

An das  
Bundesministerium für Klimaschutz, Umwelt,  
Energie, Mobilität, Innovation und Technologie  
Abteilung VI/4  
zHd Herrn Tom Dießner, LL.M.  
Stubenring 1, 1010 Wien

**Per E-Mail:** Tom.Diessner@bmk.gv.at  
Benedikt.Ennser@bmk.gv.at

Mag. Martin Niederhuber  
Dr. Peter Sander, LL.M., MBA  
Mag. Paul Reichel  
MMag. David Suchanek  
Dr. Florian Stangl, LL.M.  
Mag.<sup>a</sup> Lisa Brandauer, BSc<sup>1</sup>  
Mag. Manuel Planitzer<sup>1</sup>  
Dr.<sup>in</sup> Katharina Häusler, EMA<sup>1</sup>  
Mag.<sup>a</sup> Manuela Scheidl<sup>1</sup>



2.5.2024  
AZ BMK/HÖHERE GEWALT  
STF/MSC

## Rechtliche Stellungnahme – Höhere Gewalt iZm Gaslieferverträgen

Das Bundesministerium für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie (BMK) hat uns um rechtliche Prüfung<sup>1</sup> der Frage gebeten, ob sich Gasversorger, die in Österreich Endverbraucher:innen beliefern, bei einem kriegsbedingten Ausfall russischer Gasexporte<sup>2</sup> in die EU bzw. nach Österreich auf das Vorliegen höherer Gewalt berufen und sich damit ihrer Lieferverpflichtung oder allfälligen Schadenersatzansprüchen entziehen könnten.

Wir haben diese Frage nach Maßgabe des österreichischen Rechts und unter Berücksichtigung der uns zur Verfügung gestellten Musterklauseln, nicht jedoch auf Basis konkreter Gaslieferungsverträge oder anhand konkreter Ausfallssituationen geprüft. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass eine Einzelfallbewertung von dem vorliegenden, abstrakten Prüfungsergebnis abweichen würde.

### 1. Executive Summary

Zusammenfassend kommen wir zu dem **Ergebnis**, dass sich österreichische Gasversorger bei einem kriegsbedingten Ausfall russischer Gasexporte in die EU bzw. nach Österreich in Hinblick auf ihre eigenen Versorgungspflichten mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht

<sup>1</sup> Die vorliegende rechtliche Stellungnahme wurde für das Bundesministerium für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie erstellt und ist ausschließlich an dieses gerichtet. Dritte können sich daher nicht auf die darin getätigten Ausführungen stützen.

<sup>2</sup> Unserer Analyse wurde allgemein ein Lieferausfall aufgrund des laufenden Krieges zwischen der Russischen Föderation und der Ukraine zugrunde gelegt. Andere oder speziellere Gründe für einen Lieferstopp wurden in der gegenständlichen Ausarbeitung nicht bewertet.

erfolgreich auf höhere Gewalt berufen könnten, mithin weiterhin Lieferverpflichtungen gegenüber Endverbraucher:innen bestünden, bei deren Nichterfüllung sie potenziell schadenersatzpflichtig würden.

## 2. Allgemeiner gesetzlicher Rahmen, Einordnung der höheren Gewalt

Der Begriff bzw. Rechtsbehelf der höheren Gewalt ist nicht kodifiziert, sondern wurde in der Judikatur entwickelt. Der OGH definiert höhere Gewalt wie folgt:

- *„Höhere Gewalt ist ein von außen her auf den Betrieb (hier einen Beförderungsbetrieb) einwirkendes außergewöhnliches Ereignis, das nicht in einer gewissen Häufigkeit und Regelmäßigkeit vorkommt und zu erwarten ist und durch äußerste zumutbare Sorgfalt weder abgewendet noch in seinen Folgen unschädlich gemacht werden kann.“<sup>3</sup>*
- *„Höhere Gewalt ist ein von außen einwirkendes elementares Ereignis, das auch durch die äußerste zumutbare Sorgfalt nicht zu verhindern war, und so außergewöhnlich ist, dass es nicht als typische Betriebsgefahr anzusehen ist.“<sup>4</sup>*

## 3. Vertragsrechtliche Einordnung von Gaslieferverträgen und höherer Gewalt nach österreichischem Recht

Bei Gaslieferverträgen zwischen Versorgern und Endverbraucher:innen handelt es sich im Kern um Kaufverträge, die als Sukzessivlieferverträge ausgestaltet sind. Einen allgemeinen Grundsatz, wonach höhere Gewalt zum Entfall der Pflicht zur Vertragserfüllung führt, gibt es im österreichischen Recht nicht. Vielmehr richtet sich die Frage, wer die Gefahr des Zufalls trägt, nach dem im ABGB verankerten allgemeinen Leistungsstörungsrecht. Das ABGB ordnet im Fall einer zufälligen nachträglichen Unmöglichkeit der Leistungserbringung – und damit auch bei einem Leistungsausfall infolge von Ereignissen höherer Gewalt – an, dass der Vertrag zerfällt, ausstehende Leistungen nicht mehr erbracht werden müssen und bereits Geleistetes zurückzugeben ist (§§ 1447, 1435

---

<sup>3</sup> RIS-Justiz RS0029808 mwN.

<sup>4</sup> 1 Ob 66/19s; RIS-RS0027309; RIS-RS0029808 mwN.

ABGB). Ist die Unmöglichkeit der Leistungserbringung demgegenüber vom Verkäufer (d.h. dem Schuldner der vertragscharakteristischen Leistung, hier der Gasversorger) zu vertreten bzw. fällt sie in die Sphäre des Verkäufers, hat der Käufer ein Wahlrecht zwischen (i) einem Vertragsrücktritt und dem gleichzeitigen Entfall der wechselseitigen Leistungspflichten und (ii) einem Austauschanspruch, bei dem an die Stelle des Kaufgegenstands der Anspruch auf den Ersatz des Nichterfüllungsschadens tritt (§ 920 2. Satz ABGB).

Höhere Gewalt findet – ohne eine gesonderte Höhere-Gewalt-Klausel im zugrunde liegenden Vertrag – im **allgemeinen Leistungsstörungenrecht** dann Berücksichtigung, wenn ein Ereignis zum **Wegfall der Geschäftsgrundlage** führt (vgl. § 901 ABGB). Der Wegfall der Geschäftsgrundlage wird in der Literatur und Rechtsprechung idR dann bejaht, wenn eine geschäftstypische Voraussetzung oder ein geschäftstypischer Umstand entfällt, dieser Wegfall für die betroffene Partei nicht vorhersehbar war und sich auch nicht in ihrer eigenen Sphäre ereignet hat.<sup>5</sup>

Enthält der betreffende Kaufvertrag eine Höhere-Gewalt-Klausel, gilt grundsätzlich Folgendes: Eine typische Höhere-Gewalt-Klausel ordnet das Risiko des Unmöglichwerdens der Leistungserbringung in – durch zumindest beispielhafte Aufzählung näher bestimmten – Fällen höherer Gewalt ausdrücklich dem Käufer zu und lässt die Leistungs- und Schadenersatzpflicht des Verkäufers im Fall eines solchen Ereignisses höherer Gewalt entfallen.

Ein Ereignis ist – entsprechend der unter Punkt 2 zitierten OGH-Rechtsprechung – dann als Ereignis höherer Gewalt zu qualifizieren, wenn es **unvorhersehbar** und **unvermeidbar** ist und **nicht aus der Sphäre des Verkäufers stammt**. Unvorhersehbarkeit und Unvermeidbarkeit müssen im Sinne eines beweglichen Systems **kumulativ** vorliegen.<sup>6</sup> Eine Höhere-Gewalt-Klausel ist nicht einschlägig, wenn sich mit dem betreffenden Ereignis (bloß) ein allgemeines Lebensrisiko realisiert hat.

---

<sup>5</sup> § 901 ABGB; *Bollenberger/Bydlinski* in *Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), KBB – Kurzkommentar zum ABGB<sup>7</sup> (2023) zu § 901 ABGB Rz 6 ff; mwN.

<sup>6</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0027309; RS0029808 mwN.

#### 4. Höhere Gewalt im Fall kriegsbedingt ausbleibender Gaslieferungen aus Russland?

In der österreichischen Literatur wird vertreten, dass eine „freiwillige“ Leistungsdrose-  
lung der Gasversorgung durch einen Gaslieferanten oder der Lieferstopp eines Vorliefe-  
ranten ohne das Hinzutreten weiterer Umstände im Allgemeinen nicht als Fall höherer  
Gewalt zu qualifizieren, sondern iSd § 920 2. Satz ABGB der Sphäre des Gaslieferanten  
zuzurechnen ist.<sup>7</sup>

Die Frage, ob ein **Ausfall von Gaslieferungen aus Russland** als Ereignis bzw. direkte  
Folge eines Ereignisses höherer Gewalt gesehen werden kann, hängt daher uE im We-  
sentlichen davon ab, ob (i) der russische Angriffskrieg auf die Ukraine und (ii) ein daraus  
resultierender Gaslieferstopp als von außen einwirkende Ereignisse zu qualifizieren sind,  
die **unvorhersehbar** und deren Folgen **unvermeidbar** sind bzw. waren:

- Anerkannt ist, dass der Ausbruch der kriegerischen Konfrontation zwischen der  
Russischen Föderation und der Ukraine grundsätzlich als Ereignis höhere Gewalt  
qualifiziert werden kann.<sup>8</sup> Der russische Angriffskrieg auf die Ukraine begann al-  
lerdings im Februar 2022 und dauert daher bereits mehr als zwei Jahre an. Die  
Gasimporte Österreichs und Europas aus Russland sind seither – nicht zuletzt auf-  
grund teilweise ausbleibender Gaslieferungen – ein wiederkehrendes Thema, hin-  
sichtlich derer seit einiger Zeit gesichert ein Problembewusstsein besteht. Sollte ein  
gänzlicher Stopp von Gaslieferungen aus Russland oder eine mengenmäßige Ein-  
schränkung eintreten, kann nach unserer Einschätzung mit guten Gründen ange-  
nommen werden, dass diese Lieferausfälle bzw. mengenmäßigen Liefereinschrän-  
kungen für Gasversorger **nicht (mehr) unvorhersehbar** waren.

---

<sup>7</sup> T. Rabl/Hauenschild, Gaskrise, *ecolex* 2009, 100; F. Bydlinski, Energie und Kaufrecht, in FS Hämmerle (1972) 49 ff. Freilich muss hierbei erwähnt werden, dass die entsprechende Aussage vor dem Hintergrund der Gaskrise 2008/2009 ergangen ist, deren Hintergrund ja ein wirtschaftlicher Streit zwischen Russland und der Ukraine war und deren Auswirkungen auf die europäische Versorgungslage mit den derzeit drohenden Einschränkungen wohl nicht vergleichbar ist.

<sup>8</sup> Vgl. Frank J. Bernardi, Vertragsbindung und Force Majeure in der Gegenwart, *RIW* 2022, 180; OGH 8Ob99/99p; 1Ob257/01b mwN.

- Selbiges muss uE auch für eine etwaige Unmöglichkeit aufgrund einer Nichtverlängerung der – dem Vernehmen nach Ende 2024 ablaufenden<sup>9</sup> – **Transitvereinbarung** zwischen der Ukraine und der Russischen Föderation bzw. dem russischen Staatskonzern Gazprom gelten. Auch hier ist das drohende Hindernis für den Import von Erdgas aus russischen Quellen bekannt, sodass eine daraus resultierende Einschränkung der Bezugsmengen keinen Fall höherer Gewalt darzustellen vermag.
- Sollte auf dem Weltmarkt die Möglichkeit einer rechtzeitigen Ersatzbeschaffung (wenn auch zu höheren Preisen<sup>10</sup>) bestehen, entfällt uE darüber hinaus auch die **Unvermeidbarkeit** der Folgen eines kriegsbedingten Lieferausfalls oder -engpases.

Folglich sprechen die besseren Argumente dafür, dass kriegsbedingte Lieferstopps oder Lieferengpässe im Jahr 2024 **keine Fälle höherer Gewalt** oder **zufälliger nachträglicher Unmöglichkeit** iSd § 1447 ABGB (analog) darstellen würden. Wird eine – faktisch mögliche – Ersatzbeschaffung in Anbetracht der bestehenden Bezugsverträge über Gas aus russischen Quellen unterlassen, wäre uE ein etwaige Lieferengpass oder -ausfall gegenüber den Endverbraucher:innen der **Sphäre des Versorgers** zuzuordnen und dem Regelungsregime des § 920 2. Satz ABGB zu unterwerfen.<sup>11</sup>

Das Risiko einer kriegsbedingten Unterbrechung der Gasexporte muss aus unserer Sicht mithin zunehmend als Teil des vorhersehbaren, allgemeinen Lebensrisikos – und damit nicht (mehr) als Fall höherer Gewalt – qualifiziert werden, je länger der Krieg und die

---

<sup>9</sup> Siehe dazu <https://www.energate-messenger.de/news/235919/ukraine-ende-des-transitvertrags-kein-ende-der-lieferungen> (2.5.2024).

<sup>10</sup> Der Unvermeidbarkeit nur gleichgehalten wird, wenn das Versorgungsunternehmen aufgrund der Ersatzbeschaffung nur mehr defizitär geführt werden könnte (OGH 1 Ob 143/10a); dies allerdings nur, wenn das Unternehmen an dieser Situation kein Verschulden trifft (RIS-Justiz RS0034443 mwN); im Unterlassen einer rechtzeitigen, wirtschaftlich tragbaren Ersatzbeschaffung könnte uE allerdings ein solches Verschulden erblickt werden.

<sup>11</sup> Dass die Kosten der Ersatzbeschaffung dermaßen hoch sind, dass der Gasversorger sein Unternehmen nur mehr defizitär betreiben könnte (vgl. FN 10), erscheint in Anbetracht der Marktpreise für Erdgas zumindest aktuell ausgeschlossen. Zudem gibt es starke Indizien dafür, dass eine nicht rechtzeitige Diversifizierung der Bezugsquellen als Verschulden und damit als Unvermeidbarkeits-Ausschlussgrund zu qualifizieren wäre.

damit einhergehende Ungewissheit andauert.<sup>12</sup>

Unbeschadet der vorstehenden Ausführungen ist davon auszugehen, dass für den Fall, dass aufgrund eines Versorgungsengpasses mit Erdgas Maßnahmen nach dem **Energieleitungsgesetz 2012** („EnLG“) gesetzt werden, mit welchen Versorgern die Belieferung gewisser Endverbraucher:innen untersagt oder mengenmäßig beschränkt wird, ein Fall von höherer Gewalt vorliegen könnte. Aus der Rechtsprechung zur COVID-19-Pandemie lässt sich nämlich ableiten, dass nicht nur das unmittelbare Ereignis (Pandemie bzw Krieg), sondern auch die staatlichen Eingriffe, die in direktem Zusammenhang mit diesem Ereignis stehen, von den Rechtsfolgen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage und Höherer-Gewalt-Klauseln erfasst sein können. Allerdings gelten die obigen Ausführungen zu (Un-)Vorhersehbarkeit und (Un-)Vermeidbarkeit wohl auch in diesem Zusammenhang: Ist das Inkrafttreten von beschränkenden Maßnahmen nach dem EnLG vorhersehbar und sind dessen Folgen durch Ersatzbeschaffung vermeidbar, würde uE auch hier im Ereignis keine höhere Gewalt vorliegen.

## 5. **Exkurs: Höhere Gewalt in Verbraucherverträgen**

Im **B2B-Bereich** sind Höhere-Gewalt-Klauseln üblich und weitgehend zulässig; einzige Grenze der Zulässigkeit Höherer-Gewalt-Klauseln im B2B-Bereich ist die Sittenwidrigkeit iSd § 879 ABGB.

Im **B2C-Bereich** besteht bei Höhere-Gewalt-Klauseln – abhängig von deren konkreter Ausgestaltung – ein gewisses Potential der Intransparenz, sodass sie uU als unzulässiger Vertragsbestandteil iSd § 6 KSchG zu qualifizieren wären. Aus generischen Höhere-Gewalt-Klauseln ist dem/der Verbraucher:in im Voraus nämlich regelmäßig nicht erkennbar, welche Sachverhalte konkret erfasst sind und zum Entfall der Leistungspflicht des Gasversorgers führen können; eine derartige Unklarheit wurde in der Rechtsprechung als dem/der Verbraucher:in nicht zumutbar qualifiziert.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> So auch die deutsche Literatur, vgl. *Frank J. Bernardi*, Vertragsbindung und Force Majeure in der Gegenwart, RIW 2022, 180.

<sup>13</sup> OGH 10b191/16v; OGH 1 Ob 164/10i mwN.

## 6. Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich aus den vorstehenden Ausführungen in Bezug auf Gaslieferverträgen zwischen Versorgern und heimischen Endverbraucher:innen, die österreichischem Recht unterliegen, Folgendes ableiten:

- Der Ausbruch des russischen Angriffskriegs und dessen unmittelbare Folgen (dazu zählen uE auch allfällige mit dem Kriegsausbruch in Zusammenhang stehende staatliche Restriktionen) können dem Grunde nach Fälle höherer Gewalt sein bzw. zum Wegfall der Geschäftsgrundlage eines Vertrags führen.
- Höhere Gewalt ist im Kaufvertragsregime dann relevant, wenn (i) die höhere Gewalt zur nachträglichen Unmöglichkeit der Leistungserbringung bzw. zum Wegfall der Geschäftsgrundlage führt oder (ii) eine Höhere-Gewalt-Klausel vereinbart ist.
- Höhere-Gewalt-Klauseln sind im B2B-Bereich uE weitgehend uneingeschränkt wirksam; im B2C-Bereich ist uE nicht auszuschließen, dass generisch formulierte Höhere-Gewalt-Klauseln im Einzelfall als intransparent iSd § 6 KSchG qualifiziert würden und damit unwirksam wären.
- Sind Lieferstopps oder Lieferengpässe in Bezug auf russisches Erdgas – faktischer Lieferstopp, Import- oder Exportstopp aufgrund staatlicher Restriktionen einschließlich der Nichtverlängerung von Transitverträgen oder staatliche Maßnahmen nach dem EnLG – **nicht unvorhersehbar** und deren Konsequenzen für die eigenen Versorgungsverpflichtungen auch **nicht unvermeidbar**, sind sie uE **nicht als Fälle höherer Gewalt** zu qualifizieren und daher gemäß § 920 2. Satz ABGB der **Sphäre des Gasversorgers** zuzuordnen. Höhere Gewalt ausschließende Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit sind uE bereits dann gegeben, wenn mit Einschränkungen der Belieferung im Voraus zu rechnen ist respektive ein Versorgungsengpass durch eine Ersatzbeschaffung vermieden werden könnte.

- Bei einem kriegsbedingten Ausfall russischer Gasimporte könnten sich Versorger von Endverbraucher:innen daher mit hoher Wahrscheinlichkeit **nicht erfolgreich auf höhere Gewalt berufen**. Die Lieferverpflichtungen bestünden mithin grundsätzlich weiter; deren Nichterfüllung würde mit hoher Wahrscheinlichkeit Schadenersatzpflichten auslösen.

Niederhuber & Partner Rechtsanwälte GmbH

m.p. RA Dr. Florian Stangl, LL.M.

m.p. RA Mag. Manuela Scheidl