



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

1 R 45/16v

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Dr. Jesionek als Vorsitzende sowie die Richter des Oberlandesgerichts MMag. Matzka und Dr. Stefula in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **Expertos Unternehmens- und Wirtschaftsberatungs GmbH & Co. KG** (vormals Care-Energy Energiedienstleistungs GmbH & Co. KG), HRA 110924, Dessauer Straße 2-4, 20457 Hamburg, Deutschland, vertreten durch Dr. Markus Singer, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 30.500,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500,--; Gesamtstreitwert EUR 36.000,--), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 20.1.2016, 19 Cg 53/15p-11, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 3.051,12 (hierin USt EUR 508,52) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt insgesamt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

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

Der Kläger ist eine zur Unterlassungsklage nach § 29 Abs 1 KSchG berechnigte Institution sowie der nach § 14 Abs 1 letzter Satz UWG zur Unterlassungsklage berechnigte Verein.

Die Beklagte ist Unternehmerin im Sinne des § 1 KSchG.

Der **Kläger** begehrt, die Beklagte schuldig zu erkennen,

1. es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Österreich zu unterlassen, den unrichtigen Eindruck zu erwecken, sie hätten bereits einen Vertrag mit der Beklagten abgeschlossen, dies insbesondere durch Zusendung von Schreiben, in denen den Adressaten individuell unter Angabe einer Vertragsnummer für ihre Wahl der Beklagten als Energiedienstleister gedankt werde und die Aufnahme der Tätigkeit der Beklagten gegenüber den Adressaten für den nächsten Monatsersten bekannt gegeben werde, obwohl die derart angesprochenen Verbraucher tatsächlich keinen Vertrag mit der Beklagten geschlossen hätten, sowie

2. im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zu Grunde lege und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung bestimmter - in der Klage im Einzelnen angeführter - Klauseln

wie auch die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen, ebenso es zu unterlassen, sich auf die angeführten oder sinngleiche Klauseln zu berufen.

Darüber hinaus stellte der Kläger 3. ein Urteilsveröffentlichungsbegehren (und zu Punkt 1. ein Eventualbegehren).

Der Kläger brachte vor, die Beklagte sei eine in Deutschland protokollierte Gesellschaft, die in Österreich Verbrauchern nach ihrer Diktion „Energiedienstleistungsverträge“ anbiete, die auf der Grundlage von von ihr formulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen abgeschlossen werden sollten.

Hinsichtlich seines Begehrens zu Punkt 1. brachte der Kläger im Wesentlichen vor, die Beklagte habe im November/Dezember 2014 Verbraucher unangekündigt zu Hause aufgesucht. Die Gespräche seien damit eingeleitet worden, dass es sich um eine Initiative zum Stromsparen handle. Die Beklagte habe die Verbraucher zur Unterfertigung von Formularen, wie jenem, welches aus Beilage ./A ersichtlich sei, aufgefordert. Auf dem Formular sei *„kein Stromvertrag - dient nur der Angebotslegung“* aufgestempelt gewesen. Die Beklagte habe im März 2015 an Verbraucher, die sie, wie geschildert, zuvor aufgesucht habe und die das Formular Beilage ./A unterfertigt hätten, aber auch an Verbraucher, die die Beilage ./A nicht unterfertigt hätten, sowie sogar an Verbraucher, zu denen sie zuvor keinerlei Kontakt aufgenommen habe, Schreiben wie jenes, welches aus Beilage ./B ersichtlich sei, versandt. Darin habe die Beklagte durch die Betreffzeile *„Ihre EDL-Vertragsnummer“* und den Einleitungssatz *„Vielen Dank, dass sie Care-Energy als Energiedienstleister gewählt haben!“* suggeriert, es wäre bereits ein Vertrag geschlossen wor-

den. Dem Schreiben sei eine Informationsbroschüre beige-fügt gewesen, die einen „Energiedienstleistungsantrag“ enthalten habe (Beilage ./C). Nur dem Kleinstgedruckten sei zu entnehmen gewesen, dass erst durch diesen Antrag ein Vertrag zustandekomme. All dies sei eine irreführende Geschäftspraktik nach § 2 UWG, aber auch eine aggressive Geschäftspraktik nach § 1a UWG.

Hinsichtlich seines Begehrens zu Punkt 2. brachte der Kläger im Wesentlichen vor, dass der „Energiedienstleistungsantrag“ umseitig die aus der Beilage ./C ersichtlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalte, die somit von der Beklagten in Österreich verwendet würden. Die AGB seien in ihrer Gesamtheit schon deshalb intransparent (§ 6 Abs 3 KSchG), weil sie in einer so kleinen Schrift gedruckt seien, die ein müheloses Lesen ausschließe (kleiner als 6 pt). Die AGB seien zudem inhaltlich intransparent, weil sich selbst durch aufmerksame Lektüre nicht feststellen lasse, worin konkret der Vertragsinhalt und die von der Beklagten geschuldete Leistung liegen solle und welches Entgelt für welche Leistung der Verbraucher zu zahlen habe. Der Kläger führte weiters zu den einzelnen Klauseln aus, warum diese für sich genommen gegen das Transparenzgebot (§ 6 Abs 3 KSchG) oder das Verbot gröblicher Benachteiligung (§ 879 Abs 3 ABGB) verstießen oder eine sonstige Gesetzeswidrigkeit, etwa eine Verletzung bestimmter Vorschriften des ElWOG oder des DSG, vorliege.

Wiederholungsgefahr sei aufgrund des Verstoßes gegen das Lauterkeitsrecht indiziert. An der Urteilsveröffentlichung bestehe seitens der kontaktierten Verbraucher, aber auch der Mitbewerber der Beklagten ein Interesse.

Die **Beklagte** bestritt das Klagsvorbringen und beantragte die Klagsabweisung. Sie habe in Österreich Verbrauchern den Abschluss von Energiedienstleistungsverträgen angeboten. Energielieferverträge habe sie in Österreich nie angeboten. Weil sie ihre Geschäftstätigkeit sowohl in Deutschland als auch in Österreich per 1.7.2015 eingestellt und dies auch der deutschen Bundesnetzagentur als Energieregulierungsbehörde ihres Heimatlandes angezeigt habe, bestehe keinesfalls Wiederholungsgefahr. Zudem würden die streitgegenständlichen AGB überhaupt nicht mehr verwendet, auch nicht von anderen Gesellschaften der Care-Energy-Unternehmensgruppe. An der Wiederholungsgefahr mangle es auch deshalb, weil die Beklagte nicht gewusst habe, dass ihre Mitarbeiter unangekündigt Hausbesuche durchführten und Kundenbriefe mit Verweis auf ein aufrechtes Vertragsverhältnis an Nichtvertragspartner versandten, sie aber nach Kenntniserlangung dessen umgehend Maßnahmen gesetzt habe, um solches künftig zu verhindern; so habe sie die Dienstverhältnisse mit den für den Vertrieb in Österreich verantwortlichen Personen aufgekündigt.

Eine Gesetz- oder Sittenwidrigkeit der AGB liege nicht vor. Diese seien inhaltlich klar und auch lesbar. Die vom Kläger zitierten energierechtlichen Regelungen, gegen die die AGB angeblich verstießen, bezögen sich auf die Lieferung von Strom und Gas. Sie kämen nicht zur Anwendung, weil die Beklagte nicht Strom und Gas liefere, sondern Nutzenergie, worunter zufolge Punkt 1.1. der AGB Licht, Kraft, Wärme und Kälte zu verstehen sei. Im Übrigen wandte die Beklagte hinsichtlich einzelner Klauseln Unschlüssigkeit des Unterlassungsbegehrens ein.

Ein Urteilsveröffentlichungsinteresse wurde in

Abrede gestellt.

Mit dem **angefochtenen Urteil** gab das Erstgericht dem Klagebegehren zur Gänze statt. Es stellte die von der Beklagten in Österreich verwendeten AGB fest, auf die verwiesen wird (Urteilsausfertigungen Seite 8), und traf darüberhinaus folgende Feststellungen (Urteilsausfertigungen Seite 10 und 11):

Die Beklagte war nicht als Energielieferant registriert. Sie akquirierte seit Ende des Jahres 2014 in Österreich Kunden. Nach eigener Angabe hat sie ca 25.000 Kunden in Österreich gewonnen.

Im März 2015 versandte sie an eine unbestimmte Anzahl von Personen in Österreich Schreiben unter Angabe der „EDL-Vertragsnummer“ der Angeschriebenen, in welchen sie ihnen für die Wahl der Beklagten als Energiedienstleister dankte und auf den Vertragsbeginn mit 1.4.2015 hinwies (./B). Die Adressaten hatten mit der Beklagten keinen Vertrag abgeschlossen.

Mehrere Angeschriebene beschwerten sich im Zeitraum März bis Mai 2015 bei e-Control, zumindest einer beim Kläger.

Am 25.6.2015 zeigte die Beklagte der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Bonn, die Stilllegung ihres Geschäftsbetriebes per 1.7.2015 an. Dass sie ihren Betrieb stillgelegt hat und dass und wann sie die Geschäfte in Österreich einstellte, kann nicht festgestellt werden.

Nun ist bei e-Control die Care Energy Deutschland AG als Energielieferant angemeldet. Sie verwendet Logo und Ausstattung, die der der Beklagten entsprechen. Laut ihren AGB bevollmächtigt der Kunde sie, mit der Kundenbe-

treuung und als Energiedienstleister für Energieeffizienzmaßnahmen die Care Energy Management GesmbH zu betrauen. Diese ist eine 100% Tochter der Family Office Kristek GmbH Deutschland, eine Großmuttergesellschaft der persönlich haftenden Gesellschafterin der Beklagten."

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht zur Wiederholungsgefahr aus, dass diese grundsätzlich nur dann wegfalle, wenn ein vollstreckbarer Titel vorliege oder aus anderen Gründen ein neuerlicher Verstoß auszuschließen sei. Gänzliche Betriebseinstellung könne ein solcher Grund sein. Dafür fehle jedoch der Nachweis. Dazu komme, dass die Beklagte hinsichtlich der AGB den Anspruch auch inhaltlich bis zuletzt bestritten und sich nicht auf den Wegfall der Wiederholungsgefahr beschränkt habe.

Zu Punkt 1 des Spruches führte das Erstgericht aus, dass die Beklagte die Wettbewerbswidrigkeit der Aussendung nicht bestritten habe. Dafür, dass diese auf einen weisungswidrigen Verstoß einzelner Mitarbeiter zurückzuführen gewesen sei, den die Beklagte unverzüglich abgestellt habe, sodass weitere Verstöße auszuschließen seien, fehlten Beweisergebnisse. Es sei nicht vorgebracht worden, auf welche Weise überwacht worden sei, dass die für den Österreichvertrieb Verantwortlichen die Vorgaben der Unternehmensleitung befolgten. Das Vorbringen sei daher nicht geeignet gewesen, die Wiederholungsgefahr auszuschließen.

Zu Punkt 2. des Spruches führte das Erstgericht aus, wegen des Transparenzgebotes müssten AGB klar gegliedert, verständlich dargestellt und so groß geschrieben sein, dass ihre Lektüre hinsichtlich der Schriftgröße den Kunden keine besondere Anstrengung abnötige. Die vorliegen-

den AGB seien infolge Kleinstdruck nur mit Mühe leserlich, was bereits ihre Unzulässigkeit begründe. Vor allem jedoch seien sie insgesamt intransparent, da sie die wechselseitigen Leistungen nicht in einer verständlichen Form beschrieben. Die „Beschaffung der Energieträger“ und die „Belieferung mit Nutzenergie“ im Zusammenhang mit einem „Energiedienstleistungsvertrag“ (Präambel) ließen nicht erkennen, welche Leistungen die Beklagte zu erbringen habe. Die Beschaffung von Energieträgern deute auf die Vermittlung von Energiequellen hin, die Belieferung mit Nutzenergie auf eine Lieferpflicht, wobei der Begriff „Nutzenergie“ keine Auslegung nach dem allgemeinen Sprachgebrauch in sich schließe.

Im Übrigen erläuterte das Erstgericht Klausel für Klausel, worin es jeweils eine Rechtsverletzung erblickte (Urteilsausfertigung Seite 12 und 13).

Zur Urteilsveröffentlichung (Spruchpunkt 3.) meinte das Erstgericht, es sei hinsichtlich des Unterlassungsbegehrens zu Punkt 2. von der Angabe der Beklagten über ihren Kundenstock auszugehen. Was Punkt 1. betreffe sei das Schreiben einer unbestimmten Mehrzahl von Kunden übermittelt worden. Es sei davon auszugehen, dass sich nur ein Bruchteil der Empfänger auch beschwert habe. Die Beklagte habe keine konkrete Behauptung über die Anzahl der Empfänger erhoben und keine Beweise erbracht, obwohl ihr diese leicht zugänglich gewesen wären. Es erscheine daher die Veröffentlichung auch dieses Punktes im begehrten Umfang angemessen.

Dagegen wendet sich die **Berufung** der Beklagten wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtiger Tatsachenfeststellung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit

dem Antrag auf Abänderung des angefochtenen Urteils im Sinne einer Klagsabweisung, hilfsweise mit einem Aufhebungsantrag.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Zur Mängelrüge:

1.1. Die Beklagte beantragte die Einvernahmen ihres Geschäftsführers Martin Richard Kristek. Dieser wurde zur für den 10.12.2015 anberaumten Tagsatzung geladen (ON 6 verso). Die Ladung enthielt folgenden Hinweis: *„Parteienvernehmung: Ihre Anwesenheit bei dieser Tagsatzung ist für Ihre Vernehmung als Partei jedenfalls erforderlich. Wenn Sie nicht persönlich zur Tagsatzung kommen oder bei dieser die Aussage verweigern, hindert dies nicht die Vernehmung Ihres Prozessgegners. Sollten Sie ohne Angabe hinreichender Gründe der Tagsatzung fernbleiben, so könnten Sie die Gelegenheit versäumen, in diesem Verfahren als Partei auszusagen. Zudem hat das Gericht unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände zu beurteilen, welchen Einfluss Ihr Fernbleiben oder die Ablehnung der Aussage auf die Herstellung des Beweises hat. ACHTUNG: Eine Vertretung bei Ihrer Vernehmung als Partei ist nicht möglich.“*

Der Geschäftsführer erschien am 10.12.2015 nicht zur Verhandlung. Die Beklagtenvertreterin entschuldigte ihn in der Verhandlung damit, dass er „einen Geschäftstermin in Deutschland wahrzunehmen habe“; eine Bescheinigung der Verhinderung könne nicht erfolgen (ON 9 Seite 5).

Der Kläger beantragte in der Tagsatzung die „Präklu-

sion, wenn der Geschäftsführer der Beklagten bei der nächsten Verhandlung nicht erscheint". Das Erstgericht fasste jedoch sogleich den Beschluss auf Abstandnahme von der Vernehmung des Geschäftsführers nach § 381 ZPO und auf Schluss der Verhandlung und fällte im Weiteren schriftlich das angefochtene Urteil.

In der unterbliebenen Vernehmung ihres Geschäftsführers erblickt die Beklagte einen Verfahrensmangel (Stoffsammlungsmangel). § 381 ZPO dürfe von einem Gericht nur angewendet werden, wenn die zu vernehmende Partei nicht vor Gericht erscheinen wolle. Es dürften keine Zweifel bestehen, dass die Partei oder ihr Geschäftsführer der Prozessförderungspflicht nicht entspreche. Das Gericht hätte von der Vernehmung nur Abstand nehmen dürfen, wenn der Geschäftsführer sich „fortlaufend entschuldigt und die Säumnis eine ins Gewicht fallende Verfahrensverzögerung bewirkt“ hätte. Das Vorgehen des Gerichts sei auch rechtswidrig, weil es Sache des Klägers als Prozessgegner gewesen sei, einen Antrag auf Befristung der Beweisaufnahme durch Parteienvernehmung zu stellen, er aber bloß die Präklusion für den Fall des Nichterscheins des Geschäftsführers zur nächsten Verhandlung beantragt habe. Zudem hätte das Gericht die Pflicht gehabt, auf eine genaue Darlegung zu dringen, worin die wichtigen Gründe gelegen seien, die das Erscheinen bei der Verhandlung unmöglich gemacht hätten. Die Relevanz des Verfahrensfehlers liege darin, dass durch die Vernehmung des Geschäftsführers bewiesen worden wäre, dass die Beklagte nicht als Energieversorger, sondern als Energiedienstleister tätig gewesen sei, darüber hinaus, dass die Beklagte ihre Geschäftstätigkeit mittlerweile eingestellt habe (Berufung Seiten 2 bis 6).

1.2. Das Gericht hat nach § 381 ZPO unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände zu beurteilen, „[w]elchen Einfluss es auf die Herstellung des Beweises habe, wenn die Partei ohne genügende Gründe die Aussage oder die Beantwortung einzelner Fragen ablehnt, wenn die zum Zweck der unbeeideten oder beeideten Vernehmung geladene Partei nicht erscheint, oder wenn die eidliche Aussage einer Partei von den bei ihrer vorausgegangenen unbeeideten Vernehmung abgegebenen Erklärungen in erheblichen Punkten abweicht“.

Aus der zitierten Bestimmung, insbesondere aus der Wortfolge „ohne genügende Gründe“ ergibt sich, dass das Gesetz an die Verpflichtung, der Partei zum Erscheinen vor Gericht zur Ablegung der Aussage strenge Anforderungen stellt. Es ist nicht bloß darauf abzustellen, ob eine Entschuldigung erfolgt, sondern auch zu prüfen, ob die vorgetragenen Gründe unter Berücksichtigung der der Partei obliegenden Verpflichtung, alles vorzukehren, um einen klaglosen und verzögerungsfreien Ablauf des Verfahrens sicherzustellen, das Nichterscheinen rechtfertigen (RIS-Justiz RS0040670). Die Inanspruchnahme durch berufliche Tätigkeit ist an sich kein hinreichender Grund für das Ausbleiben von der Parteienvernehmung. Dagegen können Hindernisse, die außerhalb des üblichen Ablaufes der beruflichen Tätigkeit liegen, das Nichterscheinen begründen (RIS-Justiz RS0040676). Die Gründe für das Nichterscheinen der Partei sind schlüssig zu behaupten und über Verlangen des Gerichtes zu bescheinigen (*Spenling in Fasching/Konecny*² § 381 ZPO Rz 10 mwN). Voraussetzung für die Anwendung des § 381 ZPO ist eine gehörige Ladung der Partei und ein Hinweis in der Ladung auf die drohende Rechtsfolge.

Der Geschäftsführer wurde ordnungsgemäß geladen und in der Ladung über die Folgen eines Ausbleibens belehrt. Er blieb jedoch ohne genügenden Grund der Verhandlung fern. In der Behauptung, er habe einen Geschäftstermin in Deutschland wahrzunehmen, liegt keine ordnungsgemäße Entschuldigung.

Das Erstgericht war nicht gehalten, darauf zu dringen, dass die Beklagte darlege, aus welchem besonderen Grund der berufliche Termin ausnahmsweise doch im Sinne der zuvor vom Berufungsgericht dargelegten Rechtslage einen tauglichen Entschuldigungsgrund bilde. Die nicht erschienene Partei (bzw deren Geschäftsführer) zu entschuldigen, das heißt im Sinne des § 381 ZPO einen „genügenden“ Grund für das Nichterscheinen darzutun, ist nämlich eine Prozesshandlung. Der Richter hat nach § 432 Abs 1 ZPO „Parteien, welche rechtsunkundig und nicht durch Rechtsanwälte vertreten sind, erforderlichenfalls die zur Vornahme ihrer Prozesshandlungen nötige Anleitung zu geben und dieselben über die mit ihren Handlungen oder Unterlassungen verbundenen Rechtsfolgen zu belehren“. Hieraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass ein Gericht anwaltlich vertretenen Parteien über prozessuale Belange keine Anleitung schuldet (eingehend *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ §§ 182, 182a ZPO Rz 73; vgl auch *G. Kodek* in *Fasching/Konecny*² § 432 ZPO Rz 4, 8, 11 ff). Die Beklagte war anwaltlich vertreten.

Die Anwendung des § 381 ZPO ist nicht antragsgebunden. Das Erstgericht war somit nicht gehalten, aufgrund des Antrages des Prozessgegners den Geschäftsführer abermals zu laden und erst bei neuerlichem Nichterscheinen dies zu würdigen.

Aus all diesen Gründen war das Gericht berechtigt,

das Nichterscheinen des Geschäftsführers nach § 381 ZPO frei zu würdigen. Eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens liegt nicht vor.

2.1. Es wurde festgestellt, dass die Beklagte am 25.6.2015 der [deutschen] Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Bonn, die Stilllegung ihres Geschäftsbetriebes per 1.7.2015 anzeigte [Beilage ./1]. Es konnte aber nicht festgestellt werden, dass die Beklagten ihren Betrieb [tatsächlich] stillgelegt hat und dass und wann sie die Geschäfte in Österreich einstellte.

Das Erstgericht begründete die negative Feststellung damit, dass ihm nur die Meldung Beilage ./1 vorliege, laut Mitteilung der Bundesnetzagentur [siehe ON 8] diese Meldung aber nicht mit einem Nachweis der tatsächlichen Einstellung verbunden gewesen sei. Weitere Unterlagen - wie eine Liquidationsbilanz oder Nachweise über Personalabbau, Rückstellung des Geschäftslokals, Vertragskündigungen und dergleichen - habe die Beklagte nicht geliefert.

Die Beklagte wirft dem Erstgericht in der Berufung vor, es unterlassen zu haben, „die Beweislage bezüglich der behaupteten Einstellung der Geschäftstätigkeit zu erörtern“. Es hätte die Beklagte darauf hinzuweisen gehabt, dass nach seiner Rechtsansicht die vorgelegte Meldung vom 25.6.2015 an die Bundesnetzagentur als Beweismittel nicht ausreiche. Hätte es dies getan, hätte die Beklagte weitere Beweise, beispielsweise die Einvernahme ihrer deutschen Rechtsanwälte, anbieten können, dies zum Beweis dafür, dass sie sehr wohl die geschäftliche Tätigkeit eingestellt und auch Maßnahmen gesetzt habe, um die Geschäftspraktiken ihrer Mitarbeiter abzu-

stellen. All dies hätte zur Verneinung der Wiederholungsgefahr und damit zur Klagsabweisung geführt (Berufung Seiten 6 bis 10).

2.2. Zunächst ist festzuhalten, dass es hier nicht um eine „Rechtsansicht“ des Erstgerichts geht, sondern um die Würdigung des Beweismittels Beilage ./1 durch das Erstgericht im Rahmen seiner Aufgabe, nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten sei oder nicht (§ 272 Abs 1 ZPO). Ein Gericht ist nicht verpflichtet, seine Ansicht vom Wert bisheriger Beweismittel bekanntzugeben und weitere Beweisanbote einzumahnen (RIS-Justiz RS0036869; *Fucik* in *Rechberger*⁴ § 182 Rz 1 mwN; *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ §§ 182, 182a ZPO Rz 36). Der behauptete Verfahrensmangel liegt daher nicht vor.

3.1. Die Beklagte betrachtet es auch als Verfahrensmangel, dass das Erstgericht es unterließ, in der Ladung zur (zweiten) Verhandlung am 10.12.2015 mitzuteilen, „dass in dieser Verhandlung alle Beweise abgeführt und das Verfahren geschlossen werden soll“. In der vorbereitenden Verhandlung vom 12.10.2015 seien weder die Beweise noch die Sach- und Rechtsvorbringen umfassend und ausreichend erörtert worden. Angesichts dessen habe der Geschäftsführer der Beklagten davon ausgehen können, dass es in der zweiten Verhandlung zu keiner abschließenden Beurteilung der Sache kommen könne, zumal in dieser eine umfangreiche rechtliche Erörterung habe erwartet werden dürfen (Berufung Seiten 8 bis 10).

3.2. Nach § 258 Abs 1 ZPO dient die vorbereitende Tagsatzung als Teil der mündlichen Streitverhandlung nicht nur „der Erörterung des Sach- und Rechtsvorbringens auch in rechtlicher Hinsicht“ (Z 3), sondern „soweit

zweckmäßig auch der Einvernahme der Parteien und Durchführung des weiteren Beweisverfahrens". Damit ist die Verfahrensgestaltung insoweit - wie auch sonst - weitgehend in das Ermessen des Richters gestellt (*G. Kodek in Fasching/Konecny*² § 258 ZPO Rz 27). Ein Richter könnte daher durchaus bereits in der vorbereitenden Tagsatzung den gesamten Prozess durchführen. Eine Prozesspartei kann also nicht damit rechnen, dass es nach der vorbereitenden Tagsatzung zumindest eine weitere Tagsatzung geben werde. Umso weniger kann eine Prozesspartei damit rechnen, wenn sie nach bereits durchgeführter vorbereitender Tagsatzung zu einer weiteren Tagsatzung geladen wird, dass es eine dritte Tagsatzung geben werde. Im vorliegenden Fall endete die vorbereitende Tagsatzung am 12.10.2015 mit dem Beschluss, die Tagsatzung zwecks Durchführung der Parteienvernehmung auf den 10.12.2015 zu erstrecken. Die Beklagte musste daher mit dem Schluss der Verhandlung am 10.12.2015 rechnen. Sie konnte von diesem nicht überrascht sein; ein Verfahrensfehler ist nicht ersichtlich.

Zur Tatsachenrüge:

4.1. Die Beklagte bekämpft die negative Feststellung über die Stilllegung ihres Betriebs und die Einstellung ihrer Geschäfte in Österreich und strebt als Ersatzfeststellung an, dass sie ihren gesamten Geschäftsbetrieb im Juni 2015 eingestellt und dies der zuständigen Behörde in Deutschland mitgeteilt habe. Gegen die Feststellung argumentiert die Beklagte damit, dass der genaue Inhalt der behördlichen Mitteilung [gemeint ist das Schreiben der Bundesnetzagentur ON 8] nicht festgestellt worden sei. Aus diesem würde sich nach Ansicht der Beklagten die Ersatzfeststellung ergeben.

4.2. Die an das Erstgericht ergangene Mitteilung der deutschen Bundesnetzagentur ON 8 wurde eingangs der Tag-satzung vom 10.12.2015 verlesen. Einer Feststellung des Wortlautes im Urteil bedurfte es nicht, um die Mitteilung als Beweismittel für die Entscheidung, ob der Beklagten der Nachweis der Einstellung ihres Betriebes gelang, zu verwenden. Aus der Mitteilung ergibt sich klar, dass die Bundesnetzagentur am 29.6.2015 das an sie gerichtete Schreiben der Beklagten vom 25.6.2011 über die Stillle-gung des Geschäftsbetriebs erhielt (Beilage ./1), und dass hierfür eine Vorlage konkreter Nachweise über die Stilllegung des Geschäftsbetriebs nicht erforderlich war. Dass sich das Erstgericht außerstande sah, aufgrund des Schreibens Beilage ./1 die behauptete Stilllegung festzu-stellen, ist daher unbedenklich. Für die negative Fest-stellung (und gegen die Ersatzfeststellung) spricht - wie vom Erstgericht zu Recht in seiner Beweiswürdigung ange-merkt - auch, dass die Beklagte keine Unterlagen über die Betriebsstilllegung vorlegte, etwa eine Liquidationsbi-lanz, einen Nachweis über die Auflösung von Dienstverträ- gen oder dergleichen. Die Tatsachenrüge überzeugt daher nicht.

Zur Rechtsrüge:

5.1. Das Rechtsmittelgericht hat, wenn es überhaupt in der Rechtsfrage angerufen ist, die materiell-rechtli-che Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung nach allen Richtungen hin zu prüfen (RIS-Justiz RS0043352). Die Rechtsrüge muss jedoch zumindest hinsichtlich irgendeiner Rechtsfrage gesetzmäßig ausgeführt sein (RIS-Justiz RS0043352 [T2], [T18]), das heißt, sie muss zumindest in einem Punkt ausgehend von den getroffenen Feststellungen

aufzeigen, aus welchem Grund die rechtliche Beurteilung im angefochtenen Urteil unrichtig ist (RIS-Justiz RS0043352 [T29]). Bezieht sich die Rechtsrüge nur auf einen von mehreren Ansprüchen, ist die Überprüfung auf diesen beschränkt (RIS-Justiz RS0043352 [T10]). Wird die Rechtsrüge zwar erhoben, aber nicht ausgeführt oder weicht sie in allen Ausführungen in unzulässiger Weise von den Feststellungen des Urteiles erster Instanz ab, ist sie nicht gesetzmäßig ausgeführt und dann nicht geeignet, als Grundlage der materiellrechtlichen Prüfung des Urteiles zu dienen; das Berufungsgericht darf in einem solchen Fall nicht aus rechtlichen Erwägungen der Berufung Folge geben (RIS-Justiz RS0043352 [T12]). Das gleiche gilt, wenn der Berufungswerber in der Rechtsrüge bloß Leerformeln anführt (RIS-Justiz RS0043352 [T20]).

5.2. Zunächst fällt auf, dass sich alle Ausführungen in der Rechtsrüge inhaltlich nur auf die Frage der Zulässigkeit der AGB, also auf Punkt 2. des Urteilsspruchs beziehen. Punkt 1. und 3. des Urteilsspruchs sind damit von der Rechtsrüge nicht betroffen und insofern unangefochten (vgl RIS-Justiz RS0043352 [T10]).

In Bezug auf Punkt 2. des Spruchs ist die Rechtsrüge nicht gesetzmäßig ausgeführt:

5.2.1. Die Beklagte wirft dem Erstgericht allein vor, als Maßstab für den Inhalt und die Ausgestaltung der verfahrensgegenständlichen AGB diejenigen eines Energieversorgers herangezogen zu haben, obwohl es sich bei ihr nicht um einen solchen, sondern um einen Energiedienstleister handle. Sie führe nämlich keine direkte Belieferung von Endkunden mit leitungsnetzgebundenen Energieträgern (Elektrizität, Strom, Gas, Fern- oder Nahwärme) durch. Darüber hinaus sei auch die Belieferung mit nicht

leitungsgebundenen Brennstoffen (wie Heizöl, Kohlebri-
ketts, Holzpellets etc) oder die Erzeugung (zB Betrieb
von Kraftwerken und ähnliches), der Energiehandel, die
Speicherung und der Transport von derartigen Brennstoffen
nicht ihr Unternehmensgegenstand.

Damit geht die Beklagte nicht vom festgestellten
Sachverhalt aus. Diesem ist nicht zu entnehmen, dass sie
Kunden nicht mit Elektrizität, Strom, Gas, Fern- oder
Nahwärme beliefere.

5.2.2. Hinzu kommt, dass die Beklagte gänzlich im
Dunklen lässt, welche Relevanz es habe, dass sie kein
Energieversorger, sondern ein Energiedienstleister sei.
Sie beschränkt sich darauf zu behaupten, *„dass für die
AGB eines Energiedienstleisters andere Grundsätze zu gel-
ten haben, wie für die AGB eines Energieversorgers“*. Die
Anwendung *„anderer Grundsätze“* einzufordern, ohne darzu-
legen, worin diese bestünden, ist nichts anderes als eine
Leerformel. Mit ihr bleibt offen, worin konkret der Feh-
ler des Erstgerichts liege, etwa dass dieses § 6 Abs 3
KSchG oder § 879 Abs 3 ABGB nicht zur Anwendung bringen
hätte dürfen oder zu Unrecht einen Verstoß der einen oder
anderen Klausel gegen eine konkrete Bestimmung des ElWOG
bejaht habe. Eine solche Unrichtigkeit darzutun wäre not-
wendiger Mindestinhalt einer Rechtsrüge. Die Beklagte
lässt auch nicht erkennen, aus welchem Grund die Ansicht
des Erstgerichts, die inkriminierten Klauseln seien schon
deshalb intransparent, weil die AGB insgesamt in einer
viel zu kleinen und deshalb nur sehr schwer zu lesenden
Schriftgröße geschrieben seien, rechtsunrichtig sein
soll.

Mangels gesetzmäßig ausgeführter Rechtsrüge erübrigen
sich daher Ausführungen zur Richtigkeit der erstge-

richtlichen rechtlichen Beurteilung.

Der Berufung war damit der Erfolg zu versagen.

6. Die Kostenentscheidung gründet auf §§ 41, 50 ZPO.

7. Die Bewertung des Entscheidungsgegenstands orientiert sich an den vom Kläger angegebenen Streitwerten. Dass diese in Relation zur wirtschaftlichen Bedeutung der Rechtssache unangemessen hoch wären, ist nicht ersichtlich.

8. Die ordentliche Revision ist gemäß § 502 Abs 1 ZPO im Hinblick auf die zitierte Judikatur nicht zulässig.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 1, am 18. April 2016

Dr. Regine Jesionek
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG