

Rechtsgutachten

zur Zulässigkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung von Energielieferungsverträgen,
die gegen § 6 Abs 3 KSchG verstoßende (und daher unwirksame)
Preisanpassungsklauseln beinhalten

erstattet für
den Fachverband Gas Wärme
sowie
die Wien Energie Vertriebs GmbH & Co KG

von
Univ.-Prof. Dr. Andreas Vonkilch

I. Sachverhalt und Gutachtensauftrag

A. Sachverhalt:

Mit Beschluss 3 Ob 139/19s vom 29.08.2019 wurde vom OGH ausgesprochen, dass Preisanpassungsklauseln in Energielieferverträgen dann wegen Verstoßes gegen § 6 Abs 3 KSchG unwirksam sind, wenn diese Klauseln zwar den formalen Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entsprechen, jedoch Änderungen des Vertrags über die vorgesehene Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß unbeschränkt zulassen, insbesondere eine Änderung wesentlicher Pflichten der Parteien (Leistung und Gegenleistung) zugunsten des Verwenders der diesen Energielieferverträgen zugrunde liegenden AGB.

B. Gutachtensauftrag:

Aufbauend auf diesem Sachverhalt wurde vom Gutachter eine Rechtseinschätzung zur Zulässigkeit einer ergänzenden Auslegung von Energielieferverträgen mit intransparenten Preisanpassungsklauseln erbeten, der auftragsgemäß vornehmlich der aktuelle Stand der Judikatur (OGH, EuGH, BGH) zugrunde gelegt werden soll. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass dieser ergänzenden Vertragsauslegung im Fall ihrer Zulässigkeit zentrale Bedeutung, und zwar als Vorfrage, für die Beurteilung des allfälligen Bestehens von Bereicherungsansprüchen der Energiekunden zukommt, denen Entgelte unter Zugrundelegung der intransparenten Preisanpassungsklauseln vorgeschrieben wurden.

II. Gutachten

A. Judikatur des OGH im sog. „Zinsenstreit“

Als **zentraler Anknüpfungspunkt** für die Beurteilung der Zulässigkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung von Energielieferverträgen im gutachtensgegenständlichen Zusammenhang hat nach Ansicht des Gutachters jene **Judikatur des OGH** zu dienen, die aus Anlass von **intransparenten** (und daher gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG [der u.a. das sog. „*kleine Transparenzgebot*“ enthält] verstoßenden) **Zinsanpassungsklauseln** entwickelt wurde (grundlegend 4 Ob 73/03v; vgl auch RIS-Justiz RS0017758 [T8]).

In diesem Zusammenhang wurde vom OGH zusammenfassend u.a. ausgeführt (vgl 4 Ob 73/03v [unter ErwG 6.]), dass

- aufgrund des Umstandes, dass die Vertragsteile **unzweifelhaft kein Fixentgelt** vereinbaren wollten, ein **ersatzloser Entfall** der Anpassungsklausel **ausscheide**
- ein **Regelungsbedürfnis** im Sinne einer an die Stelle der nichtigen Klausel tretenden Ersatzregelung auch **aufgrund der mitunter stark schwankenden Parameter für die Zins(=Preis)Bildung zu bejahen** sei
- einschlägiges **dispositives** Recht insoweit **nicht existiere**
- daher eine Vertragsanpassung nach den **allgemeinen Regeln der Vertragsinterpretation und –ergänzung** zu erfolgen habe
- sich die Suche nach einer angemessenen Ersatzregelung daran zu orientieren habe, was **redliche und vernünftige Parteien vereinbart hätten**, wenn sie sich bei Vertragsabschluss der Unwirksamkeit der von ihnen gewollten Zinsanpassungsklausel bewusst gewesen wären
- die Ersatzregelung – im Sinne einer Anpassungssymmetrie - **zweiseitig** sein müsse, d.h. unter denselben Umständen, unter denen sich das Entgelt erhöhen kann, es sich auch (wieder) reduzieren müsse

Der von der erwähnten Judikatur gewählte Zugang, unwirksame Preisanpassungsklauseln nicht ersatzlos entfallen zu lassen, sondern an deren Stelle im Wege ergänzender Vertragsauslegung einen anderen Entgeltsanpassungsmechanismus treten zu lassen, wurde im rechtswissenschaftlichen Schrifttum nicht uneingeschränkt begrüßt (dazu krit insbesondere *Vonkilch*, Ist der hypothetische Parteiwille im Vertrag umschrieben [§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG]? RdW 2003/599).

Allerdings ist der **OGH von diesem Zugang** ungeachtet der in der Lehre daran zT geäußerten Kritik (insoweit explizit z.B. 9 Ob 62/04i) **bis dato nicht abgewichen**.

B. Relevanz von 9 Ob 85/17s und 8 Ob 1/18g im gegenständlichen Zusammenhang?

Freilich ist auch zu konstatieren, dass der OGH in der jüngeren Vergangenheit, konkret aus Anlass einer intransparenten Entgeltsgestaltung bei Partnervermittlungsverträgen, in zwei E ausgesprochen hat, dass auch bei Verstößen gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG eine ersatzlose Unwirksamkeit der intransparenten Vertragsbestimmung Platz greife, eine ergänzende Vertragsauslegung daher insoweit gerade nicht zulässig sei (vgl 9 Ob 85/17s; 8 Ob 1/18g).

Zu dieser Rechtsansicht glaubte sich der OGH allerdings in den erwähnten E (nur) aufgrund der Judikatur des EuGH zu den Rechtsfolgen der Verwendung missbräuchlicher Klauseln im Sinn der RL 93/93/EWG (zuletzt EuGH 3. 10. 2019, C-260/18, *Kamil Dziubak, Justyna Dziubak/Raiffeisen Bank International AG*) verpflichtet.

Dabei **übersah** der **OGH** nach ganz hA indes, dass die **fragliche EuGH-Rsp für den Fall intransparenter Vertragsbestimmungen** schon deshalb **nicht einschlägig** ist, weil die europarechtlichen Vorgaben zu Art 6 und 7 der Klausel-RL für diesen Fall gar nicht gelten und eine (überschießende) Anwendung der – ausschließlich – dazu ergangenen EuGH-Judikatur **aus nationaler Sicht weder geboten noch zulässig** ist (idS schon *Vonkilch/Knoll*, Nochmals [und aus Anlass von 9 Ob 85/17s]: Rechtsfolgen bei intransparenter Vereinbarung einer vertraglichen Hauptleistungspflicht, RdW 2018/417 und zuletzt wieder *Told*, Folgen missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen (2. Teil), JBl 2019, 623 ff [628]; beide mwN).

C. Grundsätzliche Beurteilung der gutachtensgegenständlichen Frage vor diesem Hintergrund

Hält man nun vor dem Hintergrund des dargelegten dogmatischen Anschauungsfehlers, dem diese E erlegen sind, die E 9 Ob 85/17s und 8 Ob 1/18g für nicht weiter zu verfolgende „Ausreißer-E“, so kann **mit guten Gründen vertreten werden**, dass weiterhin davon auszugehen ist, dass nach der Judikatur des OGH **intransparente Preisanpassungsklauseln nicht ersatzlos zu entfallen haben**, sondern die durch ihren Entfall entstandene **Regelungslücke im vertraglichen Gefüge durch eine ergänzende Vertragsauslegung zu schließen** ist.

D. Judikatur des BGH

Nicht unberücksichtigt bleiben sollte im gegebenen Zusammenhang auch die **einschlägige Judikatur des BGH**.

Auch der BGH vertritt nämlich in ständiger Rechtsprechung (vgl zuletzt etwa wieder BGH 06.04.2016, VIII ZR 71/10 [auch m.w.N. zur Vorjudikatur]), dass unwirksame Preisanpassungsklauseln in Energielieferverträgen nicht ersatzlos zu entfallen haben, sondern die solcherart entstandene Lücke im vertraglichen Gefüge durch eine **ergänzende Vertragsauslegung** zu schließen sei; dies auch und gerade mit der **Konsequenz einer Begrenzung der bereicherungsrechtlichen Folgen** der Unwirksamkeit der vertraglich an sich vorgesehenen Preisanpassungsklauseln (= mögliche Rückerstattung sämtlicher über den Anfangspreis hinausgehender Preiserhöhungen).

Dabei verfolgt der BGH den Zweck, eine – mangels ergänzender Vertragsauslegung seiner Ansicht nach wohl unvermeidbare – Gesamtnichtigkeit des Energieliefervertrages (samt der damit für den Kunden eintretenden nachteiligen Folgen) abzuwenden und versucht, eben im Wege der erwähnten ergänzenden Vertragsauslegung, ein **Gleichgewicht der Rechte und Pflichten der Vertragsteile (wieder-)herzustellen** und deren berechnete Interessen einer **materiell ausgewogenen Lösung** zuzuführen.

Ob die vom BGH in casu konkret gewählte Form der ergänzenden Auslegung der Energielieferverträge mit unwirksamen Preisanpassungsklauseln (sog. „Fristenlösung“ bzw. „t-3“) dem eben dargelegten Anspruch tatsächlich in vollem Umfang gerecht wird, kann man indes als zweifelhaft ansehen. Im deutschen Schrifttum finden sich jedenfalls

diverse – und nach Ansicht des Gutachters auch durchaus gewichtige – Einwände gegen die vom BGH vertretene Detaillösung des einschlägigen Rechtsproblems (vgl etwa *Uffmann*, Informationspflichten und ergänzende Auslegung bei Preisanpassung in Energielieferverträgen, NJW 2015; 1215 ff; zum Meinungsstand insgesamt jüngst auch *W. Doralt*, Langzeitverträge [2018] 254ff).

Festzuhalten bleibt aber jedenfalls im Grundsätzlichen, dass auch der BGH an die **Stelle von unwirksamen Preisanpassungsklauseln in Energielieferverträgen** eine **richterliche Vertragsmoderation** im Wege ergänzender Vertragsauslegung treten lässt; dies auch und gerade mit (z.T. erheblichen) **Konsequenzen für eine allfällige bereicherungsrechtliche Rückabwicklung** der auf Basis der (unwirksamen) Preisanpassungsklauseln von den Energiekunden geleisteten Entgelte.

E. Inhalt einer ergänzenden Auslegung von Energielieferverträgen im gegenständlichen Zusammenhang

Sprechen nun nach dem bislang Dargelegten gewichtige Gründe für die Ansicht, dass eine ergänzende Auslegung der betroffenen Energielieferverträge zwecks Schließung der durch die Intransparenz der vom Energieversorger zunächst gewählten Preisanpassungsklausel entstandenen Lücke im vertraglichen Gefüge erforderlich ist, so fragt sich in weiterer Folge, wie **diese ergänzende Vertragsauslegung im Detail zu beschaffen sein** hat.

Es liegt, hier wie stets bei der Vornahme einer ergänzenden Vertragsauslegung im Einzelfall und gerade auch mit Blick auf die vergleichbare Problematik, die sich bei den unwirksamen Zinsanpassungsklauseln bereits gestellt hat, auf der Hand, dass eine gleichsam „punktgenaue“ Beurteilung dieser Thematik nahezu ein Ding der Unmöglichkeit darstellt und letztlich wohl (**höchst-richterlichem Einzelfalldektionismus vorbehalten**) bleiben muss.

Zumindest nach **Ansicht des Gutachters** – und wiederum mit Blick auf die schon vorhandene Judikatur des OGH zur ergänzenden Vertragsauslegung bei Kreditverträgen mit unwirksamen Zinsanpassungsklauseln – wäre insoweit allerdings **Folgendes maßgeblich**:

Ebenso wie bei den Kreditverträgen mit intransparenten Zinsanpassungsklauseln ist auch bei den gegenständlichen Energielieferverträgen evident, dass ein **Fixpreismechanismus**

(z.B. dauerhaftes Fortschreiben des Anfangsentgelts) nicht nur dem **übereinstimmenden Vertragswillen der Parteien diametral entgegenliefe**, sondern nachgerade die *natura contractus* der fraglichen Vertragsgefüge deformieren würde. Ja es fragt sich sogar, ob – im Sinne etwa auch der bereits erwähnten Judikatur des EuGH zu Art 6 und 7 der Klausel-RL – **Energielieferverträge ohne einen Entgeltsanpassungsmechanismus überhaupt rechtlich (fort-)bestandsfähig** sind. Vor diesem Hintergrund muss ein Ersatz von intransparenten Preisanpassungsklauseln bei Energielieferverträgen durch einen **Fixpreismechanismus offenkundig ausscheiden**.

Was nun den konkreten variablen Anpassungsmechanismus anlangt, der von daher im Wege ergänzender Vertragsauslegung an die Stelle der intransparenten Preisanpassungsklauseln zu treten hat, ist nach Ansicht des Gutachters zunächst dafür zu halten, dass in seinem Rahmen nur **Faktoren** Berücksichtigung zu finden haben, die **inhaltlich** den **Vorgaben des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG** entsprechen. Diese Vorgaben zeichnen sich nämlich durch einen derart hohen Gerechtigkeitsgehalt aus, dass es mit dem (hypothetischen) Willen redlicher und vernünftiger Vertragsteile – und auf den kommt es ja nach ganz hA bei der ergänzenden Vertragsauslegung an – wohl nur schwerlich vereinbar wäre, diesen Vorgaben nicht Rechnung tragen zu wollen.

Dementsprechend werden bei den von der Unwirksamkeit der vertraglichen Entgeltsanpassungsklauseln betroffenen Energielieferverträgen nur solche Umstände eine Entgeltsanpassung qua ergänzender Vertragsauslegung rechtfertigen können (bzw konnten sie in der Vergangenheit rechtfertigen),

- die **sachlich gerechtfertigt** sind
- und
- deren Eintritt **vom Willen des Energieunternehmens unabhängig** ist

Es wird wohl, im Fall der Notwendigkeit einer gerichtlichen Klärung dieser Thematik, auf **Tatebene** der **Erhebung eines Sachverständigenbeweises** bedürfen, um die bei den gegenständlichen Verträgen insoweit maßgeblichen Faktoren im Detail identifizieren zu können; der Gutachter sieht sich mangels hinreichender Kenntnisse der betriebswirtschaftlichen Abläufe im Energielieferveschäft jedenfalls außerstande, hier eine abschließende Beurteilung vorzunehmen.

Unstrittig dürfte aber wohl sein, dass zu diesen Faktoren jene (**[Markt-]Beschaffungs-)Kosten** jedenfalls zählen, die für die Erbringung gerade der vertragscharakteristischen Leistung (= **Energielieferung**) **essentiell** sind (vgl statt aller *Eccher* in Feynves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 6 Abs 1 Z 5 KSchG Rz 5).

Ob diese, auch und gerade für die Vergangenheit sowie branchenweit einheitlich, der **österreichische Strompreisindex (ÖSPI)** hinreichend abbildet, ist wiederum eine Frage, die vom Gutachter nicht beurteilt werden kann, sondern wohl **einschlägiger sachverständiger Beurteilung vorbehalten** bleiben muss.

Jedenfalls ist, und dies kann wieder **ausschließlich auf rechtlicher Ebene** beurteilt werden, mit Blick auf § 6 Abs 1 Z 5 KSchG zu fordern, dass der im Wege ergänzender Vertragsauslegung – wie im Detail auch immer – gefundene Preisanpassungsmechanismus, der die intransparenten vertraglichen Preisanpassungsklauseln substituiert, **zweiseitig**, dh im Sinne einer **Anpassungssymmetrie**, ausgestaltet sein muss. Konkret bedeutet das, dass eine Veränderung der im Rahmen richterlicher Vertragsmoderation letztlich identifizierten Anpassungsfaktoren nicht nur zu Lasten des Energiekunden gehen darf, sondern – ceteris paribus – ihm auch zum Vorteil gereichen muss. Es dürfen also nicht nur Kostensteigerungen an den Kunden „weitergeben“ und ihm (korrespondierende) Kostensenkungen vorenthalten werden.

F. Vereinbarkeit der ergänzenden Vertragsauslegung bei Verstößen gegen das Transparenzgebot mit der Klausel-RL

Es bleibt noch, auf die **Vereinbarkeit der im Rahmen des vorliegenden Gutachtens dargelegten Rechtsansicht** (Ermittlung eines Entgeltanpassungsmechanismus, der bei Energielieferverträgen an die Stelle der intransparenten vertraglichen Preisanpassungsklauseln tritt, im Wege ergänzender Vertragsauslegung; dies als Vorfrage für die Prüfung des Bestehens allfälliger Rückforderungsansprüche von Energiekunden, die in der Vergangenheit bereits variabel ermittelte Entgelte geleistet haben) **mit den unionsrechtlichen Vorgaben** einzugehen.

Diese Analyse kann bezüglich der Klausel-RL in der gebotenen Kürze erfolgen:

Wie bereits dargelegt (vgl oben unter Pkt. D.) macht die Klausel-RL **keine spezifischen Vorgaben**, welche Rechtsfolgen bei intransparenten Vertragsklauseln Platz zu greifen haben.

Sie überlässt die Entscheidung dieser Rechtsfrage vielmehr **dem nationalen Recht**.

G. Zur Vereinbarkeit einer ergänzenden Auslegung von Energielieferverträgen bei intransparenten Preisanpassungsklauseln mit den Energiebinnenmarkt-RL

Aber auch zu den Vorgaben der Energiebinnenmarkt-RL (RL 2003/54/EG; RL 2003/55/EG; RL 2009/72/EG; RL 2009/73/EG) dürfte diese Rechtsansicht nicht im Widerspruch stehen (so auch die Ansicht des BGH; vgl. insbesondere BGH 06.04.2016, VIII ZR 71/10 [unter Berufung auf *acte éclairé!*]).

Der einschlägigen **Judikatur des EuGH** (vgl. v.a. C-359/11, *Schulz und Egbringhoff*) entspricht es nämlich, das **Transparenzgebot der Energiebinnenmarkt-RL deutlich anders zu interpretieren** als insbesondere jenes nach der Klausel-RL.

Insbesondere ist dem Transparenzgebot der Energiebinnenmarkt-RL nach Ansicht des EuGH schon dann entsprochen, wenn dem Kunden rechtzeitig **vor dem Inkrafttreten der jeweiligen Preisänderung** – nota bene: also nicht schon zum Zeitpunkt des Abschlusses des Energielieferungsvertrages! – eine **Information** über Anlass, Voraussetzungen und Umfang der Entgeltsänderung **erteilt wird**.

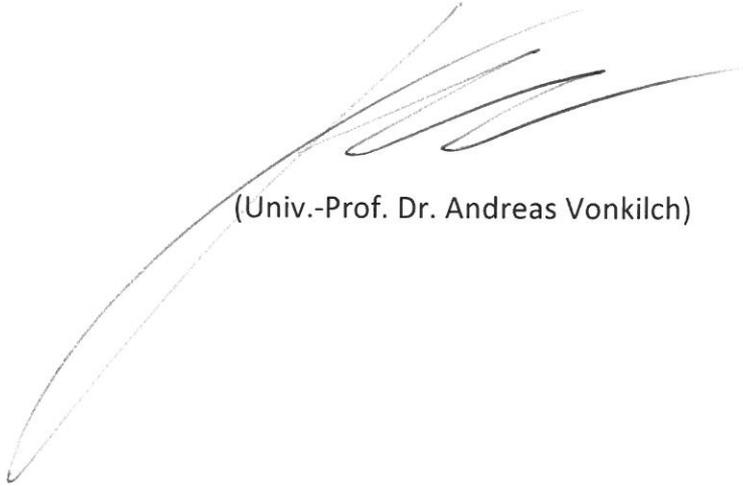
Soweit ein derartiges Prozedere eingehalten wird (oder wurde), stehen die Energiebinnenmarkt-RL sohin einer aus Anlass der Unwirksamkeit der vertraglichen Anpassungsklauseln Platz greifenden richterlichen Vertragsmoderation jedenfalls **nicht im Wege**.

Aber selbst wenn dem nicht so sein (oder gewesen sein) sollte, ist es alles andere als zweifelsfrei, ob die fraglichen Vorgaben der Energiebinnenmarkt-RL der im Rahmen des vorliegenden Gutachtens dargelegten Rechtsansicht entgegenstehen.

Es erscheint gegenwärtig nämlich noch **keineswegs geklärt**, wie allfällige **Verstöße gegen das Transparenzgebot der Energiebinnenmarkt-RL rechtsfolgenseitig zu behandeln** sind; va, ob sie zu einer gänzlichen Unwirksamkeit der im Widerspruch dazu erfolgenden Preisanpassungen führen oder aber nur einer schadenersatzrechtlichen Sanktion (zB: Kunde unterlässt aufgrund mangelhafter Information im Zusammenhang mit der Preisanpassung eine Vertragskündigung oder eine richterliche Preiskontrolle und erleidet *dadurch* einen Vermögensnachteil) zu unterwerfen sind .

Abschließende Klärung wird hier wohl nur ein **Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH** gemäß Art 267 AEUV bringen können.

09.12.2019



(Univ.-Prof. Dr. Andreas Vonkilch)