

EM. O. UNIV.-PROF. DR. HEINZ KREJCI
INSTITUT FÜR UNTERNEHMENS- UND WIRTSCHAFTSRECHT
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
UNIVERSITÄT WIEN

Rechtsgutachten

**über Fragen der Preisänderung
in Energielieferverträgen aus Anlass
des Bundes-Energieeffizienzgesetzes**

erstattet der

Wirtschaftskammer Österreich

von

Em. o. Univ.-Prof. Dr. Heinz Krejci

Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht
Rechtswissenschaftliche Fakultät
Universität Wien

Inhaltsübersicht

1. Sachverhalt	5
1.1. Das Anliegen des EEffG und seine Umsetzung	5
1.2. Das Dilemma der Energielieferanten und der angestrebte Ausweg	5
1.3. Bisherige Vorgangsweisen der Energielieferanten	7
2. Problemstellung	12
3. Nachträgliche einseitige Preisänderung durch den Energielieferanten.....	16
3.1. Nachträgliche Preisänderung ohne vertragliche Preisänderungsklausel	16
3.1.1. Keine Gesetz- oder Sittenwidrigkeit.....	17
3.1.2. Keine Willensmängel.....	18
3.1.2.1. Keine Irrtumsanfechtung.....	19
3.1.2.2. Kein Fortfall der Geschäftsgrundlage	20
3.1.2.3. Keine List, Drohung oder laesio enormis	20
3.1.2.6. Fazit.....	20
3.2. Nachträgliche Preisänderung bei vertraglicher Preisänderungsklausel	21
3.2.1. Zulässigkeitsgrenzen von Preisänderungsklauseln.....	21
3.2.1.1. Allgemeines.....	21
3.2.1.2. Allgemeine Zulässigkeitsgrenzen der Fremdbestimmung	22
3.2.1.3. Preisänderungsschranken nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG.....	24
a) Relevanz auch für Unternehmergeeschäfte	24
<input type="checkbox"/> § 6 Abs 1 Z 5 KSchG bezieht sich auf Verbrauchergeschäfte	24
<input type="checkbox"/> § 6 Abs 1 Z 5 KSchG hat Bedeutung für § 879 Abs 3 ABGB.....	25
<input type="checkbox"/> Es geht nicht um Analogie	26
<input type="checkbox"/> Es geht um die Konkretisierung einer Generalklausel	28

<input type="checkbox"/>	Zur Ungleichgewichtslage zwischen Energieförderern und unternehmerischen Kunden	31
b)	Entgeltänderung.....	32
<input type="checkbox"/>	Entgelt und Kosten- bzw Aufwandsersätze.....	32
<input type="checkbox"/>	Bislang nicht gesondert verrechnete Zusatzkosten.....	33
<input type="checkbox"/>	Leistungsminderung als Preiserhöhung.....	34
<input type="checkbox"/>	Erkennbarkeit der Art und Weise der Preiserhöhung.....	34
c)	Preisänderung „auf Verlangen“ des Unternehmers	34
d)	Zweiseitigkeitsgebot: Kundenrecht auf Entgeltsenkung als Gültigkeitsvoraussetzung des Preiserhöhungsrechts.....	36
<input type="checkbox"/>	§ 879 Abs 3 ABGB führt zum selben Ergebnis	36
<input type="checkbox"/>	Preissenkungsgebot und Abwälzung von Unternehmerkosten auf die Kunden	39
<input type="checkbox"/>	Zur Durchsetzung des Preissenkungsanspruchs.....	40
<input type="checkbox"/>	Preissenkungsanspruch durch gesetzeskonforme ergänzende Vertragsauslegung.....	41
e)	Vertragliche Beschreibung der maßgeblichen Umstände und das Transparenzgebot.....	42
<input type="checkbox"/>	Das „kleine Transparenzgebot“	42
<input type="checkbox"/>	Unzulänglichkeit von Generalklauseln.....	43
<input type="checkbox"/>	Zur allgemeinen Bedeutung des § 6 Abs 3 KSchG.....	45
<input type="checkbox"/>	Einfluss der „maßgebenden Umstände“ auf die Preisgestaltung.....	47
f)	Sachliche Rechtfertigung	48
g)	Nicht vom Unternehmerwillen abhängige Umstände	50
h)	Das vorgelegte Beispiel.....	52
<input type="checkbox"/>	Zweiseitigkeit	53
<input type="checkbox"/>	„Steuern, Abgaben, Zuschläge, Gebühren, Beiträge“ als unzulängliche Preisanpassungsumstände.....	54
<input type="checkbox"/>	Verweisung auf eine Website.....	56
3.2.2.	Preisänderungsklauseln und die Abwälzung der EEffG-Lasten auf die Kunden der Energieförderern.....	58

3.2.2.1. Fehlt eine gültige Preisanpassungsklausel, fehlt die Rechtsgrundlage für die Überwälzung von Ausgleichsbetragsanteilen.....	59
3.2.2.2. Selbst bei grundsätzlich gültiger Preisanpassungsklausel stellen sich Zulässigkeitsprobleme im Hinblick auf die Überwälzung von Ausgleichsbetragsanteilen	59
a) Keine Verrechnung bloß fiktiver Ausgleichsbeträge	59
b) Vorrang der Energiesparmaßnahmen	61
c) Relevanz sämtlicher dem Energielieferanten zurechenbarer Energiesparmaßnahmen	64
d) Zur Differenzierung zwischen Verbrauchern und Unternehmern	67
e) Vorausüberwälzungen künftiger Ausgleichsbeträge	68
f) Keine Ausgleichsbeitragsüberwälzungen für das Jahr 2014.....	70
g) Fazit	70
4. Nachträgliche Preisänderung mit Zustimmung der Kunden	71
4.1. Die Gestaltungsalternativen.....	71
4.2. Preisänderungsklausel mit Kündigungsrecht des Kunden	73
4.3. Änderungskündigung durch den Energielieferanten	76
4.4. Angebot einvernehmlicher Preisänderung bei Aufrechterhaltung des Vertrages	77
4.5. Einvernehmliche Auflösung oder unbedingte Kündigung des Vertrages und Abschluss eines neuen Vertrages	79
4.6. Erklärungs- insbesondere Zustimmungsfiktionen.....	80
5. Ergebnisse.....	82

1. Sachverhalt

1.1. Das Anliegen des EEffG und seine Umsetzung

Der österreichische Nationalrat hat am 09.07.2014 das Bundesgesetz über die Steigerung der Energieeffizienz bei Unternehmen und dem Bund (Bundes-Energieeffizienzgesetz – EEffG)¹ beschlossen.

Das EEffG setzt die Energieeffizienz-RL² um (§ 3 EEffG).

Die RL 2012/27/EU sieht vor, dass die „Energieeffizienz“ jährlich um 1,5 Prozent zu steigern ist (§ 8 Abs 1 EEffG). Dieses Ziel soll durch Energiesparmaßnahmen in Kombination mit einem Ausgleichszahlungssystem erreicht werden.

Energielieferanten haben ab 01.01.2015 eine Reduktion ihres Vorjahres-Energieabsatzes um 0,6 Prozent als Effizienzmaßnahme nachzuweisen (§ 10 Abs 2 EEffG). Tun sie das nicht, so haben sie pro Kilowattstunde, die ihnen auf ihr Einsparziel fehlt, einen bestimmten Ausgleichsbetrag an den Bund abzuführen (§ 21 EEffG). Bis zur Festlegung dieses Betrages durch Verordnung der E-Control beträgt der Ausgleichsbetrag 20 Cent pro kWh; dieser Betrag darf durch die Verordnung nicht unterschritten werden (§ 21 Abs 2 EEffG).

1.2. Das Dilemma der Energielieferanten und der angestrebte Ausweg

Es liegt auf der Hand, dass vor allem nur jene, die in ihren Unternehmen und Haushalten Energie *benötigen* und dementsprechend *beziehen und verbrauchen*, in der Lage sind, Energiesparmaßnahmen zu treffen. Das sind im Wirkungsbereich der Energielieferanten in erster

¹ BGBl I 2014/72 NR: GP XXV RV 182 AB 205 S. 36; BR 9204 A B 9222 S. 832.

² RL 2012/27/EU zur Energieeffizienz, zur Änderung der RL 2009/125/EG und zur Aufhebung der RL 2004/8/EG und der RL 2006/32/EG, ABl. Nr. L 315 vom 14.11.2012 S. 1.

Linie ihre *Kunden*: Unternehmer ebenso wie Verbraucher im Sinne des KSchG.

Es sind also vor allem die *Endenergieverbraucher* gefordert; setzen sie keine entsprechenden Energiesparmaßnahmen, haben die *Energielieferanten* (und nicht die Endenergieverbraucher) an den Bund Ausgleichsbeträge zu bezahlen (§ 21 EEffG). Eine bemerkenswerte Konstruktion.³

Es ist verständlich, dass die Energielieferanten auf dieser Last nicht sitzen bleiben wollen. Sie trachten daher, die Ausgleichszahlungen auf die Kunden abzuwälzen. Im Ergebnis führt dies zu einer wegen unzulänglicher Energiesparmaßnahmen gleichsam „strafweisen“ Erhöhung des Entgelts, das die Kunden für die bezogene Energie bezahlen sollen. Es ist aber keineswegs im Sinne des EEffG, dass vorwiegend Ausgleichszahlungen geleistet werden, sondern dass es tatsächlich zu Energiesparmaßnahmen kommt.

Es bleibt vor allem den Energieverbrauchern, also den Kunden der Energielieferanten, vorbehalten, Energiesparmaßnahmen zu treffen. Die Energielieferanten können ihre Kunden nicht dazu zwingen. Eine Pflicht der Energielieferanten, ihre Leistungen im Ausmaß der gesetzlichen Vorgaben des Energiesparens zu drosseln, ist weder (verfas-

³ Dazu jüngst das Interview in DIE PRESSE vom 04.03.2015, 17 („Wir haben keine Ahnung, was wir tun sollen“) mit *Clemens Wodniansky*, Geschäftsführer des Energieanbieters Montana Österreich. Er führt ua aus: „Das EEffG ... macht mich sehr unglücklich. Dieser Hüftschuss ist viel zu schnell gekommen. Die Implementierung wurde nicht bedacht. Seit Jahresbeginn müssten wir eigentlich nach Maßnahmen suchen, die wir hinsichtlich Energieeffizienz setzen wollen. Doch das Herzstück des Gesetzes, die Monitoringstelle, fehlt. Sie kann aber erst bekannt geben, welche Maßnahmen uns erlaubt sind. Solange ich das nicht weiß, frage ich mich: Wo ist hier die Rechtssicherheit?“ ... „Es ist schließlich nicht unsere Kernaufgabe, Verbrauchern zu erklären, dass es Sinn hat, Energie effizient zu verwenden.“ ... „Hier hat man leider wieder einmal verpasst, die Eigenverantwortung beim Verbraucher zu lassen. Stattdessen hat es sich der Gesetzgeber relativ leicht gemacht und seine Aufgabe als Staat an irgendeine Branche weiterzugeben. Es sind die Energielieferanten geworden. Und die sollen sich jetzt darum kümmern, dass sie die Endverbraucher überreden, Energie effizienter zu verwenden. Aber wie?“ ... „Ich hoffe, dass die Branche eine Idee hat, die man gemeinsam umsetzen kann. Aber eigentlich müssten die Verbraucher direkt mitbekommen, worum es geht...“

sungs)gesetzlich vorgesehen, noch entspräche dies den naturgemäßen Geschäftsinteressen der Energielieferanten. Daher kommt der Ausgleichzahlungspflicht gemäß § 21 EEffG und damit dem Streben der Energielieferanten, diese Pflicht auf die Kunden abzuwälzen, erhebliche Bedeutung zu.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Energielieferanten auch beim eigenen Endenergieverbrauch zu sparen haben.⁴ Von größerer Relevanz ist, dass die Energielieferanten auf dem Markt angebotene Einsparmaßnahmen erwerben und für die vorgegebene Zielerreichung nutzen können. Dazu dienen sogenannte *Handelsplattformen*, die sich bereits seit Beginn des Jahres 2015 gebildet haben.

1.3. Bisherige Vorgangsweisen der Energielieferanten

Die Energielieferanten haben bislang unterschiedliche Vorgangsweisen erwogen, um ihr Anliegen, die EEffG-bezogenen Lasten auf die Kunden abzuwälzen, umzusetzen.

Dabei hat es den Anschein, dass sich die Energielieferanten aus welchen Gründen auch immer (sie dürften dem Vernehmen nach gemeinwirtschaftlich-politischer Natur sein) nur an jene Kunden wenden, die Unternehmer sind, also Energie abnehmende Verbraucher im Sinne des KSchG nicht mit Preiszuschlägen konfrontieren.

Unter anderem wurden, wie mir mitgeteilt wurde, die folgenden Vorgangsweisen eingeschlagen:

- Manche Energielieferanten verrechnen bereits ab Jänner 2015 einen fixen Mehrbetrag pro kWh mit an den Kunden gerichteten Hinweisen wie dem folgenden:

„Jene Mehrkosten, die uns als Energielieferanten aufgrund des EEffG entstehen, werden wir Kraft unserer vertraglichen Verein-

⁴ Ein Beispiel: Dem Energielieferanten gehörende Tankstellen reduziert ihren Energieverbrauch im Tankstellenshop durch eine weniger Energie als früher benötigte Kühlung oder Beleuchtung.

barung grundsätzlich anteilig an Sie als Kunden weiterverrechnen.“

- In einem anderen, die gleiche Formulierung enthaltenden Schreiben an den Kunden heißt es weiter:

„Wir sind aber gerne bereit, Gespräche über eine allfällige entgeltliche Abnahme der von Ihnen als Kunden erzielten und für uns als Lieferanten anrechenbare Einsparungen aus Energieeffizienzmaßnahmen zu führen und gegebenenfalls darüber eine Vereinbarung zu treffen, um Ihre Mehrkosten möglichst weitgehend abzufedern.

Ihr Key Account Manager unterstützt Sie auch gerne mit unseren Partnern bei der Planung von Energieeffizienzmaßnahmen oder bei der Bewertung von bereits durchgeführten Maßnahmen im vergangenen Jahr.

Unser Angebot – Arbeit im Netzwerk:

Durch die Teilnahme an einem Effizienz-Netzwerk wird es Netzwerkteilnehmern wesentlich einfacher gemacht, ihre individuellen Potenziale zu identifizieren, zu den relevanten Entscheidern zu kommunizieren und entsprechende Änderungen zu veranlassen.“

- Andere Energielieferanten gehen ebenso vor, stellen aber zusätzlich in Aussicht, dass eine Rückverrechnung in jenem Ausmaß stattfinden kann, in welchem der Kunde im Verrechnungsjahr effektive Energiesparmaßnahmen gesetzt hat. Eine solche Mitteilung lautet zB:

„Sofern bei Kunden keine oder nur unzureichend Energieeffizienzmaßnahmen erwirkt werden können, sind Ausgleichsbeträge zu leisten. Für die nicht gesetzten Einsparungen (in der Höhe von 0,6%/anno) fallen Belastungen in der Höhe von derzeit 20 Cent pro Kilowattstunden (kWh) an. Der daraus resultierende Betrag von netto 0,12 Cent pro Kilowattstunde (kWh) für das Kalenderjahr 2015 wird auf Basis des mit Ihnen geschlossenen Energieliefervertrages ab 1.1.2015 zusätzlich zum Energiepreis verrechnet. Dieser Betrag wird jährlich an den jeweils festgesetzten Aus-

gleichsbetrag angepasst. Unternehmen, die zertifizierte Energieeffizienzmaßnahmen setzen und auf uns überbinden, wird die Energieeffizienz-Umlage anteilig rückvergütet.“

- Manche Energielieferanten bieten den Kunden eine Vertragsänderung (mit Anrechnung von vom Kunden gesetzten Energiesparmaßnahmen) an, die innerhalb kurzer Frist angenommen werden kann.

Als Beispiel liegt mir der Entwurf einer „Ergänzungsvereinbarung zu den bestehenden und für Folgejahre abgeschlossenen Stromlieferverträgen Gaslieferverträgen“ eines Energielieferanten mit einem Kunden vor.

Zugleich wird in einem Begleitschreiben mitgeteilt, *dass für den Fall der Ablehnung des Vertragsänderungsangebotes der Energielieferant das Schweigen des Kunden als Einverständnis damit wertet, dass er vorweg bereit ist, Ausgleichszahlungen zu leisten ohne Rücksicht darauf, ob er Energiesparmaßnahmen getroffen hat oder nicht.*

- Ein anderer Energielieferant teilt im Rahmen eines Schreibens, das den Titel: „Information über Neuerungen im Jahr 2015“ trägt, im Anschluss an eine Einleitung über das EEffG mit:

„Aufgrund dieser neuen Rechtsvorschriften sind Energielieferanten seit 1. Jänner 2015 verpflichtet, bis 2020 jährlich Einsparungen in Höhe von 0,6% des Energieabsatzes an ihre Endkunden durch anrechenbare Energieeffizienzmaßnahmen nachzuweisen oder bei Nichterbringung dieses Nachweises Ausgleichszahlungen zu leisten. Derzeit sind die konkreten Rahmenbedingungen für die Anrechnung von Energieeffizienzmaßnahmen noch in Ausarbeitung, sodass hier vieles noch unklar ist. Fest steht allerdings, dass für jede Kilowattstunde an zu erbringenden, jedoch nicht gesetzter Einsparungen derzeit ein Ausgleichsbetrag von 20 Cent anfällt. Ihr Businesskundenberater unterstützt Sie gerne mit unsren Partnern bei der Planung von Energieeffizienzmaßnahmen.“

Ähnliche Schreiben werden auch von anderen Energielieferanten verschickt. Sie gehen auf unterschiedliche Weise auf die anstehen-

de Problematik ein und verweisen auf künftige Verrechnungen des Energielieferanten.

- In einem (von mir anonymisierten) Änderungsschreiben eines weiteren Energielieferanten ist zu lesen:

„Energieeffizienzumlage. Der Energielieferant wird vom Kunden angebotene Energieeffizienzmaßnahmen, die gemäß § 27 EEffG und den dazu ergangenen Ausführungsregelungen angerechnet wurden, bis zum Umfang der Effizienzverpflichtung des Energielieferanten für die vom Kunden im jeweils gesetzlich maßgeblichen Lieferjahr bezogene Energieliefermenge gem § 10 EEffG übernehmen. Sollte der Kunde keine oder den Umfang der Effizienzverpflichtung der EAA unterschreitende Energieeffizienzmaßnahmen anbieten, fällt eine Ausgleichszahlung gem § 21 EEffG an, die vom Kunden als Energieeffizienzumlage zu tragen ist.

Die Energieeffizienzumlage errechnet sich aus der Einsparverpflichtung des Energielieferanten für das jeweils gesetzlich maßgebliche Lieferjahr gem § 10 EEffG und der vom Kunden im jeweils gesetzlich maßgeblichen Lieferjahr bezogenen Liefermenge abzüglich der vom Kunden für das jeweils gesetzlich maßgebliche Lieferjahr angebotenen angerechneten Energieeffizienzmaßnahmen, multipliziert mit dem gesetzlichen bzw mittels Verordnung festgesetzten Ausgleichsbetrag in der jeweils gültigen Höhe.“

- Mitunter wird deutlich darauf hingewiesen, dass die Energieeffizienzmaßnahmen des Kunden genau zu dokumentieren und bei der angegebenen Stelle rechtzeitig zu melden sind.

„Bei der Zusammenstellung und Übermittlung dieser Informationen ist auf größtmögliche Sorgfalt zu achten, um etwaige Nachverrechnungen von Differenzbeträgen aufgrund von Fehlangaben zu vermeiden. Andernfalls ist – entsprechend Punkt 4. (Steuern, Gebühren, sonstiger Abgaben und Entgelte) des bestehenden Erdgasliefervertrages – für Erdgasmengen zum Zwecke des Endenergieverbrauches, welche nicht durch von Ihnen uns zurechenbar gemachte und von der nationalen Energieeffizienz-Monitoringstelle anerkannte Energieeffizienzmaßnahmen abgedeckt sind, der dafür

anfallende Energieeffizienzbeitrag an uns zu bezahlen. In diesem Fall wären wir gezwungen, den für das jeweilige Kalenderjahr ermittelten Energieeffizienzbeitrag nach Ende des jeweiligen Kalenderjahres in Rechnung zu stellen....

Sollte sich die Höhe dieses Ausgleichsbetrags per Verordnung der E-Control ändern, so ist der Energieeffizienzbeitrag analog anzupassen..“

- Ein Energielieferant sandte an Kunden folgendes, hier auszugsweise wiedergegebene Schreiben:

„Sollte der Kunde bis spätestens 15.12.2015 keine oder den Umfang der Effizienzverpflichtung des Lieferanten unterschreitende nachweislich anerkannte Energieeffizienzmaßnahmen anbieten, fällt eine Ausgleichszahlung gem. § 21 EEffG 2014 an, die vom Kunden als Energieeffizienzumlage zu tragen ist. Diese wird Ihnen ab Jänner 2016 einmalig für das gesamte Jahr 2015 in Rechnung gestellt. Ab Jänner 2016 wird die anfallende Ausgleichszahlung fortlaufend in Rechnung gestellt.

Die Effizienzumlage errechnet sich aus der Einsparverpflichtung des Lieferanten für das Lieferjahr 2015 gem. § 10 EEffG 2014 (in der Höhe von derzeit 0,6 % der Liefermenge) und der vom Kunden in diesem Lieferjahr bezogenen Liefermenge abzüglich der vom Kunden für dieses Lieferjahr übernommenen, nachweislich anerkannten Energieeffizienzmaßnahmen (in kWh) multipliziert mit dem gesetzlichen bzw. mittels Verordnung festgesetzten Ausgleichsbetrag in der jeweils gültigen Höhe.“

- Das grundsätzliche Problem der nachträglichen Änderung gesetzlicher Rahmenbedingungen für aufrechte Energielieferverträge in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ist den Energielieferanten in der Regel bekannt. Die AGB gehen daher in der Regel darauf ein.

Dazu ein anonymisiertes Beispiel:

„Preise, Preisänderungen:

8.1. Es gelten die jeweils vereinbarten Preise.

8.2. Der Energielieferant ist berechtigt, die im Vertragsformblatt angeführten und vereinbarten Preise im Wege einer Änderungskündigung zu erhöhen oder zu senken. Solche beabsichtigten Änderungen werden dem Kunden zeitgerecht und in geeigneter Weise vor dem geplanten Inkrafttreten des neuen Preises schriftlich oder auf Wunsch elektronisch mitgeteilt. Widerspricht der Kunde binnen 3 Wochen ab Zugang des Schreibens schriftlich oder formfrei elektronisch, so endet das Vertragsverhältnis mit dem nach einer Frist von 3 Monaten (gerechnet ab dem Zugang der Mitteilung über Preisänderung) folgenden Monatsersten. Widerspricht der Kunde nicht, so gelten die neuen Preise ab dem bekannt gegebenen Termin als vereinbart. Der Kunde wird auf die Bedeutung seines Verhaltens sowie auf die eintretenden Rechtsfolgen ausdrücklich hingewiesen.

8.3. Steuern, Abgaben, Zuschläge, Gebühren, Beiträge und sonstige Kosten, zu deren Aufwendung und/oder Tragung der Energielieferant aufgrund gesetzlicher oder behördlicher Bestimmungen verpflichtet ist, sind zusätzliche Bestandteile der Energiekosten des Kunden, welche nicht im Energiepreis inkludiert sind und daher – unabhängig von deren Bestand oder Höhe bei Vertragsschluss – zusätzlich vom Kunden zu tragen sind. Die jeweils aktuell vom Kunden zu entrichtenden Finanzierungsbeiträge für den Ökostrom sind auf der Website des Energielieferanten ...abrufbar.“

2. Problemstellung

Das betriebswirtschaftlich nachvollziehbare Anliegen der Energielieferanten, die mit der Anwendung des EEffG verbundenen Mehrkosten so weit wie möglich auf ihre Kunden abzuwälzen, führt im Zusammenhang mit der Prüfung der rechtlichen Möglichkeiten, diesem Anliegen zu entsprechen, zu einer Reihe von Rechtsfragen, die im vorliegenden Rechtsgutachten beantwortet werden sollen.

Es interessiert, auf welche Weise es den Energielieferanten rechtlich möglich ist, die ihnen durch das EEffG auferlegten Pflichten auf ihre Kunden im Rahmen der bestehenden Energielieferungsverträge abzu-

wälzen. Nahe liegt, dass die Energielieferanten dieses Anliegen auf für sie möglichst einfachem Wege erreichen wollen.

Dabei sind grundsätzlich zwei Themenkreise zu unterscheiden:

- Der Energielieferant hat sich bereits in den mit ihm geschlossenen und fortbestehenden Energielieferungsverträgen die Möglichkeit einer *Preis Anpassung* vorbehalten.

Dabei kann vorgesehen sein, dass sich der *Preis automatisch erhöht*, sobald bestimmte Umstände eingetreten sind. Der Energielieferant kann ab dem Zeitpunkt des Eintritts dieser Umstände ohne Weiteres den höheren Preis verrechnen. Er ist freilich gehalten, den Kunden über den Eintritt dieser Umstände aufzuklären und den geforderten Nachweis darüber zu erbringen. Im Falle einer derartigen „Automatik“ ist ein zusätzlicher rechtsgeschäftlicher Gestaltungsakt des Unternehmers nicht notwendig.

Es kann allerdings auch sein, dass sich der Unternehmer bei Vorliegen bestimmter Umstände lediglich *vorbehält*, eine Preiserhöhung zu verlangen, ohne dass eine derartige Preiserhöhung schon von Anfang an feststünde. Ob der Energielieferant das Entgelt tatsächlich erhöht, liegt bei ihm. Dann hängt die Preiserhöhung von der *Ausübung eines Gestaltungsrechts* des Unternehmers⁵ ab. Die Entgelterhöhung hängt dann davon ab, dass der Unternehmer eine entsprechende, an den Kunden zu richtende, empfangsbedürftige, einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung abgibt. Ein Gestaltungsrecht ist insbesondere dann angebracht, wenn dem Unternehmer ein gewisser Rahmen zur freien inhaltlichen Ausgestaltung des Anzuordnenden eingeräumt ist. Besteht keiner, reduziert sich die einseitige Rechtsgestaltung lediglich darauf, ob der Unternehmer

⁵ Gestaltungsrechte verleihen dem Berechtigten die Rechtsmacht, durch *einseitige Erklärung* – also ohne Mitwirkung eines anderen – eine Veränderung der bestehenden Rechtsverhältnisse herbeizuführen; die Position des anderen Vertragsteils wird als „Unterwerfung“ bezeichnet; *Koziol/Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 162; *P. Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten (1986) 1ff; *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008) 7 ff.

etwas bereits vorweg inhaltlich Determiniertes durchführen will oder nicht.

In hier interessierendem Zusammenhang ist zu prüfen, ob und inwieweit der vertragliche Vorbehalt einer derartigen nachträglichen einseitigen Preiserhöhung zulässig ist.

Die Beantwortung dieser Frage hängt in erheblichem Maße von der vertraglichen Regelung des Rechts auf Preiserhöhung ab. Ohne diesbezügliches Prüfungsmaterial können nur die allgemeinen gesetzlichen Rahmenbedingungen einer Zulässigkeitsprüfung dargestellt werden.

Ein Beispiel für eine einschlägige AGB-Regelung wurde mir allerdings vorgelegt. Dazu kann konkret Stellung genommen werden.

Im Hinblick auf eine nachträgliche einseitige Preisänderung ist angesichts des Anliegens des EEffG insbesondere zu beachten, dass es nicht nur um die Abwälzung der den Energielieferanten treffenden Ausgleichszahlungen geht, sondern auch, ja sogar vorrangig darum, dass Energiesparmaßnahmen gesetzt werden sollen, sei es durch die eigenen Kunden oder sonstige Verbraucher (die man auch als potenzielle neue Kunden betrachten kann), womit zusätzliche Ordnungsfragen entstehen.

- Der zweite Themenkreis bezieht sich auf den *Abschluss neuer Verträge*. Dabei ist zu unterscheiden, ob der Energielieferant einen neuen Kunden gewonnen hat, mit dem er bisher in keiner einschlägigen Vertragsbeziehung stand, oder ob der Energielieferant einen schon bestehenden Energielieferungsvertrag mit einem Altkunden aus dem gegebenen Anlass auflöst und stattdessen einen neuen Vertrag mit einer neuen Preisregelung anbietet.

Auch in diesem Zusammenhang kann ein besonderes Gestaltungsrecht zur Debatte stehen; es handelt sich aber nicht um ein Recht auf einseitige Preisanpassung, sondern um ein Recht auf Änderungskündigung.

Davon abgesehen interessieren einige besondere Fragen. Sie werden hier nicht alle aufgelistet. Stattdessen nur so viel:

- Einige dieser Fragen betreffen die *Berechnung des auf die Kunden abwälzbaren Ausgleichsbetrages* und den *Zeitpunkt seiner Verrechnung*.

Die Pflicht, den Ausgleichsbetrag zu leisten, trifft den Energielieferanten nur in jenem Ausmaß, in welchem das vorgegebene Energiesparziel verfehlt wurde. Dieses Ausmaß steht nicht vorweg fest, sondern erst am Ende jener Frist, innerhalb der das Ergebnis der Energieeinsparung festzustellen ist, wobei insbesondere auch der Monitoringstelle eine entscheidende Funktion zukommt (§ 10 Abs 3 EEffG), die es allerdings im Zeitpunkt der Abfassung des vorliegenden Rechtsgutachtens noch nicht gibt. Überdies spielt die Einhaltung einer Reihe weiterer, die anrechenbaren Energiesparmaßnahmen betreffender Regelungen für die Feststellung der Höhe des vom Energielieferanten zu leistenden Ausgleichsbetrages eine Rolle.

Insofern interessiert, ob und inwieweit der Energielieferant seinen Kunden schon vorweg ohne deren Zustimmung Ausgleichsbetragszuschläge verrechnen darf, selbst wenn Rückzahlungen überzogener Zuschläge in Aussicht gestellt werden.

- Überdies ist zu klären, ob und inwieweit es gerechtfertigt ist, Ausgleichsverpflichtungen lediglich unternehmerisch tätigen Kunden, nicht aber auch Energieabnehmern zu verrechnen, die Verbraucher im Sinne des KSchG sind, mag auch zutreffen, dass die rechtlichen Konsequenzen der angewandten rechtlichen Methoden, die Ausgleichszahlungspflichten der Energielieferanten auf die Kunden abzuwälzen, bei Verbrauchern und Unternehmern unterschiedlich sein können.

Selbst wenn im gegebenen Zusammenhang vor allem die Energielieferbeziehungen zu Unternehmern interessiert, kommt man, wie sich zeigen wird, nicht darum herum, auch die Aspekte des Verbraucherrechts in die weiteren Erwägungen mit einzubeziehen.

3. Nachträgliche einseitige Preisänderung durch den Energielieferanten

3.1. Nachträgliche Preisänderung ohne vertragliche Preisänderungsklausel

Da Energielieferanten üblicherweise in ihren AGB Preisänderungsklauseln vorsehen, erübrigt sich eigentlich, Erwägungen darüber anzustellen, ob und inwieweit Energielieferanten angesichts der durch das EEffG geschaffenen neuen Rechtslage und die damit verbundenen Belastungen auch ohne Vereinbarung einer derartigen Preisänderungsklausel die rechtliche Möglichkeit haben, diese Belastungen auf die Endenergieverbraucher abzuwälzen. Dennoch sind der Vollständigkeit halber einige Anmerkungen zur Frage erlaubt, ob und inwieweit es im vorliegenden Zusammenhang auch ohne eine geeignete vertragliche Preisänderungsklausel zu einer derartigen Kostenabwälzung kommen könnte.

Sollte ein gültige AGB-Preisänderungsklausel fehlen, so bieten sich als einfachste Wege für den Fall, dass die Energielieferanten die mit den Vorschriften des EEffG verbundenen Lasten nicht selbst tragen wollen, an, dass sich die Energielieferanten mit ihren Kunden auf einen neuen Preis zu einigen. Das kann entweder im Zusammenhang mit einer Änderungskündigung oder durch ein sonstiges Angebot, den Preis zu ändern, geschehen.

Kommt es auf welchen Wegen auch immer zu keiner Einigung der Vertragspartner über einen neuen Preis, so sind die rechtlichen Möglichkeiten der Energielieferanten eher bescheiden, die bisherigen Verträge aufrecht zu erhalten und dennoch zu einer kostenabwälzenden Preisänderung zu gelangen.

Diesfalls wäre zu prüfen,

- ob die durch das EEffG geänderte Situation die *Beibehaltung der bisher vereinbarten Preise etwa gesetz- oder sittenwidrig* macht, oder

- ob die Energielieferungsverträge wegen Erfüllung eines an einem gravierenden *Willensmangel* anknüpfenden Tatbestandes auf Seite des Energielieferanten *angefochten* werden könnten.

Soll der einzelne Energielieferungsvertrag weiter aufrecht bleiben, dann dürfen all die soeben angesprochenen Instrumente nicht zur Nichtigkeit bzw Anfechtbarkeit des *gesamten* Vertrages führen, sondern nur zu einer *Teilnichtigkeit*⁶ oder *Teilanfechtung*⁷. Die dadurch in den Vertrag geschlagene „Lücke“ wäre dann unter Zuhilfenahme der ergänzenden Vertragsauslegung unter Erforschung des hypothetischen Parteiwillens zu schließen. Diese Lückenschließung bringt den Energielieferanten überdies nur dann die gewünschte Kostenabwälzung, wenn anzunehmen ist, dass sie vom hypothetischen Parteiwillen mit erfasst ist.

3.1.1. Keine Gesetz- oder Sittenwidrigkeit

Dass die mit dem EEffG eingeführten Belastungen der Energielieferanten dazu führen würde, die bisher in den Energielieferungsverträgen festgelegten Preise von nun an gesetz- oder sittenwidrig erscheinen zu lassen, weil sie die genannten Belastungen nicht berücksichtigen, kann nicht gesagt werden.

Eine *Verletzung gesetzlicher Preisregelungen* kommt von vornherein nicht in Betracht. Welche gesetzlichen Preisregelungen sollten hier tangiert sein?

Sittenwidrig könnte das Festhalten am bisherigen Preis trotz der Änderungen, die das EEffG für die Energielieferanten wirtschaftlich mit sich bringt, nur dann werden, wenn diese geänderten Verhältnisse zur *Knebelung bzw zum wirtschaftlichen Ruin der Energielieferanten* führen würden.⁸

⁶ Die Lehre von der Teilnichtigkeit beruht auf einer Analogie zu § 878 ABGB; vgl OGH SZ 56/11; 56/119; 68/161; Arb 12.114; z Ob 208/00i RdW 2001/314; 8 ObA 281/00g RdW 2002/222; 6 Ob 87/01i; 5 Ob 57/02x SZ 2002/64; 3 Ob 138/03w RdW 2004/24 ua; *Riedler* in Schwimann/Kodek⁴ § 878, Rz 12..

⁷ Die Teilanfechtung hat ihre Grundlage in § 872 ABGB.

⁸ *Krejci* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 879 Rz 94 und 95.

Davon kann keine Rede sein. Zum einen führen die Belastungen, die das EEffG für Energielieferanten mit sich bringt, keineswegs zu derart ruinösen Konsequenzen, und zum anderen sind die Kunden gar nicht in der Lage, die Energielieferanten an ihren Verträgen knebelnd festzuhalten. Wer sich aber aus einer für ihn wirtschaftlich bedrohlichen Lage durch eine vorzeitige Auflösung des drückenden Vertrages befreien kann,⁹ darf sich nicht auf einen drohenden wirtschaftlichen Ruin berufen.

Die vereinbarten Energiepreise sind auch nicht *wucherisch* (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB). Dazu fehlt es auf Seite der Energielieferanten an allen einschlägigen Tatbestandsmerkmalen.

Es ist also davon auszugehen, dass die zwischen Energielieferanten und Kunden vereinbarten Energiepreise *gültig vereinbart* sind und auch trotz des Inkrafttretens des EEffG und den damit für die Energielieferanten verbundenen Konsequenzen, gegebenenfalls Ausgleichsbeträge gemäß § 21 EEffG bezahlen zu müssen, gültig bleiben.

3.1.2. Keine Willensmängel

Auf Willensmängeln beruhen die Tatbestände des *Irrtums* (§§ 871 ff ABGB), des *Fortfalls der Geschäftsgrundlage*,¹⁰ der *List*, *Drohung* (§§ 870, 874, 875 ABGB), in gewisser Weise auch der *laesio enormis* („Verkürzung über die Hälfte“, §§ 934 f ABGB).

Die Erfüllung dieser Tatbestände ermöglicht eine *Vertragsanfechtung*. Sie führt je nachdem, wie weit der Inhalt des Vertrages durch den Willensmangel betroffen ist, zur Aufhebung entweder des *gesamten* oder lediglich eines *Teiles* des Vertrages.

Ehe die Frage zu prüfen ist, ob im Zusammenhang mit einer Preisänderung, die ja immerhin das Ausmaß einer Hauptleistungspflicht betrifft, eine Teilnichtigkeit oder Teilanfechtung überhaupt in Frage

⁹ Energielieferanten sind trotz des für sie bestehenden Kontrahierungszwanges nicht langfristig an die von ihnen geschlossenen Energielieferungsverträge gebunden.

¹⁰ *Koziol/Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 510 ff mwN.

kommt,¹¹ steht die Relevanz der genannten Tatbestände dem Grunde nach zur Diskussion. Ist diese Relevanz dem Grunde nach zu verneinen, erübrigt sich die Frage nach der Teilnichtigkeit oder Teilanfechtung.

3.1.2.1. Keine Irrtumsanfechtung

Eine Vertragsanfechtung wegen Irrtums nach §§ 871, 872 ABGB ist nur innerhalb von 3 Jahren ab Vertragsschluss möglich (§ 1487 ABGB),¹² selbst wenn der Irrtum erst später hervorgekommen sein sollte.

Auch bei Verträgen, die an sich noch fristgerecht angefochten werden dürfen, kommt eine Irrtumsanfechtung nicht in Betracht, weil ein Irrtum über die *künftige* Änderung der kalkulatorisch relevanten Gesetzeslage, von allen anderen damit zusammenhängenden Fragen einmal abgesehen, vom Kunden weder veranlasst, noch diesem den Umständen nach beim Vertragsabschluss hätte auffallen müssen noch rechtzeitig aufgeklärt wurde (§ 871 ABGB).

Überdies fällt der Irrtum über die Preiskalkulation nicht in den Bereich des Geschäftsirrtums, wenn die Kalkulationsgrundlage, über die sich der Vertragspartner geirrt hat, nicht Vertragsinhalt wurde und bei Vertragsabschluss kein Einvernehmen darüber bestand, dass das Geschäft auf eben dieser (infolge Irrtums verfehlter) Kalkulationsgrundlage erfolgen sollte.¹³

¹¹ Sollte eine Teilnichtigkeit oder Teilanfechtung nicht in Betracht kommen, hieße dies, das die Geltendmachung der Nichtigkeit oder die Anfechtung den Energielieferungsvertrag als ganzen betrifft. Dann würde der Energielieferant den ihn störenden bisherigen Preis samt dem übrigen Vertrag los sein. Der Kunde freilich auch. Entweder einigen sich in einem solchen Fall die bisherigen Partner des Energielieferungsvertrages auf einen neuen, oder der Kunde sucht sich einen anderen Energielieferanten.

¹² OGH 3 Ob 563/95 JBl 1996, 174; 1 Ob 34/98a RdW 1998, 664; 6 Ob 60/10g JBl 1010, 659.

¹³ Ein Kalkulationsirrtum ist nach Ansicht des OGH nur dann als Geschäftsirrtum zu werten, wenn die Kalkulation dem Vertragspartner offengelegt wurde und für beide Seiten für den Vertragsabschluss ausschlaggebend war, 3 Ob 20143/96d JBl 1998, 178 (*Rummel*); 5 Ob 136/12d wbl 2013, 285; *Rummel* in *Rummel/Lukas*⁴,

3.1.2.2. Kein Fortfall der Geschäftsgrundlage

Von einem *Fortfall der Geschäftsgrundlage* kann schon deshalb keine Rede sein, weil Energielieferanten schon bei Vertragsschluss damit rechnen oder zumindest damit zu rechnen haben, dass spätere gesetzliche Maßnahmen die ursprünglichen Ansätze der Preiskalkulation beeinflussen können. Dies aber fällt, sofern keine besonderen rechtlichen Vorkehrungen getroffen wurden, in die Risikosphäre des Energielieferanten; dies legt jedenfalls eine an den Irrtumsregeln anknüpfende Rechtsfindung nahe.¹⁴

3.1.2.3. Keine List, Drohung oder *laesio enormis*

Das EEffG ist auch nicht die Frucht listigen Vorgehens oder etwaiger Drohungen der Kunden. Auch von einer Verkürzung über die Hälfte nach §§ 934, 935 ABGB kann keine Rede sein.¹⁵ All diese Tatbestände sind vom hier interessierenden Sachverhalt so meilenweit entfernt, dass es sich erübrigt, auf sie näher einzugehen.

3.1.2.6. Fazit

Es ist nicht anzunehmen, dass die Verabschiedung des EEffG die Energielieferanten berechtigen könnte, die bestehenden Energielieferungsverträge wegen etwaiger *Gesetzwidrigkeit*, *Sittenwidrigkeit* oder wegen *Erfüllung eines der Tatbestände über Willensmängel* im Hinblick auf die in den Energielieferungsverträgen vor Inkrafttreten des EEffG vereinbarten Preise anzugreifen, um auf diese Weise eine Preisanpassung zu erreichen.

ABGB, § 871 Rz 17; Pletzer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 671 Rz 29; Bollenberger in KBB⁴ § 871 Rz 11; Koziol/Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 482; alle jeweils mwN.

¹⁴ Vgl Koziol/Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 520.

¹⁵ Ebenso wie beim Wuchertatbestand spielen auch beim Tatbestand der Verkürzung über die Hälfte neben der Missbilligung des Inhalts des Vereinbarten (nämlich schwere Äquivalenzstörung) auch Willensbildungsstörungen eine Rolle. In den Fällen der *laesio enormis* liegt diese Willensbildungsstörung darin, dass der Verkürzte den wahren Wert des überzahlten Vertragsgegenstandes nicht kennt.

Es erübrigt sich daher, hier die Problematik der Teilnichtigkeit bzw. Teilanfechtbarkeit zu erörtern.

3.2. Nachträgliche Preisänderung bei vertraglicher Preisänderungsklausel

Eine einseitige Preisänderung durch den Energielieferanten kommt somit nur dann in Betracht, wenn der Energielieferungsvertrag eine entsprechende Preisänderungsklausel enthält.

Energielieferanten rechnen in der Regel damit, dass sich die Rahmenbedingungen ihres Geschäfts im Laufe der Zeit ändern und Einfluss auf die Preiskalkulation haben. Die einschlägigen AGB nehmen daher darauf Bezug.

Will der Energielieferant also einseitig und ohne den Kunden fragen zu müssen, einen neuen Preis festlegen, so ist dies rechtlich nur möglich, wenn er sich diesbezüglich auf eine *gültige* Preisänderungsklausel berufen kann.

3.2.1. Zulässigkeitsgrenzen von Preisänderungsklauseln

3.2.1.1. Allgemeines

Probleme ergeben sich dann, wenn eine vertragliche Preisänderungsklausel, die für die Abwälzung der Mehrkosten, die dem Energielieferanten durch das EEffG erwachsen, herangezogen werden soll, wegen *Verletzung gesetzlicher Vorschriften oder wegen Sittenwidrigkeit* unwirksam sein sollte. Es ist daher zu prüfen, ob und inwieweit vertragliche Preisänderungsklauseln gesetz- bzw sittenwidrig sein können.

Diese Prüfung betrifft zum einen solche Preisvereinbarungen, die schon bei Vertragsabschluss festlegen, dass sich bei späterem Eintritt bestimmter Umstände und Bedingungen der bei Vertragsabschluss geltende Preis automatisch ändert, ohne dass es einer weiteren Willenserklärung des Energielieferanten bedürfte. Zum anderen bezieht sich diese Prüfung auf Fälle, in denen sich der Energielieferant die Ausübung eines Gestaltungsrechts vorbehält, das auf eine nachträgliche Änderung des ursprünglich vereinbarten Preises gerichtet ist, wo-

bei dem Berechtigten einseitige Gestaltungsmöglichkeiten eingeräumt wurden. Dabei können die Parameter der Preisänderung entweder vorweg inhaltlich bereits so weit fixiert sein, so dass sich die Gestaltung lediglich auf die Entscheidung darüber beschränkt, ob die Preisänderung eintreten soll oder nicht, oder dem Energielieferanten innerhalb eines bestimmten Rahmens noch inhaltliche Modifikationen offenstehen. Dann bezieht sich das Gestaltungsrecht nicht nur auf das Ob, sondern auch auf das Inwieweit der späteren Preisänderung.

Vorweg gilt: Was die Parteien schon von vornherein nicht gemeinsam zum Vertragsinhalt machen können, kann erst recht nicht einer Partei allein aufgrund eines ihr eingeräumten Gestaltungsrechts zur späteren einseitigen Änderung des Vertragsinhalts rechtswirksam vorbehalten bleiben.

3.2.1.2. Allgemeine Zulässigkeitsgrenzen der Fremdbestimmung

Zu beachten ist, dass sich der Vertragspartner, der zustimmt, dass der andere nachträglich einseitig den Vertragsinhalt ergänzen oder ändern darf, *dem einseitigen Gestaltungswillen und somit der Fremdbestimmung des anderen unterwirft*. Der Unterworfenen schwächt damit in erheblichem Maße seine eigene Selbstbestimmung bzw. Privatautonomie. Das gilt in gewisser Weise auch für die Fälle einer späteren automatischen Preisänderung, in denen zwar schon bei Vertragsabschluss die Parameter einer späteren Preisänderung fixiert sind, der Kunde aber zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht weiß und auch nicht wissen kann, ob und inwieweit diese Parameter in Zukunft eintreten werden, somit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbekannt ist, in welchem Ausmaß sich in Zukunft der ursprünglich vereinbarte Preis ändern wird. Sofern diese Änderungen aber nicht vom Willen des Entgeltberechtigten abhängen, so haben sich die Parteien schon mit Vertragsabschluss auf einen vorweg bereits bestimmten, wenn auch vorerst noch unbekanntem Preis geeinigt. Gegen einen solchen künftigen Preis kann der Verpflichtete nur dann vorgehen, wenn seine Entwicklung für die Parteien ganz und gar unvorhersehbar war, so dass man nicht unterstellen darf, der übereinstimmende Parteiwille hätte auch eine solche Entwicklung gedeckt. Von solchen Situationen

abgesehen, liegt bei einem vorweg bereits festgelegten künftigen Preis¹⁶ kein Gestaltungsrecht vor. Dies wäre anders, wenn sich der Entgeltberechtigte vorbehielte, bei Eintritt der vorweg fixen Preisänderungsumstände darüber zu entscheiden, ob er den Preis tatsächlich anheben will oder nicht. Interessanter sind freilich jene Gestaltungsrechte, die dem Berechtigten vom anderen Teil auch Raum zu einseitiger nachträglicher inhaltlicher Disposition gewährt wird.

Die *Unterwerfung unter die Fremdbestimmung des Vertragspartners oder eines Dritten* ist an sich weder gesetz- noch sittenwidrig; dies erweist allein schon § 1056 ABGB. Doch stoßen derartige Gestaltungsrechte dort auf ihre Zulässigkeitsgrenzen, wo der Berechtigte *das ihm eingeräumte Ermessen auf unbillige Weise missbraucht*.¹⁷ *Offenbar unbillig* ist das Ergebnis einer einseitigen Leistungsbestimmung dann, wenn die *Maßstäbe von Treu und Glauben in größter Weise verletzt* werden und die *Unrichtigkeit der Leistungsfestsetzung einem sachkundigen und unbefangenen Beurteiler sofort erkennbar* ist.¹⁸

Sofern sich eine Preisanpassungsklausel speziell auf eine Preisanpassung im Zusammenhang mit dem Ausgleichsbetrag gemäß § 21 EEffG beziehen sollte und eine nachvollziehbare Beziehung zwischen dem vom Energielieferanten an den Bund abzuführenden Ausgleichsbetrag einerseits und dem Preiszuschlag andererseits herstellbar ist, den der Energielieferant in Ausübung seines Preisanpassungsrechts

¹⁶ Ein schlichtes Beispiel: „Der vereinbarte monatliche Hauptmietzins wird auf den von der Statistik Austria verlautbarten monatlichen Index der Verbraucherpreise 2010 wertbezogen.“ Hier bedarf es zum Zeitpunkt der nächsten Verlautbarung des Index weder einer einvernehmlichen noch einer einseitigen Willenserklärung; der Preis ist vielmehr schon aufgrund des ursprünglichen Vertrages automatisch angehoben.

¹⁷ F. Bydlinski, Die Baukostenabrechnung als Bestimmung der Leistung des einen Vertragsteils durch den anderen, JBl 1975, 248; Mayer-Maly, Das Ermessen im Privatrecht, FS Melichar (1983) 441; Krejci, Grenzen einseitiger Entgeltbestimmung durch den Arbeitgeber, ZAS 1983, 203; Krejci in Rummel/Lukas⁴ § 879 Rz 96; Aicher in Rummel³ § 1056 Rz 8; Apathy in Schwimann/Kodek⁴ Bd V § 6 KSchG Rz 30; Ehrenzweig/Mayrhofer, Schuldrecht Allgemeiner Teil 27; OGH 4 Ob 138/79 Arb 9854; 6 Ob 215/73 Arb 9163.

¹⁸ OGH 14 Ob 136/86 DRdA 1988, 235 (Mayer-Maly); ebenso bzgl Zinsanpassungsklauseln OGH 8 Ob 31/12k.

dem Kunden verrechnet, dürfte wohl kein Fall eines offenbar unbilligen Ermessensmissbrauchs seitens des Energieliefanten vorliegen.

Völlig auszuschließen ist freilich nicht, dass in einem besonderen Fall ein Energielieferant die Überwälzung seiner Ausgleichsbeitragslast auf besonders auffällige und sachlich nicht nachvollziehbare Weise gestalten könnte, so dass ein gegen Treu und Glauben verstoßendes Überschreiten der Grenze des billigen Ermessens vorläge.

3.2.1.3. Preisänderungsschranken nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG

Eine derartige Preisanpassungsklauseln erheblich weiter einschränkende Bestimmung enthält § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Sie betrifft die unterschiedlichsten Klauseln, also zB *Preisänderungsklauseln, Preisvorbehaltsklauseln, Preisbestimmungsvorbehalte, Preisgleitklauseln, Index- und Spannenklauseln, Tagespreisklauseln*.¹⁹

Demnach sind für den Verbraucher Vertragsbestimmungen im Sinne des § 879 ABGB „*jedenfalls nicht verbindlich, nach denen ...dem Unternehmer auf sein Verlangen für seine Leistung ein höheres als das bei der Vertragsschließung bestimmte Entgelt zusteht, es sei denn, dass der Vertrag bei Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen für eine Entgeltänderung auch eine Entgeltsenkung vorsieht, dass die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sind sowie dass ihr Eintritt nicht vom Willen des Unternehmers abhängt.*“

a) Relevanz auch für Unternehmergeeschäfte

- **§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG bezieht sich auf Verbrauchergeschäfte**

Diese Bestimmung betrifft *Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern*, tangiert also im hier interessierenden Zusammenhang prima facie nur Energielieferungsverträge, die der Energielieferant *mit Verbrauchern im Sinne des KSchG* abgeschlossen hat.

¹⁹ Krejci, KSchG Komm (1986) § 6 Rz 79.

Da die bisherigen Aktivitäten von Energielieferanten, die Ausgleichsbeträge nach § 21 EEffG auf Kunden abzuwälzen, auf *Verträge zwischen Unternehmern* beschränkt waren, liegt also auf den ersten Blick nahe, keine nähere Betrachtung des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG vorzunehmen.

Doch ist zum einen nicht ausgeschlossen, dass die Energielieferanten sehr wohl danach trachten werden, auch ihre Verträge mit Verbrauchern einer Preisanpassung zu unterziehen, auch wenn dies dem Vernehmen nach derzeit die E-Control nicht genehmigt. Zum anderen ist aber zu beachten, dass § 6 Abs 1 Z 5 KSchG über § 879 Abs 3 ABGB auch auf Unternehmergeschäfte ausstrahlt.

- **§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG hat Bedeutung für § 879 Abs 3 ABGB**

So hat der OGH anerkannt, dass die Regeln über das Verbrauchergeschäft (I. Hauptstück KSchG) als *Konkretisierungsmaßstäbe für die Generalklausel der gröblichen Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB* dienen.²⁰

Der Grund für diese Ansicht liegt darin, dass die zwischen Unternehmern und Verbrauchern vom Gesetzgeber vermutete und als typisch angenommene *Ungleichgewichtslage* durchaus jener vergleichbar ist, die zwischen dem Verwender von AGB und seinem Vertragspartner herrscht. Richtig ist freilich, dass die Position eines Verbrauchers, der den AGB des Unternehmers ausgesetzt ist, insbesondere dann gegenüber dem Unternehmer schwächer ist als die eines unternehmerischen Verhandlungspartners, wenn dieser aufgrund seiner wirtschaftlichen Bedeutung im Verhältnis zum Verwender der AGB stark genug ist, um mit ihm Einzelheiten abweichend aushandeln zu können. Das ist aber keineswegs bei allen Unternehmern, die mit AGB ihres Vertragspartners konfrontiert sind, der Fall. Der schwächere Verhandlungs-

²⁰ OGH 6 Ob 596/83 Miet 35.094; 5 Ob 541/85 RdW 1986, 10 = JBl 1986, 873; so schon *Krejci* in *Krejci*, Handbuch zum KSchG (1981) 167 ff; *Krejci* in *Rummel/Lukas*⁴ § 879 Rz 383; vgl auch *Riedler*, Rechtswidrige AGB in Strom- und Gasverträgen? ÖJZ 2009, 639 (641); im Wesentlichen nicht anders in 10 Ob 125/05p JBl 2007, 56.

partner, auch wenn er selbst Unternehmer ist, akzeptiert in der Regel die AGB des stärkeren ohne Widerrede. Dann ist seine Position jener des Verbrauchers durchaus vergleichbar. Insofern entspricht es dem Prinzip, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, wenn sich das Verständnis des § 879 Abs 3 ABGB an den konkreteren Regelungen des KSchG orientiert. In der Regel verhandeln Energielieferanten mit ihren Kunden nicht über einzelne Bestimmungen ihrer Liefer-AGB.

Der OGH hat in jüngeren Entscheidungen²¹ seine frühere Position zur hier anstehenden Frage keineswegs revidiert oder gar verlassen,²² sondern präzisiert.

Methodisch verdienstvoll ist, dass der OGH zwischen der Frage, ob die Klauselverbote des KSchG auf Unternehmergeeschäfte *analog* anwendbar sind, und der Frage der *Konkretisierung der Generalklausel* des § 879 Abs 3 ABGB unterscheidet.

- ***Es geht nicht um Analogie***

Der OGH spricht sich im gegebenen Zusammenhang gegen eine Analogie aus, weil keine Gesetzeslücke zu schließen sei. Dabei wird davon ausgegangen, dass bereits das ABGB selbst die Frage, ob und inwieweit einem Vertragspartner oder einem Dritten vertraglich ein Gestaltungsrecht eingeräumt werden kann, das dem Berechtigten erlaubt, im Rahmen des Gewährten einseitig den Vertragsinhalt zu ergänzen oder zu verändern, in § 1056 ABGB eine für Unternehmergeeschäfte maßgebliche Antwort gibt.

Für Unternehmergeeschäfte sei daher, was die Grenze der Unterwerfung eines Vertragspartners unter die einseitige Rechtsgestaltungs-

²¹ OGH 10 Ob 125/05p JBl 2007, 56; 10 Ob 145/05d ÖBA 2007, 70; dazu *Graf*, Änderung von Entgelten und AGB in der Energiewirtschaft, *ecolex* 2009, 1035 (1036 f); eher kritisch *Lurger/Augenhofer*, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht² (2008) 123.

²² Diesen Eindruck erweckt *Graf*, *ecolex* 2009, 1035 (1037), wenn er meint, die heute herrschende Lehre und Rechtsprechung würde sich von den Aussagen des OGH in SZ 53/103 unterscheiden.

macht des anderen betrifft, § 1056 ABGB beachtlich, für eine analoge Anwendung des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG sei daher kein Raum.²³

Dass § 1056 ABGB eine abschließende Antwort auf die hier interessierende Frage gäbe, kann freilich nicht gesagt werden. § 1056 ABGB bietet lediglich einen bescheidenen Ansatz des Gesetzgebers für eine ausgreifende Rechtsfortbildung durch Lehre und Rechtsprechung.

Denn zum einen bezieht sich § 1056 ABGB lediglich auf den *Kaufvertrag*. Das angesprochene Ordnungsproblem betrifft aber um nichts weniger auch andere Vertragstypen. Insofern besteht schon einmal eine beachtliche Regelungslücke, die zur analogen Anwendung des § 1056 ABGB anregt.

§ 1056 ABGB redet ferner ausschließlich von der *Preisbestimmung*, doch ist nicht minder auch die Ordnungsfrage der einseitigen Leistungsbestimmung betroffen. Diese Regelungslücke betrifft freilich den hier interessierenden Zusammenhang nicht, weil es ja um Preis- und nicht um sonstige Leistungsbestimmung geht. Eine zusätzliche Löchrigkeit des § 1056 ABGB betrifft der Hinweis aber allemal.

§ 1056 ABGB spricht weiters nur vom Gestaltungsrecht „*einer dritten bestimmten Person*“ und nicht auch vom anderen Vertragspartner. Auch hier zeigt sich eine Regelungslücke des ABGB, die zur analogen Anwendung des § 1056 ABGB anregt.

Und zur Frage der *Zulässigkeitsgrenzen* des von § 1056 ABGB eingeräumten Gestaltungsrechts *schweigt diese Norm überhaupt*. Diese Frage wird also von § 1056 ABGB nicht einmal für den Kaufvertrag beantwortet. Sie betrifft also gar nicht § 1056 ABGB.

Sofern sich keine konkreten gesetzlichen Verbote finden, aus denen Zulässigkeitsgrenzen erhellen, verbleibt zu klären, ob und inwieweit das Gestaltungsrecht gegen die guten Sitten verstoßen kann. Diese Frage richtet sich an § 879 ABGB; sofern das Gestaltungsrecht vertragliche Nebenbestimmungen betrifft (was, wie schon erörtert wurde,

²³ OGH 10 Ob 125/05p JBl 2007, 56 (57 ff) mit Hinweis auf *Fenyves*, Auswirkungen der Judikatur zu Verbraucherverträgen auf Bankgeschäfte mit Unternehmern, ÖBA 2004, 737 (739).

bei der Einräumung eines unter bestimmten Bedingungen gewährten Rechts auf einseitige Preisbestimmung der Fall ist), ist die Frage nach § 879 Abs 3 ABGB zu prüfen.

Das Problem einer etwaigen analogen Anwendung des § 1056 ABGB erübrigt sich also allein schon deshalb, weil § 1056 ABGB gar keine Grundlage für eine analoge Anwendung bietet. Und selbst wenn man die soeben dargelegten Erwägungen beiseite schieben wollte und die Lehre über die Zulässigkeitsgrenzen von Gestaltungsrechten, die selbst auf analoger Anwendung des § 1056 ABGB beruhen, (unrichtiger Weise) als Inhalt des § 1056 ABGB verstehen wollte, dann bliebe immer noch die Frage offen, ob das so weite Verständnis des § 1056 ABGB nicht bezüglich solcher Unternehmengeschäfte, die eine gravierende Ungleichgewichtslage aufweisen, seinerseits eine *Regelungslücke verdeckt*, die durch *teleologische Reduktion* offenbar wird.²⁴ Dann aber wäre eben diese Regelungslücke zu schließen. Da könnte sich § 6 Abs 1 Z 5 KSchG durchaus anbieten.

- ***Es geht um die Konkretisierung einer Generalklausel***

So weit muss man aber gar nicht gehen. Es genügt vielmehr *der andere, weitaus näher liegende methodische Weg*, den der OGH aufzeigt.²⁵ Er verzichtet auf Analogien, sondern nimmt schlicht zur Kenntnis, dass der Rechtsanwender gehalten ist, *gesetzliche Generalklauseln zu konkretisieren*. Im vorliegenden Zusammenhang geht es dabei um § 879 Abs 3 ABGB, der seinerseits ja nichts anderes darstellt, als die Umschreibung einer besonderen Fallgruppe der Sittenwidrigkeit im Sinne des § 879 Abs 1 ABGB.

Um Missverständnissen vorzubeugen, gebe ich den einschlägigen Text der OGH-Entscheidung 10 Ob 125/05p wieder:

²⁴ *Koziol/Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 118; *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 7 Rz 18; *P. Bydlinski* in *KBB*⁴ § 7 Rz 5; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) 480; *E.A.Kramer*, Juristische Methodenlehre³ (2010) 213 ff; *Brandenburg*, Die teleologische Reduktion (1983).

²⁵ OGH 10 Ob 125/05p.

„Die im I. Hauptstück des KSchG enthaltenen Regeln über das Verbrauchergeschäft, insbesondere auch der Klauselkatalog des § 6 KSchG, können nach einh Lehre und Rsp als Konkretisierungsmaßstab für die gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB dienen, weil diese Bestimmungen erkennen lassen, welche Regelungen der Gesetzgeber für ungültig erachtet, wenn ungleich starke Vertragspartner einander gegenüberstehen (Apathy, aaO § 6 KSchG Rz 1; Krejci, aaO § 6 KSchG Rz 2 mwN; RIS-Justiz RS0016850). Die Einzelatbestände des § 6 KSchG können daher zur Auslegung der ‚gröblichen‘ Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB auch bei Verträgen herangezogen werden, die keine Verbrauchergeschäfte iSd § 1 KSchG sind, sofern eine vergleichbare Ungleichgewichtslage besteht. Zu beachten bleibt allerdings, dass der Gesetzgeber das Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis für besonders schutzwürdig hält und die Unterlegenheit des Verbrauchers daher als noch gravierender empfindet als die des dem Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen Ausgesetzten (Krejci, aaO § 879 Rz 244 mwN; RdW 2003/605, 694; JBl 1986, 373). Die Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB beschränkt sich auf Nebenbestimmungen. Nicht erfasst wird hingegen die Hauptleistungspflicht, für die in den §§ 879 Abs 2 Z 4 und 934 ABGB spezielle Regelungen enthalten sind. Nach Lehre und Rsp ist die Abgrenzung der Haupt- von den Neben-(Leistungs-)Pflichten so zu ziehen, dass die Ausnahmen dieser Gesetzesbestimmung möglichst eng verstanden werden, dass also Hauptpunkte nur diejenigen Vertragsbestandteile sind, die die individuelle zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen festlegen, während Bestimmungen, die die Preisberechnung in allgemeiner Form regeln (zB in welcher Form eine Preisanpassung bei geänderten Marktverhältnissen erfolgt), nicht unter die Ausnahme von der Inhaltskontrolle iSd § 879 Abs 3 ABGB fallen (SZ 2004/125 mwN).“

Insofern hat insbesondere auch § 6 Abs 1 KSchG über die Verbraucherverträge hinaus Bedeutung, weil er erkennen lässt, welche Ver-

tragsregelungen der Gesetzgeber für ungültig erachtet, wenn einander ungleich starke Vertragspartner gegenüberstehen.²⁶

Diese Einsicht führt zwar *nicht zu einer undifferenzierten Relevanz aller Regeln über das Verbrauchergeschäft für Unternehmergeschäfte*, doch ändert der Hinweis darauf, dass bei der Einwirkung der Verbraucherschutznormen auf Abs 3 vorsichtig relativierend vorzugehen sei,²⁷ nichts an der grundsätzlichen Richtigkeit der Erwägungen des OGH.

Den Ansatz zur Relativierung bietet insbesondere auch das Tatbestandsmerkmal der „*Berücksichtigung aller Umstände des Falles*“ in § 879 Abs 3 ABGB. Dies bedeutet, dass § 6 Abs 1 KSchG nur dann zur Konkretisierung des § 879 Abs 3 ABGB heranzuziehen ist, wenn zur Verwendung von AGB noch weitere Aspekte der Ungleichgewichtslage der Vertragspartner (Unternehmer untereinander, aber auch Verbraucher untereinander) hinzukommen und – alles in allem – eine Ungleichgewichtslage besteht, die jener entspricht, die Verbrauchergeschäfte charakterisieren.

Insofern hat § 6 Abs 1 Z 5 KSchG nicht nur für Verbrauchergeschäfte Bedeutung, sondern auch für Geschäfte, die Unternehmer untereinander geschlossen haben.

Dabei ist zu beachten, dass die Klauselverbote des § 6 Abs 1 KSchG nicht davon abhängen, dass die Unternehmer AGB verwenden. Der Ungleichgewichtslage zwischen Unternehmer und Verbraucher in den Fällen des § 6 Abs 1 KSchG ist also bei Unternehmergeschäften schon dann entsprochen, wenn zum *Ungleichgewicht, das durch die Verwendung von AGB entsteht*, noch so viel an *weiterem Ungleichgewicht* hinzukommt, dass die Summe der Ungleichgewichtselemente, die sich beim Unternehmergeschäft finden, der Ungleichgewichtslage beim Verbrauchergeschäft entspricht, auch wenn dieses nicht unter AGB abgeschlossen wird.

²⁶ So schon OGH 5 Ob 570/80 EvBl 1981/5; *Krejci* in Rummel/Lukas⁴ § 879 Rz 383.

²⁷ *Krejci* in Rummel/Lukas⁴ § 879 Rz 383.

- **Zur Ungleichgewichtslage zwischen Energielieferanten und unternehmerischen Kunden**

Kann man nun sagen, dass das Verhältnis zwischen Energielieferanten und unternehmerischem Kunden ein derartiges Ungleichgewicht aufweist?

Im vorliegenden Zusammenhang kommt es also darauf an, *ob zwischen Energielieferanten und ihren unternehmerisch tätigen Kunden ein Verhandlungsungleichgewicht herrscht, das jenem entspricht, das zwischen Unternehmern und Verbrauchern typisch ist.*

Zumindest für *Kleinunternehmer* darf eine dem Verbrauchergeschäft entsprechende Ungleichgewichtslage angenommen werden, stellen doch das EIWOG und das GWG Verbraucher und Kleinunternehmer beim Thema Grundversorgung auf die gleiche Stufe; dies jedenfalls, was das Verfahren für den Wechsel des Energielieferanten, Anmeldung, Abmeldung und Widerspruch betrifft.²⁸

Wird der Energielieferungsvertrag mit Großunternehmern abgeschlossen, deren wirtschaftliche Bedeutung für den Energielieferanten so groß ist, dass er bereit ist, mit dem Abnehmer über Sonderkonditionen zu verhandeln, kann das anders sein. Hier werden die Umstände des einzelnen Falls zu prüfen sein.

Jedenfalls erscheint es gerechtfertigt, § 6 Abs 1 Z 5 KSchG auch im Hinblick auf Energielieferungsverträge mit Unternehmern etwas näher zu betrachten, da es auch zwischen Energielieferanten und Unternehmern eine dem Verbrauchergeschäft vergleichbare Ungleichgewichtslage geben kann.

Dabei versteht sich von selbst, dass die *jeweils konkrete AGB-Preisanpassungsklausel* Ausgangspunkt eingehender Erwägungen sein muss.

Mir liegt lediglich ein AGB-Beispiel vor. Ehe dazu etwas gesagt wird, weise ich auf allgemeine Aussagen zu § 6 Abs 1 Z 5 KSchG hin.

²⁸ Vgl § 76 Abs 1 EIWOG und § 124 Abs 1 GWG.

§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG ist aus naheliegenden Gründen bei Unternehmern höchst unbeliebt, denn sie schränkt die Möglichkeiten, gültige Preisanpassungsklauseln zu vereinbaren, in sehr hohem Maße ein. Zugleich lässt die Anwendung dieser Bestimmung die wünschenswerte Rechtssicherheit vermissen.

b) Entgeltänderung

§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG ist unzulässigen Klauseln über nachträgliche Entgeltänderungen gewidmet. Vorweg einige Anmerkungen zum Verständnis der Entgeltänderung.

- **Entgelt und Kosten- bzw Aufwandsersätze**

Zwischen der Erhöhung des *Entgelts* einerseits und zusätzlichen *Kosten- und Aufwandsersätzen* andererseits ist zu unterscheiden.

Der Anfall höherer *Kosten, die von vornherein gesondert verrechnet werden*, stellt *keine Entgelterhöhung* dar. Das können Kosten sein, die mit der Vertragsabwicklung im Zusammenhang stehen wie zB Versicherungs-, Transport-, Verpackungs-, Nachnahmekosten; auch Kosten für Sonder- und Nebenleistungen gehören hierher.²⁹

In diesem Zusammenhang können insbesondere dann Probleme entstehen, wenn der Unternehmer versucht, sein Entgelt so aufzuspalten, dass er Elemente seines eigenen Kalkulationsrisikos im Wege der Verrechnung gesonderter Aufwendungen auf den Kunden über Gebühr abzuwälzen versucht.

Was typischerweise zum Bereich der geschuldeten Leistung gehört und dementsprechend typischerweise mit dem Preis entgolten wird, soll also nicht zum Gegenstand gesonderter Kostenverrechnungen gemacht werden. Derartige Vorgangsweisen indizieren den Versuch

²⁹ *Krejci*, KSchG Komm § 6 Rz 80 mwN. Probleme bereiten derartige Kosten dann, wenn ihre Höhe vom Willen des Unternehmers abhängt. Es darf sich also nicht um Kosten handeln, deren Höhe der Unternehmer selbst etwa auf Grundlage interner Verrechnungskreise oder durch Preisfestsetzungen aufgrund von Vereinbarungen mit beherrschten Konzernunternehmen, denen der Unternehmer die Preise einseitig diktiert.

einer Umgehung der Bestimmungen über die Preiserhöhungsklauseln.³⁰

- ***Bislang nicht gesondert verrechnete Zusatzkosten***

Wie dem auch sei: Neue Zusatzkosten, die bisher nicht als Sonderkosten verrechnet wurden, kann der Unternehmer nicht von sich aus den Kunden in Ergänzung der bisherigen Preisregelung anlasten. Dies wäre vielmehr eine Vertragsänderung unabhängig vom Tatbestand des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Anderes gilt nur dann, wenn der Unternehmer von vornherein in der Preisänderungsklausel festhält, dass nicht nur die bislang bekannten, sondern auch später neu hinzukommende Zusatzkosten zusätzlich zum Entgelt verrechnet werden dürfen. Dabei stellt sich allerdings die Frage, ob damit auch solche zusätzliche, völlig überraschende Kosten gemeint sein können, mit denen die Parteien bei Vertragsschluss in keiner Weise rechnen konnten.

Mit Verpackungskosten muss man zB rechnen. Wurden bisher keine Verpackungskosten verrechnet, sondern waren diese im Preis inbegriffen, dann kann der Unternehmer nicht deshalb, weil sich die Verpackungskosten aus welchen Gründen auch immer kräftig erhöht haben, nunmehr die Verpackungskosten gesondert verrechnen. Derartiges wäre von einer Preisänderungsklausel, die an sich zwischen dem eigentlichen Entgelt und Zusatzkosten unterscheidet, nicht mit erfasst. Denn die Preisänderungsklausel erfasst keine grundlegenden Änderungen in der vereinbarten Verrechnungsstruktur. Was vorweg zur Kalkulationsgrundlage des Entgelts zählt, kann nicht unter Berufung auf die Preisänderungsklausel aus dem vereinbarten Entgeltverständnis herausgebrochen und zu den Sonderkosten gezählt werden, damit der Unternehmer auf diese Weise sein mit dem Entgelt verbundenes eigenes Kalkulationsrisiko nachträglich zulasten des Kunden verschieben kann.

³⁰ Krejci, KSchG Komm § 6 Rz 80.

- **Leistungsminderung als Preiserhöhung**

Das Entgelt kann auch dadurch im Ergebnis erhöht werden, dass sich der Unternehmer bei gleichbleibendem Entgelt vorbehält, einseitig seine Leistung zu reduzieren.³¹

- **Erkennbarkeit der Art und Weise der Preiserhöhung**

Es widerspräche dem Zweck des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, wollte man die für die Preiserhöhung erforderlichen Umstände lediglich *als Anlass* für eine sonst nicht näher determinierte Preiserhöhung ansehen. Läge es allein im Belieben des Unternehmers, im Falle des Eintritts der vorweg von ihm genannten „Umstände“ eine wie immer geartete Preiserhöhung einseitig durchzusetzen, so wäre gerade jener Willkür Tür und Tor geöffnet, gegen die sich § 6 Abs 1 Z 5 KSchG wendet. Die Pflicht zur Nennung der für die Preiserhöhung maßgebenden Umstände schließt vielmehr mit ein, dass dem Kunden auch die *Art und Weise der Preiserhöhung einsichtig* wird.³² Es muss sich also aus den angegebenen Preisanpassungsumständen ergeben, *um wie viel* das bisher vereinbarte Entgelt erhöht (oder gesenkt) wird.

c) Preisänderung „auf Verlangen“ des Unternehmers

§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG stellt darauf ab, dass die spätere Preisänderung „auf Verlangen“ des Unternehmers herbeigeführt werden soll. Dies erweckt den Eindruck, dass spätere Preisänderungen, die aufgrund der ursprünglichen Preisvereinbarung automatisch eintreten, also *vom Verlangen des Unternehmers* nicht mehr abhängen, vom Tatbestand des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG nicht erfasst sein sollen.

Vorweg kommt es wohl nicht darauf an, dass der Unternehmer selbst das *Verlangen* stellt; ein solches *Verlangen* wird ihm wohl auch dann zugerechnet, wenn es der Unternehmer einem Dritten einräumt.

³¹ Vgl in diesem Zusammenhang aber § 6 Abs 2 Z 3 KSchG.

³² Krejci in Krejci, Handbuch zum KSchG 710; derselbe, KSchG Komm § 6 Rz 84.

Interessanter ist die Frage, ob § 6 Abs 1 Z 5 KSchG auch für Fälle gilt, in denen eine spätere Preisänderung weder vom Verlangen des Unternehmers noch eines unter dem Einfluss des Unternehmers stehenden Dritten³³ abhängt, sondern bei Vorliegen bestimmter Umstände *automatisch* eintritt. Das wäre etwa zB dann der Fall, wenn der Preis für die unternehmerische Leistung an eine Wertsicherungsklausel gekoppelt wird und sich aus dem vereinbarten Index und seinem System von vornherein klar und deutlich ergibt, zu welchen Zeitpunkten und in welcher Höhe eine Preisänderung stattfindet. Auch in solchen Fällen wissen die Vertragspartner im Zeitpunkt des Vertragschlusses nicht, in welche Richtung sich der Preis künftig entwickeln wird. Dennoch erübrigt sich die Sorge, der Unternehmer könnte willkürliche Maßnahmen setzen, fragwürdige Einschätzungen einer Lage vornehmen udgl, um den Preis zum Nachteil des Kunden nachträglich zu manipulieren.³⁴

Führt die ursprünglich vereinbarte Entgeltregelung aufgrund bestimmter Parameter in Zukunft zu Preisänderungen, die der Unternehmer in keiner Weise mehr beeinflussen kann und die überdies der Höhe nach durch den Eintritt der relevanten Umstände automatisch feststeht, so liegt kein Fall des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG vor.

Hingegen sollte man wohl den Fall, dass die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gar keinen Preis festlegen, sondern lediglich vereinbaren, dass der Unternehmer zu einem späteren Zeitpunkt den Preis einseitig bestimmen soll, dem § 6 Abs 1 Z 5 KSchG unterstellen.

Noch schlimmer als eine spätere einseitige Preisänderung ist es, wenn von vornherein einvernehmlich überhaupt kein Preis festgesetzt wird,

³³ Theoretisch denkbar wäre auch, dass die Preisänderung einem von den Vertragspartnern unabhängigen (eventuell von ihnen gemeinsam bestellten) Dritten vorgenommen werden soll. Ein Sachverständiger soll zB eigenständig prüfen, wann zu einem späteren Zeitpunkt eine Preisänderung gerechtfertigt erscheint. Eine derartige Feststellung ist jedoch trotz allen Einsatzes von Sachverstand in der Regel doch mit Elementen inhaltlicher Gestaltung verbunden.

³⁴ Außer der Unternehmer hätte ausnahmsweise Einfluss auf die Gestaltung des vereinbarten Index; das wäre freilich ein extremer Ausnahmefall.

sondern der Unternehmer das Gestaltungsrecht erhält, auch schon den Anfangspreis erst später einseitig festzulegen.³⁵

d) Zweiseitigkeitsgebot: Kundenrecht auf Entgeltsenkung als Gültigkeitsvoraussetzung des Preiserhöhungsrechts

§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG hält ausdrücklich fest, dass Preisanpassungsklauseln, von allen übrigen Tatbestandsvoraussetzungen abgesehen, nur dann wirksam sein sollen, wenn die Preisanpassung *auch Preissenkungen* umfasst.³⁶

Es ist dem Unternehmer also nicht erlaubt, sich bei Vorliegen bestimmter Umstände zwar ein Gestaltungsrecht zur nachträglichen *Preiserhöhung* vorzubehalten, dem Kunden aber bei entsprechender Situation ein Recht auf *Preissenkung* zu versagen.

- **§ 879 Abs 3 ABGB führt zum selben Ergebnis**

Mit dem Grundsatz der Zweiseitigkeit hält § 6 Abs 1 Z 5 KSchG insofern *keine verbraucherrechtliche Besonderheit* fest, als die herrschende Meinung unabhängig von dieser KSchG-Bestimmung schon § 879 Abs 3 ABGB so versteht, dass dann eine gröbliche Benachteiligung vorliegt, wenn die Rechtspositionen der Vertragsparteien einander nicht ausgewogen gegenüberstehen, sondern die eine Seite Vorteile haben soll, die der anderen Seite versagt werden.

Eine Klarstellung vorweg: Im vorliegenden Zusammenhang ist zu beachten, dass der Preis zu den synallagmatischen *Hauptleistungen* eines Vertrages zählt, § 879 Abs 3 ABGB hingegen vertragliche *Nebenbe-*

³⁵ Dazu *Krejci*, KSchG Komm § 6 Rz 77 mwN. Der OGH 6 Ob 596/83 meint, dass eine Klausel, wonach sich der Preis für Leistungen eines EVU nach den zur Zeit der Arbeitsausführung geltenden allgemeinen Preissätzen richte, nicht gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG verstoße. Dies trifft nur dann zu, wenn gesagt werden kann, dass die Preissätze nach Umständen gestaltet werden, die nicht vom Willen des Unternehmers abhängen. Auch sollte vorweg hinreichend klargestellt sein, auf welche Weise die „allgemeinen Preissätze“ festzustellen sind.

³⁶ Die Preisanpassungsklausel ist (vom Vorliegen sonstiger Voraussetzungen abgesehen) nur dann erlaubt, wenn „*der Vertrag bei Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen für eine Entgeltänderung auch eine Entgeltsenkung vorsieht*“.

stimmungen betrifft. Insofern ist die bloße Entgelthöhe nicht Gegenstand einer Beurteilung nach § 879 Abs 3 ABGB. Es ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass es auch im Zusammenhang mit der Preisfestlegung gröblich benachteiligende vertragliche Nebenbestimmungen geben kann, die sehr wohl der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB unterliegen können. So sind aus dem Anwendungsbereich des § 879 Abs 3 ABGB nicht alle Vertragsbestimmungen ausgenommen, die die Leistung und das Entgelt betreffen. Durch die Formulierung des Relativsatzes: „*die nicht die beiderseitigen Hauptleistungen festlegen*“, soll ausgedrückt werden, dass mit dieser Ausnahme nur die *individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen* gemeint ist, nicht aber etwa Bestimmungen, welche die Preisberechnung in allgemeiner Form regeln oder die vertragstypische Leistung generell näher umschreiben. Noch weniger fallen unter die Ausnahme die durch dispositives Recht geregelten Fragen bei der Hauptleistung, zB Zeit und Ort der Erfüllung. Der Ausdruck „*Hauptleistung*“ ist also möglichst eng zu verstehen.³⁷

Auszugehen ist davon, dass bereits *gröbliche Abweichung vom dispositiven Recht zum Nachteil eines Vertragspartners* seine gröbliche Benachteiligung indizieren.³⁸ Das dispositive Recht hat also die Funktion einer *leitbildhaften Orientierung zur Bestimmung eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleiches* zwischen den Vertragspartnern.³⁹ Eine gröbliche Benachteiligung liegt in einer Abweichung einer Vertragsklausel vom dispositiven Recht schon dann, wenn diese Abweichung als *unangemessen* zu qualifizieren ist.⁴⁰ Eine derartige Unangemessenheit wird insbesondere dann angenommen, wenn die

³⁷ ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 47; *Krejci* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 879 Rz 374; vgl auch OGH 10 Ob 125/05p JBI 2007, 56 (59).

³⁸ OGH 4 Ob 221/06p *ecolex* 2007/252 = RdW 2008/10; 1 Ob 1/00d JBI 2001, 232 = *ecolex* 2001, 199 = RdW 2001, 147.

³⁹ OGH 5 Ob 538/81 JBI 1982, 652.

⁴⁰ OGH 1 Ob 546/84 SZ 57/41 = EvBl 1984/110 = JBI 1985, 233.

vereinbarte Abweichung vom dispositiven Recht *sachlich nicht gerechtfertigt* ist.⁴¹

Es liegt nahe, dass dann, wenn eine einseitige Preisanpassung im Sinne einer *Preiserhöhung* aufgrund der gegebenen Umstände für sachlich gerechtfertigt zu halten ist, zugleich auch eine inhaltlich korrespondierende Preisanpassung im Sinne einer *Preissenkung* in gleicher Weise sachlich gerechtfertigt erscheint, und dass daher eine vertragliche Regelung, die *nur* die *Preiserhöhung* zugunsten des einen Teiles, nicht aber die *Preissenkung* zugunsten des anderen Teiles zulässt, unangemessen und sachlich nicht gerechtfertigt ist.

So werden denn auch *deutliche Unausgewogenheiten in den Rechtspositionen der Vertragspartner* für gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB gehalten.⁴² Eine gröbliche Benachteiligung wird jedenfalls dann angenommen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in auffallendem Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht.⁴³ Der eine erhält zB bessere Lösungsrechte als der andere; für den einen gelten erleichterte Formerfordernisse, für den anderen nicht; dem einen kommen leichtere Lieferbedingungen zugute, dem anderen nicht; der eine hat bessere Haftpflichtansprüche als der andere.⁴⁴ Zu vergleichen sind vor allem die einander entsprechenden *zweckkongruenten* Nebenbestimmungen; mit Vorsicht und Zurückhaltung sind hingegen nicht zweckkongruente Nebenbestimmungen zu betrachten, weil sich bei ihnen der Sachlichkeitszusammenhang erheblich verdünnt.

Wenn sich der eine Vertragspartner das Recht vorbehält, den Preis nachträglich zu erhöhen, dem anderen Vertragspartner aber versagt wird, unter Beachtung der gleichen Parameter eine *Preissenkung* zu

⁴¹ OGH 1 Ob 581/83 SZ 56/62 = JBl 1983, 534 (*F. Bydlinski*); 1 Ob 513/84 SZ 57/40 = EvBl 1984/110 = JBl 1985, 233; 5 Ob 541/85 RdW 1986, 10 = JBl 1986, 373; 9 ObA 179/89 Arb 10.816; 4 Ob 50/00g ecolex 2000/199 = JBl 2000, 653 = EvBl 2000/150 RdW 2000, 409; 6 Ob 324/00s; so schon *Krejci* in *Krejci*, Handbuch zum KSchG 166; *derselbe*, Komm KSchG 375 f.

⁴² OGH 1 Ob 581/83 SZ 56/62; 1 Ob 513/84 SZ 57/40.

⁴³ OGH 1 Ob 638/94.

⁴⁴ *Krejci* in *Rummel/Lukas*⁴ § 879 Rz 378.

fordern, so liegt darin, folgt man den dargelegten Grundsätzen, eine gröbliche Benachteiligung dessen, dem das Recht auf Preissenkung verwehrt wird. Denn zum einen liegt in einer Preisanpassungsklausel ein Abweichen vom dispositiven Recht und zum anderen in der Einseitigkeit des vorbehaltenen Gestaltungsrechts dann, wenn die Tatbestandskriterien eine Gleichbehandlung der beiden Vertragspartner nahelegen und damit auch sachlich rechtfertigen, eine relevant ins Gewicht fallende Unangemessenheit der Regelung. Sie verstößt daher gegen § 879 Abs 3 ABGB.

Daraus erkennt man, dass das erste Tatbestandsmerkmal des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG (Entgeltänderung auch in Richtung Entgeltsenkung) lediglich festhält, was an sich schon allein aus § 879 Abs 3 ABGB erhellt.

Preisänderungsklauseln sind demnach auch in Unternehmerverträgen nur dann zulässig, wenn sie sowohl Preiserhöhungen als auch Preissenkungen umfassen.

Dass dabei die Wahrscheinlichkeit einer künftigen Preiserhöhung aufgrund gegebener Umstände erheblich größer ist als die einer künftigen Preissenkung, spielt dabei keine Rolle.

- ***Preissenkungsgebot und Abwälzung von Unternehmerkosten auf die Kunden***

Auf ihre Zulässigkeit hin zu prüfen sind Preisänderungsklauseln, die von solchen Umständen abhängig gemacht werden, die von vornherein zu keiner Minderung des Entgelts, sondern nur zu seiner Erhöhung führen können. Die Preisänderung soll zB dann erfolgen, wenn dem Unternehmer bestimmte Kosten anfallen. Fallen sie an, trägt sie der Kunde. Fallen sie nicht an, hat er keine zusätzlichen Zahlungen zu leisten. Dem Kunden kommt eine Reduktion oder ein Entfall der weiterverrechneten Kosten also nur insofern zugute, als er in einem solchen Fall nur die geringeren oder gar keine Kosten zu ersetzen hat. Eine *Preissenkung* im eigentlichen Sinn ist das nicht. Ausnahmsweise kann es vorkommen, dass der Unternehmer bezahlte Kosten aus gewissen Gründen rückerstattet erhält. Dann wäre auch dem Kunden der von ihm bereits geleistete Kostenbeitrag entsprechend zurückzugeben.

Da es grundsätzlich zulässig ist, dass der Unternehmer den Kunden bestimmte Kosten weiterverrechnet, entspricht dem gesetzlichen Postulat, auch Preissenkungen weiterzugeben, in den Fällen der Abwälzung bestimmter Kosten auf die Kunden der Umstand, dass die Mehrbelastung des Kostenersatzes in jenem Ausmaß entfällt, in dem die Kosten gesenkt werden oder entfallen. Unzulässig wäre es allerdings, den Preisaufschlag wegen angefallener Kosten weiterhin beizubehalten, obwohl der Unternehmer die Kosten nicht mehr in diesem Ausmaß oder überhaupt nicht mehr zu tragen hat.

- ***Zur Durchsetzung des Preissenkungsanspruchs***

Es liegt nahe, dass der preisanpassungsberechtigte Unternehmer sein Gestaltungsrecht stets dann ausüben wird, wenn die Voraussetzungen hierfür gegeben sind. Schon weniger sicher ist, wie im Fall des Vorliegens der Voraussetzungen für eine Preissenkung zu verfahren ist. Hier zu sagen, der Unternehmer habe ein Gestaltungsrecht auf Weitergabe der Preissenkung, kommt nicht in Betracht. Es liegt ja nicht beim Unternehmer, darüber zu entscheiden, ob er die Preissenkung gewähren will oder nicht. Wenn hier jemand ein Gestaltungsrecht haben sollte, so wäre das der Vertragspartner des Unternehmers. Es dürfte aber wohl kaum Fälle geben, in denen jemand eine ihm zustehende Preissenkung ablehnt. Daher geht es im gegebenen Zusammenhang vorrangig um die Pflicht des Unternehmers, seinem Vertragspartner die anstehende Preissenkung durch Vorschreiben eines niedrigeren Preises zu gewähren. Sollte der Vertragspartner diese Wohltat zurückweisen wollen, womit wohl nicht zu rechnen ist, dann sei ihm das unbenommen. Es liegt am nächsten, bei Vorliegen der Voraussetzungen einer Preissenkung von einer Pflicht des Unternehmers auszugehen, die Preissenkung unaufgefordert weiterzugeben. Dies sollte aus den AGB hinreichend klar hervorgehen.

Räumen die AGB dem Vertragspartner des Unternehmers lediglich das Recht ein, die Preissenkung zu verlangen, so müsste den Unternehmer jedenfalls die Pflicht treffen, den Vertragspartner davon umgehend zu verständigen, dass die Voraussetzungen für eine Preissen-

kung vorliegen, weil dies der Unternehmer in der Regel früher und besser weiß als sein Vertragspartner.

AGB, die diesen Fragenkomplex nicht einmal ansprechen, sind unvollständig bzw unklar.

- ***Preissenkungsanspruch durch gesetzeskonforme ergänzende Vertragsauslegung***

Enthält eine Preisanpassungsklausel keinen Hinweis darauf, dass sie gegebenenfalls auch ein Recht des Kunden auf Preissenkung inkludiert, stellt sich eine weitere Frage: Ist die Preisanpassungsklausel im Wege gesetzeskonformer Auslegung zu ergänzen, um auf diese Weise auch die Preiserhöhungsmöglichkeit des Unternehmers interpretativ zu retten? Oder kommt eine derartige ergänzende Vertragsauslegung nicht in Betracht, so dass die Preisanpassungsklausel mangels Kundenrechts auf adäquate Preissenkung relativ nichtig ist?

Die Antwort fällt leicht, wenn klar erkennbar ist, dass der die Klausel vorformulierende Unternehmer bewusst ein Recht des Kunden auf adäquate Preissenkung ausklammern wollte und der Kunde die Klausel in eben diesem Sinn verstanden hat bzw verstehen musste. Dann ist eine künftige Preissenkung eindeutig ausgeschlossen und die Preisänderungsklausel ist somit insgesamt, also einschließlich des Rechts des Unternehmers, gegebenenfalls den Preis zu erhöhen, unwirksam.

Ein Interpretationsspielraum findet sich hingegen dann, wenn die Preisänderungsklausel über die Möglichkeit einer Preissenkung schweigt und unklar ist, ob der „wahre Parteiwille“ sie tatsächlich ausschließen wollte.

Ist zwischen den Parteien nachträglich erst einmal ein Streit über das „richtige Verständnis“ einer Vertragsbestimmung ausgebrochen, obliegt es dem Richter, den *hypothetischen* Parteiwillen zu eruieren.⁴⁵

Bedenkt man, dass die Bestimmung des hypothetischen Parteiwillens nicht zuletzt eine objektiv wertende „*Suche nach einer angemessenen*

⁴⁵ *Rummel* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 914 Rz 25.

Regelung“ ist,⁴⁶ weil es ja darum geht festzustellen, was „*redliche und vernünftige Parteien*“ vereinbart hätten,⁴⁷ so läuft dies wohl darauf hinaus, neben dem Recht des Unternehmers auf nachträgliche Preiserhöhung auch ein vertragliches Recht des Kunden auf Preissenkung anzunehmen.⁴⁸

Folgt man dieser Auslegung, dann war die Aufnahme des Gebotes der Zweiseitigkeit in den Tatbestand des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG eher eine gesetzgeberische Fleißaufgabe, weil man Preisänderungsklauseln ohnehin schon auf interpretativem Wege im Sinne dieses Gebotes versteht, sodass das Gesetz nur dann eingreift, wenn die Zweiseitigkeit vertraglich ausdrücklich ausgeschlossen wird.⁴⁹

Im Folgenden wenden wir uns den weiteren Tatbestandsmerkmalen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG zu.

e) Vertragliche Beschreibung der maßgeblichen Umstände und das Transparenzgebot

- **Das „kleine Transparenzgebot“**

§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG erfordert die *Umschreibung der für die Entgeltänderung maßgeblichen Umstände*. Dieses Tatbestandsmerkmal wird

⁴⁶ Rummel in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 914 Rz 25

⁴⁷ OGH 1 Ob 6/84 SZ 57/71; 5 Ob 714/81 JBl 1983, 593; 4 Ob 71/84 Rd>W 1985, 254 = JBl 1986, 197 = ZAS 1986, 91.

⁴⁸ So auch OGH 10 Ob 125/05p mwN.

⁴⁹ Auf die in diesem Zusammenhang reizvolle Frage, wie sich diese Interpretation mit dem *Verbot der geltungserhaltenden Reduktion* verträgt, gehe ich hier nicht ein. Statt dessen nur so viel: Jene, die da meinen, AGB müssten nicht nur im Rahmen eines Verbandsprozesses, sondern auch im Individualprozess im „*kundenfeindlichsten Sinne*“ ausgelegt werden, müssten sich eigentlich auch gegen die Ansicht wehren, dass man eine Preisänderungsklausel, die über die Zweiseitigkeit schweigt, im Sinne eben dieser Zweiseitigkeit interpretativ ergänzt. Zum Verbot der geltungserhaltenden Reduktion und zum Gebot der „*kundenfeindlichsten Auslegung*“ von AGB nicht nur im Unterlassungsprozess nach § 28 KSchG, sondern auch im Individualverhältnis vgl. *Krejci* in Rummel/Lukas⁴ § 879 Rz 524 mwN.

als „kleines Transparenzgebot“ verstanden.⁵⁰ Die Änderungsfaktoren sind unter Anlegung eines strengen Maßstabes vollständig, möglichst genau und im Fall des Zusammenwirkens mehrerer Faktoren auch in ihrer Gewichtung zueinander zu beschreiben.⁵¹

- **Unzulänglichkeit von Generalklauseln**

Generalklauselartige Formulierungen wie zB der Hinweis auf *Marktverhältnisse, Geld- und Kapitalmarktverhältnisse, betriebswirtschaftliche Verhältnisse, jeweils gültige Tarife, Einstandspreise* sind für die Umschreibung der maßgeblichen Umstände zu unbestimmt.⁵² Der Kunde muss aufgrund der in der AGB-Klausel enthaltenen Angaben die vorgenommene Preisänderung auf die genannten Änderungsfaktoren zurückführen und daraus deren Richtigkeit nachvollziehen bzw nachberechnen können.⁵³ Dass hier im Einzelfall die Zulässigkeitsgrenzen schwer zu bestimmen sind, liegt nahe; desgleichen, dass derartige Anforderungen die Formulierung einer zulässigen Preisanpassungsklausel ungemein erschweren.

Der OGH hat die Klausel: *„Änderung von Zöllen, Änderungen oder Neueinführung von Abgaben, Ausstattungsänderungen aufgrund zwingender gesetzlicher Vorschriften“* wegen ihrer generalklauselartigen Formulierung als unzulässig qualifiziert.⁵⁴

Gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG verstoßen ferner die in den AGB eines monopolistischen Betreibers einer Trinkwasserversorgungsanlage folgende Klauseln: *„Festgehalten wird, dass der Wasserzins im jeweils gültigen Tarifblatt angeführt wird und derzeit pro Kubikmeter ... (exklusive MwSt) beträgt.“* - *„Der Lieferant ist berechtigt, den Was-*

⁵⁰ Vgl *Fenyves/Rubin*, Vereinbarung von Preisänderungen bei Dauerschuldverhältnissen und KSchG, ÖBA 2004, 347 (353); *Eccher* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³, KSchG § 6 Abs 1 Z 5 Rz 4.

⁵¹ *Fenyves/Rubin*, Vereinbarung von Preisänderungen bei Dauerschuldverhältnissen und KSchG, ÖBA 2004, 347 (354 ff mwN); *Eccher*, in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³, KSchG § 6 Abs 1 Z 5 Rz 4.

⁵² *Krejci*, KSchG Komm § 6 Rz 86.

⁵³ *Eccher*, in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³, KSchG § 6 Abs 1 Z 5 Rz 4.

⁵⁴ OGH 21.09.2006, RdW 2007, 277.

*serzins entsprechend den wirtschaftlichen Gegebenheiten zu erhöhen.*⁵⁵

Die Formulierung: „*verrechnet die Bank für Porti und Spesen die jeweils geltenden Sätze gemäß § 35 BWG*“ verstößt nach Ansicht des OGH sowohl gegen § 6 Abs 3 KSchG als auch gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG.⁵⁶

Unzureichend konkretisiert ist die Voraussetzung für eine Zinsanpassung, wenn diese bei einer „*Änderung der Geld-, Kredit- oder Kapitalmarktverhältnisse*“ vorgenommen werden soll;⁵⁷ oder „*wenn sich das Zinsniveau für Einlagen oder auf dem Geld- und Kapitalmarkt verändert, bzw kredit- oder währungspolitische Maßnahmen Änderungen auf dem Kreditmarkt bewirken,*“⁵⁸ oder wenn das Kreditinstitut berechtigt sein soll, „*im Falle der Erhöhung der Bankrate der Österreichischen Nationalbank oder bei einer allgemeinen Erhöhung der Refinanzierungskosten sowie bei einer generellen Steigerung der Personal- und Sachkosten Kreditzinsen, Kreditprovision und Verzugszinsen in einem dieser Steigerung entsprechenden Ausmaß für den zu diesem Zeitpunkt noch offenen Schuldbetrag zu erhöhen*“.⁵⁹

Generalklauselartige Hinweise widersprechen also dem „kleinen Transparenzgebot“. Der Kunde kann sich nicht ohne weitere Angaben ein ausreichend konkretes Bild von den Grundlagen der nachträglichen

⁵⁵ OGH 1 Ob 224/06g; *Lurger/Augenhofer*, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht² (2008) 123.

⁵⁶ *Lurger/Augenhofer*, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht² 123; gegen § 6 Abs 3 KSchG verstößt diese Formulierung, weil diese Formulierung den Eindruck erweckt, dass in § 35 BWG Spesen vorgeschrieben wären, während dort nur steht, dass entsprechende Änderungen im Kassasaal aufzuhängen sind.

⁵⁷ OGH 9 Ob 62/04i ÖBA 2005/1296 (*Graf*); 4 Ob 10/06h ÖBA 2006/1383; *Apathy* in Schwimann/Kodek⁴ Bd V § 6 KSchG Rz 29; vgl auch OGH 1 Ob 68/05i ÖBA 2006/1345: Unzulässig ist die Klausel: „*Der vereinbarte Zinssatz gilt vorbehaltlich gleichbleibender Geld- und Kapitalmarktverhältnisse*“.

⁵⁸ OGH 4 Ob 73/03v JBI 2004, 50 (*Rummel*); 3 Ob 234/04i SZ 2005/10 = JBI 2005, 382 (*Rummel*) = ÖBA 2005/1271 (*Madl*); 10 Ob 23/04m SZ 2005/46 = JBI 2005, 443 (*Lukas*) = ÖBS 2005/1290 (*Apathy*); 7 Ob222/04d ÖVBA 2005/1308; 3 Ob 148/04t ÖBA 2005/1291 (*Apathy*).

⁵⁹ OGH 2 Ob 98/03f ÖBA 2006/1324; *Vonkilch*, RdW 2006, 78.

chen Preiserhöhung machen. Ein diesbezüglicher konkretisierender Nachtrag des Energielieferanten käme zu spät.

- **Zur allgemeinen Bedeutung des § 6 Abs 3 KSchG**

Die ablehnende Haltung des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG zu generalklauselartigen „*Umständen*“ für eine nachträgliche Preisänderung harmoniert auch mit dem Transparenzgebot nach § 6 Abs 3 KSchG. Diese Regel betrifft fürs Erste nur Verbrauchergeschäfte, weist aber eine *Tendenz zur Allgemeingültigkeit* auf.

Im Grunde war es ein rechtspolitischer Fehler, die in § 6 Abs 3 KSchG umgesetzte Klausel-RL⁶⁰ lediglich dem KSchG einzupflanzen; es findet sich nämlich kein überzeugender sachlicher Grund, über die Voraussetzung der Verwendung von AGB hinaus auch noch das Vorliegen eines Verbrauchergeschäfts zu verlangen und somit dem Transparenzgebot prima facie die allgemeine Bedeutung im Rahmen der bloßen Verwendung von AGB zu nehmen.⁶¹

Auch hier ist also anzumerken, dass das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG nicht nur für Verbrauchergeschäfte Bedeutung hat.

Die verfehlte Einfügung des Transparenzgebots in § 6 Abs 3 KSchG wird Folgen haben: Die Rechtsprechung wird es auf das allgemeine Zivilrecht ausdehnen.⁶² Schon jetzt wird hin und wieder das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG auch für Verträge mit Unternehmern für beachtlich gehalten.⁶³

⁶⁰ RL 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl 1993 L 95, 29.

⁶¹ Vgl dazu *Krejci*, Das Transparenzgebot im Verbraucherrecht, VR 2007, 25 ff mit Hinweis auf unterinstanzliche Judikatur.

⁶² Vgl in diesem Sinn schon *St. Korinek*, Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, JBl 1999, 149 (69); *Schilcher*, Das Transparenzgebot im Vertragsrecht, in Aicher/Holoubek, Der Schutz der Verbraucherinteressen (2000) 99 ff (124 ff); *Leitner*, Ist das vollständige Ende der geltungserhaltenden Reduktion gekommen? ÖJZ 2002, 711, 717; *Vonkilch*, Zur Dauerrabattrückforderung im Versicherungsvertragsrecht, VR 2000, 118, 125; *Apathy* in Schwimann³ § 6 KSchG Rz 84.

⁶³ Dazu *Krejci*, Das Transparenzgebot im Verbraucherrecht, VR 2007, 27 ff.

Die Triebfeder für eine derartige Entwicklung ist eine der Urkräfte der Rechtsentwicklung überhaupt: Das Streben der Rechtsordnung, *Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln*. Fehlt es an hinreichenden sachlichen Gründen für eine Differenzierung, setzt sich auf Dauer die Gleichbehandlung durch.

Und noch etwas: Österreich hat zwar einen anderen Systemaufbau des Verbraucherrechts gewählt als Deutschland, hat aber keineswegs übersehen, dass die Gefahr, die von AGB für den Vertragspartner des Verwenders ausgeht, nicht nur für den klassischen Verbraucher, sondern in der Regel auch für die *Kunden* des Verwenders ganz allgemein besteht, also auch für Unternehmer, sofern sie auf die vom Verwender angebotenen Leistungen angewiesen und nicht verhandlungsstark genug sind, um die Vertragsbedingungen „im Einzelnen auszuhandeln“.

Das Transparenzgebot spricht also Ordnungsfragen an, die über die Sphäre des klassischen Verbrauchergeschäfts hinaus relevant sind. Das zeigt schon der Umstand, dass ein wesentlicher Kreis dieser Fragen ohnehin vom allgemeinen Zivilrecht behandelt wird. So sagt schon § 869 ABGB, dass eine gültige rechtsgeschäftliche Erklärung *verständlich* und *bestimmt* (im Sinne von *bestimmbar*) sein muss. Wird trotz Verständlichkeit und Bestimmtheit der Formulierungen deren Inhalt vom Adressaten der Erklärung nicht durchschaut, stellt das ABGB das Instrument der Irrtumsanfechtung zur Verfügung (§§ 871 ff ABGB), das freilich nicht für ausreichend empfunden wurde. Werden AGB verwendet, ist insbesondere die Überlegenheit des einen Verhandlungspartners gegenüber dem anderen bedeutsam und daher gegenüber den verwendeten Formulierungen besondere Vorsicht geboten. Die Überlegenheit des AGB-Verwenders gegenüber dem anderen Teil zeigt sich darin, dass der Überlegene seine AGB (aber auch seinen für den konkreten Fall selbst konzipierten Vertragstext) *ohne weitere Verhandlung* dem anderen oktroyiert. Darauf bezieht sich die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB, der die Enge der Irrtumsanfechtung sprengt. Noch weiter greift, wie die Rechtsprechung zeigt, der Schutz des Transparenzgebots.

Sind die Fragen des Transparenzgebots über den Bereich der Verbrauchergeschäfte hinaus relevant, dann ist der systematische Ort des

Transparenzgebots, den der Gesetzgeber dafür ausgewählt hat, nämlich § 6 Abs 3 KSchG, verfehlt. Man könnte bestenfalls meinen, dass sich die Intensität der gebotenen Transparenz je nach Qualifikation des betroffenen Adressatenkreises ändern kann. Das trifft aber nicht das Entscheidende. Das Entscheidende besteht nämlich darin, dass im Grunde jeder, je nach arttypischer Fähigkeit, im Geschäftsverkehr ein Recht auf Transparenz jener Regelwerke hat, die ihm der überlegene Verhandlungspartner nach dem Motto: „Friss Vogel oder stirb“ vorlegt. Das ist von allgemein zivilrechtlicher Relevanz.⁶⁴

- ***Einfluss der „maßgebenden Umstände“ auf die Preisgestaltung***

Ferner ist zu beachten, dass es nicht nur auf die Umschreibung der „Umstände“ allein ankommt, sondern auch darauf, dass der Kunde erkennen können muss, *welchen Einfluss diese Umstände auf die Preiserhöhung haben.*

Werden *mehrere in Kombination auftretende Umstände* angegeben, so genügt nicht, auf ihr Zusammenwirken hinzuweisen, weil der Kunde daraus nicht erkennen kann, auf welche Weise es zum Ergebnis der Preiserhöhung kommt.⁶⁵ Es muss nicht nur jeder der angegebenen Umstände konkret umschrieben sein,⁶⁶ sondern auch das Verhältnis dieser Umstände zueinander festgelegt werden.⁶⁷

Diese Aspekte leiten bereits zum Thema „*sachliche Rechtfertigung*“ über.

⁶⁴ Diese teleologisch konsequente Expansion als Katastrophe zu empfinden, wird sie nicht aufhalten. Effektiver wäre, das Transparenzgebot in seiner derzeit vom OGH entwickelten Intensität, die freilich ihre ausländischen Vorbilder hat, nicht ausufern zu lassen. Dann braucht man sich davor nicht fürchten, dass das Transparenzgebot in Zukunft in angemessener Weise ganz allgemein anerkannt sein wird.

⁶⁵ *Krejci*, KSchG Komm § 6 Rz 86.

⁶⁶ OGH 7 Ob 204/05h ÖBA 2006/1357; 2 Ob 142/06f JBl 2007, 385.

⁶⁷ OGH 4 Ob 73/03v JBl 2004, 50 (*Rummel*), dazu *Fenyves/Rubin*, ÖBA 2004, 156 f; OGH 9 Ob 62/04i ÖBA 2005/1296 (*G. Graf*); *Apathy* in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ Bd V, § 6 KSchG Rz 25.

f) Sachliche Rechtfertigung

§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG fordert für eine gültige einseitige Preisanpassung, dass die für die einseitige Entgeltänderung maßgebenden Umstände *sachlich gerechtfertigt* sind. Dieser Hinweis war im ursprünglichen Gesetzestext nicht enthalten; er wurde erst durch BGBl I 1997/6 hinzugefügt, doch war der Gedanke der sachlichen Rechtfertigung schon den ErläutRV zum KSchG⁶⁸ geläufig.

Schon in den ErläutRV zum KSchG wurde betont, dass ein *sachlicher Bezug zwischen den preisbestimmenden Umständen und der Leistung des Unternehmens* bestehen muss. Als Beispiele für solche Umstände werden Kollektivvertragslöhne, Steuern, Rohstoffpreise genannt, die *im Zusammenhang mit der Herstellung und dem Vertrieb gerade der vertragsgegenständlichen Waren, Zulieferprodukte oder Dienstleistungen stehen*.⁶⁹

Die Preisänderung von Faktoren abhängig zu machen, die nichts mit der Preiskalkulation zu tun haben, ist unerwünscht; so wenn zB der Preis für zu liefernde elektrische Energie an den Kollektivvertragslohn der Spitalsärzte gekoppelt würde. Gewisse Unschärfen zwischen für die Preisgleitung herangezogenen Indices und den konkreten betrieblichen Verhältnissen sind allerdings in Kauf zu nehmen. So kann unter Umständen die Bewegung des Index anders verlaufen als die betriebliche Kostenentwicklung. Ein Gericht wäre aber in vielen Fällen überfordert, müsste es in concreto den sachlichen Kalkulationsbezug der für die Erhöhung des Preises maßgebenden Umstände genau prüfen. Hier ist trotz des Tatbestandsmerkmals der sachlichen Rechtfertigung eine gewisse Großzügigkeit in der Beurteilung erforderlich. Dem § 6 Abs 1 Z 5 KSchG geht es in erster Linie darum, dass der Unternehmer dem Kunden in der Preisänderungsklausel nachvollziehbar klar macht,

⁶⁸ 311 Bglnr XX. GP 18.

⁶⁹ *Eccher* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ KSchG § 6 Abs 1 Z 5 Rz 3; zur Bindung an Raffinerie- und Abgabepreise vgl *Wilhelm*, *ecolex* 2001, 823 ff; im Hinblick auf Zinsklauseln sind etwa die Bankrate, die Sekundärmarktrendite, der EURIBOR ua Indices zu nennen, *Langer* in Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer, KSchG² § 6 Rz 26.

unter welchen Voraussetzungen und auf welche Weise es zu Preisänderungen kommen wird. Daraus muss außerdem erhellen, dass die Preisänderung im Wesentlichen mit den wirtschaftlichen Gegebenheiten der vom Unternehmer zu erbringenden Leistungen zusammenhängt.

Willkürliche Verknüpfungen künftiger Preisänderung mit Umständen, deren Bezug zur unternehmerischen Leistung und ihres Umfeldes dem redlichen und vernünftigen Betrachter nicht einzuleuchten vermag, sind unzulässig, weil sie dem Postulat der sachlichen Rechtfertigung offensichtlich widersprechen.⁷⁰

Ein Hauptproblem der Zulässigkeit von Preisänderungsklauseln liegt darin, ob und inwieweit die sachliche Rechtfertigung der in der Klausel angegebenen Umstände für deren Heranziehung zur Preisänderung einerseits gegeben und andererseits für den Erklärungsempfänger hinreichend erkennbar ist. Insofern spielt in diesem Zusammenhang auch die Transparenzfrage eine Rolle. Dabei geht es nicht nur um das *Ob* eines *sachlichen Rechtfertigungszusammenhanges* zwischen den Umständen und der auf ihnen beruhenden Preisänderung, sondern auch um das *Wie* und um das *Ausmaß*.

Wenn die Preisänderungsklausel zB angibt, dass eine Änderung (Erhöhung oder Senkung) einer bestimmten Steuer Anlass für eine Preisänderung sein soll, so lässt sich allein daraus, dass diese Steuer für die unternehmerische Leistung betriebswirtschaftlich von Bedeutung ist, noch nicht ableiten, *in welchem Ausmaß* sich die Änderung der Steuer auf die Preise für die unternehmerische Leistung auswirkt.

Es wäre zB für die Erbringung von Energieleistungen sachlich keineswegs gerechtfertigt, eine Anhebung der Kapitalertragsteuer um 2 % zum Anlass zu nehmen, nunmehr unter Berufung auf die vereinbarte Preisänderungsklausel die Energiepreise gleichfalls um 2 % zu erhöhen. Die Preiserhöhung wäre vielmehr nur in jenem Ausmaß sachlich gerechtfertigt, in dem sich die Erhöhung der Kapitalertragsteuer

⁷⁰ Krejci in Krejci, Handbuch zum KSchG 710 ff; derselbe, KSchG Komm § 6 Rz 85.

auf die Kalkulation der Energiepreise tatsächlich auswirkt. Zumindest eine Plausibilitätsrechnung „über den Daumen“ sollte hier schon vorweg festgelegt sein.

Geschieht dies nicht, steht die Zulässigkeit der Preisänderungsklausel schon wegen *mangelnder Transparenz* und wohl auch *mangelnder Genauigkeit* in Frage.⁷¹ Überdies wäre ein einfacher Preisaufschlag um den Prozentsatz der Steuererhöhung *sachlich nicht gerechtfertigt*, weil ein Preisaufschlag von 2 % weit mehr einbringt als einen Ausgleich für die den Unternehmer durch die Erhöhung der Kapitalertragsteuer treffende Mehrbelastung.

Dennoch bleibt festzuhalten, dass es der Regel des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG nicht um eine *Angemessenheit des Preises* als solchen geht.⁷² Das KSchG ist *kein Preisgesetz*: Ob ein vereinbartes Entgelt der dafür gebotenen Leistung angemessen ist oder nicht, ist also nicht Gegenstand des KSchG.⁷³

Umgekehrt bedeutet dies aber keineswegs, dass die in einer Preisänderungsklausel angegebenen „*Umstände*“ lediglich Anlass zu *irgendeiner* Preiserhöhung sind. Vielmehr muss ein plausibler, zumindest grob skizzierter Sachzusammenhang zwischen diesen „*Umständen*“ und der Höhe der Preisänderung bestehen.

g) Nicht vom Unternehmerwillen abhängige Umstände

§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG fordert, dass der Eintritt der Umstände, die ein einseitiges Preisanpassungsrecht des Unternehmers rechtfertigen, „*nicht vom Willen des Unternehmers abhängt*“. Die für die Preisände-

⁷¹ Zu Recht betonen *Lurger/Augenhofer*, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht² (2008) 123, dass § 6 Abs 1 Z 5 KSchG neben dem Zweiseitigkeitsgebot (Preiserhöhung und Preissenkung) und dem Willkürverbot „*die Transparenz, Genauigkeit und Sachlichkeit der Anpassungsfaktoren*“ vorsieht; vgl auch *Apathy* in Schwimann ABGB⁴ Bd V § 6 KSchG Rz 25 ff.

⁷² *Eccher* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ KSchG § 6 Abs 1 Z 5 Rz 5; *Krejci* in Rummel³ KSchG § 6 Rz 88.

⁷³ *Krejci*, KSchG Komm § 6 Rz 85.

rung maßgeblichen Umstände dürfen also vom Unternehmer *nicht manipulierbar* sein. Er darf diese Umstände *nicht beherrschen*.⁷⁴

Die für die Preisanpassung maßgeblichen Umstände müssen also *außerhalb der Dispositionsmacht des Unternehmers* eintreten. Sie ereignen sich also, ohne dass der Unternehmer sie selbst verursacht bzw ihrer Art und ihrem Ausmaß nach ausgelöst oder mit gestaltet hat.

Ihre Wirkung darf nicht durch eigene Dispositionen des Unternehmers entscheidend verändert werden können. Sofern es dem Unternehmer möglich ist, eigene Maßnahmen zu setzen, mit deren Hilfe die Auswirkung dieser Umstände auf die unternehmerische Tätigkeit bzw auf die Vermögenslage des Unternehmens verhindert, gemildert oder aber auch intensiviert, verstärkt werden kann, ist der Zweck des Tatbestandselements der Willensunabhängigkeit der Preisbestimmungsfaktoren unterlaufen. Denn § 6 Abs 1 Z 5 KSchG verfolgt das Anliegen, *das einseitige Preisänderungsrecht nicht zum Instrument willentlichen Agierens des Unternehmers werden zu lassen*.

Nun gibt es Situationen, die sehr wohl auch vom Willen des Unternehmers abhängen, jedoch so geartet sind, dass sich dieser Wille kaum frei bilden kann, sondern sich äußeren Gegebenheiten beugen muss. Der Unternehmer wird zB aufgrund des Druckes der Belegschaft angehalten, betriebsinternen Maßnahmen zuzustimmen, welche die Produktionskosten erheblich erhöhen. Oder der Konkurrenzdruck führt zu betrieblichen Anschaffungen, die dazu dienen, die Effizienz des Unternehmens zu steigern. Der Unternehmer will auch *Kostensteigerungen, die auf derartige betriebswirtschaftliche Zwänge zurückzuführen sind*, auf die Kunden abwälzen, obwohl die Entscheidungen für derartige Ausgaben gegen den Willen des Unternehmers nicht getroffen werden können. Fallen also auch produktions- und leistungsrelevante Umstände, die der Unternehmer zwar willentlich, dessen ungeachtet aber unter äußerem Druck herbeiführt, unter das Willkürverbot des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG?

⁷⁴ *Eccher* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ KSchG § 6 Abs 1 Z 5, Rz 6.

Auch der *Begriff der Beherrschbarkeit* hat unscharfe Grenzen. Soll die Anwendung des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG auch nur einigermaßen praktikabel bleiben, sollten die Gerichte nicht gehalten sein, bei jeder Willensbetätigung des Unternehmers prüfen zu müssen, ob und inwieweit seine Freiheit bei der Fällung einer betriebswirtschaftlichen Entscheidung durch Marktzwänge, durch Zwänge technologischer Entwicklungen, durch sozialpolitischen Druck oder durch vergleichbare Einflüsse beeinträchtigt war.

Es liegt daher nahe, all jene „*maßgebenden Umstände*“ bei Anwendung des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG außer Betracht zu lassen, die auf eine Willensentscheidung des Unternehmers beruhen, mag der diesbezügliche Wille auch aufgrund der gegebenen Situation, in der die unternehmerische Entscheidung gefällt wurde, einigermaßen beeinträchtigt gewesen sein.

Änderungen der Gesetzeslage, die auf die Preiskalkulation durchschlagen, insbesondere die Einführung neuer Steuern, ihre Erhöhung ebenso wie ihre Senkung, neue Gebühren oder die Abschaffung alter, all dies sind Umstände, die sich in der Regel unabhängig vom Willen des Unternehmers ereignen.⁷⁵ Diese Umstände könnten allerdings dann im Hinblick auf § 6 Abs 1 Z 5 KSchG fragwürdig werden, wenn Art und Umfang ihrer Auswirkung auf die Betriebssphäre des Unternehmers in erheblichem Maße von dessen Willen abhängt. Insofern sollten nur solche Umstände maßgebend sein, denen der Unternehmer im Wesentlichen ausgeliefert bleibt.

h) Das vorgelegte Beispiel

Wir wollen nunmehr kurz auf das mir vorgelegte Beispiel einer Preisänderungsregel eingehen und prüfen, ob es eine gültige Preisänderungsklausel für die Einziehung des Ausgleichbetrages darstellt.

Soweit im ersten Absatz eine Änderungskündigung ermöglicht wird, interessiert die Klausel vorerst noch nicht. Der zweite Absatz weckt Zweifel, ob auch er die Änderungskündigung betrifft, oder ob er eine

⁷⁵ *Eccher* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ KSchG § 6 Abs 1 Z 5, Rz 6.

eigentliche Preisänderungsklausel sein soll. Allein dies vermag schon die Transparenz der vorliegenden Regelung trüben. Diese Frage braucht hier aber nicht näher erörtert oder gar gelöst werden. Für die hier interessierenden Zwecke genügt, hypothetisch anzunehmen, es würde sich beim zweiten Absatz um eine eigenständige Preisänderungsklausel handeln.

Der diesbezügliche Text sei der Einfachheit halber wiederholt; er lautet:

„Steuern, Abgaben, Zuschläge, Gebühren, Beiträge und sonstige Kosten, zu deren Aufwendung und/oder Tragung der Energielieferant aufgrund gesetzlicher oder behördlicher Bestimmungen verpflichtet ist, sind zusätzliche Bestandteile der Energiekosten des Kunden, welche nicht im Energiepreis inkludiert sind und daher – unabhängig von deren Bestand oder Höhe bei Vertragsabschluss – zusätzlich vom Kunden zu tragen sind. Die jeweils vom Kunden zu entrichtenden Finanzierungsbeiträge für den Ökostrom sind auf der Website des Energielieferanten unter ...abrufbar.“

- **Zweiseitigkeit**

Der Hinweis darauf, dass es nicht nur um Preiserhöhungen, sondern auch um Preissenkungen geht, findet sich lediglich im ersten Absatz über die Änderungskündigung und ist mit dieser eng verbunden. Der zweite Absatz schweigt. Eine gesetzeskonforme ergänzende Vertragsauslegung könnte dafür sprechen, den Grundsatz der Zweiseitigkeit auch auf diesen zweiten Absatz zu erstrecken.

Das Auslegungsproblem verliert an Brisanz, wenn man sich den Regelungsgegenstand des zweiten Absatzes näher betrachtet. Die dort genannten Steuern, Abgaben, Zuschläge, etc sind nämlich keine Elemente, die eine Erhöhung (oder, wie man gesetzeskonform ergänzen müsste, Senkung) des eigentlichen Energieentgelts formulieren, sondern *„zusätzliche Bestandteile der Energiekosten des Kunden, welche nicht im Energiepreis inkludiert sind“*.

Diese auf die Kunden abgewälzten Zahlungspflichten des Energielieferanten kommen also zum unverändert bleibenden Energiepreis hin-

zu. Fallen diese Kosten nicht mehr in bisheriger Höhe oder überhaupt nicht mehr an, weil die Steuern, Abgaben, Zuschläge etc später wieder gesenkt oder überhaupt abgeschafft werden, dann braucht der Kunde diese Beträge auch nicht mehr zu bezahlen. Das entspricht zwar nicht dem eigentlichen Gedanken der Zweiseitigkeit, ist ihm aber vergleichbar.

- **„Steuern, Abgaben, Zuschläge, Gebühren, Beiträge“ als unzulängliche Preisanpassungsumstände**

Im vorliegenden Beispiel wird undifferenziert von *Steuern, Abgaben, Zuschlägen, Gebühren, Beiträgen* usw gesprochen, ohne dass man erkennen könnte, *welche* dieser zu entrichtenden Beträge gemeint sind. Das ist eine generalklauselartige Aufzählung von „maßgebenden Umständen“, die nach den oben dargelegten Erkenntnissen des OGH nicht konkret genug sind, um für zulässig erachtet zu werden.

Von *welchen* Steuern und sonstigen Lasten ist hier konkret überhaupt die Rede? Nur solche, die für die Preisgestaltung von Bedeutung sind, oder auch andere?⁷⁶ Auch solche, mit denen die Vertragsparteien bei Vertragsschluss nicht rechnen konnten; die also völlig überraschend geschaffen wurden?⁷⁷

Auf welche Art und Weise sind die aus den Steuern und sonstigen Lasten resultierenden Zahlungspflichten des Energielieferanten auf die

⁷⁶ Ersteres liegt wohl näher. Ist dies aber beachtlich, wenn davon auszugehen ist, dass für die Auslegung von AGB-Klauseln die „kundenfeindlichste Interpretation“ geboten erscheint? Vgl dazu im Zusammenhang mit der Problematik der *geltungserhaltenden Reduktion* OGH 7 Ob 170/98 ecolex 1999, 464; 4 Ob 221/06p ecolex 2007/252; 5 Ob 247/07w; 8 Ob 119/08w JBI 2009, 651; dazu kritisch *Koziol*, RdW 2011, 67; *P. Bydlinski*, JBI 2012, 313.

⁷⁷ Die Rechtsprechung nimmt zB an, dass an sich zulässige privatautonome Haftungsausschlüsse *nur voraussehbare und kalkulierbare* Schadensrisiken, OGH 1 Ob 566/79 EvBl 1979/221, bzw *typische oder wenigstens im Einzelfall vorhersehbare Gefahren* betreffen, OGH 2 Ob 108/74 SZ 48/67; die Haftungsausschlüsse sind jedoch sittenwidrig, soweit die *Vertragspartner nicht mit der Möglichkeit einer Schadensverursachung rechnen konnten*, OGH 2 Ob 26/48 SZ 21/88; 6 Ob 258/68 SZ 41/131; 6 Ob 147/60 EvBl 1961/95; 6 Ob 184/62 HS 3106; 5 Ob 707/78 JBI 1979, 483; *Krejci* in Rummel/Lukas⁴ § 879 Rz 127.

Preisberechnung von Einfluss? Nach welchen Grundsätzen wird dies berechnet? Ohne nähere Hinweise bleibt unklar, nach welcher Berechnungsmethode derartige Zahlungspflichten des Energielieferanten auf den einzelnen Kunden aufzuschlagen sind. Sofern der Unternehmer diesbezüglich nach eigenen Vorstellungen kalkulieren darf, gewinnt sein Gestaltungswille möglicherweise zu viel Einfluss und das Tatbestandsmerkmal der Willensunabhängigkeit der Preisänderung könnte als nicht erfüllt angesehen werden.

Inwieweit sind solche Steuern und sonstigen Lasten, so sie bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses schon bestanden, bereits bei Vertragsabschluss in der Preisberechnung berücksichtigt, so dass es bei der Preisänderung lediglich um spätere Anhebung oder Senkung dieser Steuern und sonstigen Lasten geht?

Die aufgezählten „maßgebenden Umständen“ sind also insgesamt zu *unbestimmt*, um den gesetzlichen Voraussetzungen einer gültigen Preisänderungsklausel des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG zu entsprechen.⁷⁸ Überdies ist die sachliche Rechtfertigung nicht hinreichend erkennbar. Die Preisänderungsregel des Beispiels widerspricht auch dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG.

Sofern der unternehmerische Kunde dem Energielieferanten in gleicher Weise unterlegen ist wie ein Verbraucher gegenüber dem Unter-

⁷⁸ Den Versuch einer präziseren Fassung präsentiert *Graf*, Änderungen von Entgelten und AGB in der Energiewirtschaft, *ecolex* 2009, 1035 (1037): „Durch Gesetz oder sonst hoheitlich bedingte Änderungen der Umsatzsteuer, der Gebrauchsabgabe oder der Förderverpflichtungen gemäß dem Ökostromgesetz, welche die Lieferung von elektrischer Energie betreffen, berechtigen den Energieversorger zu einer entsprechenden Anpassung des vereinbarten Energiepreises. Dies gilt auch bei Neueinführung von Steuern, Abgaben, Zuschlägen und Förderverpflichtungen, welche die Lieferung von elektrischer Energie betreffen. Diese Änderungen werden dem Kunden durch ein individuell adressiertes Schreiben mitgeteilt. Sinken die Kosten für die oben angeführten Faktoren, so ist der Energieversorger gegenüber Kunden zu einer Senkung des Preises verpflichtet.“ Im Dunkeln bleibt hier allerdings, was unter „einer entsprechenden Anpassung des vereinbarten Energiepreises“ zu verstehen ist. Dies könnte auch dieser um Gesetzeskonformität bemühten Formulierung zum Nachteil gereichen.

nehmer, spielen diese Vorschriften auch für die Preisänderungsklausel eines solchen Unternehmergeschäftes eine Rolle.

Sollte hingegen lediglich § 1056 ABGB und die diesbezügliche rechtsfortbildende Rechtsprechung anzuwenden sein, so würde es genügen, dass der Energielieferant dem Kunden gegebenenfalls auch im Nachhinein Auskunft darüber gibt, welche Steuern etc unter Beachtung welchen Konnexes zur Preisberechnung er ihm in Ausübung seines Gestaltungsrechts verrechnet hat. Auch hier bleibt es dem Energielieferanten also nicht erspart, bezüglich seines vertraglich vorbehaltenen Gestaltungsrechts auf nachträgliche Preisänderung die Karten auf den Tisch zu legen. Doch muss das nicht schon vorweg im Vertrag geschehen, sondern kann erst im Fall der Ausübung des Gestaltungsrechts zur Rechtfertigung seiner Zulässigkeitsgrenzen erfolgen. Auch der Gestaltungsberechtigte im Sinne des § 1056 ABGB hat ja darzutun, dass er sich im Rahmen des billigen Ermessens bewegt. Dies erfordert allemal den Nachweis, dass bei der Preisänderung keine Willkür im Spiel ist. Das Anführen von Sachargumenten bleibt dem Gestaltungsberechtigten also auch im Hinblick auf § 1056 ABGB nicht erspart, mag auch der Gestaltungsrahmen etwas großzügiger konzipiert sein als in den Fällen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Verwendet der Gestaltungsberechtigte AGB, dann bleibt überdies § 879 Abs 3 ABGB beachtlich, der ja auch für Unternehmergeschäfte gilt.

Im Hinblick auf § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und § 6 Abs 3 KSchG wäre eine erst im Zusammenhang mit der Ausübung des Gestaltungsrechts nachgetragene sachliche Begründung der vorgenommenen Preisänderung zu wenig, weil sich nach diesen Vorschriften der Kunde bereits vorweg ein hinreichend konkretes Bild darüber machen können muss, wie die künftige Preisanpassung zu verrechnen sein wird (Stichwort: „Informationsmodell“).

- ***Verweisung auf eine Website***

Bezüglich des letzten Hinweises im Beispielstext, wonach nähere Angaben der Website des Energielieferanten zu entnehmen ist, stellt sich noch die hier nur am Rande interessierende, allgemeine Frage, ob die Angabe einer Website, die Auskunft über konkrete Kalkulationsele-

mente gibt, für die Wirksamkeit der AGB-Verwendung ausreicht. Diese Frage betrifft die allgemeinen Voraussetzungen für die Vereinbarung von AGB.

Der Zugang zu solchen Daten muss jene Erfordernisse erfüllen, denen die Verwendung der AGB selbst zu entsprechen hat. Der Umstand bloßer Verweisung auf eine andere Quelle allein stört nicht, sofern auch die Quelle, auf die verwiesen wird, die üblichen Verwendungsvoraussetzungen der AGB erfüllt. Es kommt immer wieder vor, dass ein Vertrag mehrere AGB-Texte umfasst; eine diesbezüglich einheitliche Urkunde muss deshalb nicht erstellt werden.⁷⁹ Sofern die unterschiedlichen Texte aber inhaltlich widersprüchlich sind und in ihrem Zusammenwirken schwer oder überhaupt nicht verstanden werden können, können sie dem Vorwurf der Unbestimmtheit oder Intransparenz ausgesetzt sein. Auch im Privatrecht können juristische „Denksportaufgaben“, ohne deren Lösung das Geregelterte nicht verstanden werden kann, zum Verdikt der *Unverständlichkeit* führen (§ 869 ABGB); dann tritt an die Stelle des vereinbarten Unverständlichen das nicht vereinbarte dispositives Gesetzesrecht.

Das Transparenzgebot wird auch in diesem Zusammenhang sehr streng gehandhabt. Schon der Umstand, dass den Verbrauchern vorweg die Einsichtnahme in die AGB erschwert wird, wird als Akt der Intransparenz gewertet.⁸⁰ Auch die Überlassung bloß nur eines Teils der für den Vertrag maßgeblichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder der Verweis auf andere Regelwerke, an die der Verbraucher überhaupt nicht oder nur auf ihm unzumutbare Weise herankommt, kann Intransparenz auslösen.⁸¹ Schon bloße Unleserlichkeit – also das

⁷⁹ Man denke in diesem Zusammenhang zB an Bauwerkverträge, die oft auf eine Fülle unterschiedlicher Geschäftsbedingungen, insbesondere auch ÖNORMEN, denen gleichfalls die Funktion von AGB zukommt, verweist. Zu Recht hat hier noch niemand verlangt, dass alle Bauvertragsbedingungen in einer einheitlichen Vertragsurkunde zusammengefasst sein müssten.

⁸⁰ OGH HS 10.568; JBl 2001, 232; ecolex 2003/266; *Leitner*, Das Transparenzgebot (2005) 7 f; *derselbe*, RdW 2003, 126 f; vgl schon *F. Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts (1967) 209, 220 f.

⁸¹ *Leitner*, Transparenzgebot 88.

typisch „Kleingedruckte“ – widerspricht dem Transparenzgebot,⁸² auch ein unverhältnismäßig großer Umfang des übergebenen Materials (also Desinformation durch Überinformation).⁸³

Die vorliegende Verweisung auf eine Website bezieht sich auf die vom Kunden zu entrichtenden „Finanzierungsbeiträge für den Ökostrom“. Für Kunden, die über keinen Zugang zum Internet verfügen, stellt ein solcher Verweis eine erhebliche Beeinträchtigung ihres AGB-Zuganges dar. Es geht nicht an, dass ein Energielieferant nur mit solchen Kunden kontrahiert, die über einen Internetanschluss verfügen.

3.2.2. Preisänderungsklauseln und die Abwälzung der EEffG-Lasten auf die Kunden der Energielieferanten

Aus den mir vorgelegten Unterlagen geht im Wesentlichen hervor, dass die Energielieferanten dazu neigen, auf den kWh-Preis den im EEffG vorgesehenen Ausgleichsbetrag aufzuschlagen, den der Energielieferant an den Bund abzuführen hat, soweit die vom Gesetzgeber angestrebten Energiesparmaßnahmen nicht zeitgerecht durchgeführt.

Manche Energielieferanten verrechnen bereits ab 01.01.2015 den Ausgleichsbetragsanteil pro kWh, ohne dass klar erkennbar wäre, ob und inwieweit in der Folge vom Kunden durchgeführte Energiesparmaßnahmen zu einer Rückverrechnung dadurch nicht anfallender Ausgleichsbeträge führen können. Andere Energielieferanten bieten diesbezügliche Gespräche an, verrechnen aber gleichfalls den Kunden gleichsam vorsorglich Ausgleichsbetragsanteile; wieder andere sehen sich zu etwaigen Rückverrechnungen verpflichtet, überwältigen die vorerst fiktiven Kostenanteile aber sogleich. Manche Energielieferanten bieten Vertragsänderungen mit entsprechender Rücksichtnahme auf durchzuführende Energiesparmaßnahmen an, gehen aber davon aus, dass bei Nichtannahme der angebotenen Vertragsänderung der

⁸² *Leitner*, Transparenzgebot 88.

⁸³ *Leitner*, Transparenzgebot 89.

Kunde mit der uneingeschränkten Verrechnung des endgültig fiktiven Kostenanteils einverstanden ist.

Von einer einheitlichen Linie der Energielieferanten im Bemühen, ihre Ausgleichsbetragslasten auf die Kunden zu überwälzen, kann derzeit keine Rede sein.

3.2.2.1. Fehlt eine gültige Preisanpassungsklausel, fehlt die Rechtsgrundlage für die Überwälzung von Ausgleichsbetragsanteilen

Ohne vertragliche Grundlage darf ein derartiger, wie immer konzipierter Preisaufschlag nicht verrechnet werden.

Soweit sich schon aus allgemeinen Erwägungen, die oben angestellt wurden, zeigt, dass die in AGB enthaltenen Preisänderungsklauseln unzulässig sind, decken sie auch kein Recht auf Abwälzung von EEffG-Lasten, die der Energielieferant zu tragen hat.

Fehlt es aber an einer gültigen Preisanpassungsklausel, dann bleibt dem Energielieferanten nichts anderes übrig, als entweder die mit der Zahlung von Ausgleichsbeträgen verbundene Last selbst zu tragen oder aber eine Auflösung des Energielieferungsvertrages anzustreben.

3.2.2.2. Selbst bei grundsätzlich gültiger Preisanpassungsklausel stellen sich Zulässigkeitsprobleme im Hinblick auf die Überwälzung von Ausgleichsbetragsanteilen

a) Keine Verrechnung bloß fiktiver Ausgleichsbeträge

Selbst wenn die in den AGB der Energielieferanten vorgesehenen Preisänderungsklauseln so konzipiert sein sollten, dass sie den Zulässigkeitsvoraussetzungen des allgemeinen Zivilrechts bzw des Verbraucherrechts, soweit dieses anzuwenden ist, grundsätzlich entsprechen, bleibt zu prüfen, ob eine *undifferenzierte* Abwälzung eines Ausgleichsbetrages, den die Energielieferanten am Ende des Tages in eben dieser Höhe dem Bund gar nicht abführen müssen, weil es zu erheblichen anrechenbaren Energiesparmaßnahmen gekommen ist, gesetzlich gedeckt ist.

Denn eines liegt nahe: Die Energielieferanten dürfen selbst dann, wenn ihnen dem Grunde nach das Recht zustünde, Ausgleichsbeträge auf ihre Kunden abzuwälzen, redlicherweise doch nur solche Ausgleichsbeträge weiterverrechnen, *die sie tatsächlich bezahlen müssen* und nicht bloß *fiktive*, die bestenfalls auf den Gedanken einer möglichst einfachen Weiterverrechnung gestützt werden können. Dies entspräche nämlich nicht dem Gedanken der sachlichen Rechtfertigung, sondern würde den Eindruck unsachlichen Vorgehens erwecken.

Dabei ist zu beachten, dass die Energielieferanten von allen Möglichkeiten Gebrauch machen müssen, um die aus dem EEffG resultierenden Kosten zu begrenzen. Insbesondere haben sie auf den dazu eingerichteten „Handelsplattformen“ zu bestimmten Marktpreisen Einsparmaßnahmen zu erwerben, die der Erfüllung der Einsparverpflichtungen dienen. Die auf diesen Handelsplattformen zu erzielenden Preise werden auch bei Kostenüberwälzungen zu berücksichtigen sein, weil sie die Ausgleichsbeitragslast der Energielieferanten mindern. Im EEffG ist auch vorgesehen, das erforderliche Volumen im Wege der Ausschreibung durch spezifische Dienstleister erbringen zu lassen. Nicht zuletzt haben die Energielieferanten auch im eigenen Bereich Energiesparmaßnahmen zu treffen und geltend zu machen.

So kann sich einerseits das Volumen, das von eigenen Kunden bereitgestellt werden soll, nicht unerheblich reduzieren, andererseits kann sich der maßgebliche Preis pro Einheit von der im Gesetz vorgenommenen Bemessung mit 20 Cent/kWh weit entfernen.

Am Rande sei angemerkt, dass der Gesetzgeber durch die hohe Bemessung der Ausgleichszahlung pönalisierenden Charakter verleihen wollte.⁸⁴ Für den Fall, dass die Energielieferanten in großem Ausmaß die Ausgleichszahlungen der Maßnahmensetzung präferieren, hat der Gesetzgeber die Erhöhung der Ausgleichszahlung als Rute ins Fenster gestellt (§ 21 Abs 2 EEffG).

Eine *sachlich gerechtfertigte* Abwälzung von Ausgleichsbeträgen nach § 21 EEffG auf die Kunden kann sich redlicherweise nur auf

⁸⁴ Frühere Entwürfe gingen, wie mir mitgeteilt wurde, sogar von 12,2 Cent aus.

Kosten beziehen, die dem Energielieferanten tatsächlich anfallen, und nicht auf (zumindest teilweise) fiktive Kosten, die davon ausgehen, dass überhaupt keine Energiesparmaßnahmen gesetzt werden.

Selbst wenn das EEffG möglicherweise die Hoffnungen auf umfassende Energiesparmaßnahmen enttäuschen könnte, so ist doch nicht anzunehmen, dass es zu gar keinen Energiesparmaßnahmen kommen wird. Kommt es aber seitens der Kunden zu einigermaßen bemerkbaren Energiesparmaßnahmen, dann werden dem entsprechend weniger Ausgleichsbeträge fällig, als wenn es zu keinerlei Energiesparmaßnahmen käme.

Insofern schießt ein Aufschlag eines Ausgleichsbetragsanteils auf den kWh-Preis ohne jede Rücksicht auf die anrechenbaren Energiesparmaßnahmen über das Ziel hinaus. Dabei sind mehrere Aspekte relevant.

b) Vorrang der Energiesparmaßnahmen

Vorerst ist festzuhalten, dass das EEffG vor allem die *Steigerung von Energiesparmaßnahmen* zum Ziel hat. Mehrfach wird im EEffG davon gesprochen, dass Energielieferanten eine „*Pflicht zur Durchführung von Energieeffizienzmaßnahmen*“ haben.⁸⁵

Die Zahlung eines Ausgleichsbetrages, der von Energielieferanten „*an Stelle des Setzens oder Nachweises von verpflichtenden Maßnahmen gemäß § 10*“ zu leisten sind, stellt keine gleichwertige Alternative zu den sonstigen Pflichten der Energielieferanten etwa im Sinne einer Wahlschuld dar (§ 906 Abs 1 ABGB). Vielmehr sind die Ausgleichsbeträge nur als „*Anreize, die für die Umsetzung der Energieeffizienzmaßnahmen notwendig sind*“ gedacht. (vgl § 21 Abs 2 EEffG). Für den Fall, dass mehr als ein Drittel des Volumens durch Ausgleichszahlungen substituiert wird, hat sich der Gesetzgeber die Erhöhung des Tarifs der Ausgleichszahlung vorbehalten (§ 21 Abs 2 EEffG).

⁸⁵ Vgl §§ 10; 11; 20 Abs 1; 21 Abs 1 EEffG.

Das Bemerkenswerte dieser Konstruktion liegt allerdings darin, dass das *eigentlich und hauptsächlich Gewollte*, nämlich die Durchführung von Energiesparmaßnahmen, den Energielieferanten nur in bescheidenem Maße selbst möglich ist, sodass sie vor allem darauf angewiesen sind, ihre Kunden oder Dritte zu solchen Maßnahmen zu motivieren, letztlich fremde Energiesparmaßnahmen zu registrieren und „*nachzuweisen*“ (§ 10 EEffG), *Effizienzmaßnahmen auf den Handelsplattformen via Ausschreibung zu kaufen*, um sie sich anrechnen zu lassen (§ 20 EEffG).

Dem Ziel des EEffG dient auch die Möglichkeit, „*eine Förderung einer Energieeffizienzmaßnahme in Form eines Investitionsschutzes*“ zu erhalten (§ 21 Abs 4 EEffG).⁸⁶ Derartige Investitionszuschüsse betreffen allerdings keine Maßnahmen, die aufgrund gesetzlicher oder unionsrechtlicher Verpflichtung beruhen; sie sind auch nicht auf die gesetzliche Verpflichtungen von Unternehmen gemäß § 11 EEffG anzurechnen (§ 21 Abs 5 EEffG). Als Förderungsmittel kommen insbesondere auch die an den Bund abzuführenden Ausgleichsbeträge der Energielieferanten in Betracht (§ 21 Abs 7 EEffG).

Es ist vorstellbar, dass sich der Erfolg all dieser Bemühungen, Energiesparmaßnahmen durchzusetzen, in Grenzen hält und daher der subsidiären, als Sanktion für den Fall des Misslingens des eigentlichen Zieles gedachten Erfüllung der Pflicht, für das Maßnahmenmanko Ausgleichsbeträge zu leisten, letzten Endes faktisch mehr Bedeutung zukommen kann, als rechtspolitisch erwünscht ist.

Gerade angesichts dieser Gefahr, dass das eigentliche Ziel des EEffG verfehlt werden könnte, wäre es in hohem Maße kontraproduktiv, wollten sich die Energielieferanten gleich vorweg dazu entschließen, ihre Bemühungen zur Durchsetzung von Energiemaßnahmen bei ihren Kunden sowie den Erwerb von Effizienzmaßnahmen eher auf Spar-

⁸⁶ Solche Förderungen sollen auf Grundlage des Bundesgesetzes, mit dem zusätzliche Mittel für Energieeffizienz bereitgestellt werden, BGBl I 2014/72, aufgebracht werden. Der BMWFW und der BMF haben diesbezüglich für die Jahre 2016 bis 2020 einen jährlichen Zusagerahmen für Förderungen, Zusagen und Aufträge festzulegen.

flamme zu halten und sich vorwiegend damit zu begnügen, lediglich Ausgleichsbeträge gemäß § 21 EEffG zu entrichten und zugleich zu trachten, die diesbezügliche Last auf die Kunden abzuwälzen.

Ein solches Vorgehen wäre als Verletzung der aus dem EEffG erhellenden Pflichten der Energielieferanten und somit als *gesetzwidrig* zu werten.

Trifft dies zu, dann dürfen die Energielieferanten ein solches Verhalten auch nicht dadurch fördern, dass sie vorweg von den Kunden Zahlungen verlangen, die darauf hinauslaufen, den Energielieferanten so viel an Ausgleichsbeträgen zu ersetzen, die anfallen würden, wenn die Energielieferanten überhaupt keine Energiemaßnahmen nachweisen könnten. Die Energielieferanten haben vielmehr sowohl bei sich selbst Energieeffizienzmaßnahmen durchzuführen als auch die bei ihren Kunden oder anderen Endenergieverbrauchern durchgeführten Maßnahmen nach den Vorschriften des EEffG nachzuweisen.

Somit dürfen Gegenstand der Überwälzung von Ausgleichsbeträgen auf die Kunden ausschließlich solche Ausgleichsbeträge sein, die den Energielieferanten dann treffen, wenn die von ihm nachgewiesenen Energiesparmaßnahmen das gesetzlich geforderte Ausmaß nicht erreicht haben. Vorweg Ausgleichsbeträge in jenem Umfang auf die Kunden abzuwälzen, in dem sie anwachsen, wenn keinerlei Energiesparmaßnahmen gesetzt worden wären, widerspricht dem Geist des EEffG, weil ein solches Vorgehen dazu anreizt, Pflichten zu verletzen, die nach dem EEffG bestehen. Denn wenn der Energielieferant sich unter Nutzung eines diesbezüglichen Gestaltungsrechtes oder aber auch im Einverständnis mit dem Kunden darauf beruft, dass der Ausgleichsbetrag so zu bezahlen ist, also ob keine Energiesparmaßnahme gesetzt würde, demotiviert dies von vornherein alle Beteiligten, sich um derartige Maßnahmen zu bemühen.

Jedenfalls spricht der Zweck des EEffG dagegen, dass die Energielieferanten die Ausgleichsbeträge ohne Rücksicht auf die den Energielieferanten zuzurechnenden Energiesparmaßnahmen auf ihre Kunden abwälzen. Ein derartiges Vorgehen widerspricht dem EEffG, weil es dazu tendiert, die EEffG-Pflichten der Energielieferanten zu unterlau-

fen. Die dem Energielieferanten zuzurechnenden Energiesparmaßnahmen sind also bei der Eruiierung der Ausgleichsbeträge, die den Kunden überwältzt werden sollen, jedenfalls zu berücksichtigen.

c) Relevanz sämtlicher dem Energielieferanten zurechenbarer Energiesparmaßnahmen

Die mir vorgelegten Beispiele lassen erkennen, dass manche Energielieferanten dazu neigen, den Kunden bei der Berechnung des auf sie entfallenden Anteils am überwältzten Ausgleichsbetrag ausschließlich die von ihnen selbst erbrachten Energiesparmaßnahmen anzurechnen.

Dies klingt vorerst plausibel. Die Summe der den Energielieferanten treffenden Pflichten (also zum einen die nachzuweisenden Energiesparmaßnahmen und zum anderen der Ausgleichsbetrag, der zu zahlen ist, wenn diese Energiesparmaßnahmen das gesetzlich vorgesehene Ausmaß nicht erreicht) sollen, folgt man diesem Konzept, auf alle Kunden so aufgeteilt werden, dass jeder Kunde unter Beachtung seiner eigenen Energiesparmaßnahmen jenen Ausgleichsbetrag zu decken hat, der angesichts seines Energieverbrauchsvolumens (also angesichts der von ihm verbrauchten kWh) auf ihn entfällt.

Dagegen wäre nichts einzuwenden, wenn alle dem Energielieferanten zuzurechnenden Energiesparmaßnahmen ausschließlich von den Kunden des Energielieferanten kämen, auf die dann auch der diesbezügliche Gesamtausgleichsbetrag ihrer jeweiligen Energieabnahme entsprechend aufzuteilen wäre.

Diese Rechnung geht allerdings dann nicht auf, wenn dem Energielieferanten auch noch andere Energiesparmaßnahmen zuzurechnen sind als nur jene, die insgesamt für die Überwältzung des Ausgleichsbetrages in Frage kommen.

So kann, soll und wird wohl auch der Energielieferant im Wege der Ausschreibung nach § 20 EEffG ihm zurechenbare Energiesparmaßnahmen erwerben, die geeignet sind, den zu zahlenden Ausgleichsbetrag zu verringern. Dann ist aber der Gesamtausgleichsbetrag, den der Energielieferant an den Bund abzuführen hat, niedriger als die Summe jener Beträge, die sich der Energielieferant von seinen Kunden holt,

weil ja der Wert aller von ihnen kommenden Energiesparmaßnahmen geringer ist als der Gesamtwert aller dem Energielieferanten zuzurechnenden Energiesparmaßnahmen. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass die Energielieferanten auch auf den Handelsplattformen Energiesparmaßnahmen zukaufen und dadurch ihre Ausgleichsbetragslast verringern. Die diesbezüglichen Ausgaben der Energielieferanten für den Erwerb der Energiesparmaßnahmen auf den Handelsplattformen sind geringer als es die Ausgleichsbeträge wären, die geleistet werden müssten, würden auf den Handelsplattformen keine Energiesparmaßnahmen zugekauft. Unabhängig davon stellt sich bezüglich der Überwälzung der Ausgleichsbetragslast der Energielieferanten auf ihre Kunden die Frage, ob die Energielieferanten ihre Ausgaben für die Zukäufe von Energiesparmaßnahmen auf den Handelsplattformen überhaupt in ihre Überwälzungsrechnung aufnehmen dürfen. Denn die Ausgaben für den Erwerb von Energiesparmaßnahmen auf Handelsplattformen sind als solche kein Ausgleichsbetrag. Infolge welcher Umstände der den Energielieferanten zu verrechnende Ausgleichsbetrag seine schließliche Höhe erreicht, spielt hier zumindest prima facie keine Rolle. Es ist nicht Aufgabe der Kunden, die Energielieferanten bei deren gesetzlicher Aufgabe zu unterstützen, möglichst viele Energiesparmaßnahmen auf den Handelsplattformen einzukaufen. Die diesbezüglichen Aufwendungen sind insofern kein antizipierter Ausgleichsbetrag. Zumindest versteht es sich keinesfalls von selbst, dass die Energielieferanten auch diese Aufwendungen auf ihre Kunden unter Hinweis auf eine gesetzliche Beitragspflicht abwälzen dürfen.

Sofern es überdies dabei bleiben sollte, dass die Energielieferanten jene Kunden, die Verbraucher im Sinne des KSchG sind, nicht zu Überwälzungsadressaten machen, verzerren sich die Verhältnisse noch weiter, wenn sich der Energielieferant auch alle Energiesparmaßnahmen der *Verbraucher*-Kunden anrechnen lässt, wodurch der ihn treffende Ausgleichsbetrag auch noch um diese Energiesparmaßnahmen der *Verbraucher*-Kunden reduziert wird, darauf aber bei der individuellen Berechnung des Überwälzungsbetrages für die unternehmerischen Kunden keine Rücksicht genommen werden sollte.

Auf diese Weise würde der Energielieferant insgesamt dem Bund weniger an Ausgleichsbetrag zu leisten haben, als er den unternehmerischen Kunden vorschreibt, weil bei jedem einzelnen Kunden nur seine eigenen Energiesparmaßnahmen vom ihn treffenden, höchsten fiktiven Ausgleichsbetragsanteil abgezogen werden, was nur solange sachgerecht ist, als ausschließlich die Summe aller Energiesparmaßnahmen der unternehmerischen Kunden der bestimmende Faktor der Berechnung des Gesamtausgleichsbetrages ist, den der Energielieferant zu zahlen hat. Sobald aber dem Energielieferanten auch noch andere Energiesparmaßnahmen angerechnet werden und er daher in Summe weniger an Ausgleichsbeitrag dem Bund abliefern muss, als der den unternehmerischen Kunden verrechnet, sammeln sich in seiner Sphäre Gelder, für die es eigentlich keinen Überwälzungstitel gibt. Nun könnte der Energielieferant argumentieren, dass er derartige Überschüsse benötige, um Aufwendungen zu decken, die ihm aus der ihn treffenden Energieeffizienzverwaltung treffen. Solche Aufwendungen betreffen aber, wie bereits oben gezeigt, keine Steuern, Gebühren oder sonstige Abgaben.

Insgesamt gehen also Überwälzungsberechnungen nicht sachgerecht auf, wenn sie den unternehmerischen Kunden das Höchstmaß an Ausgleichsbetragsanteil pro kWh verrechnen und davon lediglich abziehen, was der Kunde an eigenen Energiesparmaßnahmen gesetzt hat, wenn insgesamt sonstige, dem Energielieferanten zuzurechnende Energiesparmaßnahmen unberücksichtigt bleiben, die nicht zu den anrechenbaren Energiesparmaßnahmen aus dem Kreis der unternehmerischen Kunden stammen.

Es müsste also der den Energielieferer treffende gesamte Endbetrag des ihn treffenden Ausgleichsbetrages errechnet werden und dieser sodann in einem ersten Schritt auf sämtliche Kunden des Energielieferers ihrem jeweiligen Energiebezug entsprechend aufgeteilt werden. Soweit der Energielieferer Kunden aus dem Überwälzungskonzept ausnimmt, müsste er die auf diese ausgenommenen Kunden entfallenden Überwälzungsanteile auf die eigene Kappe nehmen und dürfte nur den verbleibenden Restbetrag auf die vom Überwälzungskonzept nicht ausgenommenen Kunden aufteilen.

d) Zur Differenzierung zwischen Verbrauchern und Unternehmern

Eine zusätzliche Frage ist die, ob und inwieweit es überhaupt gerechtfertigt ist, dass ein Energielieferant bei der Tarifberechnung Kundengruppen unterschiedlich behandelt, also – wie hier – Ausgleichsbeträge auf die eine Gruppe abwälzt und auf die andere Gruppe nicht.

Es ist hier nicht der Ort, das allgemeine Problem der Gleichbehandlung von Kunden durch Energielieferanten und damit zugleich das Problem der Gleichbehandlung im Privatrecht überhaupt zu erörtern.⁸⁷ Dazu nur so viel: Die Energiewirtschaft hat gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Allgemeininteresse zu wahren, worunter auch die diskriminierungsfreie Behandlung aller Kunden gehört.⁸⁸ Dies schließt nicht aus, dass unterschiedliche Kundengruppen aus sachlich gerechtfertigten Gründen unterschiedlich behandelt werden dürfen.

Im Bereich der Grundversorgung sind Stromhändler und sonstige Lieferanten sowie Erdgashändler und sonstige Versorger gehalten, einen *Allgemeinen Tarif für die Grundversorgung von Haushaltskunden* zu entwickeln und diesen Tarif ihren Verträgen mit *Verbrauchern* im Sinne des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG und mit *Kleinunternehmen, die sich auf die Grundversorgung berufen*, für die überdies ein Kontrahierungszwang der Energielieferanten besteht, zugrunde zu legen.

§ 77 Abs 2 EIWOG und § 124 Abs 2 GWG halten fest, dass der Allgemeine Tarif der Grundversorgung für Verbraucher im Sinne des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG nicht höher sein darf als jener Tarif, zu dem die größte Anzahl der Kunden dieser Gruppe versorgt werden.

Hingegen darf der *Allgemeine Tarif der Grundversorgung für Unternehmer* im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG nicht höher sein als jener Tarif, der gegenüber vergleichbaren Kundengruppen Anwendung findet.

⁸⁷ Vgl grundlegend schon *G. Hueck*, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht (1958); *F. Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht, GA 1. ÖJT 1961.

⁸⁸ Vgl diesbezüglich § 5 Abs 1 Z 1 EIWOG; § 5 Abs 1 Z 1 GWG.

Diese Vorschriften lassen also erkennen, dass eine *Tarifdifferenzierung zwischen Verbrauchern und Unternehmern zulässig* ist.

Dies ändert aber nichts daran, dass es Fragen der sachlichen Rechtfertigung aufwerfen kann, wenn die Energielieferanten die sie treffenden Lasten der Ausgleichsbetragszahlungen ungleich verteilen oder überhaupt nur auf eine Kundengruppe – nämlich auf die Unternehmer – überwälzen wollen.

Es ist also zumindest bedenklich, wenn das im vorliegenden Zusammenhang relevante Problem der Überwälzung von die Energielieferanten treffenden Lasten auf Dauer zu einer gravierenden unterschiedlichen Behandlung von unternehmerischen und nicht unternehmerischen Kunden führt. Doch selbst dann, wenn man akzeptiert, dass die Verbraucher-Kunden von der Überwälzung der Ausgleichsbeträge nicht tangiert werden sollen, sondern ausschließlich die Unternehmer-Kunden (allem Anschein nach unter Einschluss auch der Kleinunternehmer), dann darf auf die Unternehmer-Kunden nicht auch jene Last überwälzt werden, die eigentlich die Verbraucher-Kunden zu tragen hätten. Der auf die Verbraucher-Kunden theoretisch entfallende Überwälzungsanteil muss vielmehr von den Energielieferanten selbst getragen werden. Er geht die Unternehmer-Kunden nichts an. Sie auch damit zu belasten, erscheint sachlich in keiner Weise gerechtfertigt.

e) Vorausüberwälzungen künftiger Ausgleichsbeträge

Einige Energielieferanten erwecken den Eindruck, sie möchten bereits ab 01.01.2015 von den unternehmerischen Kunden den ihren verbrauchten kWh zugeordneten fiktiven Ausgleichsbetragsanteil verrechnen, obwohl der Ausgleichsbetrag noch lange nicht fällig ist und auch seiner Höhe nach derzeit noch gar nicht feststeht.

In diesem Zusammenhang fragt sich, worin die sachliche Rechtfertigung dafür liegt, dass den Kunden bereits ein Jahr vor Fälligkeit eines seiner Höhe noch gar nicht feststehenden Betrages, den der Energielieferant dem Bund zu zahlen haben wird, Ausgleichsbeitragsanteile verrechnet werden. Hier gewähren die Kunden dem Energielieferanten im Grunde vorerst einen unverzinsten Kredit. Eine solche Vorgangs-

weise hat mit der Berechnung des geschuldeten Energiepreises nichts zu tun und erscheint durch eine AGB-Preisänderungsklausel selbst dann, wenn sie als solche im Allgemeinen korrekt formuliert sein sollte, nicht gedeckt.

Vielmehr hat der Kunde einen etwaigen Überwälzungsbetrag erst dann zu leisten, wenn er der Höhe nach feststeht und die Ausgleichsbeitragsschuld des Energielieferanten gegenüber dem Bund auch fällig ist.

In diesem Zusammenhang ist auf § 77 Abs 2 letzter Satz ElWOG⁸⁹ zu verweisen: *„Dem Verbraucher im Sinne des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG, der sich auf die Grundversorgung beruft, darf im Zusammenhang mit der Aufnahme der Belieferung keine Sicherheitsleistung oder Vorauszahlung abverlangt werden, welche die Höhe einer Teilbetragszahlung für einen Monat übersteigt.“*

Demnach ist es den Energielieferanten jedenfalls gegenüber Verbrauchern, von einer geringfügigen Ausnahme abgesehen, untersagt, Vorauszahlungen zu verlangen. Solche Vorauszahlungen stehen überdies in engem Zusammenhang mit Sicherheitsbedürfnissen des Lieferanten.

Eine vergleichbare Regelung zugunsten von Unternehmern (allem Anschein nach auch gegenüber Kleinunternehmern) findet sich nicht. Es wäre aber dennoch sachlich nicht gerechtfertigt anzunehmen, dass den Energielieferanten angesichts dieses Schweigens des Gesetzgebers Tür und Tor offen stünden, sich von unternehmerischen Kunden erheblich vorfinanzieren zu lassen. Einer so weitgehenden Ungleichbehandlung der Kundenkreise sollte wohl eine *verfassungskonforme Auslegung* des Gesetzes entgegenstehen. Dies bedeutet: Das Schweigen des Gesetzes darf nicht zu einem Umkehrschluss führen, sondern eher dazu veranlassen, in anknüpfender Rechtsfindung (einer abge-

⁸⁹ Vgl auch § 77 Abs 3, 4 und 5 ElWOG, ferner § 124 Abs 2 letzter Satz, 3, 4 und 5 GWG.

schwächten Analogieform)⁹⁰ auch Vorauszahlungspflichten der unternehmerischen Kunden nur in engem Rahmen für zulässig zu halten.

f) Keine Ausgleichsbeitragsüberwälzungen für das Jahr 2014

Es kommen auch keine im Ergebnis rückwirkenden Belastungen der Kunden für das Jahr 2014 in Betracht, weil für dieses Jahr die Energielieferanten dem Bund noch keinerlei Ausgleichsbeiträge schulden. Das ist auch dann nicht anders, wenn Energiesparmaßnahmen bereits im Jahr 2014 getroffen wurden und angerechnet werden dürfen. Denn sie entlasten keine etwaigen Ausgleichsbeiträge für das Jahr 2014, sondern solche des Jahres 2015.

g) Fazit

Es wird aller Wahrscheinlichkeit noch weitere Berechnungskomplikationen im Zusammenhang mit dem Bemühen, den Kunden Ausgleichsbeitragslasten der Energielieferanten zu überwälzen, geben. All diese Fragen können hier nicht erschöpfend beantwortet werden. Aus dem bisher Skizzierten geht jedoch hervor, dass der anstehende Komplex an Ordnungs- und Verrechnungsfragen nicht mit einer schlichten Preisänderungsklausel in den Griff zu bekommen ist. Es ist daher eine Einigung zwischen den Energielieferanten und den Kunden herbeizuführen.

Und noch etwas:

Sollten Kunden durch Ausführungen ihres Energielieferanten über ihre angebliche Pflicht, sich am Ausgleichsbetrag zu beteiligen, in die Irre geführt worden sein, und sollten die Kunden nur deshalb nichts gegen den ihnen zugewiesenen Mehrkostenzuschlag unternommen haben, weil sie irrtumshalber annahmen, sie wären zu den ihnen vorgeschriebenen Mehrzahlungen vertraglich verpflichtet gewesen, so

⁹⁰ Vgl. *Mayer-Maly*, Über die Teilnichtigkeit, *GedS* Gschnitzer (1969) 265 (273); es handelt sich bei der „anknüpfenden Rechtsfindung“ um die Anwendung eines durch Induktion gewonnenen Wertungsprinzips, dem zur Analogie die präzise Rechtsfolgenanordnung fehlt.

steht ihnen unter der Voraussetzung, dass das Mehrbegehren des Energielieferanten auf keiner gültigen Vertragsgrundlage beruht, ein Rückforderungsanspruch wegen rechtsgrundloser Vermögensverschiebung zu. Selbst wenn es zu einer gültigen Vertragsänderung gekommen sein sollte, so wäre diese irrtumshalber anfechtbar, wenn die Vertragsänderung auf eine vom Energielieferanten ausgelösten Irreführung des Kunden beruht haben sollte, die dem Kunden aus den Umständen offenbar nicht auffallen musste. Die Vertragsanfechtung entzieht den inzwischen erfolgten Zahlungen den Rechtsgrund und der Kunde hat gleichfalls einen Rückerstattungsanspruch wegen rechtsgrundloser Vermögensverschiebung.

4. Nachträgliche Preisänderung mit Zustimmung der Kunden

Kommt eine einseitige Preisänderung aufgrund eines Gestaltungsrechts des Energielieferanten im Hinblick auf die Überwälzung der Ausgleichsbeiträge gemäß § 20 EEffG angesichts der dargelegten Schwierigkeiten nicht in Betracht, bleiben für eine den Intentionen des Energielieferanten entsprechende Preisgestaltung nur Gestaltungsvarianten übrig, welche die Zustimmung der Kunden erfordern.

4.1. Die Gestaltungsalternativen

Diesbezüglich gibt es mehrere Möglichkeiten:

- Die eine Lösung knüpft an die *Preisänderungsklauseln* an und fußt auf dem Gedanken, dass dem Energielieferanten dann ein über den Rahmen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG hinausreichendes (also an die Rechtsprechung und Lehre zu § 1056 ABGB anknüpfendes) Gestaltungsrecht sogar bei Verbrauchergeschäften zugebilligt werden kann, wenn der Energielieferant *dem Kunden aus Anlass einer gewünschten nachträglichen Preisanpassung das Recht auf sofortige Kündigung des Energielieferungsvertrages* einräumt. Der Kunde kann also die geforderte Preisänderung dadurch abwehren, dass er seinerseits den Vertrag umgehend löst. Nimmt der Kunde dieses Kündigungsrecht nicht wahr, wird angenommen, dass er der vor-

geschlagenen Preisänderung zustimmt. Die Initiative zur einseitigen Vertragsauflösung wegen mangelnder Einigkeit über die begehrte Preisänderung liegt hier also beim Kunden. Fehlt es trotz dieser Lockerungsthese an einer gültigen Preisänderungsklausel, ist dieser Lösungsweg versperrt.

- Gleichfalls auf Aufrechterhaltung des Energielieferungsvertrages zielt die Figur der *Änderungskündigung* durch den Energielieferanten. Er kündigt den Vertrag für den Fall auf, dass der Kunde nicht binnen gesetzter Frist sein Einverständnis mit der angestrebten Preisänderung erklärt. Nimmt der Kunde die Bedingung fristgerecht an, dann läuft der Vertrag mit der neuen Preisvereinbarung weiter; andernfalls ist der Vertrag durch die Kündigung aufgelöst.
- Es versteht sich freilich von selbst, dass eine Änderung des Preises auch ohne Änderungskündigung möglich ist. Der *Energielieferant offeriert dem Kunden eine Preisänderung, ohne dies mit einer Kündigung zu verknüpfen*. Der Kunde nimmt an oder lehnt ab. Nimmt er das Angebot, den bestehenden Vertrag im Hinblick auf die Preisbildung zu ändern, an, besteht der Vertrag zu geändertem Preis fort. Nimmt er nicht an, dann bleibt es beim bisher vereinbarten Preis. Dann wird sich der Energielieferant freilich überlegen, ob er angesichts der Ablehnung seines Preisänderungsvorschlags den Vertrag nicht doch aufkündigt. Er wird angesichts des Umstandes, dass er mit dem Änderungsangebot gescheitert ist, möglicherweise keine Änderungskündigung sondern eine endgültige aussprechen. Doch ist ihm nicht versagt, noch einen weiteren Versuch zu unternehmen und sein Anliegen nunmehr in Form einer Änderungskündigung vorzutragen. Im einen wie im anderen Fall ist es den Parteien möglich, über die neue Preisregelung auch zu verhandeln. Es liegt freilich nahe, dass ein Energielieferant einheitliche Verträge wünscht; dies ist im Hinblick auf eine gleichmäßige und gerechte Kostenüberwälzung auch notwendig.
- Wird der *Energielieferungsvertrag einvernehmlich oder durch ordentliche Kündigung der einen oder anderen Seite aufgelöst*, wird sich der Kunde aller Wahrscheinlichkeit nach einen neuen Vertragspartner zu suchen. Denn wenn er beim bisherigen bleiben

will, hätte eine Vertragsänderung genügt. Das bedeutet freilich nicht, dass der Kunde nicht auch mit seinem bisherigen Energielieferanten einen neuen Vertrag schließen kann.

4.2. Preisänderungsklausel mit Kündigungsrecht des Kunden

Manche meinen, die strenge Vorschrift des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG spiele dann keine Rolle, wenn die Preisänderungsklausel mit dem Recht des Verbrauchers gekoppelt ist, den Vertrag mit sofortiger Wirkung zu lösen, wenn die vom Energielieferanten angestrebte Preisänderung vom Kunden abgelehnt wird.

Im Grunde läuft ein solches Kündigungsrecht darauf hinaus, dass über den Preis ohnehin Einigkeit erzielt werden muss, weil der Kunde andernfalls den Vertrag einseitig beendet.

Dass eine derartige Konstruktion die strengen Parameter des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG letztlich illusorisch macht, wird mit dem Zweck dieser Norm begründet. Sie will verhindern, dass der Unternehmer bei aufrechtem Vertragsverhältnis nachträglich auf eine dem Verbraucher nicht vorweg durchschaubare und daher für ihn nicht nachprüfbar, also nicht kalkulierbare *einseitige* Preiserhöhung durchführt.⁹¹ Entscheidend für die gesetzliche Missbilligung der einseitigen Preiserhöhung sei, dass der Verbraucher *keine Möglichkeit hat, sich dieser Preiserhöhung zu entziehen*. Insbesondere soll der Verbraucher auch in diesem Zusammenhang nicht dem einseitigen Diktat des Unternehmers ausgeliefert sein.

Das bedeutet, dass all jene Fälle einer Preisänderung, aus welchem Grunde sie auch immer erfolgen mag, dann zulässig erscheinen müssten, wenn der Verbraucher die Möglichkeit hat, sich dieser Anpassung dadurch zu entziehen, dass er eine Fortsetzung des Vertrages zum neuen Preis durch eine einseitig erklärte Beendigung der Fortsetzung des Vertrages ablehnen kann. Dazu müsste ein Kündigungsrecht des

⁹¹ 744 BlgNR 14. GP 23 f; *Krejci* in Rummel³ KSchG § 6 Rz 73.

Kunden, das ihm für den Fall einer drohenden Preiserhöhung gewährt ist, ausreichen.

Diese Ansicht unterstützt die „*Schwarze Liste*“ der verbotenen Klauseln im Anhang der RL 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Dort sind spätere einseitige Preiserhöhungen oder –festsetzungen nur dann verpönt, wenn dem Verbraucher *für diesen Fall kein Rücktrittsrecht* eingeräumt wird.⁹² Unter „*Rücktrittsrecht*“ ist bei Dauerschuldverhältnissen ein Kündigungsrecht mit sofortiger Wirkung zu verstehen.

Gegen diese Möglichkeit, den Kunden vor dem Diktat einer nachträglichen Preiserhöhung durch den Unternehmer zu schützen, hat sich allerdings der OGH gewandt.⁹³ Seine diesbezügliche Entscheidung betraf die Wiener Linien. In SZ 54/150 wird sie unter den folgenden Leitsatz gestellt: „*Die formularmäßige Einbeziehung der ‚jeweils geltenden Beförderungsbedingungen‘ in den Zeitkartenvertrag eines Verbrauchers mit einem Beförderungsunternehmen gibt diesem kein Recht zur einseitigen Preiserhöhung während der Laufzeit des mangels Kündigung immer wieder verlängerten Vertrages*“.

Der OGH hält also die Möglichkeit des Kunden, den Vertrag angesichts einer nachträglichen Preiserhöhung zu kündigen, für ungeeignet, einer Preisänderungsklausel, welche die Kriterien des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG nicht erfüllt, zur Gültigkeit zu verhelfen. Demnach kann ein neuer Preis im Falle einer an sich unzulässigen Preisänderungsklausel nur durchgesetzt werden kann, wenn die bisherigen Verträge gekündigt und in der Folge mit neuer Preisregelung neu geschlossen werden.⁹⁴

⁹² *Eccher* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, KSchG § 6 Abs 1 Z 5 Rz 13.

⁹³ OGH 06.09.2001, 2 Ob 190/01g SZ 54/150 = *ecolex* 2002, 19 (*Wilhelm*).

⁹⁴ *Wilhelm*, *ecolex* 2002, 19. Erwähnung fand 2 Ob 190/01g auch bei *Graf*, Welche Preisänderungsklauseln sind in Verbraucherverträgen wirksam? Zur Auslegung des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, wbl 2005, 197 ff (198). *Graf* setzt sich in dieser Arbeit allerdings vor allem mit den Kriterien zulässiger nachträglicher Preisanpassungen auseinander, nicht hingegen mit dem Problem, wie es zu solchen Anpassungen zulässigweise kommen kann, wenn diese Kriterien nicht erfüllt sind. *Eccher* in Fe-

Der OGH führt aus: *„Das Argument, der Kunde könne jederzeit kündigen, kann nicht dazu führen, dazu gezwungen zu sein, eine gesetzwidrige Vorgangsweise akzeptieren oder den Vertrag auflösen zu müssen. Es geht, entgegen der von der beklagten Partei vertretenen Ansicht, nicht um die Frage der Preisbestimmung durch einen Vertragspartner und deren Kontrolle, sondern darum, ob und inwieweit im Geltungsbereich des KSchG rechtswirksam vereinbart werden kann, dass eine Partei die vereinbarten Preise einseitig erhöhen kann.“*

Schon das Berufungsgericht schlug in dieselbe Kerbe; der OGH gibt die Meinung des Berufungsgerichtes wieder: *„Auch das Kündigungsrecht der Kundin könne die Bedenklichkeit der Tarifklausel nicht sanieren, weil ein solches keineswegs dazu diene, den Kunden vor die Wahl zu stellen, gesetzwidrige Vertragsbestandteile oder Verhaltensweisen des Unternehmers hinzunehmen oder aus dem Vertrag zu emigrieren.“*

Der OGH hält also Preisanpassungsklauseln ohne die in § 6 Abs 1 Z 5 KSchG enthaltenen Kriterien auch dann für unwirksam, wenn es dem Verbraucher jederzeit freisteht, das Vertragsverhältnis umgehend zu beenden, sollte er mit der nachträglichen Preiserhöhung nicht einverstanden sein. Die Ansicht des OGH legt nahe, dass es aus seiner Sicht wohl auch nichts nützen würde, den Verbraucher im Vertrag ausdrücklich auf diese Auflösungsmöglichkeit hinzuweisen.

In 2 Ob 190/01g wird an anderer Stelle auch die von den Wiener Linien im Prozess vertretene Ansicht gerügt, die Preisanpassung gelte zugleich als „Änderungskündigung“. Diese Rüge erfolgte angesichts des Umstandes, dass in den AGB der Wiener Linien nirgends klar zum Ausdruck gebracht wurde, dass die Mitteilung einer Preisanpassung zugleich als Änderungskündigung zu verstehen sei, sodass der Kunde die Preisanpassung abwehren könne, wenn er sie ablehnt.

nyves/Kerschner/Vonkilch KSchG § 6 Abs 1 Z 5 Rz 13, die das hier anstehende Problem sehr wohl positiv ansprechen, erwähnen 2 Ob 190/01g nicht.

Der OGH sagt allerdings nicht, dass es verboten wäre, ad hoc eine Vereinbarung zwischen den Parteien zu treffen, wonach der Kunde sich mit der konkret zur Diskussion stehenden Preiserhöhung ausdrücklich einverstanden erklärt. Die Situation muss aber so gestaltet sein, dass vom Abschluss eines neuen Vertrages ausgegangen werden kann.

4.3. Änderungskündigung durch den Energielieferanten

Während der Grundsatz der Vertragstreue („pacta sunt servanda“) die Möglichkeit einer *Teilkündigung* ausschließt, sofern nicht von vornherein anderes vereinbart wurde,⁹⁵ ist die Rechtsfigur einer *Änderungskündigung* als zulässig anerkannt.⁹⁶ Es handelt sich dabei um die Aufkündigung des gesamten Vertrages, doch wird dem gekündigten Teil das Recht eingeräumt, die einseitige Vertragsauflösung dadurch abzuwehren, dass er einer vom Kündigenden vorgeschlagenen Änderung des bisherigen Vertragsinhaltes, zB einer Änderung der bisherigen Preisvereinbarung, binnen einer gesetzten Frist zustimmt.

Voraussetzung einer derartigen Änderungskündigung ist allerdings, dass die gesetzlichen und vertraglichen Voraussetzungen für eine *normale* ordentliche Kündigung vorliegen. Im Vergleich zu einer solchen Kündigung ist eine Änderungskündigung *weniger*; das heißt: Wenn eine ordentliche Kündigung zulässig ist, dann erst recht auch eine *bloße* Änderungskündigung (argumentum a maiori ad minus). Sofern es besondere Kündigungsschutzbestimmungen gibt, sind diese auch für eine Änderungskündigung relevant. Die Änderungskündigung ermöglicht also nicht, ein bestehendes Kündigungssystem zu unterlaufen.

⁹⁵ *Krejci*, Privatrecht⁸ Rz 501. Bei der Teilkündigung wird lediglich ein Teil, uU auch nur eine einzelne Bestimmung eines Vertrages aufgekündigt, während der übrige Vertrag aufrecht bleibt. Die Parteien wären bei einer Teilkündigung gehalten, die aufgekündigten Bestimmungen neu zu verhandeln; sollte das Gesetz die betroffene Ordnungsfrage regeln, würde an die Stelle der aufgekündigten Vereinbarung die im Gesetz vorgesehene Regelung treten.

⁹⁶ *Krejci*, Privatrecht⁸ Rz 502.

Im vorliegenden Zusammenhang ist also darauf zu achten, ob und inwieweit für Energielieferungsverträge *besondere Kündigungsregeln* zu beachten sind. Diese Frage ist insbesondere vor dem Hintergrund des für Energielieferanten bestehenden Kontrahierungszwanges relevant.⁹⁷

§ 76 Abs 1 EIWOG ordnet an: „*Verbraucher im Sinne des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG und Kleinunternehmer können Verträge mit ihrem Lieferanten unter Einhaltung einer Frist von zwei Wochen kündigen, ohne einen gesonderten Kündigungsstermin einhalten zu müssen. Lieferanten können Verträge mit Verbrauchern im Sinne des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG und Kleinunternehmen nur unter Einhaltung einer Frist von zumindest acht Wochen kündigen. Sind Bindungsfristen vertraglich vereinbart, so ist die ordentliche Kündigung spätestens zum Ende des ersten Vertragsjahres und in weiterer Folge für Verbraucher im Sinne des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG und Kleinunternehmen unter Einhaltung einer Frist von zwei Wochen sowie für Lieferanten unter Einhaltung einer Frist von zumindest acht Wochen möglich.*“⁹⁸

Im Rahmen dieser gesetzlichen Vorgaben kann der Energielieferant auch Änderungskündigungen vornehmen.

Auch wenn es im Rahmen einer Änderungskündigung üblich ist, über den Inhalt der gestellten Bedingung keine weiteren Verhandlungen mit dem gekündigten Vertragspartner zu führen, ist dies prinzipiell nicht ausgeschlossen. Doch führt ein derartiges Vorgehen im Ergebnis dazu, dass der Energielieferant von seiner in der Änderungskündigung gestellten Bedingung abweicht.

4.4. Angebot einvernehmlicher Preisänderung bei Aufrechterhaltung des Vertrages

Der Energielieferant kann auch von vornherein dem Kunden lediglich das Angebot einer Vertragsänderung im Sinne einer Änderung der

⁹⁷ Vgl § 77 EIWOG; § 124 Abs 1 GWG; § 19 EEffG.

⁹⁸ § 123 Abs 1 GWG enthält eine dem § 76 Abs 1 EIWOG entsprechende Bestimmung.

bisherigen Preisabsprache machen. Nimmt der Kunde das Angebot an, gilt die neue Preisregelung, lehnt er ab, bleibt es beim bisherigen Vertrag. Solange verhandelt wird, läuft der alte Vertrag weiter.

Auch noch so strenge Klauselverbote können eine *spätere einvernehmliche Änderung*, insbesondere eine Änderung des ursprünglich vereinbarten Entgelts, nicht verhindern.⁹⁹ Bei einvernehmlicher späterer Entgeltänderung ist der Unternehmer zwar nicht an die strengen Kriterien des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG gebunden, trägt dafür aber das Risiko, dass sich der Vertragspartner dem Anpassungswunsch widersetzt.¹⁰⁰

Grundsätzlich ist zu beachten, dass der Energielieferant allein schon aus betriebswirtschaftlichen Gründen ein *einheitliches Preissystem* anstrebt. Es liegt ihm daher fern, mit einzelnen Kunden unterschiedliche Preise auszuhandeln.

Zudem sind Energielieferanten von Gesetzes wegen gehalten, jedenfalls die Grundversorgung von Verbrauchern und Kleinunternehmen nach ihrem Allgemeinen Tarif zu beliefern (§ 77 Abs 1 EIWOG; § 124 Abs 1 GWG), so dass insofern kein Raum für individuelle Sonderregelungen bleibt.

All dies spricht gegen die Vorstellung, dass sich Energielieferanten auf Verhandlungen mit einzelnen Kunden einlassen können, es wäre denn, es handelt sich um Großabnehmer, die auch für den Energielieferanten von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sind.

Wenn es also um Fragen des *Verhandelns* geht, wäre auf Seite der Kunden ein Zusammenschluss möglichst vieler, gleichartig Betroffener zweckmäßig, die ihre Meinung zu den einseitigen Vorschlägen ihres Energielieferanten mit entsprechendem Gewicht darlegen könnten. Insofern erscheint es sinnvoll, dass sich die gesetzliche Interessenvertretung der unternehmerisch tätigen Kunden im Vorfeld der künftigen

⁹⁹ Welser in Krejci, Handbuch zum KSchG 366; Krejci in Rummel³ KSchG § 6 Rz 82; Eccher in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, KSchG § 6 Abs 1 Z 5 Rz 13; OLG Linz 09.05.2006, 3 R 51/06z.

¹⁰⁰ Eccher in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, KSchG § 6 Abs 1 Z 5 Rz 13.

Tarifgestaltung im Hinblick auf die Anforderungen des EEffG in die diesbezüglichen Gespräche einschaltet.

4.5. Einvernehmliche Auflösung oder unbedingte Kündigung des Vertrages und Abschluss eines neuen Vertrages

Es ist freilich auch denkbar, dass die Vertragsparteien angesichts der gegebenen Situation einvernehmlich den Energielieferungsvertrag auflösen, ohne dass über die Preisänderung weiter diskutiert wird. Das ist allerdings die für alle Beteiligten ungünstigste Lösungsvariante. Da die Kunden ja weiterhin Energie benötigen, werden sie bestrebt sein, einen neuen Vertrag abzuschließen. Insofern verlagert sich die Klärung des anstehenden Problems auf den Neuabschluss eines Energielieferungsvertrages. Ihn mit dem bisherigen Energielieferanten abzuschließen, wäre angesichts des Umstandes, dass der ohnehin bestandene Vertrag aufgelöst wurde, befremdlich. Wenn man mit dem bisherigen Energielieferanten über einen Neuabschluss verhandeln will, dann kann man sich das sparen, weil man ebenso gut den ohnehin schon bestehenden Vertrag ändern kann. Eine einvernehmliche Vertragsauflösung, aber auch eine unbedingte Kündigung durch eine Seite, spricht also dafür, dass sich der Kunde einen anderen Energielieferanten suchen will. Doch ist auch in diesem neuen Vertrag die Frage der Überwälzung der Ausgleichsbetragslast des Energielieferanten auf den Kunden zu lösen.

Dem hier interessierenden Überwälzungsproblem entkommt also auch jener Kunde nicht, dessen Energielieferungsvertrag aus dem gegebenen Anlass beendet wird.

Die Konkurrenz der Energieanbieter könnte dafür sorgen, dass manche von ihnen das Überwälzungsproblem kundengünstiger als die Mitbewerber zu lösen versuchen. Es wird dessen ungeachtet wohl zu einem mehr oder weniger marktkonformen Parallelverhalten kommen. Einschlägige Absprachen einschließlich eines aufeinander abgestimmten Verhaltens der Energieanbieter wären allerdings kartellrechtlich bedenklich. Auf diese Problematik ist hier aber nicht einzugehen.

4.6. Erklärungs- insbesondere Zustimmungsfiktionen

Sowohl in Fällen der Änderungskündigung als auch in jenen eines Änderungsangebotes, unter Umständen auch dann, wenn dem anderen Teil ein Antrag auf einvernehmliche Auflösung des Vertrages zugeht, stellt sich die Frage, ob und inwieweit im Zuge derartiger rechtsgeschäftlicher Erklärungen vom Offerenten zugleich auch festgelegt werden kann, dass dem Schweigen des anderen Teils innerhalb einer vom Offerenten gesetzten Frist ein bestimmter Erklärungswert zukommen soll, das Schweigen insbesondere als Zustimmung zu werten ist.

So könnte der Energielieferant mit dem Ausspruch der Änderungskündigung oder mit dem nicht mit einer Kündigung verbundenen Änderungsangebot den Hinweis verbinden, dass das Schweigen des Kunden als Einverständnis mit der Vertragsänderung gewertet wird.

Im Allgemeinen kann jemand, der einem anderen ein Angebot macht, den Adressaten allein damit noch nicht binden; erst die *Annahme* des Angebotes löst auf Seite des Anerklärten eine Bindungswirkung aus. Bloßes Schweigen auf ein Angebot gilt also solches noch nicht als Zustimmung.¹⁰¹ Dies wäre nur dann der Fall, wenn sich aus den sonstigen gegebenen Umständen eine derartige Zustimmung zweifelsfrei ergibt. Es müssen also im jeweils konkreten Fall die Voraussetzungen für eine schlüssige Willenserklärung im Sinne des § 863 ABGB vorliegen. Allein daraus, dass jemand in seinem Angebot darlegt, wie er das Verhalten des Adressaten, insbesondere dessen Schweigen, zu deuten gedenkt, entsteht keine Situation der Unzweifelhaftigkeit im Sinne des § 863 ABGB. Ebenso, wie das Angebot selbst vom anderen erst einmal angenommen worden sein muss, um den Adressaten zu binden, muss er auch die Vorstellungen des Offerenten über die Deutung des Adressatenschweigens annehmen.

¹⁰¹ OGH 10 Ob 511/95 SZ 68/90; um dem Schweigen Zustimmungskarakter zu verleihen, müssen weitere Sachverhaltselemente hinzukommen: zB ausschließliche Vorteilsgewährung, 7 Ob 68/13w ÖBA 2013, 916; eine bestehende Antwortpflicht, 2 Ob 136/07z JBl 2008, 596; 6 Ob 24/11i ÖBA 2012, 833; vgl aber auch § 5 VersVG.

Es versteht sich also keineswegs von selbst, dass die im Angebot enthaltene Deutung des Schweigens des Adressaten als Zustimmung bereits dazu führt, dass ein solches Schweigen die Bindung des Adressaten an das ihm zugekommene Angebot auslöst.

Auch in Angeboten enthaltene Erklärungsfiktionen bedürfen also der Annahme durch den Adressaten. Das gilt nicht nur für Angebote, die auf den Abschluss eines neuen Vertrages zielen, sondern auch für Angebote auf Vertragsänderung.¹⁰² Allerdings darf nicht übersehen werden, dass ein bereits bestehendes Vertragsverhältnis zwischen den Vertragspartnern ein engeres Vertrauensverhältnis schafft als sonstiger sozialer Kontakt zwischen Unbekannten, der einer Begründung eines Rechtsverhältnisses vorangeht.

Sobald Vertragspartner bestimmte Erklärungsfiktionen *bereits vereinbart haben*, sind sie relevant. Ist also bereits vertraglich vereinbart, dass in bestimmten Situationen das Schweigen des anderen als rechtlich relevante Willenserklärung zu verstehen ist, dann löst ein solches Schweigen sehr wohl Bindungswirkungen aus.

Es kommt also auch im vorliegenden Zusammenhang darauf an, ob und inwieweit der Energielieferungsvertrag eine derartige Erklärungsfiktion vertraglich festlegt.

Ist also *bereits vereinbart*, dass im Falle einer Änderungskündigung Schweigen des Kunden bis zum Ablauf einer bestimmten Frist als Zustimmung zur Bedingung des Fortfalls der Kündigung zu deuten ist, dann kommt dem diesbezüglichen Schweigen die damit verbundene Rechtswirkung auch zu.

Besonderes gilt für *vertragliche Erklärungsfiktionen in Verbraucherverträgen* (§ 6 Abs 1 Z 2 KSchG). Sie sind nur dann wirksam, wenn der Verbraucher bei Beginn der für die Erklärungsfiktion vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen wird und er überdies zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist eingeräumt erhält.

¹⁰² Krejci, KSchG Komm § 6 Rz

Auch diese Regelung kann in Fällen einer dem Verbrauchergeschäft vergleichbarer Ungleichgewichtslage allgemeine Bedeutung als Konkretisierung der Generalklausel des § 879 Abs 3 ABGB entfalten.

5. Ergebnisse

Die Zusammenfassung der Ergebnisse des vorliegenden Rechtsgutachtens gibt nur die wichtigsten Aussagen wieder. Auf die diesbezüglichen Begründungen wird in der Zusammenfassung ebenso wenig eingegangen wie auf zahlreiche im Haupttext behandelte Einzelfragen. Insofern erspart diese Zusammenfassung nicht die Lektüre des Haupttextes.

1. Die Energielieferanten beabsichtigen, die mit ihrer Verpflichtung, Ausgleichsbeträge gemäß § 21 EEffG an den Bund abzuführen, verbundenen Belastungen auf ihre Kunden zu überwälzen. Dabei ist jedenfalls vorerst daran gedacht, diesbezüglich nur unternehmerisch tätige Kunden, nicht aber Kunden heranzuziehen, die Verbraucher im Sinne des KSchG sind.
2. Die Energielieferanten streben in erster Linie an, die Kostenüberwälzung durch eine einseitige Preisänderung herbeizuführen. Sofern dies aus rechtlichen Gründen nicht möglich sein sollte, soll dies mit Zustimmung der Kunden erreicht werden.
3. Eine nachträgliche Preisänderung ohne Bezugnahme auf vertragliche Preisänderungsklauseln kommt nicht in Betracht:
 - a. Die Pflicht zur Bezahlung von Ausgleichsbeträgen ist nicht so drückend, dass eine Nichtabwälzung dieser Belastung auf die Kunden die bestehenden Preisvereinbarungen gesetz- oder sittenwidrig machen würde.
 - b. Die Energielieferanten können sich diesbezüglich auch nicht auf Irrtum, Fortfall der Geschäftsgrundlage, List, Drohung oder *laesio enormis* berufen.
4. Eine nachträgliche Preisänderung unter Bezugnahme auf vertragliche Preisänderungsklauseln stößt auf Probleme der Zulässigkeitsgrenzen einseitiger nachträglicher Vertragsänderungen.

- a. Nach allgemeinen Grundsätzen können insbesondere auch vertraglich vorbehaltene nachträgliche Preisänderungen nur im Rahmen billigen Ermessens vorgenommen werden. Offenbar unbillig sind einseitige Leistungsbestimmungen dann, wenn die Maßstäbe von Treu und Glauben in grösster Weise verletzt werden und die Unrichtigkeit der Leistungsfestsetzung einem sachkundigen und unbefangenen Beurteiler sofort erkennbar ist. Das Streben der Energielieferanten, die von ihnen dem Bund zu entrichtenden Ausgleichsbeträge, denen sie selbst nicht entgehen können, auf die Kunden abzuwälzen erscheint nicht als Fall eines offenbar unbilligen Ermessensmissbrauchs seitens der Energielieferanten. Völlig auszuschließen ist freilich nicht, dass in einem besonderen Fall ein Energielieferant die Überwälzung seiner Ausgleichsbeitragslast auf besonders auffällige und sachlich nicht nachvollziehbare Weise gestalten könnte, dass ein gegen Treu und Glauben verstößendes Überschreiten der Grenze des billigen Ermessens vorläge.
- b. Hingegen finden sich erhebliche Gründe für die Annahme, dass die derzeit in Diskussion befindlichen Erwägungen zur angestrebten Überwälzung der Ausgleichsbeträge auf die Kunden durch gängige vertragliche Preisänderungsklauseln im Hinblick auf die Anforderungen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG nicht gedeckt sein könnten.
- c. Diese Bestimmung wurde für Verbrauchergeschäfte geschaffen. Es ist jedoch anerkannt, dass die Zulässigkeitskriterien dieser Bestimmung auch als Orientierungsmaßstab für die Konkretisierung des Tatbestandes der gröblichen Benachteiligung durch vertragliche Nebenbestimmungen in AGB und Vertragsformblättern (§ 879 Abs 3 ABGB) dient; dies jedenfalls dann, wenn ein Unternehmergeschäft eine Ungleichgewichtslage auf-

weist, wie sie typischerweise einem Verbrauchergeschäft zugrunde liegt. Ein wesentliches Element dieser Ungleichgewichtslage liegt in der Verwendung von AGB oder im individuellen Vertragsdiktat durch einen Vertragspartner, ohne dass der andere aufgrund seiner Verhandlungsschwäche die Möglichkeit hätte, Änderungen auszuhandeln. Unzulässig sind insbesondere einseitig, nur auf Preishöhung ausgerichtete Anpassungsklauseln, sowie weitläufige Generalklauseln.

- d. Selbst wenn eine Preisänderungsklausel in den AGB des Energielieferanten grundsätzlich den Kriterien des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG entsprechen sollte, bestehen erhebliche Bedenken gegenüber den derzeit erwogenen Konzepten zur Überwälzung der Ausgleichsbetragslasten auf unternehmerische Kunden.
- e. Es erscheint sachlich nicht gerechtfertigt, vorweg (auch) fiktive Ausgleichsbeträge abzuwälzen, die den Energielieferanten im Ergebnis gar nicht entstehen. Dies ist dann der Fall, wenn die Energielieferanten anrechenbare Energiesparmaßnahmen von dritter Seite erwerben, die den Umfang der Ausgleichsbetragsverpflichtungen der Energielieferanten mindern, ohne dass diese Minderung auch in den Überwälzungsbeträgen entsprechend berücksichtigt würde. Diese dritte Seite stellen einerseits anrechenbare Maßnahmenerwerbe nach § 20 EEffG dar, andererseits aber auch anrechenbare Maßnahmenerwerbe bei eigenen Kunden sowie bei Fremdkunden. Entsprechendes gilt für anrechenbare Einsparungen, die im eigenen Unternehmensbereich getroffen werden. Die Summe der tatsächlich die Energielieferanten belastenden Ausgleichsbeträge darf nicht niedriger sein als die Summe der den unternehmerischen Kunden verrechneten Beträgen.
- f. Eine Verrechnung bloß fiktiver Ausgleichsbeträge unter Absehen der Anrechnung von Energiesparmaßnahmen

und damit die Förderung der Tendenz, den gesetzlichen Vorrang der Energiesparmaßnahmen im Ergebnis zu unterlaufen, widerspricht dem EEffG.

- g. Unterschiedliche Preisgestaltungen für Verbraucher und Unternehmer sind an sich zulässig, doch darf dies, was die Überwälzung von Ausgleichsbeträgen betrifft, nicht zu sachlich ungerechtfertigten Ergebnissen führen.
 - h. Erhebliche Vorausüberwälzungen erst künftig fällig werdender Ausgleichsbeträge, deren Höhe erst später festgestellt werden kann, kommen für Kunden, die Verbraucher im Sinne des KSchG sind, schon aufgrund der Gesetzeslage nicht in Betracht, sind aber auch bei Unternehmern sachlich nicht gerechtfertigt und erscheinen bei verfassungskonformem Gesetzesverständnis auch durch das ElWOG und GWG eher nicht gedeckt.
 - i. Für das Jahr 2014 fallen noch keine Ausgleichsbeträge an und können daher auch nicht überwält werden. Dass bereits im Jahr 2014 anrechenbare Energiesparmaßnahmen gesetzt werden können, steht damit in keinem Zusammenhang.
5. Soweit eine einseitige Preisänderung zwecks Überwälzung der Ausgleichsbetragslast der Energielieferanten auf unternehmerische Kunden nicht in Betracht kommt, verbleibt die Möglichkeit
- a. der Änderungskündigung der Energieverträge durch die Energielieferanten, wobei den Kunden die Fortsetzung ihres Vertrages geboten wird, sofern sie mit der erwünschten Preisänderung einverstanden sind; stimmt der Kunde der Preisänderung nicht zu, endet der Energielieferungsvertrag durch Kündigung;
 - b. des Angebotes, die Preisvereinbarung einvernehmlich zu ändern, ohne dass dieses mit einer Vertragsauflösung verbunden wird; diesfalls bleibt eine Verweigerung der Zustimmung des Kunden zur neuen Preisgestal-

- tung vorerst Auswirkung auf den bisherigen Energielieferungsvertrag;
- c. der einvernehmlichen Auflösung des bestehenden Energielieferungsvertrages oder seiner gewöhnlichen ordentlichen Kündigung durch einen der Vertragspartner; diesfalls wird wohl in der Regel der Abschluss eines neuen Vertrages mit einem anderen Energielieferanten ins Auge fasst werden.
6. Die Umstände der Branche führen dazu, dass die Energielieferanten nicht nur aus betriebswirtschaftlichen Gründen, sondern auch angesichts der Gesetzeslage, die den Energielieferanten die Verwendung von AGB vorschreibt, bestrebt sind, eine einheitliche Preisregelung durchzusetzen, so dass es in der Regel zu keinen Verhandlungen mit einzelnen Kunden über die Überwälzung der Ausgleichsbetragslast der Energielieferanten kommen wird. Die unternehmerischen Kunden können unter Einschaltung ihrer gesetzlichen Interessenvertretung versuchen, mit den Energielieferanten zu einer konkordanten Lösung des anstehenden Problems zu kommen.
 7. Enthält der Energielieferungsvertrag keine besonderen Regelungen über Erklärungs-, insbesondere über Zustimmungsfiktionen, so bindet eine in einem Vertragsänderungsangebot enthaltene Zustimmungsfiktion den Erklärungsadressaten ebenso wenig wie das Angebot selbst. Ob es in solchen Fällen durch bloßes Schweigen des Kunden zu einer Zustimmung kommt, ist also nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln zu beantworten; sie setzen eine zweifelsfreie Situation voraus, die üblicherweise durch bloßes Schweigen nicht gegeben ist.
 8. Gibt es eine vertragliche Erklärungs-, insbesondere Zustimmungsfiktion, so ist diese bei Verbrauchergeschäften unter den Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG wirksam. Auch bei Unternehmerngeschäften kommt diese Bestimmung unter der Voraussetzung zur Anwendung, dass das Unternehmerngeschäft

auf einer Ungleichgewichtslage beruht, die dem Verbrauchergeschäft vergleichbar ist.

9. Beträge, welche Lieferanten zu Unrecht beim Kunden abgebucht haben, können vom Kunden zurückgefordert bzw. gegenverrechnet werden.

Wien, am 10. März 2015

Heinz Krejci