



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Höllwerth als Vorsitzenden sowie den Hofrat Hon.-Prof. Dr. Brenn, die Hofrätinnen Dr. Weixelbraun-Mohr und Dr. Kodek und den Hofrat Dr. Stefula als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, 1060 Wien, Linke Wienzeile 8, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei KELAG – Kärntner Elektrizitäts-Aktiengesellschaft, 9020 Klagenfurt, Arnulfplatz 2, vertreten durch bpv Hügel Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 15. Februar 2022, GZ 3 R 155/21w-15, mit dem das Urteil des Landesgerichts Klagenfurt vom 30. September 2021, GZ 22 Cg 66/20b-9, bestätigt wurde, zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 2.211,73 EUR (darin enthalten 368,62 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

[1] Der Kläger ist ein nach § 29 KSchG klageberechtigter Verband. Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Kärnten, die vor allem Verbraucher österreichweit mit elektrischer Energie und Gas beliefert.

[2] Die Beklagte verwendete in der Vergangenheit

bei Vertragsabschlüssen mit Verbrauchern ihre Allgemeinen Bedingungen für die Lieferung von elektrischer Energie, Stand April 2019 (**ALB 2019**), die in Pkt VI Abs 2 eine unzulässige Preisanpassungsklausel enthielten. Danach *wird eine Änderung des Entgelts dem Kunden durch ein persönlich an ihn gerichtetes Schreiben oder auf Wunsch elektronisch mitgeteilt. Dies berechtigt den Kunden zur Auflösung des Vertrags binnen einer Frist von vier Wochen ab Mitteilung. Widerspricht der Kunde schriftlich oder per E-Mail innerhalb der angeführten Frist von vier Wochen der Strompreisänderung, so endet der Vertrag mit dem nach einer Frist von drei Monaten ab Zugang der Mitteilung folgenden Monatsletzten. Unterbleibt die außerordentliche Kündigung, so gelten die neuen Preise zu dem von der KELAG mitgeteilten Zeitpunkt, der nicht vor dem Zeitpunkt der Versendung der Mitteilung liegen darf, für die bestehenden Verträge als vereinbart. Das Nichterheben eines Widerspruchs durch den Kunden bis zum Ablauf der Widerspruchsfrist gilt als Zustimmung zur Änderung des Entgelts für elektrische Energie [Klausel 1].*

- [3] Im Verfahren zu 3 Ob 139/19s wurde in Bezug auf einen anderen Energiedienstleister eine Preisanpassungsklausel wie die von der Beklagten in den ALB 2019 verwendete als unzulässig beurteilt. Mit Schreiben vom 5. 11. 2019 verpflichtete sich die Beklagte gegenüber dem Kläger, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern die erwähnte Preisanpassungsklausel sowie sinngleiche Klauseln in Zukunft (ab einer Aufbrauchsfrist bis spätestens 31. 12. 2019) nicht mehr zu verwenden und (ab Abgabe der Unterlassungserklärung) sich auf diese oder sinngleiche Klauseln auch nicht mehr zu berufen.

[4] Mit Schreiben vom 24. 2. 2020 übermittelte die Beklagte ihren Kunden die neuen, ab 1. 3. 2020 geltenden Allgemeinen Lieferbedingungen (**ALB 2020**). Dazu teilte die Beklagte ihren Kunden mit:

*„Die neuen Bedingungen gelten für sämtliche Vertragsverhältnisse, die Sie mit uns auf Basis der Allgemeinen Lieferbedingungen Strom, Fassung Dezember 2016 und/oder Fassung April 2019, abgeschlossen haben. [...] Wir weisen ausdrücklich darauf hin, dass die aktuell verrechneten Preise unverändert bleiben. [...] Aufgrund einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofs (3 Ob 139/19s) passen wir die Preisänderungsklausel an. In Pkt VI. Abs 2 lit a der Allgemeinen Bedingungen wird das Prozedere (ÖSPI-Index-Ausgangswert, ÖSPI-Index-Vergleichswert, Anpassungswert) näher beschrieben. Besonders dürfen wir Sie darauf hinweisen, dass mit Annahme der neuen Allgemeinen Lieferbedingungen die aktuell verrechneten Energiepreise als vereinbart gelten (Pkt IV. Abs 2 lit b letzter Satz). Das bedeutet, dass die mit Schreiben vom Juli 2019 mitgeteilten Preise auch weiterhin Grundlage für die Vertragsbeziehung sind. [...]*

Die neue Preisanpassungsklausel findet sich nunmehr in Pkt VI. Abs 2 der ALB 2020. Abs 2 lit b letzter Satz leg cit enthält zudem folgende Klausel:

*„Mit der Annahme dieser Allgemeinen Lieferbedingungen gelten die aktuell verrechneten Energiepreise als vereinbart.“ [Klausel 2].*

[5] Der **klagende Verband** beehrte, die Beklagte schuldig zu erkennen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern die Verwendung der Preisanpassungsklausel nach den ALB 2019 (Klausel 1) oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen, sowie es zu unterlassen, sich auf diese Klauseln

oder sinngleiche Klauseln zu berufen. Im Zuge des Verfahrens dehnte der klagende Verband das Unterlassungsbegehren dahin aus, die Beklagte auch schuldig zu erkennen, die Verwendung der Klausel 2 oder die Verwendung einer sinngleichen Klausel zu unterlassen und es auch zu unterlassen, sich auf diese Klausel oder eine sinngleiche Klausel zu berufen. Zudem wurde ein Veröffentlichungsbegehren gestellt.

[6] Das **Erstgericht** gab dem Klagebegehren statt. Mit der Klausel 2 in den ALB 2020 schreibe die Beklagte ihre durch die unzulässige Preisanpassungsklausel in den ALB 2019 (Klausel 1) erlangte Rechtsposition fort. Auf diese Weise würden die auf Grundlage der unzulässigen Preisanpassungsklausel von der Beklagten einseitig festgesetzten Strompreise saniert. Die Argumentation der Beklagten, dass sie sich dabei lediglich auf ein Faktum, aber nicht auf die inkriminierte Klausel 1 selbst berufe, gehe ins Leere. Aus diesem Grund sei die Wiederholungsgefahr wieder aufgelebt, woraus die Berechtigung beider Unterlassungsbegehren folge.

[7] Das **Berufungsgericht** bestätigte diese Entscheidung. Das Vorgehen der Beklagten sei im Kern mit jenem Verhalten vergleichbar, das die Rechtsprechung in der Entscheidung zu 4 Ob 265/02b bereits als verpöntes Sich-Berufen auf eine unzulässige Klausel bewertet habe. Danach liege auch in der bloßen Fortschreibung eines ursprünglich unrichtigen, weil auf einer unzulässigen Zinsklausel beruhenden Zinssatzes oder Kontostands ein unzulässiges Sich-Berufen auf eine unzulässige Klausel. Ähnlich schreibe die Beklagte im Anlassfall mit Klausel 2 im Ergebnis ihre unzulässige Rechtsposition fort, die sie aufgrund der unzulässigen Klausel 1 erlangt habe. Darin liege

eine aktive Berufung auf die Klausel 1, weshalb die Wiederholungsgefahr wieder aufgelebt sei. Entsprechend der Beurteilung des Erstgerichts seien beide Unterlassungsbegehren berechtigt. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil zur Frage, ob sich ein Unternehmer auch dann auf eine unzulässige Klausel berufe, wenn er ein auf Basis dieser Klausel berechtigtes Entgelt neuen Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Ausgangsbasis zugrunde lege, höchstgerichtliche Rechtsprechung aus jüngerer Zeit fehle.

[8] Gegen diese Entscheidung richtet sich die **Revision** der Beklagten, die auf eine Abweisung des Klagebegehrens abzielt.

[9] Mit seiner **Revisionsbeantwortung** beantragt der klagende Verband, das Rechtsmittel der Gegenseite zurückzuweisen, in eventu, diesem den Erfolg zu versagen.

[10] Die Revision ist zur Klarstellung der Rechtslage zulässig, sie ist aber nicht berechtigt.

[11] **1.** Die Vorinstanzen haben der Beklagten untersagt, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern sowohl Klausel 1 als auch Klausel 2 (sowie sinngleiche Klauseln) zu verwenden sowie sich darauf zu berufen.

[12] Klausel 1 betrifft die Preisanpassungsklausel in den ALB 2019. Die Beklagte bestreitet nicht, dass diese Klausel unzulässig ist. Dementsprechend hat sie zu dieser Klausel am 5. 11. 2019 gegenüber dem klagenden Verband eine Unterlassungserklärung abgegeben.

[13] Nach den Feststellungen verrechnete die Beklagte auch noch nach Abgabe ihrer Unterlassungserklärung Kunden gegenüber Preise für elektrische Energie, die auf der Grundlage der unzulässigen Klausel 1 gebildet (erhöht) wurden. Damit hat die Beklagte diese Klausel entgegen ihrer

Unterlassungsverpflichtung weiterverwendet, weshalb die Wiederholungsgefahr in Ansehung dieser Klausel nicht weggefallen ist. Die in der Revision allein thematisierte Frage des Sich-Berufens auf die unzulässige Klausel 1 spielt für das Unterlassungsgebot zu dieser Klausel – mangels Wegfalls der Wiederholungsgefahr – keine Rolle. Das Unterlassungsgebot zur Klausel 1 wurde damit zu Recht erlassen.

[14]               **2.** Klausel 2 ist keine Preisanpassungsklausel, sondern soll festlegen, welcher Preis bei bestehenden Verträgen mit dem Wirksamwerden der neuen ALB 2020 als vereinbart gilt. Sie legt damit – im Weg einer Zustimmungsfiktion – für Altverträge den Ausgangspreis ab dem genannten Zeitpunkt fest.

[15]               Zu Klausel 2 stellt sich die Frage, ob es sich auch bei dieser Vorgangsweise der Beklagten um ein Weiterverwenden der unzulässigen Klausel 1 handelt. Wie sich aus den weiteren Ausführungen ergibt, umschreibt der Gesetzgeber die Weiterverwendung einer unzulässigen Klausel mit dem Begriff des „Sich-Berufens“ auf diese Klausel.

[16]               **3.1** Nach § 28 Abs 1 Satz 2 KSchG schließt das Unterlassungsgebot, unzulässige Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern mit Verbrauchern zu verwenden, auch das Verbot ein, sich auf solche Klauseln zu berufen. Das Unterlassungsgebot ist somit auf das Sich-Berufen auf eine unzulässige Klausel (oder eine sinngleiche Klausel) zu erstrecken.

[17]               Mit dem Begriff des „Sich-Berufens“ auf eine Klausel soll zum Ausdruck gebracht werden, dass der Unternehmer eine unzulässige Klausel nicht nur dann weiterverwendet, wenn er diese weiterhin in Verträge einbezieht, sondern auch dann, wenn er Rechte aus dieser

(bereits vereinbarten Klausel) herleitet (vgl. RV 311 BlgNR 20. GP 31). Der Gesetzgeber will verhindern, dass Unternehmer eine Verbandsklage abwenden, indem sie zunächst eine Vielzahl von Verträgen mit gesetz- oder sittenwidrigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen schließen, sich später aber – auf die erste Beanstandung einer befugten Stelle hin – verpflichten, die Geschäftsbedingungen für künftige Vertragsabschlüsse nicht mehr zu verwenden, um dann dennoch ihre Rechtsposition aus den Altverträgen weiterhin auf Grundlage der inkriminierten Klauseln auszuüben. Es soll also unterbunden werden, dass der Unternehmer seine Rechtsposition aus den Altverträgen weiterhin auf Grundlage der unzulässigen Klausel ausübt (vgl. *Eccher in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 28 KSchG Rz 6; *Kathrein/Schoditsch in KBB*<sup>6</sup> § 28 KSchG Rz 6).

[18] **3.2** In dem der Entscheidung zu 4 Ob 265/02b zugrunde liegenden Fall erhielt die dortige beklagte Bank, die aufgrund einer unzulässigen Preisanpassungsklausel errechneten Zinsen und das unter Berücksichtigung dieser Zinsen ermittelte offene Kapital bis zum Zeitpunkt der Abgabe ihrer Unterlassungserklärung unverändert aufrecht. Insbesondere unter Hinweis auf die bereits zitierten Gesetzesmaterialien zum KSchG führte der damals erkennende Senat dazu aus, dass in der Saldofortschreibung (Saldoziehung beim Kontokorrent) – unter Berücksichtigung des Entfalls der Klausel nur pro futuro – nicht nur ein rein passives Verhalten gelegen sei. Die Übermittlung eines Tagessaldos an den Kreditnehmer (Saldomitteilung) sei vielmehr als Erklärung der Bank zu verstehen, welcher aktuelle Schuldenstand gegenüber der Bank bestehe. Beruhe diese Erklärung der Bank – die ein aktiver Vorgang und kein bloß passives Verhalten sei – auf einem Rechenvorgang der



Bank unter Anwendung einer im Verbandsverfahren für unwirksam erklärten Klausel, so übe diese ihre Rechtsposition weiterhin auf Grundlage der beanstandeten Klausel aus. Daran ändere nichts, dass die Bank pro futuro die beanstandete Klausel bei der Zinsberechnung nicht mehr anwende, beruhten doch auch sämtliche nach diesem Datum in das Kontokorrent eingestellten Posten weiterhin auf Zinssätzen, die eine Berücksichtigung dieser Klausel vor dem genannten Zeitpunkt denknotwendig voraussetzten. Indem so jeder neue von der Bank in die Abrechnung eingestellte Posten auf der verpönten Rechtslage aufbaue, weil er ohne diese der Höhe nach nicht nachvollziehbar wäre, berufe sich die Beklagte im Sinn des § 28 Abs 1 KSchG auf diese Vertragslage und damit auch auf die – darin enthaltene – beanstandete Klausel.

[19] Aus dieser Entscheidung folgt, dass jedenfalls die weitere Anwendung, also das Gebrauchmachen von einer unzulässigen Klausel ein Sich-Berufen auf diese Klausel im Sinn des § 28 Abs 1 Satz 2 KSchG ist. Darüber hinaus erstreckt diese Entscheidung das Sich-Berufen auch auf das Fortschreiben der verpönten Rechtslage aufgrund der unwirksamen Klausel durch Übernahme einer auf Basis der unzulässigen Klausel ermittelten Rechengröße (zB Schuldenstand gemäß einer Saldomitteilung).

[20] **3.3** Im Schrifttum wird davon ausgegangen, dass jedes aktive Verhalten des Unternehmers, das seinen Bedeutungsinhalt aus der für unwirksam erklärten Klausel erhalte, ein Sich-Berufen auf diese Klausel und daher vom Unterlassungsbegehren umfasst sei (*Kühnberg*, Verbandsklage 99; *Iro/Koziol*, Berufung auf unwirksame Zinsanpassungsklausel durch Saldoziehung, ÖBA 2002, 267 [268]; *Riss*, Die Reichweite des Unterlassungsanspruchs im Verbandsklageverfahren nach § 28 KSchG, RdW 2007/403,

395 [399]).

[21] **4.1** Die dargelegten Überlegungen können zur Beantwortung der sich hier stellenden Frage der Weiterverwendung einer unzulässigen Klausel nutzbar gemacht werden.

[22] **4.2** Der Zweck des § 28 Abs 1 Satz 2 KSchG besteht darin, jede Art der Weiterverwendung einer unzulässigen Klausel in das Unterlassungsgebot einzubeziehen, um sicherzustellen, dass die rechtswidrige Klausel endgültig aus dem Vertragsverhältnis zwischen dem Unternehmer und den Verbrauchern ausscheidet. Die Klausel soll nicht mehr zur Anwendung gelangen und keine rechtlichen Wirkungen mehr entfalten. Nach dem – den Verbraucherschutzrichtlinien im Allgemeinen und auch der Klauselrichtlinie 93/13/EWG im Besonderen zugrunde liegenden – Effektivitätsgebot haben die Mitgliedstaaten für einen wirksamen Verbraucherschutz zu sorgen und im gegebenen Zusammenhang auf wirksame Art und Weise sicherzustellen, dass unzulässige Klauseln nicht weiterverwendet werden. Daraus ergibt sich, dass auch Umgehungen zu verhindern sind. Dementsprechend ist die Grenze für ein verpöntes Weiterverwenden einer unzulässigen Klausel weit zu ziehen. Das Sich-Berufen auf eine unzulässige Klausel erfasst daher – in Weiterentwicklung der Entscheidung zu 4 Ob 265/02b – nicht nur das Weiteranwenden einer unzulässigen Klausel, sondern auch deren Fortschreibung in dem Sinne, dass eine unzulässig ermittelte Rechengröße als Ausgangsbasis aufrecht erhalten wird und die Rechte des Unternehmers daran anknüpfen. Ein solches Fortschreiben einer unzulässigen Preisanpassungsklausel liegt demnach etwa dann vor, wenn der Unternehmer seinen aktuellen Allgemeinen

Geschäftsbedingungen einen Preis als Ausgangswert (Ausgangspreis) zugrunde legt, der auf einer unzulässigen Preisanpassungsklausel beruht.

[23] 5. Nach den dargelegten Grundsätzen ist auch Klausel 2 unzulässig, weil die Beklagte eine aufgrund einer rechtswidrigen Klausel ermittelte Rechnungsgröße (Ausgangspreis für Altverträge) in ihre neuen ALB 2020 übernommen und damit den Versuch unternommen hat, rechtswidrig zustande gekommene Preisänderungen zu sanieren. Dadurch wird die unzulässige Klausel 1 in ihren rechtlichen Auswirkungen aufrechterhalten und somit fortgeschrieben. Entgegen der Ansicht von *Iro/Koziol* (Berufung auf unwirksame Zinsanpassungsklausel durch Saldoziehung, ÖBA 2002, 268 [271 f]) und *Riss* (Die Reichweite des Unterlassungsanspruchs, RdW 2007/403, 395 [399]) ist für die unzulässige Fortschreibung einer rechtswidrigen Preisanpassungsklausel nicht erforderlich, dass der Unternehmer die beanstandete Klausel immer wieder bzw neuerlich zur Anwendung bringt.

[24] Das Unterlassungsgebot zu Klausel 2 wurde damit ebenfalls zu Recht erlassen.

[25] 6. Die geänderte Rechtslage durch § 80 Abs 2a EIWOG 2010 idF BGBl I 2022/7, die sich auf die Änderung der vertraglich vereinbarten Entgelte von Verbrauchern bezieht, spielt für das Unterlassungsgebot zur Klausel 2 (vgl RS0123158) keine Rolle, weil es sich bei dieser Klausel um keine Preisanpassungsklausel handelt.

[26] Die Ausführungen in der Revision zum (Gegen-)Veröffentlichungsbegehren beziehen sich nur auf den – hier allerdings nicht vorliegenden – Fall, dass das Klagebegehren des klagenden Verbands abgewiesen wird.

[27] 7. Zusammenfassend ist die angefochtene

Entscheidung des Berufungsgerichts, die den dargelegten Grundsätzen folgt, nicht zu beanstanden. Der Revision der Beklagten war daher der Erfolg zu versagen.

[28] Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO. Der klagende Verband hat in der Revisionsbeantwortung auf die Unzulässigkeit des Rechtsmittels hingewiesen (vgl RS0035979).

Oberster Gerichtshof  
Wien, am 22. Juni 2022  
Dr. H ö l l w e r t h  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG