



55 Cg 62/22v

LANDESGERICHT WIENER NEUSTADT
Maria-Theresien-Ring 5 2700 Wiener Neustadt

(Bitte in allen Eingaben anführen)

Tel.: +43 2622 21510 395814

Im Namen der Republik

Das Landesgericht Wiener Neustadt¹ erkennt durch seinen Richter Mag. Heinz Markus Kolland in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in 1030 Wien, gegen die beklagte Partei **EVN Energievertrieb GmbH & Co KG**, FN 221804h, EVN Platz, 2344 Maria Enzersdorf, vertreten durch Beurle Rechtsanwälte GmbH & Co KG in 4020 Linz, wegen Unterlassung nach dem KSchG (Euro 30.500,-) und Urteilsveröffentlichung (Euro 5.500,-; Gesamtstreitwert Euro 36.000,-), nach öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht:

I. Die beklagte Partei ist schuldig,

a.) im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt und / oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

1. Für die erste indexbasierte Änderung aufgrund dieser Allgemeinen Lieferbedingungen gilt: Ist der ÖSPI-Monatswert für August 2022 („Index-Vergleichswert“) um mehr als 4 Punkte höher oder niedriger als der jeweilige Index-Ausgangswert, wird der Verbrauchspreis im gesamten Ausmaß der jeweiligen prozentuellen Index-Veränderung (kaufmännisch gerundet auf zwei Kommastellen) ab dem 01.09.2022 erhöht oder gesenkt.

und

2. Für die erste indexbasierte Änderung aufgrund dieser Allgemeinen Lieferbedingungen gilt: Ist der Durchschnitt der letzten 12 veröffentlichten Werte des ÖGPI 2019 („MA* - 12 Monate“) für Juli 2022 („Index-Vergleichswert“) um mehr als 4 Punkte

höher oder niedriger als der jeweilige Index-Ausgangswert, wird der Verbrauchspreis im gesamten Ausmaß der jeweiligen prozentuellen Index-Veränderung (kaufmännisch gerundet auf zwei

1 Ein Antrag nach § 259 Abs 3 ZPO wurde nicht gestellt.

Kommastellen) ab dem 01.09.2022 erhöht oder gesenkt.

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen;

b.) der klagenden Partei zu Handen der Klagevertreterin binnen 14 Tagen Verfahrenskosten von Euro 12.924,32 (darin Euro 1.556,- Pauschalgebühr und Euro 1.894,72 Umsatzsteuer) zu ersetzen.

II. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagestattgebenden Teil des Urteilsspruchs im Umfang der Unterlassungsbegehren und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, Regionalausgabe für Wien, Niederösterreich und Burgenland, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Vorbemerkungen:

a.) Zum Aufbau des Urteils wird vorausgeschickt, dass das großteils aus rechtlichen Ausführungen bestehende Vorbringen der Parteien in diesem Umfang zur besseren Übersichtlichkeit erst im Rahmen der rechtlichen Beurteilung zusammengefasst dargestellt wird. Das Tatsachenvorbringen wird eingangs der Entscheidungsgründe nur so weit wiedergegeben, als es *strittige* rechtserhebliche Behauptungen enthält.

Hervorhebungen in den Feststellungen bei Zitaten (Fettdruck, Kursivschrift, Unterstreichungen) erfolgen durch das Gericht.

Die Randnummerierung folgt nicht strikt der Zählung der Absätze.

b.) Beide Parteien haben fristgerecht einen Widerspruch bzw Protokollberichtigungsantrag gegen die Übertragung des Protokolls vom 12.10.2023 erhoben (ON 17 und 18).

Der von einer Partei binnen drei Tagen nach Zustellung der Protokollsabschrift eingebrachte Antrag auf Protokollberichtigung nach § 210 Abs 2 ZPO ist als gegen das Protokoll gerichteter Widerspruch anzusehen. Über einen Widerspruch hat das Gericht in der Regel keine Entscheidung zu treffen. Das Gericht kann aber auch infolge eines erhobenen Widerspruches die Übertragung entsprechend ändern (vgl RS0037287).

Das Gericht belässt es bei der Kenntnisnahme der Widersprüche, ohne darüber eine Entscheidung zu treffen, geht aber in der Urteilsbegründung davon aus, dass alle von den Parteien (teilweise übereinstimmend) vorgebrachten Unrichtigkeiten, worin auch immer diese wurzeln (Fehler in der Protokollierung/Übertragung), tatsächlich vorliegen und das in den Widersprüchen Vorgebrachte richtig ist.

[1] Der **klagende Verband** begehrt Unterlassung und Veröffentlichung wie aus dem Spruch ersichtlich. Die inkriminierten Klauseln würden weder der Geltungs- noch der Inhaltskontrolle standhalten, weil sie insbesondere gegen §§ 864a, 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 1 Z 5, Abs 2 Z 4, Abs 3 KSchG sowie gegen § 80 ElWOG verstießen. Die Beklagte biete ihre Leistungen österreichweit an. Ihre Beschaffungskosten lägen unter den Großhandelspreisen laut ÖSPI (Österreichischer Strompreisindex) und ÖGPI (Österreichischer Gaspreisindex) und sie verfolge keine diesen Indices entsprechende Beschaffungsstrategie.

[2] Die **Beklagte** bestreitet und beantragt die kostenpflichtige Abweisung der Klage. Sie biete ihre Leistungen in Österreich ausschließlich in Niederösterreich an. Ihre Beschaffungskosten entsprächen den Großhandelspreisen laut ÖSPI und ÖGPI.

[3] **Beweis wurde erhoben durch** Einsichtnahme in die vorgelegten Sachbeweismittel (Beilagen A bis P, 1 bis 18 und I); Vernehmung der Zeugen Dr. [REDACTED] und DI [REDACTED] [REDACTED] sowie des Geschäftsführers der Beklagten Dr. [REDACTED] als Partei (ON 15.2).

[4] Es wurden **keine Beweisanträge zurückgewiesen**.

Sachverhalt:

[5] Die Klägerin ist ein für Unterlassungsklagen nach § 29 KSchG legitimierter Verband.

[6] Die Beklagte ist ein Unternehmen des Konzerns der ENERGIEALLIANZ Austria Gruppe, in der die EVN AG (über die EVN Energieservices GmbH), die Burgenland Energie AG, und

die WIEN ENERGIE GmbH ihre Stromvertriebsaktivitäten gebündelt haben. Unbeschränkt haftender Gesellschafter der Beklagten ist die ENERGIEALLIANZ Austria GmbH (ZV Dr. [REDACTED] ON 15, 2 f; VSS ON 7, 9; unstrittig).

[7] Die Beklagte besitzt – anders als etwa die evn naturkraft Gesellschaft m.b.H. (Alleingesellschafterin: EVN AG) - keine eigenen Produktionsstätten für Strom und Gas. Die gesamte Energiemenge, die sie an ihre Kunden absetzt, wird zugekauft (ZV Dr. [REDACTED] ON 15, 2 f und 9; siehe Beweiswürdigung).

[8] Beschaffungssystem und Beschaffungskosten:

[8/1] Allgemeines: Die Beschaffung von Strom auf dem Terminmarkt endet *grundsätzlich* zwei Monate vor Beginn der Lieferung; sie beginnt aber schon 196 Handelstage davor, sodass pro Tag ca 0,5 % der Gesamtmenge beschafft werden (ZV Dr. [REDACTED] ON 15.2, 7 f; DI [REDACTED] ON 15.2, 16 f und 20 iVm Beilagen E und 4). Die Beschaffung von Strom auf dem Terminmarkt endete daher hinsichtlich des Liefertags 1.9.2022 am 1.7.2022 (*Schlussfolgerung*). Steigt der Index über die Monate, bedeutet dies, dass die tatsächlichen Beschaffungskosten *unter* den Beschaffungskosten im Zeitpunkt der Lieferung liegen. Sinkt der Index, liegen sie *über* den Beschaffungskosten im Zeitpunkt der Lieferung (*Schlussfolgerung; siehe auch ZV DI [REDACTED] ON 15.2, 22 oben*). Beim ÖGPI ist der Preisbildungszeitraum kürzer, nämlich 3 Monate (ZV Dr. [REDACTED] ON 15.2, 8). Zum Ausgleich von Mengenabweichungen werden außerhalb des Terminmarktes - zu mitunter stark schwankenden, im Übrigen unbekanntem Preisen (*kein konkretes Vorbringen, keine Beweisergebnisse*) – kurzfristig Restmengen zugekauft (bzw überschüssige Mengen verkauft; ZV DI [REDACTED] ON 15.2, 17 und 20).

[8/2] Die konkreten Beschaffungskosten der Beklagten für Strom und Gas (in Geld/Euro) in den Jahren 2021 und 2022 bzw für die einzelnen Monate dieser Jahre sind nicht feststellbar. (*kein Vorbringen, keine Beweisergebnisse; siehe im Übrigen Beweiswürdigung*). Es ist nicht feststellbar, dass die Beschaffungskosten der Beklagten für Gas und Strom auf dem Terminmarkt vor 2023 dem ÖSPI (Strom) und dem ÖGPI (Gas), also den dort indizierten Großhandelspreisen folgten. Es ist nicht feststellbar, dass die tatsächlichen Strombeschaffungskosten der Beklagten (insbesondere) 2021 und 2022 die Preise laut ÖSPI und ÖGPI erreichten, sondern sie waren niedriger. Der OTC-Anteil (over-the-counter [außerbörslich]) an der Beschaffung und die außerbörslich von der Beklagten bezahlten Preise sind ebenso nicht feststellbar. Es ist auch nicht feststellbar, zu welchen Anteilen und welchen Preisen die Beklagte Strom und Gas in den Jahren 2021 und 2022 auf dem Spotmarkt

(kurzfristige Geschäfte/Day-Ahead- und Intraday-Markt [für den nächsten bzw selben Tag]) kaufte. Ebenso wenig ist feststellbar, ob und wenn ja welche langfristigen Einkäufe die Beklagte bereits 2020 und davor für 2022 und 2023 getätigt hatte (*siehe Beweiswürdigung*).

[9] Innerhalb Österreichs (vgl zum ausländischen Geschäftszweig *Beilagen O und P*) betätigt sich die Beklagte als Strom- und Gaslieferantin nur in Niederösterreich (*PV ON 15, 25; ZV Dr. [REDACTED] ON 15, 2; keine gegenteiligen Beweisergebnisse*).

[10] Auf der Website der Österreichischen Energieagentur fanden sich 2022 folgende – über einen nicht feststellbaren Pfad erreichbare (*kein Vorbringen, keine Beweisergebnisse; siehe Beilage 4*) - Erklärungen zum ÖSPI: „Der ÖSPI wird nach einer standardisierten Methode auf Basis der Notierungen an der Energie-Börse EEX [European Energy Exchange) in Leipzig berechnet. Grundlage des ÖSPI sind die durchschnittlichen Marktpreise der vergangenen 9 Handelsmonate für Strompreis-Futures der kommenden vier Quartale. Sie sind gleichzeitig ein Indikator für die zu erwartende Entwicklung des Strompreises. Konkret werden zur Berechnung neben den Werten für Grundlast, also der regelmäßigen, bandförmigen Stromlieferung, auch die Werte für Spitzenlast herangezogen.

Der ÖSPI zeigt an, um wie viel Prozent sich der Einkaufspreis für Strom im kommenden Monat gegenüber der Basisperiode, dem Vormonat und dem Vorjahr auf Grundlage eines fiktiven Beschaffungsverhaltens verändert. Der Durchschnitt der Strompreise aus dem Jahr 2006 ist die Ausgangsbasis für den Strompreisindex.

Der ÖSPI bildet nur die reine Energiekomponente ab. Der Gesamtpreis für Strom teilt sich beim Endkonsumenten mit knapp 60 % auf die Energiekomponente und zu 40 % auf Netzegebühren, Steuern und Abgaben auf. Ein Steigen bzw. Fallen des ÖSPI lässt daher nur eine entsprechend geringere Erhöhung bzw. Senkung des gesamten Strompreises erwarten. Weitere Faktoren, die den Strompreis beeinflussen - wie beispielsweise die Beschaffungsstrategien der Energieversorger - werden im ÖSPI nicht berücksichtigt. Mit dem ÖSPI kann keine Aussage getroffen werden, wie die Energieanbieter ihre Preise gegenüber den Endkunden tatsächlich gestalten.“

Es folgt eine mathematische Berechnungsformel für den „ÖSPI (4-Frontquartal-Methodik)“ und (auszugsweise) die folgende Erklärung dazu:

„* Der Settlementpreis der EEX für AT Base Quarter Futures am Tag i sind die Settlementpreise, wie sie auf der Webseite der EEX unter „Market Data, Power, Futures, Phelix-AT Futures“ unter der Rubrik „Quarter“ veröffentlicht werden.

* Der Settlementpreis der EEX für AT Peak Quarter Futures am Tag i sind die Settlementpreise, wie sie auf der Webseite der EEX unter „Market Data, Power, Futures, Phelix-AT Futures“ unter der Rubrik „Quarter“ veröffentlicht werden.

* Der $\ddot{O}SP_M$ ist der gewichtete Mittelwert aller Handelspreise für Base und Peak.

* Der $\ddot{O}SP_{2006}^1$ errechnet sich aus den von der EEX im entsprechenden Zeitraum – gemäß Berechnungslogik – veröffentlichten Settlementpreisen für die entsprechenden Quartale.“ (...)

Was ein Settlementpreis oder ein gewichteter Monats- oder Mittelwert ist oder was (Base/Peak Quarter/Strompreis) Futures sind, wird nicht erklärt; ebenso wenig, auf Basis welcher konkreten Notierungen an der EEX der $\ddot{O}SPI$ berechnet wird und welche Annahmen dem „fiktiven Beschaffungsverhalten“ zugrunde gelegt werden (*Beilagen E und 4*).

[11] Die gewichteten $\ddot{O}SPI$ -Monatswerte stellten sich von Jänner 2021 bis März 2023 wie folgt dar:

Jän.21 80,45

Feb.21 81,82

Mär.21 86,50

Apr.21 88,81

Mai.21 91,52

Jun.21 95,99

Jul. 21 100,92

Aug.21 106,89

Sep. 21 113,69

Okt.21 123,00

Nov.21 136,46

Dez. 21 148,67

Jan. 22 164,62

Feb.22 ² 199,08

Mär. 22 206,80

Apr.22 ³ 233,75

Mai. 22 279,52

Jun. 22 ⁴ 290,58

Jul. 22 328,89

Aug.22 370,85

Sep. 22 404,93

Okt.22 516,52 (stärkster Anstieg/Monat)

Nov.22 603,41

Dez. 22 649,10

Jan. 23 692,49

- 2 Kriegsbeginn Ukraine.
- 3 Einrechnung ALB 2022 bei der E-Control.
- 4 Nichtuntersagung durch E-Control.

Feb.23 729,68 (Höchststand)

Mär.23 688,42 (Beilage G; auch J)⁵

[12] Der ÖGPI gab 2022 laut einer – über einen nicht feststellbaren Pfad erreichbaren (*kein Vorbringen, keine Beweisergebnisse; siehe Beilage 12*) - Erklärung auf der Website der Österreichischen Energieagentur „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 Gasgroßhandelsmarkt. Dabei wird die reine Energiekomponente im Gaspreis für Endkundinnen und Endkunden abgebildet. Netzkosten und Steuern bzw. Abgaben finden keine Berücksichtigung. Ein Steigen bzw. Fallen des ÖGPI lässt daher nur eine entsprechend geringere Preissteigerung bzw. -senkung des Gesamtpreises erwarten. Der ÖGPI ist aber ein guter Indikator der Marktpreisentwicklung, der durch die standardisierte Berechnungsmethode die notwendige Stabilität erhält.

Methodik: Der ÖGPI wird am 27. des Monats, so dieser ein Werktag ist, nach einer standardisierten Methode und auf Basis der für den Österreichischen Gasmarkt relevanten Notierungen an der Handelsplattform EEX Gas Exchange berechnet. Grundlage für den ÖGPI sind die mit am 27. des Monats publizierten Month Ahead Futures für Erdgas der vergangenen drei Handelsmonate. Änderungen der publizierten Month Ahead Futures Preise, welche nach dem 27. des Monats getätigt werden, werden in der Berechnung des ÖGPI nicht berücksichtigt. Der ÖGPI zeigt an, um wie viel Prozent sich der Großhandelspreis für Erdgas im kommenden Monat gegenüber der Basisperiode verändert.“

Es folgt eine mathematische Berechnungsformel für den „ÖGPI 2019 (3-FrontmonateMethodik)“ und (auszugsweise) die folgende Erklärung dazu:

„* Der EEX CEGH-VTP Monthly Future am Tag ist der Settlementpreis, wie er auf der Webseite des CEGHi unter „Market Data, Futures market data, Front Month“ für den Markt CEGH VTP veröffentlicht wird. Sollte dieser Preis nicht mehr veröffentlicht werden, wird ein äquivalenter Preis für die Berechnung herangezogen.

* Bei der Berechnung der mittleren Settlementpreise werden nur Settlementpreise, die für die Lieferung im darauffolgenden Monat veröffentlicht werden, herangezogen.

* Der ÖGP_{2015}^1 errechnet sich aus den vom Central European Gas Hub (CEGH) im entsprechenden Zeitraum – gemäß Berechnungslogik – veröffentlichten Settlementpreisen für den Front Month.“ (...)

Was ein Settlementpreis oder ein Front Month oder der EEX CEGH-VTP Monthly Future am Tag ist oder wo die *i* Month Ahead Futures als Grundlage für den ÖGPI publiziert werden und was das ist, wird nicht erklärt (*Beilage 12*).

[13] Die ÖGPI-Monatswerte stellten sich 2021 bis Februar 2023 wie folgt dar:

5 Vgl auch https://www.energyagency.at/fileadmin/1_energyagency/presseaussendungen/strompreisindex/oespi_downloads/oespi_monatswerte.pdf

Feb.23 **466,38**⁶ 613,72⁷ (Höchststand)

Jan. 23 **581,84** 611,33

Jahresmittel 2022: 600,64

Dez. 22 **704,13** 600,64

Nov.22 **895,20** 572,35

Okt.22 **955,64** (**Höchststand**) 523,65

Sep. 22 **789,86** 462,10

Aug.22 **579,23** 410,09

Jul. 22 470,91 373,23

Jun. 22 **515,76** 343,53

Mai. 22 492,27 308,75

Apr.22 **471,17** 274,86

Mär.22 442,21 242,54

Feb.22 **437,69** 212,32

Jan. 22 **453,61** 182,00

Jahresmittel 2021: 149,60

Dez. 21 364,65 149,60

Nov.21 310,79 124,15

Okt.21 217,01 102,64

Sep. 21 165,77 88,00

Aug.21 136,92 76,90

Jul. 21 114,49 67,86

Jun. 21 98,36 60,87

Mai.21 85,69 55,69

Apr.21 83,30 52,05

Mär.21 79,61 49,16

Feb.21 73,80 47,30

6 1. Wert = **ÖGPI** 2019/Basis 2015

7 2. Wert = Mittelwert des ÖGPI über die letzten 12 Monate.

Jän.21 **64,77** 46,76 (*Beilage M*)⁸

[14] Am 15.8.2022 traten die Allgemeinen Lieferbedingungen der Beklagten (ALB) für die Lieferung von Strom und Gas in Kraft (*unstrittig; vgl Beilagen A und B, jew. 1. Absatz: „gültig ab 15.08.2022“*).

[15] Die ALB für Strom enthalten in Punkt **„V. Preise, Änderungen der Preise“**⁹ im Unterkapitel V.3. „Änderungen des Verbrauchspreises und des Grundpreises“ (auszugsweise) folgende, den klagegegenständlichen Verbrauchspreis¹⁰ betreffende Klauseln, in denen sich (im Original) jeweils keine Hervorhebungen durch zB Unterstreichung oder Fettdruck finden:¹¹

„1. Das vom Kunden der EVN Energievertrieb geschuldete Entgelt für die Lieferung der elektrischen Energie richtet sich nach den jeweils vereinbarten Preisen (z.B. Grundpreis, Verbrauchspreis).

(...)

3.i. Änderungen des Verbrauchspreises und des Grundpreises:

Der Verbrauchspreis unterliegt einer indexbasierten Änderung. Zur Ermittlung der indexbasierten Änderung wird der Österreichische Strompreisindex der Österreichischen Energieagentur herangezogen (ÖSPI Monatswerte gewichtet). Für die erste indexbasierte Änderung aufgrund dieser Allgemeinen Lieferbedingungen gilt: Ist der ÖSPI-Monatswert für August 2022 („Index-Vergleichswert“) um mehr als 4 Punkte höher oder niedriger als der jeweilige Index-Ausgangswert, wird der Verbrauchspreis im gesamten Ausmaß der jeweiligen prozentuellen Index-Veränderung (kaufmännisch gerundet auf zwei Kommastellen) ab dem 01.09.2022 erhöht oder gesenkt.

Ab dem Jahr 2023 gilt: Ist der ÖSPI-Monatswert für März („Index-Vergleichswert“) um mehr als 4 Punkte höher oder niedriger als der jeweilige Index-Ausgangswert, wird der Verbrauchspreis im gesamten Ausmaß der jeweiligen prozentuellen Index-Veränderung (kaufmännisch gerundet auf zwei Kommastellen) ab dem jeweils nachfolgenden 01.04. erhöht oder gesenkt. Ist der ÖSPI-Monatswert für September („Index-Vergleichswert“) um mehr als 4 Punkte höher oder niedriger als der jeweilige Index-Ausgangswert, wird der Verbrauchspreis im gesamten Ausmaß der

jeweiligen prozentuellen Index-Veränderung (kaufmännisch gerundet auf zwei Kommastellen) ab dem jeweils nachfolgenden 01.10. erhöht oder gesenkt.

Der jeweilige Index-Ausgangswert ergibt sich wie folgt:

Für zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Allgemeinen Lieferbedingungen bestehende Kunden ändert sich ihr bestehender individueller Index-Ausgangswert nicht. Daraus ergibt sich Folgendes:

8 Vgl auch <https://www.energyagency.at/fakten/gaspreisindex>.

9 Überschrift auch im Original in Fettdruck.

10 Der in Punkt V.3.ii. der ALB geregelte Grundpreis ist nicht Gegenstand der Klage.

11 Die im Folgenden vorgenommenen Unterstreichungen finden sich im Original nicht.

1. Für Kunden, deren Verbrauchspreis nach Inkrafttreten der Allgemeinen Lieferbedingungen am 01.10.2021 angepasst wurde, ist der Index-Ausgangswert der Indexwert des Monats, welches der jeweiligen Preisanpassung vorangegangen ist.

2. Für Kunden mit Vertragsabschluss vor 01.10.2021, deren Verbrauchspreis nach Inkrafttreten der Allgemeinen Lieferbedingungen am 01.10.2021 nicht angepasst wurde, ist der Index-Ausgangswert der Indexwert des Monats Juli 2021.

3. Für Kunden mit Vertragsabschluss ab 01.10.2021 bis zum Inkrafttreten dieser Allgemeinen Lieferbedingungen, deren Verbrauchspreis nicht angepasst wurde, ist der Index-Ausgangswert der Indexwert des ersten Monats jenes Quartals, welches vor dem Quartal liegt, in welchem der Vertragsabschluss erfolgte. Beispiel: Vertragsabschluss April 2022, Index-Ausgangswert: Jänner 2022. (...)

vi. Der ÖSPI wird veröffentlicht unter https://www.energyagency.at/fakten-service/energiepreise/strompreisindex.ht_ml (Downloads > ÖSPI Monatswerte > ÖSPI gewichtet). (...)

vii. Die EVN Energievertrieb verpflichtet sich, jeden Kunden vor Vertragsabschluss schriftlich oder – wenn vereinbart – elektronisch auf deutliche Weise darauf hinzuweisen, dass eine – auch erhebliche – Preiserhöhung aufgrund der Anwendung von (Index-)Ausgangswerten, die möglicherweise vor dem Vertragsabschluss gelegen sind und die im Falle der marktpreisbasierten Berechnung auf Basis der ÖSPI-Monatswerte aufgrund der Koppelung an Börsen-Großhandelspreise sehr volatil sein können, bereits zwei Monate nach Vertragsabschluss zulässig und möglich ist. Kunden, die zum Zeitpunkt der Vereinbarung dieser Allgemeinen Lieferbedingungen bereits Kunden sind, sind ebenfalls schriftlich oder – wenn vereinbart – elektronisch auf deutliche Weise darauf hinzuweisen, dass in Folge der Änderung der Preissystematik mit Inkrafttreten dieser Allgemeinen Lieferbedingungen eine – auch erhebliche – Preiserhöhung aufgrund der Vereinbarung von (Index-)Ausgangswerten, die möglicherweise vor Vertragsabschluss gelegen sind und die im Falle der marktpreisbasierten Berechnung auf Basis der ÖSPI-Monatswerte aufgrund der Koppelung an BörsenGroßhandelspreise sehr volatil sein können, zulässig und möglich ist. Die EVN Energievertrieb wird die

Kunden weiters auf deutliche Weise auf ihr Kündigungsrecht gegen die Änderung der Allgemeinen Lieferbedingungen gemäß Punkt XV, sowie über die Folgen einer Kündigung informieren.“

Punkt XV („*Änderungen der Allgemeinen Lieferbedingungen*“) bestimmt:

„EVN Energievertrieb ist zu Änderungen der Allgemeinen Lieferbedingungen berechtigt: Die Änderungen werden dem Kunden durch ein individuell adressiertes Schreiben oder auf dessen Wunsch elektronisch mitgeteilt. Sofern der Kunde nicht binnen vier Wochen ab Zustellung der Änderungsvereinbarung schriftlich seine Kündigung des Vertrags erklärt, werden nach Ablauf dieser Frist die Änderungen zu dem von EVN Energievertrieb mitgeteilten Zeitpunkt, der nicht vor dem Zeitpunkt der Versendung der Änderungserklärung liegen darf, für die bestehenden Verträge wirksam. Kündigt der Kunde den Vertrag binnen einer Frist von vier Wochen ab Zugang der Änderungserklärung schriftlich, endet das Vertragsverhältnis zu den bisherigen Vertragsbedingungen bzw. Entgelten mit dem nach einer Frist von drei Monaten folgenden Monatsletzten ab Wirksamkeit der Änderungen, sofern der Kunde bzw. Verbraucher oder Kleinunternehmer nicht zu einem früheren Zeitpunkt einen neuen Lieferanten (Versorger) namhaft macht und von diesem beliefert wird. Der Kunde ist auf die Bedeutung seines Verhaltens sowie die eintretenden Folgen im Rahmen der Änderungserklärung besonders hinzuweisen.“

[16] Die ALB für Gas enthalten in Punkt „V. Preise, Änderungen der Preise“ unter anderem (auszugsweise) folgende, den klagegegenständlichen Verbrauchspreis¹² 1 2 betreffende Klauseln, in denen sich jeweils keine Hervorhebungen durch zB Unterstreichung oder Fettdruck finden.¹³

„3. Änderungen des Verbrauchspreises und des Grundpreises:

i. Der Verbrauchspreis unterliegt einer indexbasierten Änderung.

Zur Ermittlung der indexbasierten Änderung wird der Österreichische Gaspreisindex der Österreichischen Energieagentur herangezogen (ÖGPI 2019 Monatswerte, „MA* - 12 Monate“).

Für die erste indexbasierte Änderung aufgrund dieser Allgemeinen Lieferbedingungen gilt: Ist der Durchschnitt der letzten 12 veröffentlichten Werte des ÖGPI 2019 („MA* - 12 Monate“) für Juli 2022 („Index-Vergleichswert“) um mehr als 4 Punkte höher oder niedriger als der jeweilige Index-Ausgangswert, wird der Verbrauchspreis im gesamten Ausmaß der jeweiligen prozentuellen Index-Veränderung (kaufmännisch gerundet auf zwei Kommastellen) ab dem 01.09.2022 erhöht oder gesenkt.

Ab dem Jahr 2023 gilt: Ist der Durchschnitt der letzten 12 veröffentlichten Werte des ÖGPI 2019 für Februar eines Jahres („Index-Vergleichswert“) um mehr als 4 Punkte höher oder niedriger als der jeweilige Index-Ausgangswert, wird der Verbrauchspreis im gesamten Ausmaß der jeweiligen prozentuellen Index-Veränderung (kaufmännisch gerundet auf zwei Kommastellen) ab dem jeweils nachfolgenden 01.04. erhöht oder gesenkt. Ist der Durchschnitt der letzten 12 veröffentlichten Werte des ÖGPI 2019 für August eines Jahres („Index-Vergleichswert“) um mehr als 4 Punkte höher oder niedriger als der jeweilige Index-Ausgangswert, wird der Verbrauchspreis im gesamten Ausmaß der jeweiligen prozentuellen Index-Veränderung (kaufmännisch gerundet auf zwei Kommastellen) ab dem jeweils nachfolgenden 01.10. erhöht oder gesenkt. Der jeweilige Index-Ausgangswert ergibt sich wie folgt:

Für zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Allgemeinen Lieferbedingungen bestehende Kunden ändert sich ihr bestehender individueller Index-Ausgangswert nicht. Daraus ergibt sich Folgendes:

1. Für Kunden, deren Verbrauchspreis nach Inkrafttreten der Allgemeinen Lieferbedingungen am 15.12.2021 angepasst wurde, ist der Index-Ausgangswert der Indexwert des Monats, welches zwei Monate vor der jeweiligen Preisanpassung liegt.
2. Für bestehende Kunden, mit denen zuletzt der Index-Ausgangswert 105,65 vereinbart wurde, und deren Verbrauchspreis seither noch nicht angepasst wurde, gilt weiterhin dieser Index-Ausgangswert.
3. Für Kunden mit Vertragsabschluss ab 15.12.2021 bis zum Inkrafttreten dieser Allgemeinen Lieferbedingungen,

12 Der in Punkt V.3.ii. der ALB geregelte Grundpreis ist nicht Gegenstand der Klage.

13 Die im folgenden vorgenommenen Unterstreichungen finden sich im Original nicht.

deren Verbrauchspreis nicht angepasst wurde, ist der Index-Ausgangswert der Durchschnitt der letzten 12 veröffentlichten Werte des ÖGPI 2019 („MA* - 12 Monate“) im ersten Monat jenes Quartals, welches vor dem Quartal liegt, in welchem der Vertragsabschluss erfolgte. Beispiel: Vertragsabschluss April 2022, IndexAusgangswert: Jänner 2022. (...)

vi. Der Österreichische Gaspreisindex der Österreichischen Energieagentur (ÖGPI 2019 Monats-werte, „MA* - 12 Monate“) wird veröffentlicht unter <https://www.energyagency.at/fakten-service/energiepreise/gaspreisindex.html> (Downloads > ÖGPI Monatswerte ab 2019 > MA* - 12 Monate). (...)

Punkt XV („Änderung der Allgemeinen Lieferbedingungen“) lautet: EVN Energievertrieb ist zu Änderungen der Allgemeinen Lieferbedingungen berechtigt: Die Änderungen werden dem Kunden durch ein individuell adressiertes Schreiben oder auf dessen Wunsch elektronisch mitgeteilt. Sofern der Kunde den Änderungen nicht innerhalb einer Frist von vier Wochen ab Zugang der Änderungserklärung schriftlich widerspricht, werden nach Ablauf dieser Frist die Änderungen zu dem von EVN Energievertrieb mitgeteilten Zeitpunkt der nicht vor dem Zeitpunkt der Versendung der Änderungserklärung liegen darf, für die bestehenden Verträge wirksam. Widerspricht der Kunde den Änderungen binnen einer Frist von vier Wochen ab Zugang der Änderungserklärung schriftlich, endet der Vertrag unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 3 Monaten, gerechnet ab Zugang der Änderungserklärung, zum Monatsletzten. Der Kunde ist auf die Bedeutung seines Verhaltens sowie die eintretenden Folgen im Rahmen der Änderungserklärung besonders hinzuweisen. Davon abweichend dürfen Änderungen des Punktes I. (Vertragsgegenstand), die inhaltlich maßgeblich die Leistungen von EVN Energievertrieb umgestalten, nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Kunden oder aufgrund entsprechender gesetzlicher oder behördlicher Vorgaben vorgenommen werden. (*Beilage B*)

[17] Punkt V.3.vii lautet gleich wie in den ALB 2022 für Strom mit der Ausnahme, dass in den ALB für Gas auf den ÖGPI (statt auf den ÖSPI) referiert wird und anstatt des Kündigungsrechts ein Widerspruchsrecht vorgesehen ist (*Beilagen A und B = 2 und 3*).

[18] Die ALB 2022 für Strom und Gas enthalten keine Regelungen über eine „Wertsicherung“. Die Beschaffungskosten und eine Beschaffungsstrategie der Beklagten werden darin nicht dargestellt.

[19] Bis zu den ALB 2022 hatten die ALB 2021 gegolten, und zwar für Strom gültig ab 1.10.2021 und für Gas ab 15.12.2021: Diese unterschieden sich von den ALB 2022 im (hier) Wesentlichen dadurch, dass darin nur ein einziger Stichtag pro Jahr für Verbrauchspreisänderungen vorgesehen war, nämlich -

für Strom: jeweils der 1.1.

- für Gas: der 1.2.2022 und ab 2023 jeweils der 1.1.

(*Beilagen 6 und 7; PV ON 15, 25*).

[20] Die Beklagte reichte die ALB 2022 für Strom und Gas am 28.4.2022 und nach Vornahme von Anpassungen die Letztfassung am 9.6.2022 bei der Regulierungsbehörde zum Zweck der Nichtuntersagung ein. In den eingereichten ALB war als neuer erster Stichtag für eine Preisänderung bereits der 1.9.2022 enthalten. Für die Zeit ab 2023 waren als Stichtage bereits der 1.4. und der 1.10. vorgesehen (*Beilagen 8 und 9; unstrittig; vgl auch Klagebeantwortung Seite 12*).

[21] Am 20.6.2022 wurde der Beklagten jeweils die Nichtuntersagung für den Fall der Einhaltung von in den Bescheiden enthaltenen (hier nicht relevanten) Auflagen mitgeteilt (*Beilagen 10 und 11; unstrittig*).

[22] Die Musterformulierung, die die E-Control iSd § 80 Abs 2a ElWOG vorsah, schrieb ua folgende Informationen für den Fall einer Entgeltänderung vor:

„Es hat eine detaillierte, transparente und verständliche Beschreibung der maßgebenden Umstände zu erfolgen, und zwar soweit möglich unter Bezugnahme auf bestimmte Kostenfaktoren und deren Änderungen. Die maßgebenden Umstände müssen zutreffend - dh. inhaltlich richtig - sein, und sollten soweit möglich objektivierbar und insbes. auch für den Kunden nachprüfbar sein. Dies insb. mit Blick auf eine etwaige zivilgerichtliche Kontrolle sowie nicht zuletzt deshalb, weil an eine etwaige Preiserhöhung die gesetzliche Verpflichtung der Lieferanten zur entsprechenden Preissenkung im Falle der Änderung oder des Wegfalls der genannten Umstände anknüpft. Die Umstände, die Anlass für die Preisanpassung sind, müssen soweit möglich vollständig und konkret benannt werden, dh es hat eine verständliche Information darüber zu erfolgen, welche Umstände sich wie, dh in welcher Höhe und in welche Richtung, verändert haben, damit der Kunde die Ursache für die Preisänderung nachvollziehen kann. Es dürfen keine Umstände bzw. Gründe angegeben werden, die tatsächlich nicht Anlass für die Preisanpassung sind. Eigene Nachforschungen sollten den Kunden soweit möglich erspart bleiben. (...) Beschreibung, warum die

Preisänderung als in angemessenem Verhältnis zu den maßgebenden Umständen stehend betrachtet wird. Gegebenenfalls hier auch Angabe, dass bzw. inwieweit gesunkene Kostenfaktoren berücksichtigt wurden. [Im Fall der Preiserhöhung:] „Wenn sich die oben beschriebenen, maßgebenden Umstände bzw. Anlässe ändern oder wenn sie wegfallen, werden wir eine entsprechende Preissenkung vornehmen. Wir werden Sie auch darüber mindestens einen Monat vor der

Wirksamkeit der Preissenkung informieren.“ (Beilage C)

Als Information über die Kündigungsmöglichkeit des Kunden sieht die Musterformulierung vor:

„[Fettdruck] Wenn Sie mit den Änderungen nicht einverstanden sind, können Sie den Vertrag innerhalb von vier Wochen, nach dem Ihnen dieses Schreiben zugestellt wurde, jedenfalls kostenlos kündigen.“ [Beschreibung, wie der Kunde den Vertrag (möglichst niederschwellig) kündigen kann] „Wenn Sie den Vertrag kündigen, werden Sie noch [Fettdruck] bis zum nach einer Frist von 3 Monaten folgenden Monatsletzten, gerechnet ab [Datum der beabsichtigten Wirksamkeit], dh. [Fettdruck] bis zum [Datum], zu Ihrem bisherigen Preis und zu den bisher geltenden Konditionen [Fettdruck] weiter von uns beliefert, außer Sie werden bereits zu einem früheren Zeitpunkt von einem neuen Lieferanten beliefert. Bitte beachten Sie daher, dass Sie im Falle der Kündigung rechtzeitig einen Liefervertrag mit einem anderen Lieferanten abschließen müssen.“ (Beilage C)

[23] Die Beklagte versendete (an einem oder mehreren nicht näher feststellbaren Tagen) im August 2022 ein „Informationsschreiben“ an ihre niederösterreichischen Kunden, dessen Versendung (Absendung) vor dem 16.8. nicht feststellbar ist (*siehe Beweiswürdigung*) und das (ua) folgenden Inhalt hatte:

[23/1] „Anpassung der Allgemeinen Bedingungen für die Lieferung von elektrischer Energie und Erdgas

Sehr geehrte

wir passen unsere Allgemeinen Bedingungen für die Lieferung von elektrischer Energie und Erdgas per 15.08.2022 an die aktuellen rechtlichen und wirtschaftlichen Gegebenheiten an.

Die wichtigsten Änderungen haben wir für Sie nachstehend zusammengefasst:

Statt bisher einmal pro Jahr können Verbrauchs- und Grundpreis ab dem Jahr 2023 zweimal pro Jahr jeweils zum 01.04. und zum 01.10. angepasst werden. Die erste Anpassung der Preise erfolgt zum 01.09.2022. Bis auf diese Änderungen bleibt die bisherige Preissystematik unverändert. Dadurch kann – wie bereits seit Inkrafttreten der zuletzt gültigen Allgemeinen Lieferbedingungen – eine (auch erhebliche) Preiserhöhung aufgrund der Koppelung der (Index-)Ausgangswerte an mitunter volatile Börsen-Großhandelspreise einhergehen. (Punkt V.3.)

Bestandskund*innen behalten ihre bisher bestehenden (Index-)Ausgangswerte, sodass es für Sie zu keiner Schlechterstellung kommt. (Punkt V.3.)

(...)

Die vollständigen Fassungen der neuen Allgemeinen Bedingungen für die Lieferung von elektrischer Energie und Erdgas finden Sie auf www.evn.at/agb. Auf Wunsch erhalten Sie diese auch in den EVN Service Centern oder per Post.

Wenn Sie mit den Anpassungen einverstanden sind, brauchen Sie nichts weiter zu tun. Sollten Sie den geänderten Vertragsbedingungen nicht zustimmen, können Sie schriftlich binnen vier Wochen ab Zugang dieses Schreibens den geänderten Vertragsbedingungen Ihres Erdgaslieferungsvertrags widersprechen bzw. Ihren Stromliefervertrag kündigen. In diesem Fall endet der bisherige Erdgas - bzw. Stromliefervertrag jeweils mit 30.11.2022, außer Sie werden bereits zu einem früheren Zeitpunkt von einem neuen Lieferanten beliefert. Bis zum Beendigungszeitpunkt des Liefervertrags gelten die bisherigen Vertragsbedingungen.

Bitte beachten Sie daher, dass Sie im Falle des Widerspruchs bzw. der Kündigung rechtzeitig einen Liefervertrag mit einem anderen Lieferanten abschließen müssen.“ (Beilage 1)

[23/2] Bei der Versendung des Schreibens wusste die Beklagte bereits, dass sie die Preise für Strom und Gas ab 1.9.2022 um rund 150 % erhöhen werde (*siehe Beweiswürdigung*).

[24] Zu einer nicht näher feststellbarem Zeit im August 2022, nicht vor dem 16.8.2022 und zeitlich nach dem Schreiben Beilage 1 (*siehe Beweiswürdigung*), versendete die Beklagte außerdem ein Schreiben an ihre niederösterreichischen Kunden, mit dem sie die Preiserhöhungen zum 1.9.2022 mitteilte, das (ua) folgenden Inhalt hatte:

„Die Preise für Optima Strom und Gas Energieprodukte werden erhöht. (...)

Ihre Strom- und Gaspreise unterliegen einer indexbasierten Anpassung und verändern sich nunmehr am 01.09.2022, ab dem Jahr 2023 jeweils per 01 .04. und 01 .10. gemäß der Entwicklung des Österreichischen Strom- bzw. Gaspreisindex und des Verbraucherpreisindex (2015).

Die Preise per 01.09.2022 ergeben sich gemäß Punkt V.3. der Allgemeinen Lieferbedingungen wie folgt:

Die neuen Verbrauchspreise Strom ermitteln sich auf Basis der Veränderung des Österreichischen Strompreisindex (ÖSPI) von Dezember 2021 mit Index-Ausgangswert 148,67 auf den Index-Vergleichswert 370,85 für August 2022.

Die neuen Verbrauchspreise Gas ermitteln sich auf Basis der Veränderung des Österreichischen Gaspreisindex (ÖGPI 2019 Monatswerte, „MA* - 12 Monate“) von Dezember 2021 mit Index-Ausgangswert 149,60 auf den Index-Vergleichswert 373,23 für Juli 2022.

Die neuen Grundpreise Strom und Gas ermitteln sich auf Basis der Veränderung des österreichischen Verbraucherpreisindex 2015 (VPI) von Juli 2021 mit Index-Ausgangswert 111,3 auf den Index-Vergleichswert 119,0 für Mal 2022.

Die Index-Vergleichswerte sind gleichzeitig die neuen Index-Ausgangswerte, Die Indexwerte können Sie unter den in der Preisinformation angeführten Internetadressen einsehen.

Die ab **01.09.2022** gültigen **Energiepreise** entnehmen Sie bitte der **beiliegenden Preisinformation**.¹⁴

Für einen durchschnittlichen niederösterreichischen Haushalt ergeben sich monatliche Mehrkosten bei einem Strom-Jahresverbrauch von 3.500 kWh von rund 57 Euro und bei einem Gas-Jahresverbrauch von 15.000 kWh von rund 108 Euro (inkl. USt). (Beilage i)

Sodann wird in dem Schreiben eine tabellarische Gegenüberstellung der Preise bis 31.8.2022 und ab 1.9.2022 vorgenommen, bspw für den Verbrauchspreis Strom Optima mit einer Erhöhung von 12,9454 auf 32,2922 und für Gas Optima von 5,7662 auf 14,3862 Cent pro

14 Fettdruck laut Originaltext.

Kilowattstunde inkl. USt (Näheres dazu und zu den Erläuterungen im Hinblick auf ÖSPI und ÖGPI in Beilage i).¹⁵

Bis auf die Hinweise auf die Preisbindung für den Kunden an den ÖSPI und OGPI enthält das Schreiben keine Informationen darüber, aus welchen auf das Unternehmen der Beklagten bezogenen konkreten Gründen sich die Preise für den Endkunden entsprechend den (Großhandels-) Preisen erhöhen werden. Insbesondere finden sich darin keine Hinweise auf tatsächliche konkrete höhere (also seit dem Ausgangsindex – um wieviel - gestiegene) Beschaffungskosten für die Beklagte (Beilage i; gilt auch für das Schreiben Beilage 1).

[25] Motiv der Beklagten, bereits kurz nach Inkrafttreten der ALB 2021 (1.10. und 15.12.2021) neue ALB mit nunmehr zwei Preisänderungstichtagen einzuführen und diese Ende April 2022 bei der Regulierungsbehörde einzureichen, war ein aufgrund des Überfalls Russlands auf die Ukraine am 24.2.2022 (*allgemein bekannte Tatsache; § 269 ZPO*) begonnener und für die nahe Zukunft, also jedenfalls für 2022 weiter erwarteter exorbitanter Anstieg der Energiepreise (*PV ON 15, 24 f; ZV Dr. [REDACTED] ON 15, 11; ZV DI [REDACTED] ON 15, 14 f und 17*). Die Beklagte wollte die erste Preisänderung so früh wie möglich vornehmen (*siehe dazu ZV DI [REDACTED] ON 15, 14 f; PV ON 15, 24*).

[26] Von den Folgen der Preisänderung per 1.9. waren über 300.000 Kunden der Beklagten betroffen (*PV ON 15, 24*). Für einen durchschnittlichen niederösterreichischen Haushalt ergaben sich monatliche Mehrkosten bei einem Strom-Jahresverbrauch von 3.500 kWh von rund 57 Euro und bei einem Gas-Jahresverbrauch von 15.000 kWh von rund 108 Euro inkl. USt, gesamt also von 165 Euro monatlich (*Erhöhungsschreiben Beilage i*).

Bis 31.12.2022 errechnet sich daraus ein Umsatzplus der Beklagten von rund 198 Millionen Euro ($165 \text{ mtl} \times 300.000 = 49.500.000 \times 4 \text{ Monate} = 198.000.000$).

Die **Mehrbelastung pro Kunden** betrug für diese vier Monate insgesamt **Euro 660,-**.

Beweiswürdigung:

1. Im Allgemeinen

[27] Gemäß § 272 hat der Richter nach sorgfältiger Überzeugung unter Berücksichtigung der

15 Soweit die Feststellungen insofern als ergänzungsbedürftig erachtet werden sollten, wird auf RS0121557, zuletzt 7 Ob 162/23h verwiesen.

Ergebnisse des gesamten Verfahrens zu beurteilen, ob eine strittige Tatsache als erwiesen anzusehen ist oder nicht. Dabei ist er großteils an keine gesetzlichen Beweisregeln gebunden. Ausschlaggebend ist die konkrete richterliche Überzeugung von der Wahrheit im Einzelfall (vgl LG Eisenstadt 22.1.2008, 37 R 4/08z; auch RS0040129; RI0100103; *Kralik*, Die Beweiswürdigung im zivilgerichtlichen Verfahren, ÖJZ 1954, 157; Materialien I 299).

[28] Der weitgehenden Freiheit von Beweisregeln steht als wichtigstes Korrektiv zur Verhinderung willkürlicher Tatsachenfindung die Pflicht zur argumentativen Begründung der Beweiswürdigung gegenüber, sodass rational nachvollzogen werden kann, aufgrund welcher bestimmter Erwägungen der Richter aus welchen konkreten Verfahrensergebnissen eine Tatsachenannahme abgeleitet oder eine Tatsachenbehauptung nicht als erwiesen angesehen hat (*Kolland/ Stefan/Kolland-Twaroch*, Souverän verhandeln im Zivilprozess 737 f). Die Begründung hat der Richter gemäß § 272 Abs 3 in der Entscheidung offenzulegen.

[29] In der Beweiswürdigung ist gemäß § 272 Abs 1 ZPO das gesamte Prozessverhalten der Parteien zu berücksichtigen (vgl etwa OLG Wien 3.3.2023, 2 R 7/23y; OLG Wien 17.5.2021, 12 R 16/21t uvm [„... *die Ergebnisse der gesamten Verhandlung und Beweisführung ...“]). Zum Prozessverhalten gehört nicht nur das, was getan wurde; sondern auch das, was *nicht* getan wurde, insbesondere die Unterlassung von Vorbringen und Beweisanboten zu für den Beweisbelasteten potenziell günstigen Tatsachenbereichen. Ebenso kann das Gericht würdigen, dass eine Partei Tatsachenvorbringen an der Oberfläche hält, anstatt es einer möglichen Vertiefung zuzuführen; und Beweise nur zu Allgemeinplätzen anbietet, anstatt das eigene Tatsachenvorbringen so konkret wie möglich zu belegen.*

[30] Da im hier zu beurteilenden Fall die meisten Elemente des Sachverhaltes unstrittig und damit beweisbefreit sind, konzentriert sich die Beweiswürdigung auf die wenigen nicht

unstrittigen Tatsachenbehauptungen, die im Wesentlichen das räumliche Tätigkeitsfeld sowie die Beschaffungspreise und – strategie der Beklagten und die Daten der Absendung der Schreiben Beilagen i und 1 betreffen.

[31] Vorausgeschickt sei, dass die Echtheit der vorgelegten Urkunden unbestritten ist. Zur inhaltlichen Richtigkeit der gegnerischen Urkunden haben die Parteien jeweils auf ihr eigenes Vorbringen verwiesen (siehe ON 10.4, 2); zu den Beilagen 17, 18 und I gab es eine etwas ausführlichere Erklärung des Klägers (ON 15.2, 27).

[32] In rechtlicher Hinsicht wird vorausgeschickt, dass die Behauptungs- und Beweislast für den Eintritt jener Umstände, die eine Preiserhöhung aufgrund von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auslösen, denjenigen trifft, der sich auf solche Umstände beruft, hier also die Beklagte. Dies gilt insbesondere für jene Umstände, die sich auf die Wahrung der subjektiven Äquivalenz trotz Preiserhöhung beziehen (vgl. *Fenyves/Rubin*, Vereinbarung von Preisänderungen bei Dauerschuldverhältnissen und KSchG, ÖBA 2004, 347 [351 f, insb FN 53]).

2. Im Besonderen

[33] Die beiden vernommenen Zeugen stehen der Beklagten nahe, wie naturgemäß auch deren Geschäftsführer. Alle drei vernommenen Personen können als Kenner der Energiewirtschaft bezeichnet werden. Es handelt sich um hochrangige Vertreter und überzeugte Repräsentanten der Beklagten, deren Aussagen großteils von den Interessen „ihrer“ Partei gefärbt schienen, was sich etwa an ihrer Interpretation der Auswirkungen der Preiserhöhung per 1.9.2022 für den Kunden einerseits (angeblich günstig) und für die Beklagte andererseits (angeblich eher ungünstig bis unerheblich) zeigte (vgl. *ZV Dr.* [REDACTED] ON 15.2, 8; *DI* [REDACTED] ON 15.2, 15; *PV Geschäftsführer* ON 15.2, 24 f).

Die größte Mühe bzw das größte Unbehagen verursachten den vernommenen Personen nach dem Eindruck des Richters die Vorhalte der Aussagen des Pressesprechers der EVN AG laut dem Profilartikel vom 19.7.2022 (*Beilage F*), was sich - ex post auch für Dritte objektivierbar - an ihren großteils ausweichenden bis diplomatischen Antworten auf solche Vorhalte zeigte (vgl. *ZV Dr.* [REDACTED] ON 15.2, 9; *DI* [REDACTED] ON 15.2, 21; *Geschäftsführer* ON 15.2, 22).

Zu dem Profil-Artikel Beilage F kann gesagt werden, dass die Worte des darin zitierten Pressesprechers der EVN AG nicht auf die Goldwaage gelegt werden dürfen. Abgesehen davon, dass sie sich nicht explizit auf die hier Beklagte beziehen, auch wenn sie aufgrund der engen,

wenngleich nicht in einem Konzern erfolgenden Verbindung der beiden Unternehmen wohl mit gemeint gewesen sein dürfte, handelt es sich doch erkennbar um eine werbende Aussage, die der Pressesprecher tätigen wollte, also letztlich um eine PR-Maßnahme, deren Wahrheitsgehalt erfahrungsgemäß nicht überschätzt werden darf. Außerdem sind weder die näheren Umstände bekannt, unter denen die zitierten Worte gefallen sein sollen, noch, ob der Pressesprecher die Zitate autorisiert hat.

[34] Zu Rn 7: Dass die Beklagte keine eigenen Produktionsstätten für Strom und Gas besitzt, sondern die gesamte Energiemenge, die sie an ihre Kunden absetzt, zukaft, ergibt sich aus der Aussage des Zeugen Dr. [REDACTED] (ZV Dr. [REDACTED] ON 15, 2 f). Gäbe es solche Produktionsstätten, wie dies der Profilartikel Beilage F suggeriert, wäre es schwer vorstellbar, dass diese der Öffentlichkeit und damit auch der Klägerin, die dazu aber keine weiteren Sachbeweise (zB Jahresabschlüsse, Organigramme, intensive Werbung mit „grüner Energie“ udgl) vorgelegt hat, verborgen geblieben wären.

[35] Zu Rn 8/2: Zu den konkreten Beschaffungskosten der Beklagten für Strom und Gas (in Geld/Euro) in den Jahren 2021 und 2022 bzw für die einzelnen Monate dieser Jahre gibt es weder ein konkretes Vorbringen noch Beweisanbote der Beklagten. Vorgelegt wurde – trotz der für die Beklagte potenziell heiklen Beilage F (Profil-Artikel) - lediglich ein offenbar erst kürzlich angefertigter Entwurf über eine Beschaffungsstrategie – von der Beklagten im Prozess als „*Handbuch über die Beschaffungsstrategie der Beklagten*“ bezeichnet (Beilage 17 samt Anhang Beilage 18), das die „*bisherigen Fassungen und deren Anpassungen (ersetze)*“ (S 2). Laut Beilage 17 soll es sich dabei um eine „*konsolidierte Neufassung 2023*“ (S 1) handeln, obwohl es für die Jahre davor laut Aussage des Geschäftsführers der Beklagten kein solches Handbuch gegeben haben soll (ON 15.2, 26 f), es sich also weder um eine neue Fassung einer bisherigen Fassung noch um eine Konsolidierung einer bisherigen Fassung handeln sollte, wie dies die Beilage 17 aber sehr dezidiert vermittelt. Abgesehen von dieser Ungereimtheit, die der Geschäftsführer mit interner Unzulänglichkeit erklärte (ON 15.2, 27), die – trifft sie zu – nicht für eine besondere Sorgfalt der Beklagten bei der Dokumentation ihrer Beschaffungspolitik spricht, gibt das Handbuch wenig bis gar nichts über die tatsächlichen Beschaffungskosten im Vergleich zu den Preisen laut ÖSPI/ÖGPI her. Laut dem Handbuch werde dort eine „*Weiterentwicklung der Beschaffung*“ dargestellt (S 4). Diese soll – wie in dem Handbuch mehr oder weniger gebetsmühlenartig zum Ausdruck gebracht wird - darin bestehen, dass das Ziel eine möglichst zeitnahe Beschaffung mit hoher Kongruenz zur Kundenpreisbildung ist (vgl alleine auf S 2: „*Um die entsprechenden Marktpreisrisiken zu adressieren und das*

*Beschaffungsrisiko zu verringern ist eine möglichst zeitnahe Beschaffung, die eine hohe Kongruenz zur Kundenpreisbildung aufweist, von hoher Bedeutung“; „... durch zeitnahe Fixierung am Markt indexbasierte Kundenpreise mit erhöhter Präzision nachzubilden“; „Ausgangsbasis für die risikobewusste Beschaffung ist die Definition einer risikoaversen Beschaffungsstrategie mit möglichst genauer Replikation der Indizes, die die Basis der Kundenpreisbildung sind“; „Unabhängig von einer jeweils aktuellen Marktmeinung sieht die Beschaffungsstrategie vor, die Beschaffung möglichst fristen- und konditionenkongruent mit den Endkundenverträgen durchzuführen. D.h. die Beschaffung wird möglichst gleichzeitig bzw. zeitnahe mit dem Abschluss (bei fixpreisigen Absatzverträgen) bzw. mit der Bildung des für den Endkundenvertrag relevanten Index (bei indizierten Absatzverträgen) und möglichst für die gleiche Laufzeit umgesetzt.“) Dazu seien nicht näher genannte Beschaffungsbücher „identifiziert“ worden und die Produkte und Zählpunkte würden durch die Beklagte diesen Beschaffungsbüchern zugeordnet. Eines dieser Beschaffungsbücher soll demnach „*Rollierend Haushalt und Gewerbe*“ betreffen (S 3). Im Anhang für Strom (Beilage 18) wird dazu das Beschaffungsbuch bzw der Index „*ROLL*“ angesprochen und ein Durchschnittszeitraum von 11 bis 2 Monate (vor der Lieferung) dargestellt (siehe auch das Beispiel auf S 7 der Beilage 17). Erklärend wird ausgeführt, dass der für „*ROLL*“ bestehende „*Index so gut wie möglich die Entwicklung des ÖSPI, die der Preisanpassung gegenüber dem Endkunden zugrunde liegt (approximiert)*“. Daraus geht aber weder hervor, welche Beschaffungskosten die Beklagte tatsächlich hat und vor allem in den Jahren 2021/22 hatte, noch dass die Beschaffungskosten tatsächlich jene des ÖSPI sind, sondern nur dass der ÖSPI dem *Endkundenpreis* zugrunde liegt und der Index „*ROLL*“, wie auch immer sich dieser bildet, den ÖSPI möglichst gut „approximiert“. Ob er diesem entsprechen (gleich sein) soll oder nur seinen Kurven folgen soll, lässt sich daraus nicht ableiten. Den „*streng vertraulichen*“ Entwürfen kann daher kein Aussagewert zur Beschaffungswirklichkeit, die die Beklagte 2022 zur Änderung der ALB bewegt hat, beigemessen werden.*

Nähere Einblicke in ihre tatsächliche Kostenstruktur wollte die Beklagte offenkundig nicht gewähren, obwohl sie es (als einzige Partei) gekonnt hätte. Auf ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis hat sie sich nicht berufen. Aus den angeführten Gründen konnten zur Beschaffungswirklichkeit der Beklagten in erster Linie nur Negativfeststellungen getroffen werden. Aus dem nicht zu übersehenden Unwillen der Beklagten, ihre tatsächlichen Beschaffungskosten offenzulegen, kann aber immerhin mit hoher Wahrscheinlichkeit abgeleitet werden, dass diese Kosten bis 2023 niedriger waren als die Beschaffungspreise laut ÖSPI und ÖGPI. Den davon abweichenden, *teilweise* Suggestivfragen folgenden generalisierenden

Aussagen der vernommenen Personen kommt aus den genannten Gründen kein relevanter Beweiswert zu (vgl etwa ZV Dr. █████ ON 15.2, 6 f; ZV DI █████ ON 15.2, 15; PV ON 15.2, 26); sie werden, mit anderen Worten, als prozessstandpunktorientiert angesehen.

Letztlich argumentiert die Beklagte noch, dass es REMIT-widrig wäre und gegen maßgebliche Kapitalerhaltungsvorschriften verstieße, wenn die Beklagte ihre Energie nicht zu Marktpreisen einkaufte. Abgesehen davon, dass das Gericht einen potenziellen REMIT-Verstoß der Vertragspartner der Beklagten, also der Verkäufer von Energie (oder der Beklagten selbst) bei einem bloßen Verkauf (Kauf) von Energie unter dem (welchem?) Marktpreis ebenso wenig erkennen kann, wie einen Verstoß gegen Kapitalerhaltungsvorschriften, der idR einen Verkauf an Gesellschafter zu nicht drittvergleichsfähigen Bedingungen voraussetzte (verdeckte Einlagenrückgewähr), bedeutet das bloße Bestehen von Verboten nicht, dass sich die Normunterworfenen verbotswidriger Handlungen (oder Unterlassungen) auch enthalten.

[36] Zu Rn 23/1: Dass die Tage der Versendung der Schreiben Beilagen 1 – die Beklagte behauptet zur Beilage 1: Anfang August (ON 3, 12) - und i nicht näher feststellbar sind, liegt daran, dass die Beklagte dafür weder ein konkretes Vorbringen (welche[r] Tag[e]?) erstattet noch stichhaltige Beweise vorgelegt hat. Nimmt man die Aussage des Zeugen DI █████ für bare Münze, wonach die Nichtuntersagung durch die E-Control entscheidend für das *Ingangsetzen* des Prozesses zur Aussendung der Schreiben gewesen sei und das aufgrund technischer Vorlaufzeiten „*eben einfach zwei Monate gedauert*“ habe, was auch der Erfahrung entspräche, dann käme man auf eine Versendungszeit nicht vor dem 20.8., weil die (Mitteilung der) Nichtuntersagung mit Schreiben vom 20.6. erfolgt ist (ZV DI █████ ON 15.2, 14 iVm Beilagen 10 und 11; auch *Geschäftsführer ON 15.2, 24*: „*nehmen diese Aufträge eine lange Zeit in Anspruch*“). Der Einwurf des Beklagtenvertreters, dass das Schreiben vor dem 15.8. versendet worden sein *musste*, weil die neuen ALB schon am 15. in Kraft getreten seien (ON 15.2, 14), besagt nicht mehr, als dass es so hätte sein sollen, aber nicht, dass es auch wirklich so war. Eine Versendung vor dem 16.8. (der 15. war – wie jedes Jahr – ein Feiertag) ist daher nicht feststellbar.

[37] Zu Rn 23/2: Dass die Beklagte bei der Versendung des Schreibens Beilage 1 bereits wusste, dass sie die Preise für Strom und Gas ab 1.9.2022 um rund 150 % erhöhen werde, ergibt sich aus den damals schon bekannten, für die Preiserhöhung per 1.9.2022 maßgeblichen Indexwerten („Vergleichs-Werte“) für den ÖSPI und den ÖGPI in Zusammenhalt mit dem ebenfalls in der zweiten Augushälfte versendeten Schreiben Beilage i.

[38] Zu Rn 24: Da die Beilage i mit „August 2022“ datiert ist, wird von einer (separaten) Versendung im August 2022, aus Gründen der Informationslogik aber zeitlich *nach* Beilage 1 ausgegangen. Konkretes Vorbringen dazu gibt es nicht.

Rechtliche Beurteilung:

A. Zur beanstandeten Klausel in den ALB für Strom

1. Einleitung

[39] Nach stRsp geht die Geltungskontrolle von Bestimmungen in AGB und in Vertragsformblättern gemäß § 864a ABGB der Inhaltskontrolle solcher Bestimmungen gemäß § 879 ABGB und nach dem KSchG vor (RS0037089; RS0014642). Es ist daher zunächst zu prüfen, ob die beanstandete Klausel in den ALB für Strom der Geltungskontrolle standhält.

[40] Vorfrage dafür ist, ob § 864a ABGB auf die Klausel anwendbar ist. Vorfrage für diese Vorfrage ist, ob § 80 ElWOG auf die beanstandete Klausel und die damit verbundene Preisänderung anzuwenden ist und – wenn ja – ob diese Bestimmung ein gesetzliches Preisänderungsrecht des Energieversorgers vorsieht, das einer vertraglichen Grundlage gar nicht bedarf; oder ob sie kein gesetzliches Preisänderungsrecht schafft, weshalb die vertragliche Grundlage nach insbesondere §§ 864a, 879 Abs 3 ABGB zu prüfen ist.

2. Zu § 80 ElWOG idF BGBl I 7/2022:

[41] **2.1.** Vorausgeschickt sei, dass sich die Regelung des § 80 ElWOG im Rahmen der Vorgaben des Art 10 Abs 4 der RL 2019/944/EU vom 5. Juni 2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU bewegt (Art 10 Abs 4 lautet: *„Die Kunden müssen rechtzeitig über eine beabsichtigte Änderung der Vertragsbedingungen und dabei über ihr Recht, den Vertrag zu beenden, unterrichtet werden. Die Versorger unterrichten ihre Kunden direkt und auf transparente und verständliche Weise über jede Änderung des Lieferpreises und deren Anlass, Voraussetzungen und Umfang, zu einem angemessenen Zeitpunkt, spätestens jedoch zwei Wochen, im Fall von Haushaltskunden einen Monat, vor Eintritt der Änderung. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass es den Endkunden freisteht, den Vertrag zu beenden, wenn sie die neuen Vertragsbedingungen oder Änderungen des Lieferpreises nicht akzeptieren, die ihnen ihr Versorger mitgeteilt hat.“*). Gegenteiliges wird von den Parteien auch nicht behauptet.

[42] **2.2.** Gemäß § 80 Abs 1 EIWOG haben Versorger (§ 7 Z 74 und 75 EIWOG) Allgemeine Geschäftsbedingungen für die Belieferung mit elektrischer Energie für Kunden, deren Verbrauch nicht über einen Lastprofilzähler gemessen wird, zu erstellen.

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie ihre Änderungen sind der Regulierungsbehörde vor ihrem In-Kraft-Treten in elektronischer Form anzuzeigen und in geeigneter Form zu veröffentlichen.

[43] Gemäß § 80 Abs 2 EIWOG sind Änderungen der Geschäftsbedingungen und der vertraglich vereinbarten Entgelte dem Kunden schriftlich in einem persönlich an ihn gerichteten Schreiben oder auf dessen Wunsch elektronisch mitzuteilen. In diesem Schreiben sind die Änderungen der Allgemeinen Bedingungen nachvollziehbar wiederzugeben. Gleichzeitig ist der Kunde darauf hinzuweisen, dass er berechtigt ist, die Kündigung des Vertrags binnen vier Wochen ab Zustellung des Schreibens kostenlos und ungeachtet allfälliger vertraglicher Bindungen zu erklären.

[44/1] Gemäß § 80 Abs 2a erster und zweiter Satz EIWOG müssen Änderungen der vertraglich vereinbarten Entgelte von Verbrauchern im Sinne des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG und Kleinunternehmern mit unbefristeten Verträgen 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.

[44/2] Gemäß § 80 Abs 2a dritter bis fünfter Satz EIWOG müssen Verbraucher und Kleinunternehmer über Anlass, Voraussetzung, Umfang und erstmalige Wirksamkeit der 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.

[45/1] Gemäß § 80 Abs 2b EIWOG endet im Falle einer Kündigung gemäß Abs 2 oder 2a das Vertragsverhältnis zu den bisherigen Vertragsbedingungen bzw. Entgelten mit dem nach einer Frist von drei Monaten folgenden Monatsletzten ab Wirksamkeit der Änderungen, sofern der Kunde bzw. Verbraucher oder Kleinunternehmer nicht zu einem früheren Zeitpunkt einen neuen Lieferanten (Versorger) namhaft macht und von diesem beliefert wird.

[45/2] Der Versorger hat Verbraucher in einem gesonderten Schreiben über das Recht der Inanspruchnahme der Grundversorgung gemäß § 77 transparent und verständlich aufzuklären, wobei in diesem auch die Kontaktdaten der Anlauf- und Beratungsstellen gemäß § 82 Abs 7 sowie der Schlichtungsstelle der Regulierungsbehörde anzuführen sind. Für das Schreiben sind von der Regulierungsbehörde zur Verfügung gestellte Musterformulierungen zu verwenden.

[46] Die Grundsatzbestimmung des **§ 80 Abs 3 EIWOG** normiert bestimmte – hier großteils nicht weiter bedeutsame - Informationspflichten des Versorgers in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern. Laut **Z 9** haben die Versorger über Modalitäten zu informieren, zu welchen Verbrauchern im Sinne des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG und Kleinunternehmern für den Fall einer aus einer Jahresabrechnung resultierenden Nachzahlung die Möglichkeit einer Ratenzahlung gemäß § 82 Abs 2a einzuräumen ist.

[47] Nach der Grundsatzbestimmung des **§ 80 Abs 4 EIWOG** haben die Versorger ihre Kunden nachweislich vor Abschluss eines Vertrages über die wesentlichen Vertragsinhalte zu informieren. Zu diesem Zweck ist dem Kunden ein Informationsblatt auszuhändigen. Dies gilt auch, wenn der Vertragsabschluss durch einen Vermittler angebahnt wird.

[48] Gemäß **§ 80 Abs 5 EIWOG** bleiben durch die Regelungen der Abs 1 bis 4 die **Bestimmungen des ABGB unberührt. Vorbehaltlich des Abs 2a bleiben auch die Bestimmungen des KSchG unberührt.**

[49] **2.3.** Festzuhalten ist, dass **Abs 4a**, der für „Lieferverträge, welche die Preisschwankungen der Großhandelspreise widerspiegeln (Spotmarkt-Produkt oder andere Produkte mit automatischer Preisänderung)“ gilt, erst mit BGBl I 145/2023, kundgemacht am 16.11.2023, in § 80 EIWOG eingefügt wurde (vgl dazu insbesondere AB 2239 BlgNR 27. GP 2 und 4) und daher keine Relevanz für die Beurteilung des hier maßgeblichen Sachverhalts hat

[50] Angemerkt sei dazu außerdem, dass gemäß § 170 Abs 7 eines **Gesetzesentwurfs** für ein Bundesgesetz zur Regelung der Elektrizitätswirtschaft (Elektrizitätswirtschaftsgesetz – **EIWG**) das EIWOG 2010, BGBl. I Nr. 110/2010, mit Ablauf des 30. Juni 2024 insgesamt außer Kraft treten soll. Die „Vertragsrechte“ von Endkunden sollen im EIWG in den §§ 18 ff geregelt werden (§ 20: Änderung der Allgemeinen Lieferbedingungen). Eine Sonderregelung, wie sie derzeit in § 80 Abs 4a enthalten ist, ist nicht mehr vorgesehen.

[51] **2.4.** Hervorzuheben ist schon an dieser Stelle, dass der Gesetzgeber in § 80 EIWOG umfassende Informations- und Transparenzpflichten des Versorgers gegenüber dem

Kunden statuiert. Abs 2a ist unterteilt in einen ersten Teil mit inhaltlichen Vorgaben (Voraussetzungen für eine Preisänderung) und in einen zweiten Teil mit formalen Vorgaben (Informationspflichten für den Fall beabsichtigter Preisänderungen). Gleiches gilt für Abs 2b zur Kündigung. Abs 1, 3 und 4 betreffen überhaupt vorwiegend Informationspflichten.¹⁶ Diese Informations- und Transparenzpflichten verfolgen erkennbar den Zweck, die für die Wahrung der Privatautonomie unerlässliche volle Entscheidungsfreiheit des Kunden darüber zu gewährleisten,

- ob er einen Versorgungsvertrag

- zu welchen konkreten Bedingungen und

16 Abs 1 enthält überdies eine Anzeigepflicht an die Regulierungsbehörde, der im Ergebnis eine Überwachungsfunktion zukommt.

- mit welchen erwartbaren finanziellen Konsequenzen abschließt; sowie

wann und zu welchen Bedingungen er den Vertrag beendet.

[52] Volle Freiheit der Entscheidung setzt nach Ansicht des Gerichtes somit voraus, dass der Kunde erstens weiß, *wofür* er sich entscheidet, was eine im Wesentlichen lückenlose Information über das Produkt bedingt; und dass er zweitens *ausreichend Zeit* für seine Entscheidung über die Aufrechterhaltung des Vertrags im Fall der Kündigung für die Suche nach einem anderen Versorger hat (vgl auch EuGH 23.10.2014, C-359/11 und C-400/11).

[53] Die Wichtigkeit voller Transparenz und Information wird auch in der RL 2019/944/EU betont, etwa in Art 10 Abs 8 erster Teilsatz, wonach die Endkunden von den Versorgern Angebote mit fairen und transparenten allgemeinen Vertragsbedingungen erhalten müssen, welche klar und unmissverständlich abgefasst sein müssen (auch Abs 5).

[54] **2.5.** Nach den **Gesetzesmaterialien** (AB 10870/BR der Beilagen) wurde in § 80 Abs 2a für unbefristete Verträge mit Verbrauchern im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG und Kleinunternehmern iSd § 7 Abs. 1 Z 33 ElWOG 2010 „ein gesetzliches Preisänderungsrecht normiert. *Entgelterhöhungen müssen demnach in einem angemessenen Verhältnis zum maßgebenden Umstand für die Entgelterhöhung erfolgen und bei Wegfall oder Änderungen sind den maßgebenden Umstände entsprechende Entgeltsenkungen vorzunehmen*

(Symmetriegebot). Weiters wird im Einklang mit Art. 10 Abs. 4 der Richtlinie (EU) 2019/944 geregelt, dass Verbraucher und Kleinunternehmer über Anlass, Voraussetzung und Umfang zu

informieren sind. Detaillierungsgrad und Form dieser Informationen sind von der Regulierungsbehörde vorzugeben. Einzelne Elemente des gesetzlichen Preisänderungsrechts können in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen konkretisiert werden. Im Umfang dieser besonderen Entgeltänderungsregelung findet das KSchG keine Anwendung (s. Abs. 5 zweiter Satz).“

[55] Die Einordnung der Regelung als *gesetzliches* (und nicht vertragliches) Preisänderungsrecht in den Materialien wird in der Lehre ebenso kritisiert wie die näheren

Umstände des Gesetzgebungsprozesses (siehe dazu noch Punkt 2.7.2.; zum Gesetzgebungsprozess vgl etwa *Schopper*, Weiterhin Rechtsunsicherheit bei Preiserhöhungen, VbR 2023/112; *Kemetmüller*, Das neue Preisänderungsregime des EIWOG, VbR 2022/29).

[56] **2.6. Standpunkte der Parteien zu § 80 EIWOG:**

[56/1] Vorausgeschickt sei, dass beide Parteien im Ergebnis die Rechtsansicht vertreten, dass § 80 EIWOG auf die inkriminierte Klausel in den ALB 2022 für Strom gar nicht anwendbar sei. Ungeachtet dessen bezieht sich ein großer Teil ihres Rechtsvorbringens (zumindest auch) auf diese Vorschrift.

[56/2] Nach Ansicht des Klägers statuiere die zwingende Vorschrift des § 80 Abs 2a kein gesetzliches Preisänderungsrecht der Stromversorger. Die Beklagte habe hinsichtlich der sich auf den Strompreis beziehenden inkriminierten Klausel mehrfach dadurch gegen diese Norm verstoßen, dass

- sie die Einmonatsfrist des § 80 Abs 2a dritter Satz EIWOG nicht eingehalten habe;
- sie die in § 80 Abs 2a fünfter Satz EIWOG vorgesehene Musterformulierung für das Informationsschreiben nicht verwendet und darin irreführend auch das Wort Kündigung nicht verwendet habe;
- es sich bei der Preisänderung zum 1.9.2022 um keine zweiseitig ausgestaltete Klausel handle, weil im Vorhinein klar gewesen sei, dass es zum 1.9.2022 nur zu einer Preiserhöhung und zu keiner Preissenkung kommen könne; und
- durch die Verwendung der Klausel mit einer indexbasierten Preisanpassungslogik unter Anknüpfung an den ÖSPI der gesetzlich vorgesehene Grundsatz, dass Entgeltänderungen nach § 80 Abs 2a EIWOG in einem angemessenen Verhältnis mit dem für die Änderung maßgebenden Umstand stehen müssen, nicht eingehalten worden sei.

Das von der Beklagten mit der Klausel eingeführte eigene Preisänderungsregime sei daher einer uneingeschränkten Kontrolle nach den Maßstäben des KSchG zugänglich. Neben §§ 864a, 879 AGBG seien insbesondere die Bestimmungen des § 6 Abs 1 Z 5, Abs 2 Z 4 und Abs 3 KSchG anwendbar.

Zum Konnex zwischen den Gestehungskosten der Beklagten und der Verwendung des ÖSPI als Index in der Klausel führte der Kläger insbesondere aus, dass aufgrund des 40 bis 50%-igen Eigenproduktionsanteils der Beklagten der geforderte Konnex zwischen Gestehungskosten und der nur Faktoren des Großhandels berücksichtigenden Indexklausel fehle; 70 bis 80 % des Handels als bilateraler OTC-Handel zwischen Händlern und Erzeugern erfolge; die Beklagte gar nicht behaupte, eine Beschaffungsstrategie nach dem ÖSPI zu verfolgen; dem durchschnittlichen Konsumenten die Preisbildungsmechanismen auf den Energiebörsen nicht bekannt seien; und es unzulässig sei, in Zeiten hoher Volatilität auf einen historischen Index zu referenzieren.

[56/3] Nach Ansicht der Beklagten statuiere die dispositive Vorschrift des § 80 Abs 2a ein gesetzliches Preisänderungsrecht der Stromversorger. Bei der sich auf den Strompreis beziehenden Klausel handle es sich um keine einseitige Preisänderung iSd Art 10 Abs 4 RL [EU] 2019/944 und § 80 Abs 2a ElWOG, sondern um eine im Vorhinein vereinbarte Preisgleitklausel („Floater“). Da die Preisgleitung ausschließlich von unabhängigen Faktoren bestimmt werde, bestehe keine Möglichkeit einer Einflussnahme durch die Beklagte, sondern es komme lediglich zum Vollzug der vertraglich vereinbarten Preisregelung, bei dem das ursprünglich vereinbarte Äquivalenzverhältnis gewahrt werde.

Preisgleitfaktor sei der unabhängige, transparent berechnete und veröffentlichte Österreichische Strompreisindex (ÖSPI), der die Entwicklung des Strompreises auf der Großhandelsstufe für Stromlieferungen in Österreich widerspiegle und der daher auch die Kosten der Strombeschaffung für Stromlieferanten wie die Beklagte determiniere. Die Beklagte habe aufgrund höchstgerichtlicher Rechtsprechung bereits 2019 begonnen, eine indexbasierte automatische zweiseitige Preisanpassungssystematik zu (damals) einem Stichtag jährlich, nämlich dem jeweiligen 1. Jänner, zu entwickeln. Diese Systematik sei mit den Kunden durch die ALB 2021 per 1.10.2021 vereinbart worden. Aufgrund des Einmarsches Russlands in die Ukraine am 24.02.2022 und der damit einhergehenden Verknappung des Erdgases sei es zu einem rasanten, stark ansteigenden Preisniveau auf der Großhandelsstufe, sowohl am Termin- als auch am Spotmarkt, gekommen. Diese äußerst ungewöhnliche Entwicklung der Preise am Großhandelsmarkt habe nach der Einschätzung der Beklagten bedeutet, dass die nächste

Preisanpassung zum damals noch in den ALB vorgesehenen Stichtag des 1. Jänner 2023 zu immensen Preisanstiegen für die Kunden führen würde. Außerdem hätten die ungewöhnlichen energiewirtschaftlichen Rahmenbedingungen Anpassungen der bisherigen Beschaffungspolitik verlangt, die mit der jeweils nur einmal pro Kalenderjahr am jeweiligen 1. Jänner erfolgenden Anpassung der Endkundenpreise nicht vereinbar gewesen wäre, weil diese einmalige Anpassung angesichts der Notwendigkeit einer nunmehr aufgrund der Marktverhältnisse erforderlichen raschen und flexiblen Reaktion sowohl beschaffungsseitig als auch preismäßig kundenseitig zu „schwerfällig“ gewesen wäre. Aus diesen Erwägungen habe sich die Beklagte entschieden, die Stichtage für die Preisanpassungen zu ändern und auch die jährliche Anzahl von einem Stichtag auf zwei Stichtage zu erhöhen. Dadurch werde sichergestellt, dass sich das jeweils aktuelle Beschaffungskostenniveau im Preis schneller widerspiegle. Die Beklagte habe Berechnungen angestellt, aufgrund deren sich gezeigt habe, dass in den vergangenen drei Jahren ein halbjährlicher Anpassungsrythmus für Kunden sogar günstiger gewesen wäre als ein jährlicher. Eine gröbliche Benachteiligung sei aus der Umstellung des Anpassungsmechanismus daher jedenfalls nicht abzuleiten. Die Preisanpassungssystematik in den ALB habe sich durch die Einführung des zweiten Preisanpassungstermins und die Verschiebung der Zeitpunkte der Preisanpassung nicht geändert. Der Preiserhöhung durch die Anpassung per 1.9.2022 stehe eine entsprechende Erhöhung der Beschaffungskosten der Beklagten gegenüber. Die Index-Ausgangswerte der Kunden lägen zudem in der „jungen“ Vergangenheit, nämlich im Quartal vor dem Vertragsabschluss. Die Beklagte habe bei der Befassung der Regulierungsbehörde unmöglich wissen können, wie hoch der ÖSPI-Wert im August 2022, auf den sich die inkriminierte Klausel beziehe, sein werde. Aufgrund der großen Energiepreiskrise sei zwar damit zu rechnen gewesen, dass der ÖSPI im September entsprechend höher als bei den Index-Ausgangswerten sein würde und es sei daher faktisch klar gewesen, dass es durch die ALB 2022 zu einer Preiserhöhung kommen würde. Diese faktische Entwicklung der Indizes könne aber rechtlich nicht maßgeblich sein. Nach der Nichtuntersagung durch die Regulierungsbehörde habe es aus administrativen Gründen eine Zeit gedauert, ehe das Schreiben über die Änderungen Anfang August an die Kunden habe versendet werden können. Der Zeitpunkt der Einführung der Klausel in den ALB könne daher nicht jener der Vereinbarung mit den Kunden sein, sondern jener der Einreichung der ALB in deren Letztfassung bei der Regulierungskommission. Es liege insgesamt auch der geforderte sachliche Bezug des für die Preisgleitung maßgeblichen unabhängigen Preisgleitfaktors zum Strompreis für die Stromlieferung an den Endverbraucher vor. Eine Benachteiligung der

Verbraucher sei angesichts der Qualitäten des ÖSPI und der sachlich gerechtfertigten IndexAusgangswerte nicht ausmachbar.

Die Klausel sei überdies zweiseitig formuliert und umschreibe die für die Preisgleitung maßgeblichen Umstände vollständig und abschließend. Ein Schutzbedürfnis des Verbrauchers gäbe es nur bei einer einseitigen Preisänderung in Form eines außerordentlichen Kündigungsrechts. Die angefochtene Klausel stelle den Verbraucher besser als der dispositive, auf Preisgleitklauseln nicht anwendbare § 80 Abs 2a EIWOG.

Außerdem habe der Unionsgesetzgeber Preisgleitklauseln mit Art 11 RL [EU] 2019/944 anerkannt, wonach Verbraucher mit „intelligenten Stromzählern“ einen Vertrag mit dynamischen Stromtarifen abschließen könnten.¹⁷

¹⁷ Auf dieses Argument wird im Folgenden nicht mehr eingegangen, weil es sich bei der Vereinbarung dynamischer Tarife aufgrund von „intelligenten Messgeräten“ um einen anderen, hier nicht klagegegenständlichen Vertragstyp handelt, der eigenen gesetzlichen Regelungen unterliegt; vgl etwa §§ 81a,

Die Kunden seien im Einklang mit § 80 Abs 2 EIWOG mit dem Informationsschreiben Beilage 1 über die Preisgleitklausel und ihr Kündigungsrecht informiert worden. Der Umstand, dass zwischen dem Informationsschreiben und dem 1.9.2022 keine vier Wochen gelegen haben, ändere nichts daran, dass jeder Kunde die Möglichkeit und das Recht gehabt habe, die mit der Änderung der ALB angepassten Stichtage und damit auch die Indexanpassung per 1.9.2022 zu verhindern. Nichts anderes wäre auch nach § 80 Abs 2a EIWOG möglich gewesen.

2.7. Rechtsansicht des Gerichtes zu § 80 EIWOG idF BGBl I 7/2022:

2.7.1. Zur Anwendbarkeit des § 80 Abs 2a EIWOG

[57] **2.7.1.1.** Die Beklagte vertritt in Anlehnung an *Oberndorfer* die Ansicht, dass es sich bei Preisänderungen aufgrund von – wie hier - Preisgleitklauseln um keine Änderung von vertraglich vereinbarten Entgelten iSd § 80 Abs 2 oder 2a EIWOG handle, weshalb § 80 EIWOG nicht anwendbar sei. (*Oberndorfer*, Zum neuen AGB- und Preisänderungsrecht der Stromlieferanten im EIWOG, wbl 2022, 545).

[58] **2.7.1.2.** Vorausgeschickt wird, dass das Verhältnis des erst mit BGBl I 145/2023 neu eingeführten § 80 Abs 4a EIWOG, der „*Lieferverträge, welche die Preisschwankungen der Großhandelspreise widerspiegeln (Spotmarkt-Produkt oder andere Produkte mit automatischer Preisänderung)*“ betrifft, zu § 80 Abs 2a für die hier maßgebliche Rechtslage nicht bedeutsam ist (siehe schon Punkt 2.3.). § 80 Abs 4a scheint überdies auch

nicht auf jenen Großhandelsmarkt abzielen, den der ÖSPI widerspiegelt, sondern auf kurzfristige Märkte.

Zudem wird die Anwendung des KSchG auf Lieferverträge iSd Abs 4a nach dem Gesetzeswortlaut nicht eingeschränkt.

[59] **2.7.1.3.** Das hier anzuwendende EIWOG idF BGBl I 7/2022 enthält nach seinem Wortlaut weder in Abs 2a noch sonst eine ausdrückliche Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 80 Abs 2a auf eine bestimmte Art von vertraglichen Entgeltänderungen. Auch aus den Materialien ergeben sich für eine solche Einschränkung keine Anhaltspunkte.

[60] *Oberndorfer* vertritt die Ansicht, dass es sich bei Preisänderungen *aufgrund von Preisgleitklauseln* um keine Änderung von vertraglich vereinbarten Entgelten iSd § 80 Abs 2 oder 2a EIWOG handle und stützt sich dabei auf eine Anwendbarkeit der Rechtsprechung des OGH zu § 25 TKG aF, wobei der ÖSPI, gleich wie der VPI, als tauglicher Referenzindex anzusehen sei, weil es nur darauf ankomme, ob die Entgeltanpassungsmethode unabhängig und nach vorher vollständig determinierten Regeln erfolge, was beim ÖSPI der Fall sei

83 ff EIWOG.

[61] Wie *Kemtmüller/Brennsteiner* dagegen zutreffend ausführen, stellt der OGH in seiner Telekom-Rsp darauf ab, dass durch die Bezugnahme auf den VPI für die zukünftig zu leistenden Entgelte die Geldentwertung ausgeglichen und damit die von den Parteien vereinbarte Äquivalenz zwischen Sach- und Geldleistung aufrechterhalten wird (vgl etwa 6 Ob 233/15f; 8 Ob 72/13s; RS0131263). Sogenannte Wertsicherungsklauseln sind hingegen bereits in konzeptioneller Hinsicht von den für den Energiebereich zu beurteilenden Preisänderungsklauseln zu unterscheiden. Wertsicherungsklauseln kommen nach der Rsp dem legitimen Bedürfnis einer Vertragspartei nach, das Entgelt - insbesondere bei längeren Vertragslaufzeiten - an die tatsächliche Geldentwertung anzupassen und damit das

Äquivalenzverhältnis zu wahren (vgl etwa RS0132652; auch *Kathrein/Schoditsch* in KBB, ABGB⁵ § 6 KSchG Rz 10). Preisänderungen aufgrund von Klauseln, die auf Börsenpreise und auf daraus errechnete Indizes abstellen, führen hingegen nicht zur Angleichung des Entgelts an die allgemeine Geldentwertung, sondern zu einer echten Anpassung an geänderte Marktpreise. Sie beschränken die Preisanpassung also nicht auf eine Preisänderung anhand eines von einer staatlichen Stelle ermittelten objektiven Verbraucherpreisindex. Endkunden können nach einer Entgeltänderung anhand einer solchen börsepreisgebundenen Klausel mit derselben inflationsabgegoltene Geldmenge eine geringere oder höhere Menge an kWh-Energie erwerben

als zuvor. Die bisherige Vertragsäquivalenz wird demnach nicht gewahrt. Preisanpassungen, insbesondere Preiserhöhungen, die keiner bloßen Wertsicherung zur Abgeltung der allgemeinen Inflation folgen, wie dies hier hinsichtlich des ÖSPI der Fall ist, sind daher als Änderungen der vertraglich vereinbarten Entgelte iSd § 80 Abs 2a EIWOG anzusehen, sodass insbesondere kein Raum für eine bloße Vertragsdurchführung bleibt (vgl *Kemetmüller/Brennsteiner*, Vom Begriff der "Änderung der vertraglich vereinbarten Entgelte" im Energierecht, VbR 2023/118; zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 80 Abs 2a EIWOG auf *Preisanpassungsklauseln* vgl auch 3 Ob 90/22i).

[62] **2.7.1.4.** Da es sich bei § 80 Abs 2a EIWOG um eine konsumentenschutzrechtliche Ausführungsbestimmung der RL 2019/944 handelt, die überdies (insbesondere) anstelle des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG tritt und diesen insofern ersetzt, kann § 80 Abs 2a EIWOG nur als zu Lasten des Versorgers einseitig zwingend verstanden werden (so auch *Oberndorfer*, Zum neuen AGB- und Preisänderungsrecht der Stromlieferanten im EIWOG, wbl 2022, 545 [„... zugunsten der geschützten Kundengruppen relativ zwingend ...“]).

[63] **2.7.1.5.** Zwischenergebnis: § 80 EIWOG ist daher auch auf den hier zu beurteilenden Fall zwingend anzuwenden. Entgegen der Ansicht des Klägers ist die Bestimmung nicht schon deswegen unanwendbar, weil die Beklagte dagegen verstoßen habe.

2.7.2. § 80 Abs 2a EIWOG gewährt *kein* gesetzliches Preisänderungsrecht

[64] **2.7.2.1.** Die Einordnung der Regelung als gesetzliches (und nicht vertragliches) Preisänderungsrecht in den Materialien ist in der Lehre umstritten (kein gesetzliches Preisänderungsrecht: *Kemetmüller/Brennsteiner*, Vom Begriff der "Änderung der vertraglich vereinbarten Entgelte" im Energierecht, VbR 2023/118; *Kemetmüller*, Das neue Preisänderungsregime des EIWOG, VbR 2022/29; *Schopper*, Weiterhin Rechtsunsicherheit bei Preiserhöhungen, VbR 2023/112. Für g esetzliches Preisänderungsrecht: *Oberndorfer*, Zum neuen AGB- und Preisänderungsrecht der Stromlieferanten im EIWOG, wbl 2022, 545; *Schneider*, Der Strompreis und das Recht, RdW 6/2022, 373; *Hauenschild*, Preisanpassungen bei Stromlieferungen – erste Überlegungen zum neuen § 80 EIWOG, ecolex 2022/123; *Rabl*, Preissenkungen durch mehr "Information"? die EIWOG-Novelle 2023, ecolex 2023, 743).

[65] **2.7.2.2.** *Schopper* vertritt die Ansicht, dass, obwohl in den Gesetzesmaterialien von einem „gesetzlichen Preisänderungsrecht“ die Rede ist, der Gesetzeswortlaut von § 80 Abs 2a EIWOG, die systematische Auslegung und vor allem der in § 80 Abs 5 EIWOG enthaltene Hinweis auf die Geltung der Bestimmungen des ABGB für die Notwendigkeit einer wirksamen

vertraglichen Vereinbarung eines einseitigen Preisänderungsrechts sprechen (*Schopper*, Weiterhin Rechtsunsicherheit bei Preiserhöhungen, VbR 2023/112).

[66] Nach *Kemetmüller* stelle der Gesetzgeber in § 80 Abs 5 EIWOG unmissverständlich klar, dass zwar das KSchG bei Preisänderungen nicht anzuwenden sein solle, wohl aber das ABGB. Nach den allgemeinen Regeln des Zivilrechts sei zwar eine (nachträgliche) einseitige

Preisfestlegung möglich, die Bestimmungsmöglichkeit bedürfe allerdings schon aufgrund § 1056 ABGB einer vertraglichen Grundlage. Zumindest die Möglichkeit einer Preisänderung müsse nach den Modalitäten des § 80 Abs 2a EIWOG vertraglich vereinbart sein (*Kemetmüller*, Das neue Preisänderungsregime des EIWOG, VbR 2022/29; ebenso *Kemetmüller/Brennsteiner*, Vom Begriff der "Änderung der vertraglich vereinbarten Entgelte" im Energierecht, VbR 2023/118).

[67] *Schneider* postuliert ohne nähere Begründung, dass durch das neue gesetzliche Preisänderungsrecht „offenbar“ dem Umstand Rechnung getragen werden solle, dass für vertragliche Preisanpassungsklauseln aufgrund des KSchG besonders hohe Anforderungen gelten würden (*Schneider*, Der Strompreis und das Recht, RdW 6/2022, 373). Die Ansichten von *Hauenschild* und *Rabl*, wonach § 80 Abs 2a EIWOG ein gesetzliches Preisänderungsrecht gewähre, gründen auf keiner näheren rechtlichen Auseinandersetzung mit dieser Frage (*Hauenschild*, Preisanpassungen bei Stromlieferungen – erste Überlegungen zum neuen § 80 EIWOG, *ecolex* 2022/123; *Rabl*, Preissenkungen durch mehr "Information"? die EIWOGNovelle 2023, *ecolex* 2023, 743). *Oberndorfer* gründet seine Ansicht auf eine Anwendbarkeit der Rechtsprechung des OGH zum TKG (*Oberndorfer*, Zum neuen AGB- und

Preisänderungsrecht der Stromlieferanten im EIWOG, wbl 2022, 545; zur Kritik an dieser Ansicht siehe schon oben Punkt 1.7.1.)

[68] **2.7.2.3.** Für ein gesetzliches Preisänderungsrecht spricht zwar der Wortlaut der Materialien, in denen das Preisänderungsrecht ausdrücklich als solches bezeichnet wird. Allerdings besteht bei der Auslegung eines Gesetzes keine strikte Bindung an die Gesetzesmaterialien (RS0008799 [T4]; zuletzt 4 Ob 80/23b; auch RS0008800), insbesondere nicht an eine darin vorgenommene rechtliche Einordnung.

[69] Das Gericht schließt sich daher den überzeugenden Argumenten von insbesondere *Schopper* und *Kemetmüller* an. Vor allem der klare Hinweis auf die uneingeschränkte Geltung des ABGB in § 80 Abs 5 EIWOG kann nur schwer anders gedeutet werden, als

dass auch eine Preisänderung nach § 80 Abs 2a ElWOG einer vertraglich vereinbarten Grundlage bedarf und somit auch der Kontrolle nach § 864a und § 879 Abs 3 ABGB standhalten muss (so auch OLG Wien in der nicht rechtskräftigen Entscheidung 33 R 57/23d, ErwGr 5.1.).

[70] Das bedeutet für diesen Fall, dass die Änderung des für die Entgeltbestimmung maßgeblichen Umstandes des Anpassungstichtages nicht nur den Anforderungen des § 80 ElWOG zu entsprechen hat, sondern auch jenen des ABGB und den Vorschriften des KSchG, soweit diesen durch § 80 Abs 2a ElWOG als *lex specialis* wegen § 80 Abs 5 ElWOG nicht derogiert wurde.

[71] **2.7.3. Zwischenergebnis:** Der zulasten des Energieversorgers einseitig zwingende § 80 ElWOG ist auf Preisänderungen aufgrund von Preisänderungsregeln, die keine bloße Wertsicherung im Sinne einer Inflationsabgeltung bezwecken, anzuwenden. Da die Bestimmung kein einseitiges gesetzliches Preisänderungsrecht des Energieversorgers gewährt, bedarf jede solche Preisänderung einer vertraglichen Grundlage, die infolge § 80 Abs 5 ElWOG uneingeschränkt an den Bestimmungen des ABGB und – soweit nicht Abs 2a als speziellere Norm vorgeht – auch an jenen des KSchG zu messen ist.

3. Geltungskontrolle nach § 864a ABGB

3.1. Einleitung

[72] Nach der der Inhaltskontrolle vorangehenden (RS0037089; RV 744 BlgNR 14. GP 44) Geltungskontrolle nach § 864a ABGB werden Bestimmungen **ungewöhnlichen Inhalts** in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder in Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet, nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil **nachteilig** sind und er mit ihnen nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde **nicht zu rechnen brauchte**, es sei denn, der eine Vertragsteil hätte den anderen besonders darauf hingewiesen. Verstößt eine Vertragsbestimmung gegen diese Vorschrift, so gilt der Vertrag ohne sie.

3.2. Rechtsprechung/Lehre

[73] **3.2.1.** Objektiv ungewöhnlich ist nach der Rsp des OGH nur eine Klausel, die von den Erwartungen der Vertragspartei deutlich abweicht, mit der sie also nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte. Der Klausel müsse ein „*Überraschungs- oder*

„Übertölpelungseffekt“ innewohnen (krit hinsichtlich des Übertölpelungseffekts zurecht *Graf in Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 864a Rz 42).¹⁸¹⁸ Entscheidend ist, ob die Klausel beim entsprechenden Geschäftstyp üblich ist und ob sie den redlichen Verkehrsgewohnheiten entspricht (RS0014646 [T21]). Bei der Beurteilung der Ungewöhnlichkeit eines Inhalts im Sinne des § 864a ABGB ist ein objektiver Maßstab anzulegen (RS0014627). Der Inhalt der

Klausel, auf den es dabei alleine nicht ankommt, spielt vor allem im Zusammenhang mit der Stellung im Gesamtgefüge des Vertragstextes eine Rolle, denn das Ungewöhnliche einer Vertragsbestimmung ergibt sich besonders aus der Art ihrer Einordnung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (RS0014659; RS0105643 [T2]). Für die Ungewöhnlichkeit einer Vertragsbestimmung ist daher die Art ihrer Einordnung in den Text entscheidend. Die Bestimmung ist dann ungewöhnlich, wenn sie im Text derart „versteckt“ ist, dass sie der Vertragspartner dort nicht vermutet, wo sie sich befindet, und dort nicht findet, wo er sie vermuten könnte. Bei der Beurteilung, ob dies der Fall ist, kommt es auf den durchschnittlich sorgfältigen Leser an (RS0014646; RS0014659; RS0105643 [T2]). Ein anderer Umstand, der eine Überraschung ausschließen kann, soll zB dann gegeben sein, wenn eine derartige Klausel schon in früheren Geschäftsbeziehungen verwendet wurde (*Rummel in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 864a Rz 26). Die Ungewöhnlichkeit eines Inhalts ist nach dem Gesetzestext objektiv zu verstehen. Die Subsumtion hat sich an der Verkehrsüblichkeit beim betreffenden Geschäftstyp zu orientieren. Ein Abstellen auf die subjektiven Erwartungen gerade für den anderen Teil ist

¹⁸ Übertölpelung = Überlistung einer unaufmerksamen Person in plumper, dummdreister Weise; Duden, Deutsches Universalwörterbuch⁵; auch duden.de; dwds.de

daher ausgeschlossen (RS0014627). Insbesondere dann, wenn nur ein beschränkter Adressatenkreis angesprochen wird, kommt es nach der Rsp auf die Branchenüblichkeit und den Erwartungshorizont der angesprochenen Kreise an (RS0014646). § 864a ABGB erfasst alle dem Kunden nachteiligen Klauseln, eine grobe Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (RS0123234). Eine Wertung der Benachteiligung soll nach der Rsp nicht stattfinden, sondern erst - wenn die Vertragsbestimmung Vertragsbestandteil geworden ist - bei der Inhaltskontrolle, vor allem nach § 879 ABGB (RS0014659; so auch AB 1223 BlgNR 14. GP 4; richtigerweise für eine Wertung der [bloßen] *Nachteiligkeit* objektiv ex ante *Rummel in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 864a Rz 25).

[74] **3.2.2.** Bei Beurteilung der Nachteiligkeit sind jene Rechtspositionen, die dem Vertragspartner ohne die ungewöhnliche Klausel zugebilligt werden, mit jenen zu vergleichen, die ihm unter Miteinbeziehung der ungewöhnlichen Klausel zukommen.

Nachteilig ist ua jene überraschende Klausel, die eine dem Vertragspartner prima facie im Vertrag gewährte Rechtsposition wieder ganz oder teilweise zurücknimmt (10 Ob 50/11t).

3.3. Materialien

[75] **3.3.1.** Nach der **Regierungsvorlage** zu BGBl I 140/1979, mit der § 864a in das ABGB eingefügt wurde, sollte § 864 a den in der Rechtsprechung anerkannten Grundsatz ausdrücken, dass überraschende Klauseln in AGB nicht Vertragsinhalt werden. Das Schwergewicht der Regelung liege in dem Umstand, dass eine Vertragsbestimmung in AGB einen ungewöhnlichen Inhalt habe und dass der andere Vertragspartner sie nicht habe erwarten können. Was ungewöhnlich sei, womit der Vertragspartner (also nicht) habe rechnen müssen, sei nach den allgemeinen Regeln über die Bedeutung rechtsgeschäftlicher Erklärungen (§§ 863, 914 ABGB) nach der Übung des redlichen Verkehrs zu beurteilen, wobei das Wort "redlich" zu betonen sei: rechtlich relevant werde eine Verkehrsübung nicht schon dadurch, dass sie allgemein verbreitet sei, sondern nur dann, wenn sie bei objektiver Beurteilung sachlich angemessen und fair sei (RV 744 BlgNR 14. GP 44).

[76] Im **Ausschussbericht** wurde betont, dass eine Wertung der Benachteiligung bei der Inhaltskontrolle noch nicht stattfindet, sondern erst - wenn die Vertragsbestimmung Vertragsbestandteil geworden sei - bei der Inhaltskontrolle, vor allem nach § 879 ABGB (AB 1223 BlgNR 14. GP 4).

[77] **3.3.2.** „Selbstverständlich“ sei eine in AGB enthaltene Bestimmung Inhalt der Erklärung und des Vertrages, obwohl sie äußerst ungewöhnlich und versteckt sei, wenn der betreffende Vertragspartner dennoch von ihr Kenntnis genommen habe (RV 744 BlgNR 14. GP 44).

[78] **3.3.2.** In der Regierungsvorlage war noch vorgesehen gewesen, in den Gesetzestext zwei erläuternde Beispiele einzufügen, nämlich „eine Wertsicherung neben der Bezeichnung eines Entgeltes als Fixpreis oder ein vor der betreffenden Vertragserklärung liegender Berechnungstichtag für eine Wertsicherung“ (RV 744 BlgNR 14. GP 58). Der Ausschluss vertrat demgegenüber die Ansicht, dass die beiden vorgeschlagenen zwei Beispiele „*in der Regel unter die Bestimmung fallen, daß aber die Aufnahme von Beispielen in den Gesetzestext nicht notwendig*“ sei (AB 1223 BlgNR 14. GP 4; vgl dazu auch 10 Ob 50/11t).

3.4. Zur Auslegung des § 864a ABGB

[79] 3.4.1. § 864a ABGB setzt sich *scheinbar* aus *drei* Tatbestandeselementen zusammen, und zwar aus

→ dem ungewöhnlichen Inhalt der (AGB/Vertragsformblatt-)Klausel; →

der objektiven Nachteiligkeit der Klausel für den Vertragspartner; und

→ dem Überraschungsmoment („nicht zu rechnen brauchte“).

[80] Die Bestimmung ist als (umgekehrter) Konditionalsatz formuliert („dann - wenn“). Kehrt man das Konditionalverhältnis um, klärt sich der sprachliche (semantisch-grammatikalische) Aussagegehalt der Norm: Wenn eine Klausel nachteilig und überraschend ist, dann hat sie einen „ungewöhnlichen Inhalt“ und gilt nicht. § 864a charakterisiert sich daher eigentlich nur durch *ein* Tatbestandselement, nämlich den „ungewöhnlichen Inhalt“. Dieser soll wiederum (irgendeine) Nachteiligkeit (für den Vertragspartner des Verwenders) und kumulativ das Momentum der Überraschung (des Vertragspartners) voraussetzen.

[81] An der beispielhaften (arg: „*vor allem*“) Nennung eines (einzigen) Umstandes, der begründen soll, dass der Vertragspartner mit dem Klauselinhalt nicht zu rechnen braucht, nämlich des Umstandes des äußeren Erscheinungsbildes der Urkunde, zeigt sich, dass die Bestimmung nicht nur auf den eigentlichen (für sich betrachteten) Inhalt der Klausel abstellt, sondern auf ihren Inhalt im Verhältnis zu anderen Umständen, besonders im Verhältnis zur übrigen Vertragsurkunde.

[82] Gerade das zweite der beiden – als überflüssig, nicht als falsch – aus der Regierungsvorlage gestrichenen Beispiele (*vor der Vertragserklärung liegender Berechnungstichtag für eine Wertsicherung*) zeigt in Zusammenhalt mit der offenen Formulierung der Norm („*vor allem*“), dass sich die „Ungewöhnlichkeit des Inhalts“ aber **nicht nur** daraus ergeben kann,

- dass eine Klausel an einer Stelle steht, wo sie der durchschnittliche sorgfältige Leser nicht vermutet (oder umgekehrt sie dort nicht steht, wo er sie vermutet);
- **sondern auch** daraus, dass die Klausel nach ihrem Inhalt auch dann als ungewöhnlich qualifiziert werden kann, wenn sie sich zwar dort findet, wo sie zu vermuten ist, wenn sie aber (schon für sich gesehen) einen Inhalt hat, mit dem der Vertragspartner nicht, und zwar nicht einmal an dieser (thematisch richtigen) Stelle zu rechnen braucht (vgl auch *Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar*⁵ § 864a Rz 35).

Als ungewöhnlich iSd § 864a kann also auch eine Klausel einzustufen sein, die sich zwar dort findet, wo sie zu vermuten ist, **die aber insbesondere:**

- eine *überraschende Änderung* zu den bisher zwischen den Vertragspartnern gepflogenen Rechtsverhältnissen enthält (vgl etwa 1 Ob 289/99b; RS0014601; auch 8 Ob 93/08x; 16 Ok 2/23i); **oder**
- die *branchenunüblich* und deswegen überraschend ist; **oder**
- die zwar *branchenüblich* sein mag, die *aber* als *unredlich* einzustufen ist und deswegen als überraschend zu gelten hat (vgl 7 Ob 54/23a; 8 Ob 58/14h; RS0014646 [T10, 15, 16, 21]).

[83] **3.4.2.** Ungewöhnliche Bestimmungen gelten dann, wenn der Verwender den anderen Vertragsteil im Vorhinein (vgl dazu etwa *Graf in Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.0505} § 864a Rz 44 f; *Riedler in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ § 864a Rz 42; siehe auch Punkt V.3.vii der jeweiligen ALB: „vor Vertragsschluss“) „*besonders darauf hingewiesen*“ hat.

[84] Ohne ausdrücklichen und unmissverständlichen Hinweis auf Änderungen in neuen AGB, die eine ungewöhnliche und nicht vorhersehbare Pflichtenerweiterung des Vertragspartners des Verwenders von AGB gegenüber seinen vorher verwendeten alten AGB einführen, braucht der Vertragspartner (dessen Rechtsverhältnis bisher durch die alten AGB des Verwenders geregelt wurde) regelmäßig nicht mit wesentlichen Änderungen in den neuen AGB zu rechnen (RS0014601; 1 Ob 289/99b). Erforderlich ist ein ausreichend klarer und transparenter ausdrücklicher Hinweis, dass die Klausel zwar ungewöhnlich ist, aber trotzdem Vertragsinhalt werden soll (*Riedler in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ § 864a Rz 42 mwN).

3.5. Rechtsvorbringen der Parteien zu § 864a ABGB

[85/1] Nach Ansicht des Klägers sei die Klausel überraschend, weil unter der Überschrift „Änderungen der Preise“ Fristen und Regelungen nicht eingehalten würden, die sich im Energiesektor seit Jahren etabliert hätten (Widerspruchsrecht des Verbrauchers bei Weiterbelieferung zu unveränderten Preisen für drei Monate bis Vertragsende). Nachteilig sei sie, weil der Verbraucher durch sie schlechter gestellt werde als bei „normalen“ Preisänderungsklauseln.

[85/2] Die Beklagte entgegnet, sie habe ihre Kunden in ihrem Informationsschreiben Beilage 1 über die Änderung ihrer ALB in deren Punkt V.3 informiert. Darin sei der Inhalt der inkriminierten Klausel kurz erklärt und sogar darauf hingewiesen worden, dass die Preisgleitklausel zu einer erheblichen Preiserhöhung führen könne (so auch in Punkt V.3.vii der

ALB). Jeder Verbraucher werde außerdem eine Preisgleit- oder Preisanpassungsklausel genau unter der Überschrift „Preise, Änderungen der Preise“ vermuten und dort auch suchen.

3.6. Rechtliche Beurteilung nach § 864a ABGB

[86] **3.6.1.** Vorausgeschickt wird, dass beide Klauseln als für die Kunden der Beklagten nachteilig iSd § 864a ABGB einzustufen sind, weil durch sie der mit den Kunden bislang vereinbarte nächste Stichtag für Preisänderungen in einer Phase exorbitanter Energiepreisanstiege um mehrere Monate (von 1.1.2023 auf 1.9.2022) vorgezogen wurde, wodurch die Preiserhöhungen früher auf die Kunden abgewälzt werden konnten, diese also für den Fall der Nichtinanspruchnahme ihres Kündigungsrechts früher mehr für die von ihnen bezogene Energie zahlen müssen. Auszugehen ist nach allgemeiner Lebenserfahrung zudem davon, dass es etwa auch Kunden gab, die im Zeitraum 1.9. bis 31.12.2022 verstorben oder aus Niederösterreich weggezogen sind, also Kunden, die eine spätere Preiserhöhung ab 1.1.2023 überhaupt nicht mehr getroffen hätte. Die Klausel ist zudem nachteilig, weil durch sie die Restlaufzeit des Vertrags ab Ankündigung der ALB-Änderung im Fall einer Kündigung verkürzt wird (siehe dazu Punkt 3.6.2.2., Rn 89).

[87] **3.6.2.1.** Die inkriminierten Klauseln über die Preisänderungssystematik finden sich grundsätzlich unter der richtigen Überschrift „Preise, Änderungen der Preise“ und der Unterüberschrift „Änderungen des Verbrauchspreises und des Grundpreises“. Das Unterkapitel erstreckt sich in jeweils zwei Spalten über rund zwei Seiten, wovon rund eine dreiviertel Seite auf den Verbrauchspreis entfällt. Die Sprache ist sperrig. Das Lesen und Verstehen des Sinngehaltes erfordert vom durchschnittlichen Leser eine erhebliche Anstrengung.

Hervorhebungen optischer Natur gibt es nicht (vgl zur Bedeutung von Hervorhebungen etwa 4 Ob 69/22h; 10 Ob 13/22t; 9 Ob 15/05d). Weder die inkriminierte Klausel noch das Unterkapitel noch sonst die ALB enthalten einen Hinweis darauf, dass mit 1.9.2022 eine massive Preissteigerung für Strom und Gas erfolgen werde.

[88] **3.6.2.2.** Die beanstandete Klausel wird vom Gericht aus zwei Gründen als ungewöhnlich und insbesondere als überraschend iSd § 864a ABGB eingestuft.

[89] Als ungewöhnlich iSd § 864a kann – wie schon in Punkt 3.4.1. erwähnt - eine Klausel einzustufen sein, die sich zwar dort findet, wo sie zu vermuten ist, die aber entweder eine *überraschende Änderung* zu den bisher zwischen den Vertragspartnern gepflogenen Rechtsverhältnissen enthält (vgl etwa 1 Ob 289/99b; RS0014601; auch 8 Ob 93/08x; 16 Ok 2/23i); oder die zwar *branchenüblich* ist, die *aber* als *unredlich* einzustufen ist und deswegen als überraschend zu gelten hat (vgl etwa 7 Ob 54/23a; 8 Ob 58/14h; RS0014646 [T10, 15, 16, 21]).

[90] Grund 1: Wie der klagende Verband unbestritten vorbringt, ist den durchschnittlichen Konsumenten aufgrund Branchenüblichkeit („*im Energiesektor seit Jahren etabliert*“; Branchenüblichkeit ist Tatfrage; RS0042274 [T2]; auch RS0019636) bekannt, dass sie bei Preisänderungen widersprechen (kündigen) können und nach Widerspruch (Kündigung) für drei Monate zu unveränderten Preisen bis zum Vertragsende weiter beliefert werden. Darauf würde in Punkt V.3 der ALB nicht hingewiesen. Tatsächlich hatten die ALB 2021 bereits vorgesehen, dass der Kunde im Fall einer Entgeltänderung insgesamt 4 Monate Zeit hatte, um für den Fall einer Kündigung einen neuen Versorger zu finden. Nämlich vor der ersten Wirksamkeit der Entgeltänderung einen Monat für die Entscheidung, ob er den Vertrag aufrecht erhalten möchte oder nicht; und sodann weitere drei Monate, um einen neuen Versorger zu finden. Durch die beanstandete Klausel in den ALB für Strom wird diese Dauer von vier Monaten auf weniger als dreieinhalb Monate reduziert, nämlich auf die Zeit nach Mitte August 2022 bis 30.11.2022. Es kam also letztlich in den ersten Septemberwochen zu einer Überlappung zweier Fristen, nämlich der Überlegungsfrist für eine Kündigung und der Frist für die Suche nach einem neuen Versorger. Diese Fristen dürfen sich aber nicht überlappen, sondern sie müssen aneinander anschließen. Die beanstandete Klausel enthält daher nicht nur eine Preiserhöhungsbestimmung, sondern zugleich auch eine unausgesprochene Bestimmung über die Restvertragslaufzeit ab der Ankündigung der Änderung der ALB. Mit einer solchen – zudem von den bisherigen Vertragsbedingungen abweichenden unausgesprochenen Folge einer Preisänderungsklausel muss ein Kunde nicht rechnen. Die Klausel ist daher, wie vom Kläger aufgezeigt, als überraschend iSd § 864a ABGB zu qualifizieren.

[91] Grund 2: Die Klausel enthält außerdem noch aus einem anderen Grund überraschende Änderungen der bisherigen Vertragsbeziehungen. Überraschend ist zwar nicht die Bindung an den ÖSPI oder an die Preisberechnungssystematik als solche, wohl aber die Änderung des Stichtags, weil der Stichtag für Strom erst Ende 2021 mit dem jeweiligen 1.1. festgelegt wurde. Diese Änderung ist als überraschend zu werten, weil der durchschnittliche Kunde bei langfristig angelegten Verträgen wie Energielieferverträgen nicht damit rechnen muss, dass ein Energieversorger nach nicht einmal einem Jahr seit den letzten ALB eine Stichtagsänderung vornimmt.

Nach der Rechtsansicht des Gerichts wäre es – um eine Überraschung des Kunden iSd § 864a ABGB durch die Vorziehung des Stichtags zu vermeiden – zumindest nötig gewesen, den Umstand der vorgezogenen Änderung per 1.9. und die damit einhergehende, der Beklagten bereits bekannte Folge eines massiven Preisanstiegs um rund 150 % entweder im Unterkapitel über die Änderung des Verbrauchspreises oder in einem eigenen Unterkapitel „Änderung der

Stichtage“ optisch hervorgehoben klar, deutlich und allgemein verständlich zu kommunizieren (vgl auch *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ § 864a Rz 40).

Wie die Beklagte selbst berechnet hat (Beilage i), ist es durch die Stichtagsänderung für einen durchschnittlichen Kunden pro Monat abrupt zu von der Beklagten vorhergesehenen Energiemehrkosten von rund 165,- Euro (davon monatlich Euro 57,- für Strom) gekommen, was für einkommensschwache Kunden, die sich ihre Ausgaben im Vorhinein gut einteilen können müssen, die auf eine so erhebliche Preiserhöhung wie zum 1.9.2022 vielleicht sogar „hinsparen“ müssen, mit Liquiditätsschwierigkeiten verbunden sein kann. Die Ratenzahlungsmöglichkeit bei Strom gemäß § 82 Abs 2a EIWOG im Hinblick auf Nachverrechnungen aus der Jahresabrechnung ändert daran nichts.

Umso überraschender ist die beanstandete Klausel, wenn man das dazu ergangene „Informationsschreiben“ Beilage 1 berücksichtigt, weil in diesem Schreiben das Gegenteil dessen suggeriert wird, was zum 1.9.2022 Realität werden sollte, nämlich eine bloße *abstrakte Möglichkeit* von Preiserhöhungen und ein *suggeriertes Gleichbleiben* der Preise für *Bestandskunden* anstatt der tatsächlich vorhergesehenen massiven Verteuerung von Strom und Gas per 1.9.2022 um jeweils rund 150 % (vgl auch 10 Ob 50/11t [*Beanstandung durch das Berufungsgericht im Rahmen der Geltungsprüfung nach § 864a ABGB in einem Individualprozess, dass in einem Wärmelieferungsübereinkommen weder auf eine bereits eingetretene Preiserhöhung aufmerksam gemacht wurde, noch darauf, dass in Kürze mit einer ungewöhnlichen Preissteigerung von fast 14 % zu rechnen war*]). Gerade dann, wenn das Schreiben Beilage 1 also zu berücksichtigen wäre, müsste der Beklagten der Vorwurf der Unredlichkeit bzw des Verstoßes gegen Treu und Glauben gemacht werden, weil sie die Folgen der Änderungen ihrer ALB mit diesem Schreiben verschleiert hat.

3.7. Ergebnis:

[92] **Die beanstandete Klausel 1 in den ALB für Strom besteht nicht die Geltungskontrolle des § 864a ABGB.**

4. Verstöße gegen § 80 EIWOG

[93] Wenngleich die beanstandete Klausel in den AGB für Strom nach Ansicht des Landesgerichts nicht einmal die Geltungskontrolle besteht, die Prüfung der Klausel an dieser Stelle also schon beendet werden könnte, sollen im Folgenden zur Klarstellung der Rechtslage,

wie sie das Landesgericht sieht, kurz die wesentlichen Gründe dargestellt werden, aus denen die Klausel auch einer Kontrolle nach § 80 ElWOG nicht standhält.

4.1. Informationspflichtverstoß:

[94] Soweit in Vereinbarungen von den Absätzen 2, 2a und 2b des § 80 ElWOG zum Nachteil der jeweils geschützten Kundengruppen abgewichen wird, sind sie unwirksam (*Oberndorfer, Zum neuen AGB- und Preisänderungsrecht der Stromlieferanten im ElWOG, wbl 2022, 545*). Blieben sie nämlich wirksam, hätte dies zur Folge, dass sich der Kunde trotz Verstoßes gegen eine zwingende Norm seiner Rechtssicherheit der sonst garantierten Belieferung zu ursprünglich vielleicht gesetzmäßig vereinbarten Konditionen begeben müsste bzw er sich wegen der Gesetzwidrigkeit der Klausel faktisch zur Kündigung gezwungen sehen könnte (dahingehend wohl auch *Kemetmüller, Das neue Preisänderungsregime des ElWOG, VbR 2022/29 Pkt E.*)

[95] Fraglich ist, ob *jede* Verletzung des § 80 ElWOG, insbesondere dessen Abs 2a, zur Unwirksamkeit der Entgeltänderungsklausel führt. Die Beklagte behauptet dazu, dass es unschädlich sei, nicht die vorgesehenen Musterformulierungen zu verwenden.

[96] § 80 Abs 2a ElWOG ist insofern eine janusköpfige Norm, als in ihr einerseits inhaltliche Vorgaben an Änderungen der vertraglich vereinbarten Entgelte aufgestellt werden (*angemessenes Verhältnis / Zweiseitigkeit*); und sie andererseits Regeln enthält, die nicht die inhaltliche Gestaltung von Preisänderungsklauseln betreffen, sondern die Kommunikation dieses Inhaltes an die Kunden (*Informationsschreiben unter Verwendung von Musterformulierungen und Einhaltung einer Frist von 4 Wochen*) und damit einhergehende Belehrungen (*Kündigungsrecht*).

[97] *Oberndorfer* vertritt die Ansicht, dass die formale Einhaltung des in § 80 Abs 2a ElWOG vorgesehenen Prozedere für die Wirksamkeit der Preiserhöhung von essentieller Bedeutung sei, weshalb dieser Information in der Praxis die gebührende Bedeutung beigemessen werden sollte. Hingegen handle es sich bei der Verwendung der von der Regulierungsbehörde zur Verfügung gestellten Musterformulierungen nicht um eine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Preisänderung; diese Musterformulierungen sollten nur zur einer gewissen Harmonisierung der die Preisänderung auslösenden Informationsschreiben sorgen (*Oberndorfer, Zum neuen AGB- und Preisänderungsrecht der Stromlieferanten im ElWOG, wbl 2022, 545*).

[98] Dieser Ansicht von *Oberndorfer* – der dabei allerdings von einem gesetzlichen Preisänderungsrecht ausgeht - schließt sich das Gericht grundsätzlich an. Die Notwendigkeit der Einhaltung der Informationspflichten, aber auch der vierwöchigen Frist zwischen Informationsschreiben und erstmaliger Wirksamkeit der Entgeltänderung wird bereits in Art 10 Abs 4 RL 2019/944 als Voraussetzung für die Zulässigkeit solcher Entgeltänderungen festgeschrieben. Da die Einhaltung der Informations- und Transparenzpflichten essenziell für die Wahrung der vollen Entscheidungsfreiheit des Kunden, aber auch für die Möglichkeit der

Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Entgeltänderung ist (vgl auch EuGH 23.10.2014, C359/11 und C-400/11), muss sie nach Ansicht des Gerichtes als Wirksamkeitsvoraussetzung angesehen werden (so auch *Schopper*, Weiterhin Rechtsunsicherheit bei Strompreiserhöhungen, VbR 2023/112: „*Unvollständige, unrichtige oder intransparente Informationsschreiben haben grundsätzlich zur Folge, dass die einseitige Entgelterhöhung nicht wirksam ist.*“). Das selbe gilt für die ebenfalls von Art 10 Abs 4 RL 2019/944 vorgegebene mindestens vierwöchige Frist zwischen Informationsschreiben und erstmaliger Wirksamkeit der Entgeltänderung. Die in der genannten Richtlinie noch nicht vorgesehene Bindung an bestimmte Musterformulierungen wird zwar in § 80 Abs 2a fünfter Satz EIWOG statuiert. Die gesetzliche Vorgabe ist aber nach dem erkennbaren Zweck des Gesetzes nur so zu verstehen, dass der durchschnittlich verständige Kunde durch die Informationen des Versorgers insgesamt in die Lage gesetzt werden muss, aufgrund einer vollständigen Informationsgrundlage überprüfen zu können, ob eine Preisänderung dem Gesetz entspricht oder nicht; und – in jedem Fall - entscheiden zu können, ob er von seinem außerordentlichen Kündigungsrecht Gebrauch macht oder nicht. Die Nichtverwendung der Musterformulierungen hat also zwar per se nicht die Unwirksamkeit der Klausel zur Folge. Allerdings können solche Formulierungen als valide Orientierungshilfen dafür angesehen werden, welche Informationen nach der Anschauung des redlichen Verkehrs dem Kunden vom Stromversorger jedenfalls zur Verfügung zu stellen sind.

[99] Im hier zu beurteilenden Fall enthält das Informationsschreiben der Beklagten nicht annähernd die erforderlichen Informationen, sondern dient vielmehr der Verschleierung der wahren Auswirkungen der bevorstehenden Preiserhöhung um rund 150 % (siehe schon Rn 91). Ein solches Schreiben erfüllt die Kriterien des § 80 Abs 2a EIWOG daher nicht. Die beanstandete Klausel wäre somit – ungeachtet der nicht bestandenen Geltungskontrolle - schon deswegen unwirksam, weil die Formalvoraussetzung eines gesetzmäßigen

Informationsschreibens nicht gegeben ist.

[100] Angemerkt wird, dass die Beklagte zwar ein zweites Schreiben versendet hat (Beilage i), in dem sie ihren Kunden die Tatsache und auch das wahre Ausmaß der Preiserhöhung zwar nicht verschwiegen hat, in dem sie allerdings nicht auf das Kündigungsrecht hingewiesen hat, was gemäß § 80 Abs 2a ElWOG aber „gleichzeitig“ mit dem „Informationsschreiben“ zu erfolgen gehabt hätte.

4.2. Verstoß gegen die Monatsfrist für das Informationsschreiben:

[101] Da die Kunden der Beklagten mit dem Schreiben Beilage 1 zudem nicht zumindest einen Monat vor der beabsichtigten Preisänderung über diese informiert wurden (auch nicht mit dem Schreiben Beilage i), ist auch diese weitere Formalvoraussetzung eines gesetzmäßigen Informationsschreibens nicht gegeben.

4.3. Verstoß gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit zwischen der Entgeltänderung und der Umstandsänderung (ÖSPI):

[102] Gemäß § 80 Abs 2a erster Satz ElWOG müssen Änderungen der vertraglich vereinbarten Entgelte von Verbrauchern und Kleinunternehmern mit unbefristeten Verträgen in einem angemessenen Verhältnis zum für die Änderung maßgebenden Umstand stehen.

[103] Der ÖSPI ist zwar ein Börsenindex und er mag auch von der Beklagten (über ihre Rolle als Marktteilnehmer hinaus) nicht beeinflusst werden können, er stellt aber angesichts der unbekannt tatsächlichen Beschaffungskosten der Beklagten nicht mehr als eine abstrakte Größe dar, die sich insofern als Maßstab für Änderungen des von der Beklagten festgesetzten Endkundenpreises nicht eignet.

[104] Da die Beklagte die Beweislast für jene Umstände trifft, die eine Entgelterhöhung sachlich rechtfertigen, sie diesen Beweis aber nicht erbracht hat, kann von einer Verhältnismäßigkeit zwischen Entgeltänderung und Umstandsänderung nicht ausgegangen werden. Auszugehen ist daher von einer unverhältnismäßigen, sachlich nicht gerechtfertigten Anhebung der Endkundenpreise zum 1.9.2022 in Relation zu den Beschaffungskosten der Beklagten, die nach den Feststellungen unter den Börsepreisen lagen.

Selbst wenn die Beschaffungskosten der Beklagten aber dem ÖSPI entsprochen hätten, wäre für sie (auch unter Berücksichtigung einer schon im ursprünglichen Äquivalenzverhältnis berücksichtigten Gewinnspanne der Beklagten) insofern nichts gewonnen, als sie den von ihr ab 1.9.2022 an ihre Kunden verkauften Strom angesichts des massiven Preisanstiegs auf der Großhandelsbörse und der langfristigen Beschaffungsdauer von 9 Monaten (über 196

Handelstage, Einkauf pro Tag von rund 0,5 %) zu wesentlich niedrigeren Preisen eingekauft hat (hätte), als sie ihn ab 1.9.2022 ihren Kunden verkauft hat. Zu beachten ist hierbei, dass sich der Preis für den Kunden laut den ALB 2022 nicht nur um den Durchschnitt der ÖSPI-Werte im Referenzzeitraum verändert, sondern um das gesamte Ausmaß der Index-Änderung, solange nur der Durchschnitt der Änderung den Ausgangswert um 4 Prozentpunkte übersteigt (oder um so viel darunter liegt). Bei stark steigenden Preisen kann es dadurch typischerweise auf Kosten der Endkunden zu hohen Übergewinnen des Energieversorgers kommen, weil dieser vor allem hinsichtlich des Beginns der Beschaffungsperiode an den steigenden Preisen übermäßig partizipiert (Verkauf zum neuen hohen Index - Einkauf zu Preisen weit unter dem neuen Index). Dadurch wird das vertragliche Symmetrieverhältnis zu Lasten der Kunden und zugunsten des Versorgers erheblich verschoben.¹⁹

[105] Die Beklagte argumentiert dagegen, dass ihre Kunden einen noch höheren Preisanstieg zu verkraften gehabt hätten, wenn der Stichtag 1.1.2023 nicht geändert worden wäre. Das mag zwar ex post betrachtet grundsätzlich richtig sein, ändert allerdings nichts an der unzulässigen Verschiebung der vertraglichen Symmetrie in den Monaten September bis Dezember 2022, in

¹⁹ Vgl zu solchen Übergewinnen bei der „Verbund“ *Cejka*, Energiekosten und Energieabgaben, RdU 2024/8 sowie generell die VO 2022/1854 DES RATES vom 6. Oktober 2022 über Notfallmaßnahmen als Reaktion auf die hohen Energiepreise, zB ErwGr 46: „Die Mitgliedstaaten sollten sicherstellen, dass die Überschusserlöse aus der Anwendung der Obergrenze für Markterlöse im Bereich der Stromerzeugung an die Stromendkunden weitergegeben werden, um die Auswirkungen außergewöhnlich hoher Strompreise abzufedern. (...)“ Zum Zusammenhang der Gaskrise mit den Stromkosten siehe ErwGr 1: *Seit September 2021 sind auf den*

Strommärkten sehr hohe Preise zu beobachten. Wie in der endgültigen Bewertung der Agentur der Europäischen Union für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACER), die mit der Verordnung (EU) 2019/942 des Europäischen Parlaments und des Rates (1) gegründet wurde, zur Gestaltung des Stromgroßhandelsmarktes der Union im April 2022 dargelegt, ist dies hauptsächlich eine Folge des hohen Gaspreises, da Gas für die Stromerzeugung verwendet wird. Siehe zum Thema Übergewinne auch das EKBSG. denen die Beklagte aufgrund der Stichtagssänderung zusätzliche Umsätze von insgesamt 198 Millionen Euro erzielte, während der durchschnittliche Kunde Mehrkosten von 660 Euro zu tragen hatte.

[106] Ob sich ein – anders als der VPI - stark volatiler Index wie der ÖSPI (dasselbe gilt für den ÖGPI) im Bereich der existenznotwendigen Daseinsvorsorge überhaupt als Basis für die Preisbemessung gegenüber Endkunden (insbesondere Haushalten) eignet, was vom Kläger bestritten wird, muss in diesem Urteil nicht abschließend beantwortet werden.

Die Eignung solcher Indices könnte jedenfalls zumindest für Zeiten zu verneinen sein, in denen es keinen funktionierenden Markt gibt, wie dies wegen Störungen von außen im Jahr 2022 der Fall war. Eine Orientierung an Markt- oder Börsepreisen kann ja nur bei einem unbeeinflussten

Markt einen verlässlichen, in seiner Entwicklung einigermaßen vorhersehbaren Indikator für eine angemessene Preisbestimmung darstellen (vgl. *Saria* in ZTR 2022, 171 [OGH 27.1.2022, 9 Ob 46/21m]). Zwar unterliegen auch Energieversorger den Gesetzen des Marktes; allerdings stehen ihnen neben einem überlegenen Fachwissen typischerweise betriebswirtschaftliche Mittel zur Hand, um schädliche Auswirkungen atypischer Marktentwicklungen abzufedern, über die der durchschnittliche Verbraucher nicht verfügt. Die Referenzierung auf einen Index wie den ÖSPI (ÖGPI) könnte daher - vor allem in Zeiten atypischer Börsenbewegungen - ohne Vornahme einer Deckelung schon für sich gesehen als unsachlich zu beurteilen sein.

4.4. Verstoß gegen das Symmetriegebot:

[107] Zweiseitig auszugestaltende Preisänderungsklauseln setzen voraus, dass im Zeitpunkt ihrer Vereinbarung zumindest eine Unbekannte vorhanden ist, von der die Preisbildung zu einem Stichtag x abhängt, weil das Kriterium der Zweiseitigkeit sonst nicht zur Geltung kommen kann. Sind hingegen – wie hier - ohnehin alle Parameter für die Preisbildung abschließend bekannt, liegt eine einseitige Preiserhöhungsbestimmung zu diesem Stichtag x, der hier der 1.9.2022 war, vor; und keine zweiseitige Preisänderungsklausel. Bei der Preiserhöhung mit 1.9.2022 handelt es sich daher um keine Änderung der Preise aufgrund einer zweiseitig ausgestalteten Preisänderungsklausel, sondern um eine anlassbezogene (massives Ansteigen der Großhandelsbörsenpreise) einmalige massive Preiserhöhung unter Heranziehung des ÖSPI (als eines bereits vorab vereinbarten Index). Darauf, dass die Preiserhöhung zum 1.9.2022 semantisch zweiseitig formuliert wurde, kommt es schon zum Schutz vor Umgehungen nicht an, wobei ein strenger Prüfungsmaßstab anzulegen ist (vgl. zu einem gewährleistungsrechtlichen Fall 1 Ob 224/06g). Anzuwenden ist die Norm, die auf das in

Wahrheit beabsichtigte Rechtsgeschäft anzuwenden ist (RS0045196 [T2]), hier also § 80 Abs 2a EIWOG, der eine (echte, nicht nur semantische) *zweiseitige* Ausgestaltung von Preisänderungsklauseln bei sonstiger Unwirksamkeit der Entgeltänderungsklausel vorsieht.

Dass der *konkrete* ÖSPI-Wert bei Einreichung der finalen Version der geänderten ALB bei der Kontrollbehörde (9.6.2022) und auch bei der Genehmigung durch diese (20.6.2022; also in der Vorbereitungszeit auf die tatsächliche Änderung) noch nicht bekannt war, wie die Beklagte argumentiert, ist für diese rechtliche Einordnung schon deshalb irrelevant, weil es ihr im August 2022, als ihr der konkrete Wert dann bekannt war, freigestanden wäre, von der Stichtagsänderung mit 1.9.2022 abzusehen.

[108] **4.5. Ergebnis: Die beanstandete Klausel zur Änderung des Strompreises verstößt mehrfach gegen § 80 EIWOG und wäre selbst dann unwirksam, wenn sie die**

Geltungskontrolle nach § 864a ABGB überstanden hätte.

B. Zur beanstandeten Klausel in den ALB für Gas

5.1. Gesetzliche Grundlagen

[109] Erdgashändler und Versorger haben gemäß § 125 Abs 1 GWG Allgemeine Geschäftsbedingungen für die Belieferung mit Erdgas für Kunden, deren Verbrauch nicht mit einem Lastprofilzähler gemessen wird zu erstellen. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie ihre Änderungen sind der Regulierungsbehörde vor ihrem Inkrafttreten in elektronischer Form anzuzeigen und in geeigneter Form zu veröffentlichen.

Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der vertraglich vereinbarten Entgelte sind nach § 125 Abs 2 GWG nur nach Maßgabe des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs und des Konsumentenschutzgesetzes zulässig. Solche Änderungen sind den Kunden schriftlich in einem persönlich an sie gerichteten Schreiben oder auf deren Wunsch elektronisch mitzuteilen. In diesem Schreiben sind die Änderungen der Allgemeinen Bedingungen nachvollziehbar wiederzugeben. Wird das Vertragsverhältnis für den Fall, dass der Kunde den Änderungen der Geschäftsbedingungen oder der Entgelte widerspricht, beendet, endet das Vertragsverhältnis mit dem nach einer Frist von drei Monaten folgenden Monatsletzten.

Gemäß § 125 Abs 4 GWG kann die Regulierungsbehörde die Anwendung der gemäß Abs 1 angezeigten Lieferbedingungen innerhalb von zwei Monaten insoweit untersagen, als diese gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen. Die Zuständigkeiten zur Überprüfung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach anderen Rechtsvorschriften bleiben unberührt (vgl dazu VwGH 11.09.2013, 2012/04/0021 sowie VfGH G190/2018).

Durch die Regelungen der Abs 1 bis 5 bleiben die Bestimmungen des KSchG und des ABGB gemäß § 125 Abs 6 GWG unberührt.

5.2. Geltungskontrolle

[110] **5.2.1.** Da § 125 GWG keine Einschränkungen in der Anwendung des ABGB und des KSchG vorsieht, ist zunächst eine Prüfung der beanstandeten Klausel im Hinblick auf § 864a ABGB vorzunehmen, wobei zunächst auf die oben in den Rn 72 ff vorgenommenen allgemeinen

Ausführungen verwiesen werden kann. Das Vorbringen der Parteien ist im Wesentlichen gleich wie das zur Stromklausel.

[111] **5.2.2.1.** Überraschend ist auch hinsichtlich der zweiten beanstandeten Klausel für Gas nicht die Bindung an den ÖGPI oder die Preisberechnungssystematik als solche, sondern wiederum die plötzliche Änderung des Stichtags, obwohl erst Ende 2021 der Stichtag für Gas im Jahr 2022 mit 1.2. und ab 2023 mit 1.1. festgelegt wurde. Dies bedeutet, dass die Regelung zum 1.1., die gemäß den ALB 2021 erstmals am 1.1.2023 angewendet werden sollte, nach den ALB 2022 überhaupt nie anzuwenden war, weil die Änderung 2021 mit 1.2. erfolgt ist und die

Änderung per 1.1.2023 entfallen sollte. Mit einer solchen Änderung, bevor noch die vorherigen ALB vollständig implementiert worden sind, muss der Kunde nach Ansicht des Gerichtes nicht rechnen, zumal durch die Festlegung der Stichtage in den ALB 2021 eine Erwartungshaltung des Kunden geschaffen wurde, innerhalb des einmal (und erstmals) festgelegten Zeitraums keine Preisänderungen durch eine unterjährige Stichtagsverlagerung hinnehmen zu müssen. Der Kunde muss also konkret nicht damit rechnen, dass der Energieversorger nach nicht einmal einem Jahr seit den letzten ALB eine Stichtagsänderung vornimmt, wobei schon der zweite der beiden zuvor vereinbarten Stichtage (1.2.2022 und 1.1.2023) vorgezogen werden sollte. Und zwar auch dann nicht, wenn sich die Stichtagsänderung im Abschnitt Preisänderungen findet und der geänderte Stichtag im Ergebnis eine vorgezogene Preiserhöhung bedeutet. Umso weniger muss er damit rechnen, wenn die Neuerung – wie hier - nicht einmal optisch hervorgehoben wird (siehe dazu schon Pkt 3.6.2.2.).

Könnte eine solche Klausel gültig vereinbart werden, würde dies bedeuten, dass der Gasanbieter je nach der Preislage auf dem Großhandelsmarkt mit den Stichtagen dergestalt jonglieren könnte, dass er den Stichtag vorzieht, wenn sich die Preise erhöhen, damit er früher höhere Umsätze generiert; und er den Stichtag bei sinkenden Preisen hinausschiebt, damit er die höheren Umsätze möglichst lang weiter vereinnahmen kann. (Das gilt natürlich auch für Stromanbieter.)

Nach der Rechtsansicht des Gerichtes wäre es – um eine Überraschung des Kunden iSd § 864a ABGB zu vermeiden – zumindest nötig gewesen, den Umstand der vorgezogenen Änderung per 1.9. und die damit einhergehende, bereits bekannte Folge eines massiven Preisanstiegs von rund 150 % optisch hervorgehoben klar, deutlich und allgemein verständlich entweder im Unterkapitel über die Änderung des Verbrauchspreises oder in einem eigenen Unterkapitel „Änderung der Stichtage“ zu kommunizieren. Zu bedenken ist dabei, dass – wie die Beklagte

selbst berechnet hat (Beilage i) – es durch die Stichtagsänderung für einen durchschnittlichen Kunden pro Monat abrupt zu von der Beklagten vorhergesehenen Energiemehrkosten von rund 165,- Euro (davon Euro 108 für Gas) gekommen ist, was für einkommensschwache Kunden, die sich ihre Ausgaben im Vorhinein gut einteilen können müssen, die auf eine so erhebliche Preiserhöhung wie zum 1.9.2022 vielleicht sogar „hinsparen“ müssten, mit Liquiditätsschwierigkeiten verbunden sein kann.

Umso überraschender ist die beanstandete Klausel, wenn man das dazu ergangene „Informationsschreiben“ Beilage 1 berücksichtigt, weil in diesem Schreiben das Gegenteil dessen suggeriert wird, was zum 1.9.2022 Realität werden sollte, nämlich eine bloße allgemeine Möglichkeit von Preiserhöhungen und ein suggeriertes Gleichbleiben der Preise für Bestandskunden anstatt der tatsächlich vorhergesehenen massiven Verteuerung des Verbrauchspreises von Gas per 1.9.2022 um rund 150 %. Gerade dann, wenn das Schreiben Beilage 1 also zu berücksichtigen wäre, müsste der Beklagten der Vorwurf der Unredlichkeit bzw des Verstoßes gegen Treu und Glauben gemacht werden, weil sie die Folgen der Änderungen ihrer ALB mit diesem Schreiben verschleiert hat.

[112] **5.2.2.2.** Wie der klagende Verband unbestritten vorbringt, ist den durchschnittlichen Konsumenten aufgrund Branchenüblichkeit („*im Energiesektor seit Jahren etabliert*“; Branchenüblichkeit ist Tatfrage; RS0042274 [T2]; auch RS0019636) bekannt, dass sie bei Preisänderungen widersprechen können und *nach Widerspruch* für drei Monate zu unveränderten Preisen bis zum Vertragsende weiter beliefert werden. Darauf würde in Punkt V.3 der ALB nicht hingewiesen.

§ 125 GWG sieht für das Änderungsschreiben (hier Beilage 1) zwar keine bestimmte Frist vor, allerdings ergibt sich schon aus den europäischen Vorgaben, dass es sich dabei um eine angemessene, also nicht zu knappe Frist zu handeln hat. Nach Art 3 Abs 3 RL 2009/73/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt ergreifen die Mitgliedstaaten (wie auch schon nach der Vorgänger-RL 2003/55/EG) geeignete Maßnahmen zum Schutz der Endkunden und gewährleisten einen hohen Verbraucherschutz, insbesondere in Bezug auf die Transparenz der Vertragsbedingungen. Zumindest im Fall von Haushaltskunden sind Maßnahmen laut Anhang I zu treffen, gemäß dessen lit b sicherzustellen ist, dass solche Kunden rechtzeitig über eine beabsichtigte Änderung der Vertragsbedingungen und dabei über ihr Rücktrittsrecht unterrichtet werden. Die Dienstleister teilen ihren Kunden direkt und in transparenter und verständlicher Weise jede Gebührenerhöhung in angemessener Frist mit, auf jeden Fall jedoch vor Ablauf der normalen Abrechnungsperiode, die auf die Gebührenerhöhung folgt. Die

Mitgliedstaaten stellen sicher, dass es den Kunden frei steht, den Vertrag zu lösen, wenn sie die neuen Bedingungen nicht akzeptieren, die ihnen ihr Gasdienstleister mitgeteilt hat.

Der EuGH hat dazu in seiner Entscheidung vom 23.10.2014, C-359/11 und C-400/11, ausgeführt, dass Kunden, um ihre Rechte in vollem Umfang und tatsächlich nutzen und in voller Sachkenntnis eine Entscheidung über eine mögliche Lösung vom Vertrag oder ein Vorgehen gegen die Änderung des Lieferpreises treffen zu können, rechtzeitig vor dem Inkrafttreten dieser Änderung über deren Anlass, Voraussetzungen und Umfang informiert werden (Rn 47).

In der Richtlinie wurde für Haushaltskunden zwar keine bestimmte Frist vorgesehen, allerdings findet sich eine solche von vier Wochen in Art 10 Abs 4 der RL 2019/944/EU, wonach Haushaltskunden von Strom-Preisänderungen einen Monat vor Eintritt der Änderungen zu informieren sind. Da es typischerweise keinen Unterschied machen kann, ob ein Haushaltskunde seine Wohnung oder sein Haus mittels Gas oder Strom beheizt, benötigt der Kunde im einen wie im anderen Fall die gleiche Frist, letztlich also eine solche von mindestens einem Monat, um sich für oder gegen ein Aufrechterhalten des Versorgungsvertrags entscheiden zu können (siehe auch 5 Ob 103/21i, wonach im Bereich der Daseinsvorsorge eine Kündigungsfrist von zwei Wochen zu kurz ist).

Wie bei der Klausel für Strom ist es daher für den Kunden als überraschend zu werten, dass durch die Klausel für Gas (auch in Verbindung mit Punkt XV der ALB Beilage 2 gelesen) die Gesamtfrist aus Widerspruchsfrist und Restlaufzeit nach einem Widerspruch von insgesamt vier Monaten auf weniger als vier Monate verkürzt wird.

Überraschend ist zudem, dass die Klausel selbst (aber auch das „Informationsschreiben Beilage 1“) keinen Hinweis auf ein Widerspruchsrecht des Kunden enthält, sondern nur die Klausel XV, die aber nur ganz allgemein auf Änderungen der Lieferbedingungen Bezug nimmt, nicht aber speziell auf Änderungen des Lieferpreises.

[113] **5.2.3. Ergebnis:** Auch die zweite beanstandete Klausel für Gas besteht nicht die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB.

6. Unwirksamkeit von Klausel 2 nach § 125 GWG

[114] Die Unwirksamkeit der Klausel ergibt sich auch daraus, dass die Beklagte keine angemessene Frist für den Widerspruch des Kunden samt der dann noch verbleibenden

gesetzliche Restvertragsdauer von 3 Monaten eingeräumt hat. Die – hier nicht einmal aus den Feststellungen ableitbare - Einhaltung einer Frist von (nur) zwei Wochen für eine Beendigungserklärung des Kunden (Verbrauchers/Kleinunternehmers) ist im Bereich der Daseinsvorsorge zu kurz (5 Ob 103/21i).

[115] Abgesehen davon ist schon fraglich, ob die Widerspruchsfrist durch das Schreiben Beilage 1 überhaupt ausgelöst wurde, weil dieses Schreiben (aus den in Rn 91 und 111 angeführten Gründen auch) nicht den Anforderungen der Nachvollziehbarkeit und damit auch der Transparenz und der Konsumentenfreundlichkeit iSd §§ 125 Abs 2, 126 Abs 1 GWG entspricht, sondern bei den Kunden die falsche Erwartung erweckt, dass Preiserhöhungen nur potenziell möglich seien und es für Bestandskunden zu „keiner Schlechterstellung“ komme.

C. Beide Klauseln verstoßen überdies gegen § 6 Abs 3 KSchG

[116] 7.1. Der Kläger bringt – von der Beklagten bestritten – vor, dass dem durchschnittlichen Konsumenten nicht bekannt sei, wie die Energiebörsen und deren Preisbildung funktionieren, weshalb die Klauseln dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG widersprechen.

[117] Gemäß § 6 Abs 3 KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist.

Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verlangt nicht nur formelle (semantische) Textverständlichkeit, sondern auch, dass Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher „durchschaubar“ sind (RS0122169); dass dem Kunden also die wirtschaftliche Tragweite der Bestimmung oder die Tatsache, dass ihm künftig entstehende Kosten aufgebürdet werden, nicht verschleiert wird (RS0122169 [T6]). Gerade das ist hier aber der Fall, weil für den Kunden aus beiden Klauseln – insbesondere in Zusammenhalt mit dem Schreiben Beilage 1 – nicht deren wahre wirtschaftliche Tragweite hervorgeht. Suggestiert wird Zweiseitigkeit der Klausel und eine nur potenzielle Preiserhöhung plus keine Schlechterstellung für Bestandskunden per 1.9.2022 trotz bereits sicherer Preiserhöhung um rund 150 %. Die Behauptung laut Beilage 1, dass es zu keiner Schlechterstellung kommen werde, könnte zwar rein semantisch-grammatikalisch betrachtet ausschließlich auf die gleichbleibenden Indexausgangswerte bezogen werden, allerdings versteht der durchschnittliche Konsument die Aussage des Konsekutivsatzes („sodass“) wohl in einem weiteren Sinn so, dass deswegen, weil die Ausgangswerte unverändert blieben, es zu keiner Verschlechterung, gemeint: Verteuerung

kommen werde. Durch dieses Schreiben wird einerseits der Inhalt der Klauseln selbst verschleiert, weil es danach auf die Differenz zwischen Ausgangswert und Vergleichswert ankommt. Andererseits wird der wahre Gehalt der Stichtagsänderung durch die Klauseln selbst verschleiert, weil die Klauseln semantisch zweiseitig formuliert sind, in Wahrheit per 1.9.2022 aber einseitig im Sinne einer bereits feststehenden massiven Preiserhöhung ausgestaltet sind.

[118] Nach Ansicht des Landesgerichtes ist überdies die bloße Referenzierung auf die Großhandelsindices ÖSPI und ÖGPI, wie dies in den ALB der Beklagten geschieht, ohne nachvollziehbare Darstellung, wie diese Indices gebildet werden, als intransparent zu qualifizieren. In den AGB (Punkte V.3.vi) wird zwar jeweils auf die Homepage der Österreichischen Energieagentur verwiesen, allerdings nur auf die tabellarisch aufgelisteten Monatswerte. Die Beklagte hat auch keine Unterlagen vorgelegt, aus denen der Kunde zuverlässige und leicht nachvollziehbare Informationen über die Bildung der Indices gewinnen könnte. Die mit Fachausdrücken gespickten Darstellungen laut den Beilagen 4 und 12, die zudem für den durchschnittlichen Konsumenten unverständliche mathematische Formeln beinhalten, eignen sich dazu nicht (vgl die Feststellungen in Rn 10 und 12).

[119] Die ALB 2022 der Beklagten sind – was der Eile bei ihrer Einführung geschuldet sein dürfte – auch wegen innerer Widersprüchlichkeit intransparent (vgl RS0122040), denn anders als in Punkt I („*gültig ab 15.8.2022*“) iVm V.3 (erster geänderter Stichtag: 1.9.2022), aus dem sich in Zusammenhalt mit dem Schreiben Beilage 1 eine implizite Fristverkürzung für die Kündigung bzw den Widerspruch auf unter zwei Wochen ableitet (**Vertragsende: 30.11.2022**; so explizit Beilage 1), ist laut ihrem Punkt XV, auf den in Punkt V.3.vii verwiesen wird, die volle Frist für die Kündigung/den Widerspruch von vier Wochen plus drei Monaten Restvertragslaufzeit zu den bisherigen Bedingungen vorgesehen (*Sofern der Kunde nicht binnen vier Wochen ... erklärt, werden nach Ablauf dieser Frist die Änderungen ... wirksam. ... endet das Vertragsverhältnis ... mit dem nach einer Frist von drei Monaten folgenden Monatsletzten ab Wirksamkeit der Änderungen ...; **Vertragsende: 31.12.2022**).*

[120] **7.2.** Auf eine weitere Prüfung der vom Kläger vorgetragene(n) Anspruchsgrundlagen (§§ 379 Abs 3 ABGB, 6 Abs 2 Z 4 KSchG) kann verzichtet werden.

D. Zum Veröffentlichungsbegehren

[121] **8.** Die Berechtigung des Begehrens nach Urteilsveröffentlichung hängt davon ab, ob ein schutzwürdiges Interesse des Klägers an der Aufklärung des Publikums im beehrten Ausmaß besteht (RS0079737). Die Urteilsveröffentlichung dient zur Sicherung des Unterlassungsanspruchs. Sie soll nicht nur eine schon bestehende unrichtige Meinung stören, sondern auch deren weiteres Umsichgreifen verhindern. Sie dient daher insbesondere im Bereich des Wettbewerbsrechts der Aufklärung des durch eine wettbewerbswidrige Maßnahme irregeführten Publikums (RS0079764; auch RS0079820; 9 Ob 69/11d uvm). Zweck der Urteilsveröffentlichung ist es insofern, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein (RS0121963; RS0079737 [T29]; 9 Ob 69/11d uvm). In der Regel ist die Urteilsveröffentlichung in einem solchen Umfang zuzusprechen, dass die Verkehrskreise, denen gegenüber die Rechtsverletzung wirksam geworden ist, über den wahren Sachverhalt bzw den Gesetzesverstoß aufgeklärt werden (RS0121963 [T9]).

[122] Das für die Urteilsveröffentlichung maßgebende berechtigte Interesse (§ 25 Abs 3 UWG iVm § 30 Abs 1 KSchG) bei der Verbandsklage nach dem KSchG liegt aber auch darin, dass der Rechtsverkehr bzw die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte allgemeine Vertragsklauseln gesetz- bzw sittenwidrig sind (vgl etwa 9 Ob 18/23x; 3 Ob 32/23m; 9 Ob 69/11d uvm). Die zu informierenden beteiligten Verkehrskreise sind demnach bei der Verbandsklage nach dem KSchG nicht nur die aktuellen und potenziellen Kunden der Beklagten (vgl 9 Ob 18/23x mwN).

[123] In der Entscheidung 3 Ob 32/23m billigte der OGH die Stattgebung eines Begehrens auf Veröffentlichung in der bundesweiten Ausgabe der auflagenstärksten österreichischen Tageszeitung durch das Erstgericht, das die Ansicht vertreten hatte, dass als Kunden der Beklagten nicht nur in Wien, sondern im gesamten Bundesgebiet wohnhafte Personen, die etwa zu Studienzwecken auf der Suche nach einer Wohnung in Wien seien, in Frage kämen.²⁰

²⁰ Die Beklagte in 3 Ob 32/23m ist im Bereich der Immobilienentwicklung und Immobilienverwertung tätig. Dabei schließt sie als Eigentümerin mehrerer Liegenschaften in Wien und Brunn am Gebirge mit Verbrauchern Mietverträge über die in diesen Häusern gelegenen Bestandobjekte ab.

[124] Da es – wie allgemein bekannt ist – gerade zwischen den Bundesländern Wien und Niederösterreich einen regen beruflichen und privaten Personenverkehr gibt und insbesondere zahlreiche Personen mit Hauptwohnsitz in Wien Nebenwohnsitze in Niederösterreich haben oder begründen möchten, betrachtet das Gericht eine Veröffentlichung des Urteilsspruchs in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, Regionalausgabe für Wien, Niederösterreich und Burgenland als angemessen und zum Erreichen der oben genannten

Zwecke einer Urteilsveröffentlichung im Verbandsprozess nötig, obwohl sich das Tätigkeitsfeld der Beklagten gegenüber Endverbrauchern innerösterreichisch auf Niederösterreich beschränkt. Gewarnt sollen überdies auch Kunden der mit der Beklagten – wie von ihr selbst unbestritten vorgebracht - eng verbundenen Unternehmen Burgenland Energie AG und Wien Energie GmbH werden, also letztlich Personen, die in Wien und im Burgenland wohnen (vgl das Vorbringen in ON 7, S 9).

E. Kostenentscheidung:

[125] 9. Die Kostenentscheidung gründet in § 41 ZPO (vollständiges Obsiegen des Klägers). Einwendungen gegen dessen Kostennote iSd § 54 Abs 1a ZPO hat die Beklagte nicht erhoben; allenfalls amtswegig wahrzunehmende oder wahrnehmbare Unrichtigkeiten sind nicht aufgefallen.

Landesgericht Wiener Neustadt, Gerichtsabteilung 24
Wiener Neustadt, 20. März 2024
Mag. Heinz Markus Kolland, Richter

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG