XI ZR 309/09, WM 2010, 1399 Rn. 13 mwN).

47 (b) Die von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB geforderte Kenntnis des Gläubigers ist vorhanden, wenn er aufgrund der ihm bekannten Tatsachen gegen eine bestimmte Person eine Klage, sei es auch nur eine Feststellungsklage, erheben kann, die bei verständiger Würdigung so viel Erfolgsaussicht hat, dass sie ihm zumutbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 1993 - III ZR 2/92, BGHZ 122, 317, 324 f. zu § 852 Abs. 1 BGB aF). Die erforderliche Kenntnis setzt auch bei einem Bereicherungsanspruch grundsätzlich keine zutreffende rechtliche Würdigung voraus. Aus Gründen der Rechtssicherheit und der Billigkeit genügt vielmehr Kenntnis der den Anspruch begründenden tatsächlichen Umstände (BGH, Beschluss vom 19. März 2008 - III ZR 220/07, NJW-RR 2008, 1237 Rn. 7 f.), bei einem Bereicherungsanspruch demnach die Kenntnis von der Leistung und den Tatsachen, aus denen sich das Fehlen eines Rechtsgrundes ergibt (BGH, Urteile vom 15. Juni 2010 - XI ZR 309/09, aaO Rn. 12; vom 20. Januar 2009 - XI ZR 504/07, BGHZ 179, 260 Rn. 47; vom 29. Januar 2008 - XI ZR 160/07, BGHZ 175, 161 Rn. 26).

48 Nur ausnahmsweise kann die Rechtsunkenntnis den Verjährungsbeginn hinausschieben, wenn eine unsichere und zweifelhafte Rechtslage besteht, die selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag; denn in diesem Fall fehlt es an der Zumutbarkeit einer Klageerhebung (BGH, Urteile vom 15. Juni 2010 - XI ZR 309/09, aaO; vom 20. Januar 2009 - XI ZR 504/07, aaO; Beschluss vom 19. März 2008 - III ZR 220/07, aaO; vgl. auch BGH, Urteile vom 25. Februar 1999 - IX ZR 30/98, NJW 1999, 2041 unter II 1; vom 9. Juni 1952 - III ZR 128/51, BGHZ 6, 195, 202). Ein solcher Ausnahmefall ist vorliegend entgegen der Ansicht der Revision nicht gegeben.

49 (aa) Dass der Beklagten auf der Grundlage des am 27. Juni 2000 geschlossenen Stromlieferungsvertrags kein einseitiges Preisänderungsrecht zustand, ergab sich nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts bereits daraus, dass der Text der AVBEltV dem Kläger bei Vertragsschluss nicht ausgehändigt worden war und es daher an einer wirksamen Einbeziehung dieser Klauseln nach § 2 Abs. 1 AGBG (heute § 305 Abs. 2 BGB) fehlte (vgl. Senatsurteil vom 22. Februar 2012 - VIII ZR 34/11, NJW-RR 2012, 690 Rn. 22 [zur AVBGasV]). In Anbetracht dieses Umstandes wäre dem Kläger schon mit Ablauf der Jahre 2005 und 2006 die Erhebung einer Klage auf Rückforderung der in diesen Jahren abgerechneten - und den Ausgangspreis übersteigenden - Abschlagszahlungen zumutbar gewesen.

50 (bb) Unabhängig davon war bei Entstehung der Rückforderungsansprüche angesichts der zu Preiserhöhungsklauseln in verschiedenen Bereichen ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung für einen rechtskundigen Dritten auch erkennbar, dass die im Vertrag vom 27. Juni 2000 vorgesehene subsidiäre Geltung der AVBEltV und damit die - hier unterstellte - Einbeziehung der Preisbestimmungen in § 4 Abs. 1, 2 AVBEltV einer AGB-Kontrolle nicht standhalten würde. So hat der Senat bereits im Jahr 1980 für die Wirksamkeit einer Preiserhöhungsklausel maßgeblich darauf abgestellt, dass der Vertragspartner schon bei Vertragsschluss aus der Formulierung der Klausel erkennen kann, in welchem Umfang Preiserhöhungen auf ihn zukommen können, und dass er in der Lage ist, die Berechtigung vorgenommener Preiserhöhungen an der Ermächtigungsklausel zu messen (Senatsurteil vom 11. Juni 1980 - VIII ZR 174/79, WM 1980, 1120 unter II 2). Diese Rechtsprechung wurde in den Folgejahren bestätigt (Senatsurteile vom 26. Mai 1986 - VIII ZR 218/85, WM 1986, 1059 unter B; vom 21. September 2005 - VIII ZR 38/05, NJW-RR 2005, 1717 unter II 3; vom 13. Dezember 2006 - VIII ZR 25/06, NJW 2007, 1054 Rn. 27 ff.;

vgl. auch Senatsurteil vom 7. Oktober 1981 - VIII ZR 229/80, BGHZ 82, 21, 23 ff.).

51 (cc) Dem hält die Revision ohne Erfolg entgegen, der - bereits vom Berufungsgericht vorgenommene - Rückgriff auf die Rechtsprechung zur AGB-rechtlichen Zulässigkeit von Preisänderungsklauseln werde den rechtlichen Besonderheiten der Versorgung von Haushaltskunden mit Strom nicht gerecht. Zu berücksichtigen sei hierbei nämlich, dass auch das im Tarifkundenverhältnis gesetzlich vorgesehene Preisänderungsrecht des Stromversorgers in § 4 Abs. 1 und 2 AVBEltV sowie in § 5 Abs. 2 StromGVV den Anforderungen nicht genüge, die die höchstrichterliche Rechtsprechung in anderen Fällen an die tatbestandliche Konkretisierung von Anlass, Voraussetzungen und Umfang eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts stelle (vgl. hierzu Senatsurteile vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 225/07, BGHZ 182, 59 Rn. 23, sowie VIII ZR 56/08, BGHZ 182, 41 Rn. 26). Da den genannten Regelungen eine "Leitbildfunktion im weiteren Sinne" (vgl. hierzu Senatsurteile vom 25. Februar 1998 - VIII ZR 276/96, BGHZ 138, 118, 126 ff. [zu § 6 Abs. 1 AVBEltV]; vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 225/07, aaO Rn. 20 und VIII ZR 56/08, aaO Rn. 22; vom 14. Juli 2010 - VIII ZR 246/08, BGHZ 186, 180 Rn. 33 ff.) zukomme, sei bis zur Entscheidung des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs vom 29. April 2008 (KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rn. 17 ff.) unklar gewesen, ob aufgrund der darin zum Ausdruck kommenden Wertung auch bei einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB an vertragliche Preisänderungsklauseln in Stromlieferungsverträgen mit Sonderkunden geringere Anforderungen als bei der AGB-rechtlichen Beurteilung sonstiger Preisänderungsklauseln zu stellen seien.

52 Die Revision übersieht hierbei, dass die ab dem Jahr 2005 aufgekommene Diskussion über die Leitbildfunktion des § 4 Abs. 1, 2 AVBGasV (§ 4 Abs. 1, 2 AVBEltV) und die sich hieraus für eine Inhaltskontrolle nach § 307

BGB ergebenden Folgerungen nichts daran ändern, dass dem Kläger die Erhebung einer Rückforderungsklage schon mit dem Entstehen der Rückforderungsansprüche zumutbar war. Denn eine Klageerhebung ist bereits dann zumutbar, wenn die Klage hinreichende Erfolgsaussichten hat; es ist nicht erforderlich, dass die Klage risikolos möglich ist (vgl. BGH, Urteile vom 26. November 1987 - IX ZR 162/86, BGHZ 102, 246, 248; vom 3. Juni 2008 - XI ZR 319/06, NJW 2008, 2576 Rn. 27; vom 14. Januar 2010 - VII ZR 213/07, NJW 2010, 1195 Rn. 13; jeweils mwN). Das ist hier der Fall.

53           Zwar wurde in der Literatur beginnend ab dem Jahr 2005 vereinzelt vertreten, dass die Leitbildfunktion des § 4 AVBGasV im Rahmen des § 307 BGB zu berücksichtigen sei (Schulz-Gardyan, N&R 2005, 97, 99; Kunth/Tüngler, RdE 2006, 257, 258; aA Halfmeier, VuR 2006, 417, 419). Einige Instanzgerichte schlossen sich dem ab dem Jahr 2006 an (OLG Celle, Urteil vom 17. Januar 2008 - 13 U 152/07, OLGR 2008, 273; LG Hanau, Urteil vom 28. Februar 2008 - 6 O 50/07, n.v.; vgl. auch LG Bonn, ZNER 2006, 274, 276 sowie LG Verden, Urteil vom 5. Juli 2007 - 5 O 419/06, juris Rn. 15; aA LG Dortmund, Urteil vom 18. Januar 2008 - 6 O 341/06, juris Rn. 96). Dies ändert jedoch nichts an der Zumutbarkeit einer Klageerhebung, weil sich der Kunde auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Unwirksamkeit von Preisanpassungsklauseln berufen konnte.

54           (3) Die dreijährige Verjährungsfrist für die hier streitgegenständlichen Rückzahlungsansprüche begann daher mit dem Zugang der jeweiligen Jahresabrechnung, in der die vom Kläger erbrachten Abschlagszahlungen berücksichtigt waren.

55           Daher waren im Zeitpunkt der vom Kläger am 15. November 2010 in zweiter Instanz erhobenen Klage auf Feststellung, dass ihm aus dem Zeitraum

der Versorgung zwischen dem 1. Januar 2005 und dem 31. Dezember 2009 Rückzahlungsansprüche zustehen, bereits diejenigen Rückzahlungsansprüche verjährt, die auf Abschlagszahlungen beruhen, die vor dem 1. Januar 2007 abgerechnet worden sind. Nicht verjährt waren hingegen die Rückzahlungsansprüche, die auf Zahlungen des Klägers basierten, die dieser im Wege der Abschlagszahlung zwar bis einschließlich 2006 geleistet hatte, die aber erst 2007 oder noch später abgerechnet worden sind. Die Verjährungsfrist für diese Ansprüche begann frühestens mit Ablauf des 31. Dezember 2007 und wurde durch die zweitinstanzlich erhobene Klage auf Feststellung des Bestehens von Rückzahlungsansprüchen gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB rechtzeitig gehemmt.

56           cc) Zu Recht hat das Berufungsgericht schließlich angenommen, dass die Verjährung der Rückzahlungsansprüche durch die bereits erstinstanzlich erhobenen Klageanträge auf Feststellung der Unwirksamkeit einzelner Preisänderungen und einzelner Endabrechnungen nicht gehemmt worden ist. Die hiergegen erhobenen Angriffe der Revision bleiben ohne Erfolg.

57           Nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB wird die Verjährung eines Anspruchs zwar auch durch die Erhebung einer Klage auf Feststellung des Anspruchs gehemmt. Erforderlich hierfür ist eine positive Feststellungsklage, deren Gegenstand das Bestehen des Anspruchs ist; die Feststellung eines diesem zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses reicht nicht aus (vgl. OLG Hamburg, MDR 2001, 215, 216; MünchKommBGB/Grothe, 6. Aufl., § 204 Rn. 12; Staudinger/Peters/Jacoby, BGB, Neubearb. 2009, § 204 Rn. 44; Bamberger/Roth/Henrich, BGB, 3. Aufl., § 204 Rn. 3; vgl. auch Soergel/Niederführ, BGB, 13. Aufl., § 209 Rn. 19). Streitgegenstand der vom Kläger in der ersten Instanz erhobenen, von der Revision für ausreichend erachteten Klageanträge war aber lediglich die Frage, ob die von der Beklagten vorgenommenen Preiserhöhungen und Jahresendabrechnungen unwirksam oder unbillig sind. Damit wurde aber nicht

- wie von § 204 Abs. 1 BGB vorausgesetzt - über einen "Anspruch" im Sinne des § 194 Abs. 1 BGB, sondern nur über eine für das Bestehen von Rückforderungsansprüchen bedeutsame Vorfrage gestritten. Infolge der Beschränkung des ursprünglichen Antrags auf die Teilfrage der Wirksamkeit der Preiserhöhungen wurde das Bestehen von Rückzahlungsansprüchen nicht zum Streitgegenstand erhoben (vgl. BAG, NJW 1961, 1787, 1788 zum Verhältnis einer Klage auf Feststellung des Fortbestehens eines Arbeitsverhältnisses zur nachfolgenden Lohnzahlungsklage; vgl. auch BAGE 9, 7 ff.). Eine Hemmung der für die Rückforderungsansprüche laufenden Verjährungsfrist trat hierdurch somit nicht ein.

### III.

58 Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben, soweit das Berufungsgericht den Feststellungsantrag des Klägers, dass das Vertragsverhältnis über den 9. April 2009 hinaus ungekündigt fortbesteht (Klageantrag zu 3), abgewiesen, das Bestehen von Rückzahlungsansprüchen auf den Zeitraum bis zum 15. April 2007 beschränkt (Klageantrag zu 4), den in zweiter Instanz gestellten Antrag auf Feststellung der mangelnden Fälligkeit der in den Jahren 2005 bis 2007 erteilten Endabrechnungen (Klageantrag zu 2) als unbegründet und nicht als unzulässig abgewiesen und der Widerklage der Beklagten in vollem Umfang stattgegeben hat. Es ist insoweit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO).

59 Der Senat entscheidet hinsichtlich der Klageanträge zu 2 und 3 sowie zur Widerklage in der Sache wie aus dem Tenor ersichtlich selbst, da es hierzu keiner weiteren Feststellungen bedarf (§ 563 Abs. 3 ZPO).

60 Hinsichtlich des Klageantrags zu 4 ist die Sache, da der Rechtsstreit insoweit nicht zur Endentscheidung reif ist, an das Berufungsgericht zurückzu-

verweisen, damit die erforderlichen Feststellungen zur Frage getroffen werden können, ob die vom Kläger ab dem 9. April 2009 bis zum 31. Dezember 2009 gezahlten Preise über die nach dem Stromliefervertrag vom 16. April 2007 geschuldeten Preise hinausgehen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Ball

Dr. Milger

Dr. Hessel

Dr. Fetzer

Dr. Bünger

Vorinstanzen:

LG Mainz, Entscheidung vom 16.04.2010 - 4 O 3/09 -

OLG Koblenz, Entscheidung vom 11.08.2011 - U 585/10 Kart -