



## Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Hinger als Vorsitzenden sowie die Richter Mag. Schmoliner und Mag. Marchel in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenten-information**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **Verbund AG**, Am Hof 6a, 1010 Wien, vertreten durch die KWR Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (EUR 30.500) und Urteilsveröffentlichung (EUR 5.500) über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 7.2.2023, 58 Cg 17/22s-16, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 3.051,12 (darin EUR 508,52 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

### **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e**

Der Kläger ist ein Verein, der nach § 29 Abs 1 KSchG berechtigt ist, Ansprüche nach § 28 KSchG klagsweise geltend zu machen.

Die Beklagte ist ein Energieversorgungsunternehmen und Stromhändler im Sinne des § 7 Z 65 ElWOG. Sie bietet ihre

Leistungen im gesamten österreichischen Bundesgebiet an. Selbst betreibt sie keine Kraftwerke (Erzeugungsanlagen im Sinne des § 7 Z 20 ElWOG), sie ist jedoch Mehrheits-eigentümerin der Verbund Hydro Power GmbH („VHP“), die Österreichs größter Erzeuger von Strom aus Wasserkraft ist.

Die VHP verkaufte den von ihr erzeugten Strom im Wesentlichen zur Gänze konzernintern an die Verbund Energy4Business GmbH („Energy4Business“), deren alleiniger Gesellschafter die Beklagte ist. Die Beklagte schließt mit der Energy4Business Rahmenverträge über die Lieferung von Strom ab und kauft damit den größten Teil der benötigten Menge rund 1,5 Jahre im Voraus ein. Den darüber hinaus benötigten Strombedarf, der insbesondere durch starke Änderungen der Nachfrage kurzfristig entsteht, deckt sie durch kurzfristige Kontrakte. Die Beklagte zahlt dabei einen Preis, der anhand der am jeweiligen Tag an der European Energy Exchange (EEX) in Leipzig (einer Handelsplattform für Strom) gehandelten Preise festgelegt wird sowie einen Aufpreis für Wasserstromzertifikate. Die konzerninternen Stromtransaktionen werden nicht der EEX gemeldet und sind damit nicht im Datensatz „EX Phelix-AT Future“ abgebildet.

Dieser Datensatz bildet den von der österreichischen Energieagentur - Austrian Energy Agency veröffentlichten österreichischen Strompreisindex (ÖSPI). Dieser gibt einen Ausblick auf die im nächsten Monat zu erwartende Preisentwicklung auf dem Stromgroßhandelsmarkt, das heißt er zeigt an, um wie viel Prozent sich der Großhandelspreis für Strom im kommenden Monat gegenüber der Basisperiode verändern könnte. Er bildet die reine Energiekomponente im Strompreis für Endkunden ab. Netzkosten und Steuern sowie Abgaben berücksichtigt er ebenso wenig wie den Umstand, aus welcher Erzeugungsquelle der Strom stammt. Ein Strompreisindex, der allein nur die Großhandelspreisentwicklung für aus Wasserkraft gewonnenen Strom abbildet, existiert nicht.

Den Strombezugsverträgen mit Verbrauchern legte die Beklagte folgende Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) zugrunde (die bekämpften Klauseln sind kursiv dargestellt):

«1. Vertragsgegenstand

1.1. Vertragsgegenstand ist die Belieferung des:der Kund:in mit elektrischer Energie für den Eigenbedarf an dem/den im Vertragsanbot angeführten Zählpunkt(en) durch VERBUND

[...]

3. Änderungen der AGB

3.1. VERBUND ist zur Änderungen dieser AGB berechtigt, sofern diese Änderungen vor ihrem Inkrafttreten der Regulierungsbehörde angezeigt wurden. Änderungen der Punkte 1.1. (Vertragsgegenstand), 11 (Außerordentliche Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund) und 15 (Grundversorgung) der AGB, die inhaltlich maßgeblich die Leistungen von VERBUND umgestalten, dürfen ausschließlich mit ausdrücklicher Zustimmung des:der Kunden:in oder aufgrund entsprechender gesetzlicher oder behördlicher Vorgaben vorgenommen werden. Auch neue Bestimmungen, die die Leistungen von VERBUND abändern, dürfen ausschließlich mit ausdrücklicher Zustimmung des:der Kund:in oder aufgrund entsprechender gesetzlicher oder behördlicher Vorgaben eingefügt werden. Anpassungen der Preise gemäß dieser AGB erfolgen nach Maßgabe der Punkte 7. und 8. der AGB.

3.2 Darüber hinaus werden Änderungen der AGB dem:der Kund:In schriftlich oder – sofern eine aufrechte Zustimmung des:der Kund:In zur elektronischen Kommunikation mit VERBUND vorliegt – per E-Mail an die von dem:der Kund:in zuletzt bekannt gegebenen E-Mail-Adresse durch VERBUND mitgeteilt, wobei der:die Kund:in in der Mitteilung über die Änderung der AGB informiert wird. Die Zustimmung zur Änderung der AGB gilt als erteilt, wenn nicht bis spätestens zu dem in der Mitteilung bekannt gegebenen Zeitpunkt, der in jedem Fall zumindest fünf Wochen nach dem Zugang der Mitteilung liegen muss, ein schriftlicher Widerspruch des:der Kund:in bei VERBUND einlangt. Bei Zustimmung erlangen die neuen AGB ab dem in der Mitteilung bekannt gegebenen Zeitpunkt, der nicht vor dem Zeitpunkt der Versendung der Mitteilung liegen darf, Wirksamkeit und der Vertrag wird mit den geänderten AGB fortgesetzt. Sollte der:die Kund:in bis spätestens zu dem in der Mitteilung bekannt gegebenen Zeitpunkt der Änderung der AGB per Brief, Telefax oder per E-Mail widersprechen, so endet der Vertrag mit dem einer Frist von drei Monaten ab Zugang der Mitteilung bei dem:der Kund:in folgenden Monatsletzten,

wobei bis zur Beendigung des Vertrages die bisher vereinbarten AGB gelten.en.  
Der:Die Kund:in wird auf die Bedeutung seines:ihres Verhaltens sowie auf die eintretenden Rechtsfolgen in der Mitteilung gesondert hingewiesen. Für den Fall des Widerspruchs ist der:die Kund:in jedoch weiterhin verpflichtet, sämtliche bis zur Beendigung des Vertrages entstehende Verpflichtungen zu erfüllen.

[...]

## 7. Preise, Verbrauchsverhältnisse, Sonstige Kosten

7.1 Preise: Die für die Belieferung von VERBUND verrechneten Energiepreise sind reine Energiepreise, im Bruttobetrag ist die Umsatzsteuer (aktuell 20 %) enthalten. Die Energiepreise setzen sich aus einem verbrauchsunabhängigen Grundpreis (Euro pro Monat) und einem verbrauchsabhängigen Arbeitspreis (Cent pro kWh) zusammen. [...]

## 8. Wertsicherung von Grundpreis und von Arbeitspreis

[...]

### 8.2. Wertsicherung Arbeitspreis:

8.2.1. *ÖSPI: Der mit dem:der Kund:in vereinbarte Arbeitspreis ist mit dem von der Österreichischen Energieagentur berechneten und veröffentlichten gewichteten Österreichischen Strompreisindex (ÖSPI) wertgesichert. Der ÖSPI bildet näherungsweise die Beschaffungskosten der Stromlieferanten nach und ist im Internet auf der Webseite der Österreichischen Energieagentur unter [www.energyagency.at/fakten-service/energiepreise/strompreisindex.html](http://www.energyagency.at/fakten-service/energiepreise/strompreisindex.html) veröffentlicht. Auf dieser Seite sind die relevanten Werte des ÖSPI unter der Überschrift „Downloads“ im pdf- Dokument „ÖSPI Monatswerte (pdf)“ in der Spalte „ÖSPI (gewichtet)“ jederzeit abrufbar. Sollte der ÖSPI von der Österreichischen Energieagentur nicht mehr veröffentlicht werden, wird zwischen VERBUND und dem:der Kund:in ein neuer Index für Preisänderungen des Arbeitspreises vereinbart.*

8.2.2. *System der Wertsicherung: Zur Wertsicherung des Arbeitspreises wird ein Vergleich des festgelegten Index-Ausgangswerts mit dem jeweils aktuellen Index-Vergleichswert herangezogen.*

8.2.3. *Index-Ausgangswert: Der jeweilige Index-Ausgangswert ergibt sich wie folgt:*

a) *Für Neukund:innen mit Vertragsabschluss ab dem Inkrafttreten dieser AGB ist der erste Index-Ausgangswert der arithmetische Mittelwert der gewichteten ÖSPI-Monatswerte für einen Zeitraum von sechs Monaten, der dem Kalenderquartal, in dem der Vertragsabschluss erfolgt, vorangegangen ist (z.B. ist*

der Index-Ausgangswert bei einem Vertragsabschluss im zweiten Quartal 2023 [April bis Juni 2023] der Mittelwert der monatlichen ÖSPI-Werte von Oktober 2022 bis einschließlich März 2023).

b) Für zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser AGB bestehende Kund:innen ist weiterhin der zuletzt mit dem:der Kund:in vereinbarte Index-Ausgangswert maßgeblich, und zwar ist das der arithmetische Mittelwert der gewichteten ÖSPI-Monatswerte jenes Kalenderjahres, das vor dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, der letzten Preisänderung des Arbeitspreises oder des letzten Produktwechsels (je nachdem, welcher Zeitpunkt der jüngste ist) vollendet wurde (z.B. der Mittelwert der monatlichen ÖSPI-Werte des Kalenderjahres 2019 bei einer letzten Preisänderung des Arbeitspreises per 1. Juli 2020).

c) Nach einem vereinbarten Produktwechsel ist der neue Index-Ausgangswert der arithmetische Mittelwert der gewichteten ÖSPI-Monatswerte für einen Zeitraum von sechs Monaten, der dem Kalenderquartal, in dem der Produktwechsel erfolgt, vorangegangen ist (z.B. ist der Index-Ausgangswert bei einem Produktwechsel im zweiten Quartal 2023 [April bis Juni 2023] der Mittelwert der monatlichen ÖSPI-Werte von Oktober 2022 bis einschließlich März 2023).

d) Nach einer Anpassung des Arbeitspreises ist der neue Index-Ausgangswert immer jener Index-Vergleichswert, der für die jeweilige Wertsicherung konkret herangezogen wurde.

[...]

8.2.4. Index-Vergleichswert: Der jeweilige Index-Vergleichswert ist der arithmetische Mittelwert der gewichteten ÖSPI-Monatswerte für einen Zeitraum von sechs Monaten (Beschaffungszeitraum), der dem Monat vor den jeweiligen Anpassungsterminen gemäß Punkt 8.2.6. vorangegangen ist (z.B. der Mittelwert der monatlichen ÖSPI-Werte von März 2022 bis einschließlich August 2022 bei einer Preisänderung per 1. Oktober 2022). Der jeweils aktuelle Index-Vergleichswert ist unter [www.verbund.at/index](http://www.verbund.at/index) im Internet abrufbar und wird dort laufend aktualisiert.

8.2.5. Ausmaß der Anpassung: VERBUND ist bei Änderungen des ÖSPI im Falle einer Steigerung berechtigt und im Falle einer Senkung verpflichtet, den Arbeitspreis in jenem prozentuellen Ausmaß anzupassen, in dem sich der aktuelle Index-Vergleichswert im Verhältnis zum jeweiligen Index-Ausgangswert unterscheidet.

Unterschiede bis einschließlich 4 % (nach oben oder unten) bleiben unberücksichtigt. Sobald jedoch die Grenze von 4 % zumindest einmal über- bzw.

*unterschriften wurde, ist die gesamte Änderung in voller Höhe maßgeblich und bildet die Grundlage für die zulässige Preiserhöhung bzw. für die gebotene Preissenkung.*

*8.2.6. Termine für Anpassungen des Arbeitspreises: Eine Erhöhung des Arbeitspreises kann und eine Senkung des Arbeitspreises muss bei Erfüllen der Voraussetzungen gemäß Punkt 8.2.5. jeweils per 1. Mai sowie per 1. Oktober eines jeden Kalenderjahres erfolgen.*

*8.2.7. Möglichkeit zu Verzicht auf eine Erhöhung des Arbeitspreises bzw. zur Gewährung eines Preisvorteils: VERBUND ist berechtigt, auf eine indexbasierte Erhöhung (nicht jedoch auf eine Senkung) des Arbeitspreises gänzlich zu verzichten oder dem:der Kund:in nach einer indexbasierten Erhöhung des Arbeitspreises Preisvorteile zu gewähren (z.B. in Form von Gratisstromtagen oder eines sonstigen Preisnachlasses oder befristeten rabattierten Arbeitspreises), um die Auswirkungen einer Erhöhung des Arbeitspreises zum Vorteil des:der Kund:in zu reduzieren. Sollte VERBUND auf eine Erhöhung des Arbeitspreises gänzlich verzichten, bleibt der Index-Ausgangswert des:der Kund:in unverändert. Die Nichtgeltendmachung von Indexsteigerungen des ÖSPI, auch über einen längeren Zeitraum hinweg, bedeutet nicht, dass VERBUND auf deren Geltendmachung zu einem späteren Zeitpunkt (mit Wirkung für die Zukunft), auch nicht schlüssig, verzichtet. Preiserhöhungen aufgrund von Steigerungen des ÖSPI, die nicht geltend gemacht werden, können daher auch noch zu einem späteren Zeitpunkt mit Wirkung für die Zukunft geltend gemacht werden.*

**8.2.8. Wichtiger Hinweis zum Ausmaß der Preisänderung:** Der ÖSPI kann aufgrund seiner Koppelung an Großhandelspreise starken Schwankungen unterliegen. VERBUND verpflichtet sich daher, Kund:innen vor Vertragsabschluss auf deutliche Weise darüber zu informieren, dass ein vor Vertragsabschluss liegender Index-Ausgangswert zur Anwendung kommt und, dass aufgrund des Systems der Wertsicherung des Arbeitspreises mit dem ÖSPI auch erhebliche Preisänderungen (Preiserhöhungen oder -senkungen) zu den Anpassungsterminen gemäß Punkt 8.2.6. möglich sind. Die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser AGB bestehenden Kundinnen werden gesondert auf deutliche und verständliche Weise über das geänderte System der Wertsicherung, den Index-Ausgangswert und darüber informiert, dass diesem Index-Ausgangswert Indexwerte in einem vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser AGB liegenden Zeitraum zugrunde liegen. Sie werden weiters über ihr Recht zum Widerspruch gegen die Änderung der AGB und die Folgen eines Widerspruchs informiert.

[...]

*8.3. Bekanntgabe: Preisänderungen gemäß der Punkte 8.1. und 8.2. werden dem:der Kund:in unter Bekanntgabe der Umstände der Preisänderung (Index-Ausgangswert, Index-Vergleichswert, ziffernmäßige Angabe der neuen Energiepreise, neuer Index-Ausgangswert) schriftlich oder – sofern eine aufrechte Zustimmung des:der Kund:in zur elektronischen Kommunikation mit VERBUND vorliegt – an die von dem:der Kund:in zuletzt für die elektronische Kommunikation bekannt gegebene E-Mail-Adresse vor Inkrafttreten der neuen Energiepreise mitgeteilt.*

[...]»

Mit einem im Februar 2022 versandten Schreiben (. / 9) informierte die Beklagte ihre Kunden über eine Änderung ihrer AGB. Im Mai 2022 erhöhte sie gegenüber ihren Kunden den Arbeitspreis für Strom unter Berufung auf diese AGB. Im Oktober 2022 passte sie den Arbeitspreis für Strom nicht an. Im November 2022 informierte die Beklagte ihre Kunden über eine Änderung der AGB für Strom (AGB Oktober 2022), die ab 1.1.2023 gelten. Verbraucher konnten dieser Änderung bis 31.12.2022 widersprechen und damit den Stromliefervertrag kündigen. Im Falle der Kündigung endete der Stromliefervertrag zu den bisherigen Vertragsbedingungen mit Ablauf des 30.4.2023. Die AGB Oktober 2022 enthalten keine Regelung, die dem Punkt 8.2. der AGB von Jänner 2022 entspricht.

Der **Kläger** beehrte gestützt auf §§ 864a und 879 Abs 3 ABGB, § 80 Abs 2a ElWOG sowie § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 6 KSchG die Unterlassung der Verwendung der Klauseln 8.2. samt Unterpunkten und 8.3. (bei der Wiedergabe der Klauseln kursiv dargestellt) sowie die Urteilsveröffentlichung. Er sei auch nach Inkrafttreten des § 80 Abs 5 ElWOG idF BGBl I 2022/7 berechtigt, gegen das ElWOG verstoßende Vertragsbestimmungen mittels Verbandsklage zu bekämpfen.

Die Beklagte stelle die Klausel als Wertsicherungsklausel dar, tatsächlich handle es sich aber um eine Marktpreisklausel, weil sie nicht auf die allgemeine

Geldwertveränderung abstelle, sondern sich an den Börsenpreisen eines bestimmten Produkts orientiere. Die Beklagte habe den Kunden ein Produkt versprochen, das sie selbst aus Wasserkraft erzeuge. Bei einem solchen Produkt sei eine Klausel überraschend, die nicht die Kostenfaktoren der Eigenproduktion in Betracht ziehe, sondern auf den ÖSPI abstelle, der die Beschaffungskosten der Stromlieferanten nachbilde. Die Klausel sei auch nachteilig, weil die Beklagte gegenüber Verbrauchern bei gleichbleibenden Stromerzeugungskosten den Arbeitspreis anhand der Preisentwicklung auf dem Großhandelsmarkt erhöhen könne. Da der gewählte Index in keinem relevanten Zusammenhang mit den Entstehungskosten stehe, entspreche die Klausel auch nicht den inhaltlichen Vorgaben des § 80 Abs 2a ElWOG. Wiederholungsgefahr liege vor, weil die Beklagte im Mai 2022 eine Änderung des Arbeitspreises mit dieser Klausel begründet habe und daher ihren Rechnungen gegenüber Verbrauchern den Arbeitspreis für Strom entsprechend dieser Erhöhung zugrunde lege. Auch künftige Entgeltänderungen würden auf den aufgrund dieser Klausel geänderten Preisen aufsetzen. Die Beklagte berufe sich daher weiterhin auf diese Klausel. Daran ändere auch die Verwendung der AGB Oktober 2022 nichts, weil diese Änderung bei Bestandsverträgen erst mit 1.1.2023 erfolgen sollte und zudem ein Widerspruchsrecht der Konsumenten bestehe, das dazu führe, dass die Klausel bis 30.4.2023 in Konsumentenverträgen unverändert in Kraft stünde.

Die **Beklagte** wandte ein, die Klägerin sei nicht aktiv legitimiert, weil aus § 80 Abs 5 ElWOG folge, dass die Bestimmungen des KSchG hinsichtlich Preisanpassungsklauseln in Energieverträgen ausgeschlossen seien. Im Übrigen sei die Klausel nicht ungewöhnlich, weil es sich um eine Indexierung mittels amtlichem Index handle. Das Indexanpassungsrecht sei auch zweiseitig ausgestaltet und damit nicht nachteilig. Außerdem habe die Beklagte alle ihre Kunden auf das System

zur Wertsicherung und die möglichen Auswirkungen einer solchen Indexierung explizit und ausführlich hingewiesen, und zwar sowohl in den AGB selbst (Punkt 8.2.8.) als auch durch die öffentliche Bekanntgabe im März 2022.

Die aktuelle Entwicklung der Börsepreise sei ein maßgeblicher Umstand iSd § 80 Abs 2a ElWOG, der per se zu einer Preisanpassung berechtige. Börsepreise seien auch sonst als preisbestimmender Faktor anerkannt. Es liege auch keine Wiederholungsgefahr vor, weil die Beklagte die Entgeltanpassungsmöglichkeit der inkriminierten Klausel im Oktober 2022 nicht ausgenutzt habe und auch sonst die Klausel nicht mehr gebrauchen werde oder könne. Ihre neuen AGB enthielten die Klausel nicht mehr, sodass ihre weitere Verwendung völlig ausgeschlossen sei.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das **Erstgericht** dem Unterlassungs- wie auch dem Veröffentlichungsbegehren statt und verpflichtete die Beklagte zum Kostenersatz. Neben dem eingangs wiedergegebenen, im Berufungsverfahren nicht strittigen Sachverhalt traf es die auf Seiten 7 bis 11 des Urteils ersichtlichen Feststellungen, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird; auf einzelne bekämpfte Feststellungen wird bei der Behandlung der Beweisrüge zurückgekommen.

In rechtlicher Hinsicht folgerte es, der Kläger sei zur Geltendmachung der Ansprüche aktiv legitimiert. Der Gesetzgeber habe durch die Regelung des § 80 Abs 5 ElWOG nicht das KSchG vollständig ausschließen wollen, sondern nur eine Regelung schaffen wollen, die eine Überprüfung einer Preisanpassung nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG verhindern solle. Die Möglichkeit für die in § 29 KSchG genannten Institutionen, Klagen nach dem II. Hauptstück des KSchG einzubringen, sollte dadurch nicht beschnitten werden. Die beanstandete Klausel sei eine solche zur Änderung des vertraglich vereinbarten Entgelts iSd § 80 Abs 2a ElWOG. Dass dabei ein Indikator gewählt werde, der nicht dem

Ausgleich der allgemeinen Inflation dienen sollte, sondern eine Prognose des (zukünftigen) Großhandelspreises abbilde, erwarte der Kunde an dieser Stelle nicht. Schon die Positionierung der Bestimmung im Vertragsgefüge sei daher für den Kunden überraschend und aufgrund des äußeren Erscheinungsbildes nicht erwartbar. Den an den Endkunden gerichteten Erklärungen der Beklagten, (größter) Erzeuger von Strom aus Wasserkraft zu sein und die Verbraucher zu annähernd 100 % mit Strom aus Wasserkraft zu versorgen, könnten von Verbrauchern nur dahingehend verstanden werden, dass die Beklagte selbst Stromerzeugerin sei und ihre Kunden zu annähernd 100 % mit Strom aus Wasserkraft versorge. Der Kunde erwarte daher nicht, dass der Arbeitspreis anhand eines Indexes geändert werden könne, der den Großhandelspreis für den nächsten Monat prognostiziere. Die Klausel sei daher objektiv ungewöhnlich. Sie sei aber auch nachteilig. Da sowohl in Punkt 8.2.8. der AGB als auch im Schreiben vom Februar 2022 die Rede von Wertsicherung sei, könne auch dieser Hinweis die Rechtsfolgen des § 864a ABGB nicht beseitigen. Es liege im konkreten Fall auch kein maßgeblicher Umstand iSd § 80 Abs 2a ElWOG vor, weshalb die angegriffene Klausel damit auch gegen diese Bestimmung verstoße. Werden die Strommengen nämlich nicht tatsächlich an der EEX erworben, sondern konzernintern erzeugt, sei ein Index, der den ÖSPI als Berechnungsgrundlage heranziehe, nicht sachgerecht, um die subjektive Äquivalenz des Vertrags beizubehalten, zumal die Beklagte gegenüber ihren Kunden als Stromerzeuger und -versorger auftrete.

Die Wiederholungsgefahr sei zu bejahen, weil der von der Beklagten in Rechnung gestellte Arbeitspreis auch weiterhin auf der beanstandeten Klausel aufbaue; ohne diese wäre er nämlich der Höhe nach nicht nachvollziehbar. Die Beklagte berufe sich daher iSd § 28 Abs 1 KSchG auf diese Vertragslage und damit auch auf die darin enthaltene beanstandete Klausel. Im Übrigen beharre sie auch weiterhin

auf der Zulässigkeit der Klausel, sodass auch durch die Änderung der AGB die Wiederholungsgefahr nicht weggefallen sei.

Dagegen richtet sich die **Berufung** der Beklagten aus den Berufungsgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens, der unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung, der Aktenwidrigkeit sowie der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im klagsabweisenden Sinn abzuändern. Hilfsweise stellt sie einen Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

#### **1. Zur Aktivlegitimation:**

Da eine Verneinung der Aktivlegitimation dazu führen würde, dass die Klage ohne weitere inhaltliche Prüfung abzuweisen wäre (RS0035170 [T11]), wird dieser Einwand vor den übrigen Berufungsgründen behandelt.

**1.1** Die Beklagte will aus § 80 Abs 5 ElWOG idF BGBl I 2022/7 die Rechtsfolge ableiten, dass Verbandsklagen nach dem KSchG bei Verträgen über die Belieferung mit elektrischer Energie generell ausgeschlossen wären. Diese Ansicht teilt das Berufungsgericht nicht:

§ 80 Abs 5 ElWOG in der zitierten Fassung lautet wie folgt:

«Durch die Regelungen der Abs 1 bis 4 bleiben die Bestimmungen des ABGB unberührt. Vorbehaltlich des Abs 2a bleiben auch die Bestimmungen des KSchG unberührt».

Abs 2a lautet:

«Änderungen der vertraglich vereinbarten Entgelte von Verbrauchern im Sinne des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG und Kleinunternehmern mit unbefristeten Verträgen müssen in einem angemessenen Verhältnis zum für die Änderung maßgebenden Umstand stehen. Bei Änderung oder Wegfall des Umstands für eine Entgelterhöhung hat eine entsprechende Entgeltsenkung zu erfolgen. Verbraucher und Kleinunternehmer müssen über Anlass, Voraussetzung, Umfang und erstmalige Wirksamkeit die

Entgeltänderungen auf transparente und verständliche Weise mindestens ein Monat vor erstmaliger Wirksamkeit der Änderungen schriftlich in einem persönlich an sie gerichteten Informationsschreiben oder auf ihren Wunsch elektronisch informiert werden. Gleichzeitig sind Verbraucher und Kleinunternehmer darauf hinzuweisen, dass sie berechtigt sind, die Kündigung des Vertrags binnen vier Wochen ab Zustellung des Schreibens kostenlos und ungeachtet allfälliger vertraglicher Bindungen zu erklären. Versorger haben dabei von der Regulierungsbehörde zur Verfügung gestellte Musterformulierungen zu verwenden.»

Wie bereits das Erstgericht zutreffend ausgeführt hat, steht am Anfang jeder Gesetzesauslegung die wörtliche (sprachliche, grammatikalische) Auslegung, die nach dem Wortsinn der Norm und innerhalb des durch den äußerst möglichen Wortsinn abgesteckten Rahmens nach der Bedeutung eines Ausdrucks im allgemeinen Sprachgebrauch oder dem des Gesetzgebers und in seinem Zusammenhang innerhalb der Regelung fragt (RS0008896 [T4]). Schon aus dem Wortlaut („bleiben unberührt“) ergibt sich, dass der Gesetzgeber keineswegs die Anwendbarkeit des KSchG für Energielieferverträge zur Gänze ausschließen wollte, sondern im Gegenteil diese grundsätzlich aufrechterhalten wollte mit Ausnahme („vorbehaltlich“) der in Abs 2a geregelten Punkte. Auch *Saria* (ZTR 2022, 248) geht davon aus, dass (nur) sämtliche von § 80 Abs 2a ElWOG behandelten Aspekte dem Anwendungsbereich des KSchG entzogen werden.

Abs 2a regelt im Wesentlichen, unter welchen Umständen eine Änderung der vertraglich vereinbarten Entgelte von Verbrauchern vorgenommen werden dürfen, auf welche Weise die Verbraucher von derartigen Änderungen informiert werden müssen, und normiert ein außerordentliches Kündigungsrecht des Verbrauchers binnen vier Wochen ab Zustellung des Schreibens über die Änderung des Entgelts. Er regelt damit Angelegenheiten, die sich im KSchG etwa in § 3a (Rücktrittsrecht), § 5a (allgemeine Informationspflichten des Unternehmers), § 6 Abs 1 Z 5 (Voraussetzungen für eine Entgelterhöhung) und § 15 (Verträge über wiederkehrende

Leistungen) finden. Über die sich im II. Hauptstück des KSchG (§§ 28 ff) findende Möglichkeit einer Verbandsklage sagt Abs 2a hingegen nichts aus. Auch ergibt sich eine derartige Intention des Gesetzgebers, die Möglichkeit einer Verbandsklage im Bereich von Energielieferverträgen generell auszuschalten, weder im Gesetzesantrag (2184/A XXVII. GP) noch in der Debatte über den Antrag (StenProt 20.1.2022, 139. Sitzung des NR XXVII. GP 12). Der nachträgliche, bisher im Plenum des Nationalrats nicht behandelte Initiativantrag mehrerer Abgeordneter (IA 2773/A XXVII. GP) geht zwar davon aus, dass § 80 Abs 5 ElWOG zu einem Ausschluss der Verbandsklage geführt habe, diese Interpretation einiger Abgeordneter ist jedoch nicht zwingend und lässt nicht zwangsläufig Rückschlüsse auf das Verständnis des Gesetzgebers zu.

**1.2** Hinzu kommt, dass innerstaatliches Recht stets gemeinschaftskonform auszulegen ist. Die Gerichte haben sich bei der Auslegung nationaler Vorschriften so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie zu orientieren (RS0075866 [insbes T3]). Nach Art 7 Abs 1 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen („Klauselrichtlinie“) haben die Mitgliedsstaaten dafür zu sorgen, dass im Interesse der Verbraucher und der gewerbetreibenden Wettbewerber angemessene und wirksame Mittel vorhanden sind, damit der Verwendung missbräuchlicher Klauseln durch einen Gewerbetreibenden in den Verträgen, die er mit Verbrauchern schließt, ein Ende gesetzt wird. Nach Abs 2 der zitierten Bestimmung müssen diese Mittel auch Rechtsvorschriften einschließen, wonach Personen oder Organisationen, die nach dem innerstaatlichen Recht ein berechtigtes Interesse am Schutz der Verbraucher haben, im Einklang mit den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften die Gerichte oder die zuständigen Verwaltungsbehörden anrufen können, damit diese darüber entscheiden, ob Vertragsklauseln, die im Hinblick auf eine allgemeine Verwendung abgefasst wurden,

missbräuchlich sind und angemessene und wirksame Mittel anwenden, um der Verwendung solcher Klauseln ein Ende zu setzen. Es besteht damit eine gemeinschaftsrechtliche Vorgabe, Verbandsklagen zur Überprüfung missbräuchlicher Klauseln zuzulassen. Auch vor diesem Hintergrund kann eine Auslegung des § 80 Abs 5 zweiter Satz ElWOG nur zum Ergebnis führen, dass damit nicht generell die Möglichkeit einer Verbandsklage ausgeschlossen werden soll.

**1.3** Die Aktivlegitimation des Klägers, der unbestritten zu jenen Organisationen gehört, die gemäß § 29 Abs 1 KSchG zu einer Verbandsklage legitimiert sind, ist daher gegeben.

## **2. Zur Mangelhaftigkeit des Verfahrens:**

**2.1** Der Anfechtungsgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens ist nur dann gegeben, wenn der Verstoß gegen ein Verfahrensgesetz abstrakt geeignet war, eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache zu hindern (RS0043049).

**2.2** Einen solchen Verfahrensmangel erblickt die Beklagte zunächst darin, dass das Erstgericht ihrem Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Fachgebiet der Energiewirtschaft nicht nachgekommen sei. Dessen Einholung hätte ergeben, dass der ÖSPI ein mit dem VPI vergleichbarer, von staatlicher bzw amtlicher Stelle ermittelter objektiver (Preis-)Index sei; dass die Indexierung des Arbeitspreises an den ÖSPI der Sicherung des Werts bzw der Wertverhältnisse der Stromlieferverträge der Beklagten mit den Endkunden entspreche; dass der ÖSPI ein fachgerechter Index zur Sicherung sei; dass sich die Beschaffungskosten der Beklagten an der marktbasieren Preisbildung im Großhandelssegment orientiere; dass eine Wettbewerbssituation zwischen unterschiedlichen Stromerzeugern, -händlern und -lieferanten bestehe; dass die ÖSPI-Werte rein österreichspezifische Faktoren des Großhandelsmarkts abbilden und dass kein eigenständiger Markt für Wasserkraftstrom existiere.

Zum Teil betreffen die angeführten Beweisthemen Rechtsfragen, die keinem Sachverständigenbeweis zugänglich sind, wie etwa die Frage, ob der ÖSPI ein fachgerechter Index zur Wertsicherung ist. Was die Grundlagen für den ÖSPI sind, hat das Erstgericht - zumindest teilweise - ohnedies festgestellt (US 9, 1. Absatz); im Übrigen ergeben sie sich ebenso wie der Umstand, dass er nur den österreichischen Strommarkt abbildet, aus ./14. Da der Kläger die Echtheit dieser Urkunde zugestanden hat (ON 11.4, S 2) darf das Berufungsgericht den Inhalt dieser Urkunde ohnehin berücksichtigen und den vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt damit ergänzen (RS0121557 [T1]), sodass es insoweit keines Sachverständigenbeweises bedarf. Dass eine Wettbewerbssituation zwischen unterschiedlichen Stromerzeugern, -händlern und -lieferanten besteht, kann als allgemeinkundig, zumindest aber als gerichtskundig iSd § 269 ZPO angesehen werden und erfordert daher ebenfalls keinen Sachverständigenbeweis.

Die Nichteinholung des Sachverständigengutachtens begründet daher keinen wesentlichen Verfahrensmangel, der geeignet wäre, eine gründliche Beurteilung der Streitsache zu hindern.

**2.3** Einen weiteren Verfahrensmangel sieht die Beklagte darin, dass das Erstgericht im Rahmen seiner rechtlichen Beurteilung unberechtigt davon ausgegangen sei, zwischen den Parteien sei unstrittig, dass (konzernintern) bei der Beklagten (durch die Beteiligung an der VHP) ein Gewinn dadurch entstehe, dass die Erzeugung von Strom aus Wasserkraft mit geringeren Kosten verbunden sei, als wenn der Bedarf über den Großhandelsmarkt gedeckt werde. Richtig sei vielmehr, dass sie im Rahmen ihres hier ausschließlich relevanten Endkundengeschäfts keine Gewinne, sondern vielmehr Verluste erwirtschaftet habe. Darüber, ob die Beklagte aus dem Endkundengeschäft Verluste erwirtschaftet, sagt die vom Erstgericht angenommene Außerstreitstellung

jedoch nichts aus. Nach dieser entsteht ein Gewinn der Beklagten aus der Beteiligung an der VHP. Dass die VHP auch im Jahr 2022 Gewinne erzielt hat, gesteht die Beklagte selbst in der Berufung (dortige S 16) zu. Unstrittig ist weiters, dass die VHP im Mehrheitseigentum der Beklagten steht (US 3). Erzielt daher die VHP Gewinne, profitiert davon zweifelsfrei auch die Beklagte als deren Mehrheitseigentümerin. In einer Gesamtschau ist daher die vom Erstgericht angenommene Ausßerstreitstellung nicht zu beanstanden. Dass die Beklagte im Endkundengeschäft allenfalls Verluste erzielt, wäre höchstens eine – im Rahmen der Geltendmachung eines sekundären Verfahrensmangels zu begehrende – ergänzende Feststellung.

Auch dieser Verfahrensmangel ist daher zu verneinen.

### **3. Zur Aktenwidrigkeit:**

**3.1** Eine solche liegt vor, wenn die Feststellungen auf aktenwidriger Grundlage getroffen wurden, also auf einem bei der Darstellung der Beweisergebnisse unterlaufenen Irrtum beruhen, der aus den Prozessakten selbst erkennbar und behebbar ist (*Kodek in Rechberger/Klicka ZPO<sup>5</sup> § 471 Rz 14*). Die Aktenwidrigkeit besteht nur in einem Widerspruch zwischen einer Tatsachenfeststellung und dem zu ihrer Begründung angeführten Beweismittel, nicht aber in einem Widerspruch zwischen einer Tatsachenfeststellung und irgendeinem vorhandenen Beweismittel (8 Ob 87/11v; RS0043284). Sie ist dadurch zu beheben, dass das Rechtsmittelgericht an Stelle der aktenwidrigen die durch den Akteninhalt gedeckte Feststellung setzt und diese der rechtlichen Beurteilung unterzieht (RS0043324 [T12]; RS0110055).

**3.2** Als aktenwidrig bekämpft die Beklagte zunächst die Feststellung

„Die Differenz dieser beiden Beträge wird dem bisherigen Arbeitspreis zu- oder abgerechnet und ergibt den Arbeitspreis zum Stichtag. Der darin enthaltene Index-Anteil ist Grundlage für die Indexberechnung am nächsten Stichtag“.

Stattdessen begehrt sie, gestützt auf ./A, die Feststellung

„Bei einer Änderung des ÖSPI erfolgt die Anpassung des Arbeitspreises in jenem prozentuellen Ausmaß, in dem sich der Index–Vergleichswert im Verhältnis zum jeweiligen Index-Ausgangswert unterscheidet. Nach einer Anpassung des Arbeitspreises ist der neue Indexausgangswert immer jener Index–Vergleichswert, die für die jeweilige Wertsicherung konkret herangezogen wurde“.

Dass das Erstgericht – im Übrigen im Rahmen der rechtlichen Beurteilung – den Inhalt der AGB der Beklagten nicht wörtlich, sondern bloß sinngemäß wiedergegeben hat, begründet keine Aktenwidrigkeit. Der Beklagten gelingt es auch nicht, die Relevanz der begehrten „Ersatzfeststellung“ aufzuzeigen, zumal das Erstgericht den Inhalt der AGB ohnehin an anderer Stelle wörtlich festgestellt und damit die nunmehr von der Beklagten gewünschte Feststellung getroffen hat (US 4 ff).

**3.3** Ebenfalls als aktenwidrig bekämpft die Beklagte die sich wiederum im Rahmen der rechtlichen Beurteilung des Erstgerichts findende Feststellung

„Der ÖSPI hingegen stellt eine Prognose des Großhandelspreises für den nächsten Monat dar“

und begehrt stattdessen die Ersatzfeststellung

„Der ÖSPI zeigt an, um wie viel Prozent sich der Großhandelspreis für Strom im kommenden Monat gegenüber der Basisperiode ändert“.

Damit unterscheidet sich die Ersatzfeststellung nicht maßgeblich von der Feststellung des Erstgerichts. Soweit sich die Beklagte an der Verwendung des Wortes „Prognose“ durch das Erstgericht stößt, so versteht man darunter die (wissenschaftlich begründete) Voraussage der künftigen Entwicklung, künftiger Zustände oder des voraussichtlichen Verlaufs ([www.duden.de/rechtschreibung/prognose](http://www.duden.de/rechtschreibung/prognose)). Auch nach ./14, auf welche die Beklagte die „Ersatzfeststellung“ gegründet haben will, gibt der ÖSPI „auf Basis einer standardisierten Berechnungsmethode und unter Verwendung der für die Preisbildung in Österreich relevanten Produkte des

Energiehandelsplatzes EEX einen Ausblick auf die im nächsten Monat zu erwartende Preisentwicklung am Stromgroßhandelsmarkt“. Im Hinblick darauf ist die Verwendung des Wortes Prognose durch das Erstgericht aber nicht zu beanstanden.

**3.4** Schließlich erachtete die Beklagte folgende Feststellung als aktenwidrig:

„Wie bereits beschrieben, gewährt die inkriminierte Klausel der beklagten Partei ein Preisänderungsrecht, wenn die Differenz zwischen Index-Ausgangs- und Index-Vergleichswert unter 4 % liegt, der anhand der Prognose über den zukünftig zu erwartenden Großhandelspreis der dem Stichtag vorausgegangen sechs Monate berechnet wird (Punkt 8.2.4. der AGB Jänner 2002)“.

Stattdessen begehrte sie die Feststellung

„Die beklagte Partei ist bei Änderungen des ÖSPI im Falle einer Steigerung berechtigt und im Falle einer Senkung verpflichtet, den Arbeitspreis in jenem prozentuellen Ausmaß anzupassen, in dem sich der aktuelle Index-Vergleichswert im Verhältnis zum jeweiligen Index-Ausgangswert unterscheidet. Unterschiede bis einschließlich 4 % (nach oben oder unten) bleiben unberücksichtigt. Sobald jedoch die Grenze von 4 % zumindest einmal über- bzw unterschritten wurde, ist die gesamte Änderung in voller Höhe maßgeblich und bildet die Grundlage für die zulässige Preiserhöhung bzw für die gebotene Preissenkung.

Der jeweilige Index-Vergleichswert ist der arithmetische Mittelwert der gewichteten ÖSPI-Monatswerte für einen Zeitraum von sechs Monaten (Beschaffungszeitraum), der dem Monat vor den jeweiligen Anpassungsterminen vorangegangen ist.“

Wie schon zu Punkt 3.2 ausgeführt, bedarf es im Rahmen der rechtlichen Beurteilung nicht neuerlich der wörtlichen Wiedergabe der AGB, deren Inhalt das Erstgericht ohnehin an anderer Stelle (US 4 ff) wörtlich festgestellt hat. Soweit sich die Einwände der Beklagten wiederum auf das Wort „Prognose“ fokussieren, ist auf die Ausführungen zu Punkt 3.3 zu verweisen. Dass die Beklagte nicht nur Preissteigerungen vornehmen darf, sondern auch Preissenkungen vornehmen muss, ergibt sich ebenfalls aus den wiedergegebenen AGB sowie implizit auch daraus, dass das

Erstgericht von einem „Preisänderungsrecht“ spricht, das schon begrifflich Änderungen in beide Richtungen umfasst.

**3.5** Zusammengefasst liegen die behaupteten Aktenwidrigkeiten entweder nicht vor oder sie sind nicht geeignet, ein für die Beklagte günstigeres Ergebnis herbeizuführen.

#### **4. Zur Beweisrüge:**

**4.1** Die Aussagen zur Beweisrüge müssen eindeutig erkennen lassen, aufgrund welcher Umwürdigung bestimmter Beweismittel welche vom angefochtenen Urteil abweichenden Feststellungen angestrebt werden (RS0041837 [T2]). Die begehrte Ersatzfeststellung muss somit im Widerspruch zur bekämpften Feststellung stehen. Werden hingegen zusätzliche Feststellungen begehrt, sind diese im Rahmen der Rechtsrüge als sogenannter „sekundärer Verfahrensmangel“ (§ 496 Abs 1 Z 3 ZPO) geltend zu machen (Kodek aaO § 496 Rz 10).

**4.2** Die Beklagte bekämpft zunächst die Feststellung „Die inkriminierte Klausel sieht eine nicht gedeckelte Indexierung des Arbeitspreises anhand des ÖSPI vor“.

Stattdessen begehrt sie die Ersatzfeststellung „Die inkriminierte Klausel sieht eine nicht gedeckelte Indexierung auf Basis der ÖSPI-Entwicklungen vor“.

Die begehrte Ersatzfeststellung unterscheidet sich nur geringfügig von der getroffenen Feststellung. Der Beklagten gelingt es nicht, aufzuzeigen, inwieweit die Ersatzfeststellung zu einem für sie günstigeren Verfahrensergebnis geführt hätte, sodass es ihr insoweit auch an Relevanz mangelt. Wie genau die Indexierung erfolgt, hat das Erstgericht ohnehin dadurch festgestellt, dass es die AGB der Beklagten, die die Indexierung im Detail regeln, wortwörtlich zitiert hat. Wenn es daher im Rahmen der rechtlichen Beurteilung diese Indexierung nur verkürzt wiedergibt, ist das keine relevante unrichtige Tatsachenfeststellung.

#### 4.3 Bekämpfte Feststellung:

„Die angegriffene Klausel soll dazu dienen, den Arbeitspreis einem Index entsprechend zu erhöhen oder zu senken. Dazu wird ein Index-Ausgangswert ermittelt, der zum nächsten Stichtag (1. Mai und 1. Oktober) einem Index-Vergleichswert gegenüber gestellt wird. Die Differenz dieser beiden Beträge wird dem bisherigen Arbeitspreis zu- oder abgerechnet und ergibt den Arbeitspreis zum Stichtag. Der darin enthaltene Index-Anteil ist Grundlage für die Indexberechnung am nächsten Stichtag.“

#### Begehrte Ersatzfeststellung:

„Die streitgegenständliche Klausel soll dazu dienen, den Arbeitspreis auf Basis von ÖSPI-Entwicklungen periodisch anzupassen. Dazu wird ein Index-Ausgangswert ermittelt, der zum nächsten Stichtag (1. Mai und 1. Oktober) einem Index-Vergleichswert gegenübergestellt wird. Bei einer Änderung des ÖSPI erfolgt die Anpassung des Arbeitspreises in jenem prozentualen Ausmaß, in dem sich der Index-Vergleichswert im Verhältnis zum jeweiligen Index-Ausgangswert unterscheidet. Nach einer Anpassung des Arbeitspreises ist der neue Index-Ausgangswert immer jener Index-Vergleichswert, der für die jeweilige Wertsicherung konkret herangezogen wurde.“

Dazu wird auf die Ausführungen zu Punkt 3.2 verwiesen. Im Wesentlichen besteht die Ersatzfeststellung aus einem Zitat aus den AGB, die das Erstgericht ohnehin wörtlich (US 4 bis 6) wiedergegeben hat, sodass es der begehrten Ersatzfeststellung nicht bedarf.

#### 4.4 Bekämpft wird:

„Der ÖSPI hingegen stellt eine Prognose des Großhandelspreises für den nächsten Monat dar. Wie bereits beschrieben, gewährt die inkriminierte Klausel der beklagten Partei ein Preisänderungsrecht, wenn die Differenz zwischen Index-Ausgangs- und Index-Vergleichs-Wert über 4 % liegt, der anhand der Prognose über den zukünftig zu erwartenden Großhandelspreis der dem Stichtag vorausgegangenen sechs Monate berechnet wird (Punkt 8.2.4. der AGB Jänner 2022).“

#### Begehrt wird:

„Der ÖSPI ist ein (Preis-)Index und zeigt an, um wie viel Prozent sich der Großhandelspreis für Strom im kommenden Monat gegenüber der Basisperiode ändert. Die Klausel gewährt der beklagten Partei die Möglichkeit zur Anpassung, wenn die Differenz zwischen Index-Ausgangs- und Index-Vergleichswert unter 4 %

liegt. Der jeweilige Index–Vergleichswert ist der arithmetische Mittelwert der gewichteten ÖSPI-Monatswerte für den Zeitraum von sechs Monaten (Beschaffungszeitraum), der dem Monat vor dem jeweiligen Anpassungstermin vorausgegangen ist (zB der Mittelwert der monatlichen ÖSPI-Werte von März 2022 bis einschließlich August 2022 bei einer Preisänderung per 1. Oktober 2022).“

Auch hier besteht die begehrte Ersatzfeststellung nur aus dem vom Erstgericht sowieso festgestellten Inhalt der AGB der Beklagten; ihr fehlt es damit an Relevanz.

#### 4.5 Bekämpfte Feststellung:

„Unstrittig entsteht konzernintern (durch die Beteiligung an der VHP) ein Gewinn bei der beklagten Partei dadurch, da[ss] die Erzeugung von Strom aus Wasserkraft (dzt) mit geringeren Kosten verbunden ist, als wenn der Bedarf über den Großhandelsmarkt gedeckt wird.“

Begehrte Ersatzfeststellung:

„Unstrittig entsteht konzernintern (durch die Beteiligung an der VHP) ein Gewinn bei der beklagten Partei. Aufgrund der konkreten Beschaffungssituation der beklagten Partei (sowie der Wettbewerbssituation am vollliberalisierten Stromhandelsmarkt) macht es diesbezüglich aber keinen wesentlichen Unterschied, ob die beklagte Partei den für das Endkundengeschäft benötigten Strom über den Großhandelsmarkt erwirbt oder über die VHP. Ebenso macht es für die Gewinnbeteiligung der beklagten Partei keinen wesentlichen Unterschied, ob die produzierende VHP den Strom über den Stromgroßhandelsmarkt an Dritte oder konzernintern verkauft. Der konzerninterne Kauf und Verkauf orientiert sich streng an der marktbasieren Preisbildung im Großhandelssegment und ist „drittvergleichsfest.“

Dazu wird zunächst auf die Ausführungen zu 2.3 verwiesen. Dass die VHP einen Gewinn erwirtschaftet, gesteht die Beklagte ebenso zu wie ihre Mehrheitsbeteiligung an der VHP. Der vom Erstgericht gezogene Schluss, die Beklagte erwirtschaftete daher durch die Beteiligung an der VHP ebenfalls einen Gewinn, ist damit nicht zu beanstanden. Die ersatzweise begehrte Feststellung, wonach es „keinen wesentlichen Unterschied“ mache – womit die Beklagte im Übrigen das Vorliegen eines Unterschieds, mag er auch gering sein, implizit zugesteht –, ob sie den für das Endkundengeschäft benötigten Strom über den Großhandelsmarkt oder über die VHP erwerbe, ist daher höchstens eine

ergänzende Feststellung, die im Rahmen der Rechtsrüge zu behandeln sein wird.

Dass die Beklagte beim Einkauf von Strom von ihrer Tochtergesellschaft Energy4Business Marktpreise zahlt, hat das Erstgericht ohnedies festgestellt („Die beklagte Partei zahlt einen Preis, der anhand der an dem Tag an der EEX gehandelten Preise festgelegt wird sowie einen Aufpreis für Wasserstromzertifikate“; US 8, drittletzter Absatz). Die Feststellung des Erstgerichts bezieht sich entgegen dem Verständnis der Beklagten auch nicht darauf, dass die Beklagte einen Gewinn dadurch erziele, dass sie für Strom aus Wasserkraft weniger zahle als sie auf dem Großhandelsmarkt zahlen würde, sondern darauf, dass sie durch ihre Mehrheitsbeteiligung an der VHP an dem Gewinn partizipiert, den die VHP dadurch erwirtschaftet, dass die Kosten für die Erzeugung von Strom aus Wasserkraft geringer sind als der auf dem Großhandelsmarkt gezahlte Preis.

**4.6** Schließlich bekämpft die Beklagte die Feststellung „Jedenfalls ab März 2022 legte die beklagte Partei Strombezugsverträgen mit Verbrauchern diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen zugrunde“.

Sie begehrt stattdessen die Feststellung

„Die inkriminierte Klausel wurde von der beklagten Partei bereits vor Inkrafttreten des § 80 Abs 2a EIWOG idF Novelle BGBl I 2022/7 am 15.02.2022 in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Beilage ./1) eingeführt. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens von § 80 Abs 2a EIWOG idF Novelle BGBl I 2022/7 gab es noch keine Musterformulierungen der E-Control Austria für AGB- und Preisanpassung“.

Der zweite Teil der begehrten Ersatzfeststellung ist erneut eine zusätzliche Feststellung, die nicht im Widerspruch zur bekämpften Feststellung steht. Auch der erste Teil der Ersatzfeststellung steht nicht im direkten Widerspruch zur bekämpften Feststellung: Dass die Beklagte den Verträgen mit ihren Kunden (erst) ab März 2022 die beanstandete Klausel zugrunde legt, ergibt sich schon aus ihrem Schreiben ./9, nach dem die neuen AGB ab 21.3.2022 gelten. Warum der Zeitpunkt, wann die Beklagte die Klausel

einführte, von Relevanz sein soll, legt sie nicht dar. Es mag zutreffen, dass die Beklagte ihre AGB umgehend an die gesetzliche Änderung angepasst hat, was jedoch weder die Verwendung unzulässiger Klauseln rechtfertigt noch eine Wiederholungsgefahr zu beseitigen vermag. Warum die bekämpfte Feststellung außerdem „überschießend“ sein soll, wie die Beklagte in der Berufung ausführt, sich also nicht im Rahmen des geltend gemachten Klagegrunds oder der erhobenen Einwendungen halten soll (vgl RS0040318), ist für das Berufungsgericht nicht nachvollziehbar. Der Klage liegt die Behauptung zugrunde, die Beklagten verwende die beanstandete Klausel in ihren AGB. Die Frage, seit wann sie dies tut, ist in diesem Vorbringen inkludiert.

**4.7** Zusammengefasst übernimmt daher das Berufungsgericht die bekämpften Feststellungen und legt sie seiner rechtlichen Beurteilung zugrunde (§ 498 Abs 1 ZPO).

## **5. Zur Rechtsrüge:**

### **5.1 Zum Verhältnis der AGB zu § 80 Abs 2a ElWOG:**

In der Literatur wird die Frage, ob § 80 Abs 2a ElWOG Stromlieferanten wie der Beklagten ein einseitiges gesetzliches Änderungsrecht einräumt, kontrovers beantwortet (vgl die Nachweise bei *Kemetmüller*, Energierecht: Rechtssicherheit in Krisenzeiten? Ein [unvollständiger] Überblick, VbR 2022/97, 157). Zur Vorgängerbestimmung des § 80 Abs 2 ElWOG idF BGBl I 2010/110 („aF“) hat der OGH in der Entscheidung 3 Ob 139/19s ausgesprochen, dass ein solches „Sonderprivatrecht“ im Energieversorgungssektor nicht bestehe, und begründete dies im Wesentlichen damit, dass § 80 Abs 2 ElWOG aF ausdrücklich festhalte, dass Änderungen der Geschäftsbedingungen und der vertraglich vereinbarten Entgelte nur nach Maßgabe des ABGB und des KSchG zulässig seien. Nichts anderes kann für § 80 Abs 2a ElWOG idGF gelten, zumal, wie bereits unter Punkt 1.1 dargestellt, gemäß § 80 Abs 5 ElWOG idGF die Regelungen des ABGB unberührt bleiben. Nach dem ABGB ist eine Preisänderung

ohne vertragliche Grundlage jedoch nicht möglich (vgl *Kemetmüller*, Das neue Preisänderungsregime des ElWOG – Gesetzliches Preisänderungsrecht und Ausschluss des KSchG?, VbR 2022/29, 54). Die gegenteilige, insbesondere von *Hauenschild* (Preisanpassungen bei Stromlieferungen – erste Überlegungen zum neuen § 80 ElWOG, *ecolex* 2022/123) und *Oberndorfer* (Zum neuen AGB- und Preisänderungsrecht der Stromlieferanten im ElWOG, *Wbl* 2022, 45) vertretene Ansicht überzeugt hingegen nicht. Die Klausel hat damit den Bestimmungen des ABGB zu entsprechen (*Koch*, Der Strompreis und das [Zivil-]Recht, *RdW* 2022/435; *Kemetmüller* aaO).

## **5.2 Zu § 864a ABGB:**

**5.2.1** Nach dieser Gesetzesstelle werden Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte; es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen.

Eine AGB-Bestimmung ist ungewöhnlich iSd § 864a ABGB, wenn sie von den berechtigten Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, sodass dieser nach den Umständen vernünftigerweise nicht damit zu rechnen brauchte (*Laimer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang-Kommentar<sup>3</sup> § 864a ABGB Rz 33).

**5.2.2** Richtig ist zunächst, dass sich die beanstandete Klausel unter der Überschrift „Wertsicherung“ findet. Tatsächlich dient diese Klausel, wie das Erstgericht zutreffend erkannt hat, nicht dem Ausgleich der allgemeinen Inflation (vgl 6 Ob 226/18f = wobl 2020/92 [*Vonkilch*]), sondern der Anpassung an geänderte Marktpreise, und ist damit tatsächlich eine Preisanpassungsklausel. Das für sich begründet noch keine Ungewöhnlichkeit iSd § 864a ABGB. Grundsätzlich wird man nämlich in AGB unter der Überschrift

„Wertsicherung“ mit Regelungen zu rechnen haben, die die Indexierung, Erhöhung oder Anpassung des vereinbarten Entgelts betreffen (RS0127540). Vor diesem Hintergrund erwies sich auch die begehrte Ersatzfeststellung, wann und aus welchen Erwägungen der Begriff der „Wertsicherung“ erstmals in die AGB der Beklagten aufgenommen wurde, als nicht relevant.

**5.2.3** Die dargestellte Rechtslage bezieht sich jedoch nur auf eine Wertsicherung im herkömmlichen Sinn. Eine Preisanpassung an geänderte Verhältnisse nach Vertragsabschluss (pro futuro) unter Bezugnahme auf einen allenfalls schon lange vor Vertragsabschluss liegenden Ausgangswert, wodurch der Beklagten das Recht eingeräumt wird, auch bereits kurz nach Vertragsabschluss gegebenenfalls auch beträchtliche Preiserhöhungen vorzunehmen, ist eine solche, mit der der durchschnittliche Konsument nach der Einleitung „Wertsicherung“ nicht rechnet (9 Ob 46/21m [18] = VbR 2022, 26).

Diese Wertungen lassen sich auch auf den hier vorliegenden Fall übertragen: Bei Neukunden bemisst sich gemäß Punkt 8.2.3. lit a) der AGB der Indexausgangswert aus dem arithmetischen Mittelwert der gewichteten ÖSPI-Monatswerte für den Zeitraum von sechs Monaten, die dem Kalenderquartal, in dem der Vertragsabschluss folgt, vorangegangen ist. Schließt der Kunde daher zum Ende des Quartals, beispielsweise im Juni, erstmals einen Vertrag ab, so ist der Indexausgangswert der Mittelwert der monatlichen ÖSPI-Werte von Oktober bis März. Für die Anpassung zum nächstmöglichen Termin im Oktober sind hingegen nach Punkt 8.2.4. die Mittelwerte der gewichteten ÖSPI-Monatswerte für den Zeitraum von sechs Monaten, der dem Monat vor dem jeweiligen Anpassungstermin vorangegangen ist, maßgeblich, sohin für März bis August. Steigt in diesen Monaten der ÖSPI stark an, führt dies innerhalb weniger Monate nach Vertragsabschluss zu einer massiven Preissteigerung. Damit

muss der Kunde aber unter dem Titel „Wertsicherung“ im Sinne der zitierten Entscheidung nicht rechnen.

**5.2.4** Dies gilt umso mehr, als die Beklagte ihre Energielieferverträge unstrittig (US 7) mit „Strom aus 100 % Wasserkraft“ beworben hat. Auch vor diesem Hintergrund erwartet der durchschnittliche Verbraucher nicht eine Indexierung an Hand eines Strompreisindex, der einen Ausblick auf die in den nächsten Monaten zu erwartende Preisentwicklung auf dem Stromgroßhandelsmarkt gibt und der – auch nach dem Vorbringen der Beklagten – nicht danach unterscheidet, aus welcher Erzeugungsquelle der Strom stammt. Dass der ÖSPI reine Energiekomponenten, aber keine Netzsteuern oder Steuern abbildet und nicht nach der Herstellungsart des Stroms unterscheidet, hat das Erstgericht ohnehin festgestellt, sodass es auch hierzu keiner ergänzenden Feststellungen bedarf.

**5.2.5** Die Beklagte wirft dem Erstgericht mehrfach fehlende Sachkunde in Bezug auf den Strommarkt vor und hat die Einholung eines Sachverständigengutachtens unter anderem zur Zusammensetzung des ÖSPI beantragt (vgl Punkt 2.2). Schon das zeigt, dass dieser Index keineswegs, wie die Beklagte vermeint, so nachvollziehbar ist, dass ein Durchschnittsverbraucher mit der Verknüpfung der Preisanpassung mit einem Index, dessen Funktionsweise sich nach ihrem eigenen Vorbringen selbst einem Richter nur mit Hilfe eines Sachverständigen erschließt, zwingend rechnen musste.

**5.2.6** Daran vermag auch der Hinweis zum Ausmaß der Preisänderung in Punkt 8.2.8. der AGB und im Schreiben ./9 nichts zu ändern: An beiden Stellen ist nur die Rede von möglichen „erheblichen Preisänderungen“. Was genau darunter zu verstehen ist, insbesondere dass damit im schlimmsten Fall auch eine Vervielfachung des Arbeitspreises verbunden sein kann, legen weder die AGB noch das Schreiben ./9 dar.

**5.2.7** § 864a ABGB umfasst alle dem Kunden nachteilige Klauseln, eine grobe Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (RS0123234; *Laimer* aaO Rz 38).

Die Nachteiligkeit der Bestimmung für den Verbraucher ergibt sich schon aus dem festgestellten Umstand, dass die Beklagte den größten Teil des Strombedarfs bereits eineinhalb Jahre im Voraus einkauft und nur einen kleinen Teil durch kurzfristige Kontrakte deckt. Eine Erhöhung des Marktpreises trifft sie somit in voller Höhe erst nach 18 Monaten, wogegen sie berechtigt ist, die Erhöhung an den Endkunden wesentlich früher, nämlich nach spätestens einem halben Jahr, weiterzugeben. Dadurch wird die subjektive Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung zum Nachteil des Verbrauchers merklich gestört (vgl 8 Ob 106/20a = VbR 2021, 78).

Hingegen teilt das Berufungsgericht die Ansicht des Erstgerichts nicht, die Nachteiligkeit ergebe sich auch daraus, dass eine Indexveränderung nur zu einer Senkung des Arbeitspreises führe, wenn sie mehr als 4 % betrage. Der OGH hat bereits in mehreren Entscheidungen solche „Schwankungsräume“ gebilligt, die wie vorliegend sowohl auf ein Steigen als auch auf ein Sinken des Indexwerts gleichermaßen Anwendung finden (6 Ob 235/15z; 6 Ob 233/15f; 8 Ob 132/15t).

**5.2.8** Dass die Beklagte die AGB einer Kontroll- oder Regulierungsbehörde (in diesem Fall Regulierungskommission iSd §§ 10 ff E-ControlG) angezeigt hat, schließt weder die Ungewöhnlichkeit der Klausel noch deren gerichtliche Nachkontrolle aus (*Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar<sup>5</sup> § 864a Rz 38 mwN; *Bollenberger/P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>6</sup> § 864a Rz 9). Es bedarf daher auch keiner Feststellungen zur Nichtuntersagung der AGB durch die Regulierungskommission.

### **5.3 Zur Wiederholungsgefahr:**

**5.3.1** Die Beklagte vermeint, sie habe die Wiederholungsgefahr dadurch beseitigt, dass sie im Oktober

2022 auf die Preisänderung, zu der sie berechtigt gewesen sei, verzichtet habe und auch neue AGB eingeführt habe, die die beanstandete Klausel nicht mehr enthielten. Wie bereits das Erstgericht ausgeführt hat, reicht eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen, die zudem keine Gewähr dafür bietet, dass sich das Unternehmen nicht für bereits bestehende Verträge auf eine frühere Fassung beruft, nicht aus, um die Wiederholungsgefahr zu beseitigen (2 Ob 153/08a ua).

**5.3.2** Der Zweck des § 28 Abs 1 Satz 2 KSchG besteht darin, jede Art der Weiterverwendung einer unzulässigen Klausel in das Unterlassungsgebot einzubeziehen, um sicherzustellen, dass die rechtswidrige Klausel endgültig aus dem Vertragsverhältnis zwischen dem Unternehmer und dem Verbraucher ausscheidet. Die Klausel soll nicht mehr zur Anwendung gelangen und keine rechtlichen Wirkungen mehr entfalten. Das Fortschreiben einer unzulässigen Preisanpassungsklausel liegt demnach etwa dann vor, wenn der Unternehmer seinen aktuellen AGB einen Preis als Ausgangswert (Ausgangspreis) zugrunde legt, der auf einer unzulässigen Preisanpassung beruht (3 Ob 90/22i [22]). Es soll unterbunden werden, dass der Unternehmer seine Rechtsposition aus den Altverträgen weiterhin auf Grundlage der unzulässigen Klausel ausübt (*Kathrein/Schoditsch in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>6</sup> § 28 KSchG Rz 6).

**5.3.3** Die Position der Beklagten, sie würde sich bei der Rechnungslegung und Abrechnung nicht auf die verfahrensgegenständliche Klausel berufen, ist nicht nachvollziehbar: Sie hat im Mai 2022 unstrittig auf Basis der nunmehr beanstandeten Klausel eine Erhöhung des Strompreises vorgenommen. Jedenfalls bei jenen Kunden, die der Änderung der AGB im Oktober 2022 nicht zugestimmt und den Stromliefervertrag daher zum 30.4.2023 gekündigt haben, kann die Abrechnung nur auf Basis dieser Klausel erfolgen, weil andere AGB mit diesen Kunden nicht wirksam vereinbart wurden. Die Beklagte legt auch nicht dar, auf welche AGB,

wenn nicht jene vom Jänner 2022, sie sich in Bezug auf jene Kunden, die der Änderung der AGB im Oktober 2022 ausdrücklich widersprochen haben, stützt.

**5.3.4** Mit dem - zutreffenden - Argument des Erstgerichts, die Beklagte habe sich auch noch im vorliegenden Verfahren von den Klauseln nicht distanziert, sondern deren inhaltliche Zulässigkeit verteidigt, was ebenfalls Wiederholungsgefahr begründet (10 Ob 47/08x; RS0119007 [T1; T6; T13]), setzt sich die Berufung nicht näher auseinander.

**5.3.5** Da das Erstgericht schon auf dieser Grundlage die Wiederholungsgefahr zu Recht bejaht hat, sind die in diesem Zusammenhang relevierten sekundären Feststellungsmängel durchwegs ohne Relevanz. Solche liegen nämlich nur dann vor, wenn entscheidungserhebliche Tatsachen nicht festgestellt wurden (RS0053317 [T5]).

Dass vor Klagseinbringung kein Abmahnverfahren iSd § 28 Abs 2 KSchG durchgeführt wurde, ist im Verfahren nicht strittig und bedarf daher keiner Feststellung (§ 266 ZPO).

Ob die Beklagte die strittigen Klauseln bereits vor Inkrafttreten des § 80 Abs 2a ElWOG idF BGBl I 2022/7 eingeführt hat, ist für das Verfahren ebenso wenig von Relevanz wie die Frage, ob zum Zeitpunkt der Einführung der AGB schon alle gesetzlichen Voraussetzungen des ElWOG sowie die in seinem § 80 Abs 2a vorgesehenen Musterformulierungen vorlagen. Wie bereits zu den Punkten 5.1 und 5.2 ausgeführt, ist die beanstandete Klausel nämlich unabhängig von den Bestimmungen des ElWOG am Maßstab des § 864a ABGB zu messen.

Dass die Beklagte jedenfalls ab März 2022 Strombezugsverträgen mit Verbrauchern diese AGB zugrunde legte, hat das Erstgericht ohnedies festgestellt (US 4).

Das Erstgericht hat auch festgestellt, dass die AGB Oktober 2022 keine dem Punkt 8.2. der AGB Jänner 2022 entsprechende Regelung enthalten (US 11, letzter Absatz).

Eine wörtliche Feststellung des Inhalts der AGB Oktober 2022 ist daher nicht erforderlich.

Aus den Abrechnungsmodalitäten laut Punkt 9.4. der ABGB Jänner 2022, die die Beklagte ebenfalls wörtlich festgestellt haben will, ergibt sich nur, dass die Vorschreibung von Teilzahlungsbeträgen „auf Basis der aktuellen Energiepreise“ erfolgt, nicht hingegen, wie sich diese berechnen. Nach dem Vorbringen der Beklagten handelt es sich dabei nur um Anzahlungen auf das nach der Endabrechnung geschuldete Entgelt. Maßgeblich ist daher, wie sich dieses zusammensetzt. Der Feststellung mangelt es daher an Relevanz.

Auf welcher Basis die Beklagte nach Punkt 9.4. der ABGB Jänner 2022, die sie ebenfalls wörtlich festgestellt haben will, Teilzahlungen vorschreibt, ist insoweit ohne Relevanz, als es sich nach dem Vorbringen der Beklagten dabei nur um Anzahlungen auf das nach der Endabrechnung geschuldete Entgelt handelt. Maßgeblich ist daher nur, welcher Arbeitspreis der Endabrechnung zugrunde gelegt wird, worüber Punkt 9.4. der AGB jedoch nichts aussagt.

#### **5.4 Zu den weiteren sekundären Feststellungsmängeln:**

**5.4.1** Dass die beanstandete Klausel nicht nur den ÖSPI-Wert des letzten Monats heranzieht, sondern die gewichteten Monatswerte der letzten sechs Monate, hat das Erstgericht durch wörtliche Wiedergabe des Texts der AGB der Beklagten ohnedies festgestellt (siehe Punkt 3.4 und 4.4), sodass es auch diesbezüglich keiner ergänzenden Feststellung bedarf.

**5.4.2** Gleiches gilt für die begehrte ergänzende Feststellung dazu, dass die Beklagte die Kunden über Anlass, Voraussetzung, Umfang und erstmalige Wirksamkeit der Entgeltänderung detailliert informiert habe und die zur Wertesicherung herangezogene Berechnungsmethodik in den AGB sogar genau dargelegt sei. Auch dies ergibt sich aus der Feststellung der AGB sowie des Inhalts des Schreibens ./9 (US 9 ff).

**5.4.3** Ebenso festgestellt hat das Erstgericht, dass die Beklagte ihre Kunden über die Entgeltänderung informierte. Den Wortlaut des Informationsschreibens (./9) hat es wörtlich zitiert (US 9 f). Ob die Information transparent war, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung und damit einer Feststellung nicht zugänglich.

**5.4.4** Dass die VHP nicht im Alleineigentum der Beklagten steht, ergibt sich schon aus der vom Erstgericht getroffenen Feststellung, dass sie im Mehrheitseigentum der Beklagten steht (US 3).

**5.4.5** Davon, dass die Energy4Business den Strom nicht selbst erzeugt, geht das Erstgericht ohnehin aus, wenn es feststellt, dass diese den Strom von der VHP kauft (ebenfalls US 3), wofür aber keine Veranlassung bestünde, wenn sie ihn selbst produziert. Aus der weiteren Feststellung, dass die Beklagte an die Energy4Business einen Preis zahlt, der anhand der an der EEX gehandelten Preise festgelegt wird (US 8), ergibt sich, dass es sich dabei um einen marktüblichen Preis handelt, der auch drittvergleichsfest ist. Auch diesbezüglich bedarf es keiner ergänzenden Feststellungen.

**5.4.6** Ebenso festgestellt hat das Erstgericht - durch Übernahme der AGB der Beklagten -, dass der Endkundenpreis mit einer am ÖSPI orientierten Wertsicherungsklausel indexiert war und die Kunden darüber auch informiert waren. Auch diese Ersatzfeststellung war daher nicht zu treffen.

**5.4.7** Der Beklagten gelingt es nicht, die Relevanz der begehrten Ersatzfeststellungen aufzuzeigen, dass sowohl ihre Bestands- als auch (potenzielle) Neukunden spätestens seit dem zweiten Quartal 2022 einerseits durch Presseaussendungen der Beklagten, andererseits durch ein breites öffentliches und mediales Interesse an der beanstandeten Klausel sowie den dahinter stehenden Mechanismen des Stromgroßhandelsmarktes informiert gewesen seien: Die Klausel wurde unstrittig im ersten Quartal 2022 eingeführt, sie ist daher

am Wissensstand der Kunden zu diesem Zeitpunkt zu messen. Dass zu einem späteren Zeitpunkt, teilweise auch von dritter Seite, Informationen erfolgt sind, beseitigt die Ungewöhnlichkeit der Klausel nicht im Nachhinein.

**5.4.8** Ebenso wenig vermögen, worauf das Erstgericht zutreffend hingewiesen hat, nachträgliche Zuschüsse von Dritten (gesetzliche Stützung der Endkundenpreise durch den Staat; „Strompreisbremse“) die Nachteiligkeit der Klausel zu beseitigen. Auch dazu bedarf es daher keiner ergänzenden Feststellungen.

**5.4.9** Dass sich in Punkt 8.2.8. der AGB ein durch Fettdruck hervorgehobener „wichtiger Hinweis zum Ausmaß der Preisänderung“ findet, hat das Erstgericht wiederum durch Übernahme dieses Punktes einschließlich Fettdruck im Urteil (US 6) festgestellt; es bedarf auch dazu keiner ergänzenden Feststellungen. Soweit die Beklagte die ergänzende Feststellung begehrt, der Hinweis sei nicht nur fett, sondern auch in Farbe erfolgt, ist darauf – sofern daran überhaupt Rechtsfolgen geknüpft werden könnten – hinzuweisen, dass sich dies aus ./1 nicht ohne Weiteres ergibt: Zwar ist dieser Punkt – wie auch andere Punkte der AGB – mit blassroter Farbe hinterlegt, in der vom Kläger vorgelegten Version der AGB (./A) fehlt eine solche Hervorhebung jedoch, sodass nicht auszuschließen ist, dass die farbliche Hervorhebung erst im Zuge der Urkundenvorlage (vgl § 297 Abs 1 ZPO) erfolgt ist.

**5.5** Zusammengefasst ist daher das Erstgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die beanstandete Klausel der Geltungskontrolle nach § 864a ABGB nicht standhält und Wiederholungsgefahr vorliegt. Da die Geltungskontrolle der Inhaltskontrolle vorgeht, ist eine inhaltliche Prüfung einer dadurch weggefallenen Klausel ausgeschlossen (*Rummel in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 864a Rz 32 [Stand 1.11.2014, rdb.at]). Auf die Frage, ob die Klausel § 879 Abs 3 ABGB oder § 80 Abs 2a ElWOG widerspricht, ist daher nicht näher einzugehen.

6. Das Unterlassungsbegehren besteht daher ebenso wie das Veröffentlichungsbegehren, gegen das sich die Berufung nicht explizit wendet, zu Recht. Das angefochtene Urteil war daher zu bestätigen.

7. Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens beruht auf §§ 41, 50 Abs 1 ZPO.

8. Im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung dieser Klausel und ihre weittragende Bedeutung (§ 5 Z 34 lit c AHK) besteht keine Veranlassung, von der unbedenklichen Bewertung des Streitgegenstands durch den Kläger abzugehen. Es war daher auszusprechen, dass der Streitgegenstand EUR 30.000 übersteigt.

9. Die Auslegung von Klauseln in AGB bestimmter Geschäftsbranchen, die regelmäßig für eine größere Anzahl von Kunden und damit Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung sind, ist typischerweise eine erhebliche Rechtsfrage, sofern solche Klauseln bisher vom Obersten Gerichtshof noch nicht zu beurteilen waren (RS0121516). Da bisher weder die Beurteilung der beanstandeten Klausel noch die Frage, ob aufgrund der Bestimmung des § 80 Abs 5 ElWOG idF BGB I 2022/7 eine Verbandsklage überhaupt zulässig ist, an den OGH herangetragen wurden, ist die ordentliche Revision nach § 502 Abs 1 ZPO zur Klärung dieser Fragen zulässig.

Oberlandesgericht Wien  
1010 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 33, am 15.09.2023

**Dr. Reinhard Hinger**  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG

