

Linz, am 28.11.2021

## UPDATE: OGH Urteil zu 5 Ob 103/21i zu Anpassungen des Strom-/Gaspreises im Wege der Zustimmungsfiktion

Sehr geehrte Damen und Herren!

Es liegt uns nun die Entscheidung des OGH vom 28.09.2021, 5 Ob 103/21i zu den Allgemeinen Lieferbedingungen der Innsbrucker Kommunalbetriebe AG („IKB“) vor. Die Entscheidung wurde den Parteien aber erst vergangene Woche zugestellt und ist nun im Rechtsinformationssystem abrufbar.

Zur Erinnerung: Das OLG Innsbruck als Vorinstanz sah in den allgemeinen Bestimmungen der Preisanpassungsklauseln der IKB mehrere Verstöße gegen das Konsumentenschutzgesetz („KSchG“), und zwar

- einen Verstoß gegen das auch auf Zustimmungsfiktionsklauseln analog anzuwendende Symmetriegebot des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, weil nur die Möglichkeit der Entgelterhöhung, aber keine Verpflichtung zur Entgeltsenkung vorgesehen ist; weiters
- sei die Widerspruchsfrist von 2 Wochen unangemessen kurz; und
- die Möglichkeit, Preiserhöhungen innerhalb von 2 Monaten nach Vertragsabschluss durchzuführen, sei gemäß § 6 Abs 2 Z 4 KSchG unzulässig.

Der OGH hat die Revision zurückgewiesen und die Entscheidung der Vorinstanzen in diesen Punkten als nicht korrekturbedürftig angesehen. **Damit hat die Entscheidung des OLG Innsbruck in allen Punkten „gehalten“.**

In der Folge dürfen wir Ihnen einen raschen, ersten Überblick über den wesentlichen Inhalt dieses brandaktuellen Urteils geben:

### 1. Zwingende Anwendung des Symmetriegebots auch bei Zustimmungsfiktion

Die Vorinstanzen begründeten die verpflichtende Zweiseitigkeit von Preisanpassungsklauseln mit der analogen Anwendung des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG (und auch – wenngleich hier nicht relevant - § 6 Abs 2 Z 3 KSchG) auf Zustimmungsfiktionsklauseln. Auch Zustimmungsfiktionsklauseln seien am „Telos dieser Bestimmungen“ zu messen. Sei ein Energielieferant nur berechtigt, nicht aber verpflichtet,

vereinbarte Preise abzuändern, dann sei dies intransparent (Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG) und gröblich benachteiligend (Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB).

Gemäß **§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG** sind für den Verbraucher Vertragsbestimmungen im Sinn 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 („Symmetriegebot“).

Der OGH stimmte den Vorinstanzen darin zu, dass nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG (und Abs 2 Z 3 KSchG) unangemessene einseitige Preis- und Leistungsänderungsklausel auch nicht über den Umweg einer vereinbarten vertraglichen Zustimmungsfiktion wirksam vereinbart werden können. Der OGH beanstandet, dass die zu beurteilende Klausel den Verbraucher über die Gründe, die in Hinkunft zu einer derartigen Änderung führen sollen, im Unklaren lasse, selbst wenn dort auch Indizes angeführt werden und ein Höchstausmaß der Preisänderung vorgesehen sei. Auch das Argument des IKB, dass Preisänderungen maximal zwei Mal jährlich stattfinden sollen, reichte dem OGH für eine ausreichend transparente Beurteilung, *„wann konkret nun Preisänderungen durch den Unternehmer vorgenommen werden dürfen“*, nicht aus: *„Letztlich hängt die Entgeltänderung vielmehr ausschließlich vom Willen der Beklagten ab, auch eine Preisänderung aufgrund gesunkener Indizes (laut Klauseln 3 und 4) kann der Kunde – schon gar nicht im Weg der Erklärungsfiktion – seinerseits durchsetzen.“*

Erstes Fazit: Der OGH hat seine Rechtsprechung zum Inhalt von Preis Zustimmungsfiktionsklauseln (im Vergleich zur von ihm zitierten Entscheidung 10 Ob 60/17x) weiter verschärft: Erstens muss – wie schon bisher - für den Kunden konkret erkennbar sein, wann Preisänderungen von Seiten des Energielieferanten überhaupt möglich sind. Zweitens: Liegen die Voraussetzungen für eine Preissenkung vor, dann muss diese Preissenkung durchgeführt werden.

Folgende eigenartige Konsequenz dieses neuen Rechtssatzes drängt sich auf: Der Umstand, dass § 6 Abs 1 Z 5 KSchG de facto nunmehr auch für Zustimmungsfiktionen maßgeblich sein soll, bedeutet aber auch, dass sich das „Zustimmungsfiktionsverfahren“ (Information des Kunden einschließlich Widerspruchsrecht des Kunden) in Wahrheit künftig wohl erübrigt, weil § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, der für einseitige Preisanpassungen durch den Unternehmer gilt, ohnedies zu beachten ist. Diese (eigenartige) Konsequenz wird aber wohl noch einmal durchzudenken sein.

Ob dies auch bedeutet, dass Preiserhöhungen immer bei Vorliegen der Voraussetzungen erfolgen müssen (was ja gänzlich absurd wäre!), geht aus der Entscheidung nicht hervor, ist aber wohl im Sinne der bisherigen Judikatur zu verneinen: *„[...] Der Umstand, dass sich die beklagte Partei die Entscheidung vorbehält, trotz Überschreitens der Indexschwelle keine Entgeltänderung vorzunehmen, ist für den Verbraucher nicht nachteilig. Insbesondere bedeutet die Klausel nicht, wie die Klägerin meint, dass damit eine Einflussnahme der Beklagten auf den Index möglich wäre. Die Freiheit, von der Geltendmachung eines bestehenden Rechts gegenüber dem Vertragspartner keinen Gebrauch zu machen, ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz.“* ( Ob 132/15t).

## 2. Widerspruchsfrist

Die Vorinstanzen gingen in ihrer Entscheidung davon aus, dass eine Widerspruchsfrist von zwei Wochen zu kurz ist. Diese Ansicht vertritt auch der OGH und argumentiert, dass eine Frist von 14 Tagen ab Zugang des Änderungsschreibens jedenfalls im Bereich der Daseinsvorsorge als unangemessen anzusehen ist. Gründe dafür sind vor allem jene, dass der Kunde des Energieversorgers sich mit Zugang des Änderungsschreibens über Konditionen anderer Anbieter auf dem Energiemarkt in sehr kurzer Frist informieren muss, um abschätzen zu können, ob er dem Änderungsbegehren widersprechen soll oder nicht. Außerdem ist nicht gewährleistet, dass wenn der Kunde einen Anbieter findet, dass dieser Anbieter auch tatsächlich mit dem Kunden zeitnah einen Energieversorgungsvertrag abschließt. Ebenso verfügt nicht jeder Stromkunde über einen Internetzugang, sodass nicht für jeden ein leichter Zugang zu Informationen über Stromanbieter gewährleistet ist.

Fazit: Empfohlen werden muss eine Ausweitung der Widerspruchsfrist. Vier Wochen sollten ausreichend sein.

## 3. Preiserhöhung innerhalb zwei Monaten

Die Vorinstanzen orteten übereinstimmend in der Möglichkeit der Preiserhöhung binnen der ersten zwei Monate nach Vertragsabschluss eine Gesetzeswidrigkeit iSd § 6 Abs 2 Z4 KSchG. Die Klausel der IKB formuliert die Ausnahme für die Erhöhung des Entgelts innerhalb von zwei Monaten nach Vertragsabschluss ganz allgemein für den Fall, dass die Preiserhöhung bereits bei Vertragsabschluss vereinbart wurde. Der OGH bestätigt die Ansicht der Vorinstanzen und führt dazu aus, dass nähere Darlegungen, wie eine derartige Vereinbarung ausgestaltet ist, gefehlt haben und somit ein Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z4 KSchG vorliegt.

Fazit: § 6 Abs 2 Z 4 KSchG ist künftig in die AGB mitaufzunehmen.

## 4. Indexausgangswert in der Vergangenheit

Die Vorinstanzen beurteilen den Indexausgangswert in der Vergangenheit als unter Umständen überraschend iSd § 864a ABGB, da der Verbraucher nicht damit rechnen müsse, dass bei Abschluss des Vertrages uU bereits eine Preiserhöhung von erheblicher Höhe (~ 50%) möglich sei. Der OGH stellt dazu fest, dass selbst wenn man den genannten Ausgangswert für Bestandskunden dem Durchschnittswert der letzten vier Monate gegenüberstellt, im April 2020 für bereits bestehende Kunden eine Preiserhöhung um fast 50% möglich gewesen wäre. Der OGH schloss sich somit der Ansicht der Vorinstanzen an stuft die Klausel als ungewöhnlich iSd § 864a ABGB ein, da gerade an der Stelle „Erhöhung der Arbeits- und Leistungspreise“ diese Klausel auch überraschend ist.

Fazit: Um einen Verstoß gegen das Überraschungsverbot des § 864a ABGB auszuschließen, ist auf diesen Umstand anlässlich der entsprechenden Änderung der AGB oder auch in den AGB selbst deutlich hinzuweisen.

## 5. Auffindbarkeit des Index

Der Index muss so beschrieben werden, dass er für die Kunden ohne Suchaufwand auffindbar ist (Ausfluss aus dem Transparenzgebot gemäß § 6 Abs 3 KSchG). Ein „pauschaler“ Verweis auf eine Website, auf der der Referenzindex nicht sofort ersichtlich ist, ist nicht ausreichend (Punkt 4.2. des Urteils).

## 6. Vorauszahlung

Das OLG Innsbruck hat auch eine Klausel der IKB, welche die Voraussetzungen für Vorauszahlungen regelt, für unzulässig erklärt, weil nicht klar genug dargelegt werde, in welchen Fällen das Unternehmen erhebliche Zweifel an der Zahlungsfähigkeit und Kreditwürdigkeit eines Kunden annimmt. Auch hier vertrat der OGH dieselbe Ansicht und entgegnete, dass unklar und damit intransparent ist, unter welchen Voraussetzungen genau die in der Klausel genannten „erheblichen Zweifel“ an der Zahlungsunfähigkeit und/oder Kreditwürdigkeit des Kunden bestehen. Demnach sieht auch hier der OGH in dieser Klausel eine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB.

## 7. Ungeklärte Fragen

Leider hat der OGH wiederum viele, wichtige Fragen rund um Preisanpassungsklauseln nicht beantwortet:

Ungeklärt bleibt,

- ob ÖSPI/ÖGPI und Börsenpreise geeignete Referenzwerte für Preisanpassungen sind (oder doch gröblich benachteiligend) sind (nicht einmal für den VPI -in Bezug auf die Anpassung des Grundpreises - konnte sich das Höchstgericht dazu durchringen, auszusprechen, dass der VPI diesbezüglich ein geeigneter Index sei; vgl. Punkt 5.2. des Urteils); wir meinen weiterhin, dass zumindest ÖSPI/ÖGPI und VPI geeignet sind; Börsenpreisen steht (auch) die neue Regulierungskommission derzeit sehr skeptisch gegenüber; diese kommen unseres Erachtens nur dann in Frage, wenn ihre Auffindbarkeit und Verständlichkeit in den AGB bzw auf der Website entsprechend aufbereitet wird (ob dies ausreichend ist, ist allerdings offen).
- ob ÖSPI/ÖGPI und Börsenpreise jedenfalls dann geeignete Referenzwerte für Preisanpassungen sind, wenn sie die jeweilige Energiebeschaffung widerspiegeln. Unseres Erachtens ist dies zu bejahen;
- ob Index-Ausgangswerte in der Vergangenheit (also Ausgangswerte, die vor dem Vertragsabschluss liegen) zulässig sind oder gröblich benachteiligend sind; unseres Erachtens sind sie zulässig, wenn sie die Energiebeschaffung widerspiegeln; die Regulierungskommission legt derzeit besonderen Wert darauf, dass Index-Ausgangswerte in einem sachlichen Zusammenhang mit den jeweils aktuellen Preisen stehen (die dann auf Basis des Ausgangswertes erhöht werden sollen/können);
- ob eine Anknüpfung an aktuelle Börsenpreise (dh ohne Referenz auf Ausgangswerte, auf denen die aktuellen Preisen beruhen) für Preisanpassungen zulässig (und nicht etwa gröblich

benachteiligend) sind; die Regulierungskommission steht diesen Klauseln sehr skeptisch gegenüber, weil es so ermöglicht wird, zu Beginn „Dumping Preise“ (also Preise unter den Energiebeschaffungskosten) zu vereinbaren, um dann die Preise entsprechend „unverhältnismäßig“ und „überraschend“ zu erhöhen.

**Soweit ein erster Überblick über dieses wichtige Urteil, der freilich allgemeinbleiben muss und für den wir keine Gewähr übernehmen können, insbesondere nicht, was er für die konkrete Preisanpassungsklauseln Ihres Unternehmens bedeutet.**

Wir stehen Ihnen gerne für eine individuelle Beratung und Unterstützung bei der Entwicklung von maßgeschneiderten Preisanpassungsklauseln für Ihr Unternehmen zur Verfügung.

Freundliche Grüße

Dr. Klaus Oberndorfer / Vera Höglhammer, LL.M.