



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Sailer als Vorsitzenden sowie die Hofräte Univ.-Prof. Dr. Bydlinski, Mag. Wurzer, Mag. Dr. Wurdinger und die Hofrätin Dr. Hofer-Zeni-Rennhofer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, Wien 4, Prinz-Eugen-Straße 20-22, vertreten durch Dr. Walter Reichholf, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei H\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Brauneis Klauser Prändl Rechtsanwälte GmbH, Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung, über die Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 26. März 2015, GZ 2 R 241/14x-12, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 13. Oktober 2014, GZ 39 Cg 62/13f-8, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision der beklagten Partei wird nicht Folge gegeben.

Der Revision der klagenden Partei wird Folge gegeben.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts wird dahin abgeändert, dass das Ersturteil (einschließlich seiner bestätigten Teile) in seinen Punkten 1. a) bis m) und 2. sowie in Punkt 4. (Kostenentscheidung) des Spruchs wiederhergestellt wird.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 5.995,54 EUR (darin enthalten 772,17 EUR USt und 1.362 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungs- und Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Die Klägerin ist eine zur Unterlassungsklage nach § 29 Abs 1 KSchG berechtigte Institution.

Die Beklagte ist Unternehmerin im Sinne des § 1 KSchG und betreibt Fitnessstudios an vier Standorten in Wien. Sie verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern Allgemeine Geschäftsbedingungen.

Die Klägerin begehrt, der Beklagten die Verwendung von im Einzelnen konkret dargelegten oder sinngleichen Klauseln und die Berufung darauf zu untersagen und ihr die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer Samstags-Ausgabe der „K\*\*\*\*\*zeitung“, eingeschränkt auf die Ausgabe für Wien, Niederösterreich und Burgenland, zu erteilen. Die Klauseln verstießen gegen gesetzliche Verbote, insbesondere gegen die guten Sitten; einige seien auch nicht ausreichend transparent.

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Hinsichtlich einzelner der beanstandeten Klauseln hätte sie bereits eine mit Konventionalstrafe gesicherte Unterlassungserklärung abgegeben und der Klägerin auch den Abschluss eines vollstreckbaren Vergleichs angeboten. Insoweit seien ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen bereits mit Wirksamkeit 1. 10. 2013 abgeändert worden. Es bestehe daher keine Wiederholungsgefahr. Im Übrigen seien die Klauseln nicht gröblich benachteiligend und stünden mit dem Gesetz und den guten Sitten in Einklang. Die Urteilsveröffentlichung im auflagenstärksten Medium sei sachlich nicht gerechtfertigt; im Hinblick auf ihr örtliches Tätigkeitsfeld, die (beschränkte) Zahl ihrer Mitglieder und deren eher gehobene Stellung genüge eine Veröffentlichung in einer auflagenschwächeren

sogenannten Qualitätszeitung.

Aus Gründen der besseren Übersichtlichkeit wird das nähere Parteilvorbringen und die Rechtsansicht der Vorinstanzen bei der Behandlung der jeweiligen Klausel wiedergegeben.

Das Erstgericht gab dem Begehren der Klägerin hinsichtlich der von ihr als Klauseln 1 bis 3 und 5 bis 14 bezeichneten Bedingungen statt, wies das Begehren hinsichtlich der Klausel 4 (rechtskräftig) ab und erteilte der Klägerin (abweichend von ihrem Begehren) die Ermächtigung zur Veröffentlichung in der Zeitschrift „K\*\*\*\*\*“ für die Bundesländer Wien, Niederösterreich und Burgenland. Dazu führte es aus, die Fitnessstudios der Beklagten seien dem höherwertigen Segment zuzurechnen, weswegen deren Mitglieder durch sogenannte Qualitätszeitungen besser erreicht werden könnten. Eine Urteilsveröffentlichung in einer Samstags-Ausgabe des „K\*\*\*\*\*“ für das Gebiet Ostösterreich erscheine daher als zielführend, ausreichend und angemessen.

Dagegen richtete sich nur die Berufung der Beklagten, der das Berufungsgericht teilweise Folge gab. Es änderte das Ersturteil dahin ab, dass es unter Einschluss der in Rechtskraft erwachsenen Abweisung des Unterlassungsbegehrens hinsichtlich der Klausel 4, das auf Unterlassung der Klauseln 6, 7, 8, (teilweise) 10 und 11 sowie 12 und 13 gerichtete Begehren abwies und die Beklagte schuldig erkannte, die Verwendung der übrigen von der Klägerin beanstandeten Klauseln im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen. Hinsichtlich der Klauseln 6 bis 8, 12 und 13 nahm es einen Wegfall der Wiederholungsgefahr an, hinsichtlich der Klauseln 10 und 11 ging es von mehreren selbständig zu beurteilenden Varianten aus. Zum

Veröffentlichungsbegehren führte es aus, das Begehren auf Veröffentlichung in einem bestimmten Medium binde die Gerichte, weswegen diese im Hinblick auf § 405 ZPO nicht auf Veröffentlichung in einem anderen Medium erkennen könnten. Eine Abweisung des Begehrens auf Veröffentlichung in dem von der Klägerin beantragten Medium sei nicht erfolgt, was allseits unbeanstandet geblieben sei, weswegen das Begehren auf Veröffentlichung in dem von der Klägerin genannten Medium aus dem Verfahren ausgeschieden sei.

Die Revision sei zulässig, weil es einer Klarstellung durch den Obersten Gerichtshof bedürfe, ob allein die Inanspruchnahme einer längeren als der vom Verband zugestandenen Aufbrauchfrist es rechtfertige, dass der Verband den positiven Abschluss des Abmahnverfahrens verwehre und hiedurch dem Wegfall der Wiederholungsgefahr entgegenwirke.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichts richten sich die von der jeweiligen Gegenseite beantworteten Revisionen der Streitteile.

Die Revision der Klägerin ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig; sie ist auch berechtigt.

Die Revision der Beklagten ist zulässig, weil die Vorinstanzen über Klauseln einer Branche entschieden haben, die bislang vom Obersten Gerichtshof noch nicht beurteilt wurden und regelmäßig für eine größere Anzahl von Verbrauchern bestimmt sind. Sie ist aber nicht berechtigt.

I. Das Urteilsveröffentlichungsbegehren ist nach der von der Klägerin nicht beanstandeten Rechtsansicht des Berufungsgerichts als rechtskräftig erledigt aus dem Verfahren ausgeschieden und nicht mehr Gegenstand des Revisionsverfahrens.

## II. Allgemein zu § 28 KSchG

1. Wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, kann nach § 28 Abs 1 KSchG auf Unterlassung geklagt werden. Dieses Verbot (gemeint offenbar: in einem stattgebenden Urteil) schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart wurde. Der Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG ist nicht allein auf die Kontrolle und Durchsetzung der Verbote des § 6 KSchG (und des § 879 ABGB) beschränkt, sondern umfasst auch die Verletzung weiterer zivilrechtlicher wie auch öffentlich-rechtlicher Vorschriften (für viele: 9 Ob 66/08h; *Kathrein/Schoditsch* in *KBB*<sup>4</sup> § 28 KSchG Rz 3; *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, *ABGB*<sup>4</sup> §§ 28 bis 30 ff KSchG Rz 10, 11; *Krejci* in *Rummel*, *ABGB*<sup>3</sup> §§ 28 bis 30 KSchG Rz 12; *Eccher* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 28 KSchG Rz 8).

2. Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist nach § 879 Abs 3 ABGB nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Das dadurch geschaffene bewegliche System berücksichtigt einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“ (RIS-Justiz RS0016914). Weicht eine Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung jedenfalls dann vor, wenn die dem Vertragspartner zgedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (RIS-Justiz RS0016914 [T4]; RS0014676 [T21]; vgl *Krejci* in *Rummel*,

ABGB<sup>3</sup> § 879 Rz 240; *Bollenberger* in KBB<sup>4</sup> § 879 ABGB Rz 23; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 879 Rz 30). Die Bestimmung des § 879 Abs 3 ABGB will vor allem dem Missbrauch der Privatautonomie durch Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen seitens eines typischerweise überlegenen Vertragspartners entgegenwirken (6 Ob 253/07k; 4 Ob 141/11f).

3. Zur inhaltlichen Beurteilung der hier in Rede stehenden Klauseln ist allgemein noch anzumerken, dass nach ständiger Rechtsprechung eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Vertragsbestimmung im „Verbandsprozess“ im „kundenfeindlichsten Sinn“ auszulegen ist (RIS-Justiz RS0016590). Es ist also bei der Beurteilung der hier bekämpften Klauseln unter dem Aspekt des § 879 Abs 3 ABGB, aber auch der jeweils herangezogenen Bestimmungen des KSchG von der Auslegungsvariante auszugehen, die für die Kunden der Beklagten die Nachteiligste ist.

4. Zufolge § 864a ABGB werden Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in AGB 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. Als objektiv ungewöhnlich wird eine Klausel dann beurteilt, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, sodass er nach den Umständen mit ihr vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Die Klausel muss also einen Überraschungs- oder gar Übertölpelungseffekt haben (RIS-Justiz RS0014646; vgl auch *Rummel* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 864a Rz 5; *Bollenberger*

aaO § 864a Rz 10; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 864a Rz 40).

5. Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Durch das Transparenzgebot soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung allgemeiner Geschäftsbedingungen sichergestellt werden. Der typische Verbraucher soll nicht von der Durchsetzung seiner Rechte dadurch abgehalten werden, dass ihm ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird (RIS-Justiz RS0115217 [T3]; RS0115219 [T1]). Das Transparenzgebot erfasst die Erkennbarkeit und Verständlichkeit einer Klausel ebenso, wie die Verpflichtung, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot oder das Gebot der Vollständigkeit (RIS-Justiz RS0115217 [T12]; RS0115219 [T12]).

### III. Unterlassungsbegehren und Wiederholungsgefahr

1. Nach ständiger Rechtsprechung beseitigt nur die vollständige Unterwerfung unter den Anspruch die Wiederholungsgefahr (RIS-Justiz RS0111637). Die Unterlassungserklärung muss nicht nur die beanstandeten, sondern auch sinngleichen Klauseln umfassen (RIS-Justiz RS0111638; RS0111640). Die Verwendung der Klauseln muss für die Zukunft ausgeschlossen sein, und zwar sowohl für neu abzuschließende Verträge als auch durch eine Berufung darauf in bereits bestehenden Verträgen (RIS-Justiz RS0111637 [T4]; RS0119007).

2. Zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr im

Abmahnverfahren nach § 28 Abs 2 KSchG hat der Oberste Gerichtshof mit der Entscheidung des verstärkten Senats 6 Ob 24/11i = SZ 2012/87) unter Hinweis auf den rechtsgeschäftlichen Charakter von Willenserklärungen im Abmahnverfahren klargestellt, dass dafür die Willenseinigung über deren Inhalt zwischen dem Abmahnenden und jenem, der die Unterlassungserklärung abgibt, notwendig ist, damit eine mit konstitutiver Wirkung ausgestattete Vereinbarung zustande kommt. Von sekundärer Bedeutung ist es, ob diese auf einem konstitutiven Anerkenntnis, einem Vergleich (§ 1380 ABGB) oder einem Feststellungsvertrag beruht. Entscheidend ist die Willenseinigung. Der Unternehmer muss sich vollständig („alles oder nichts“) und ohne auslegungsbedürftige Zusätze im Sinn der Abmahnung unterwerfen (ebenso 3 Ob 109/13w).

3. Im Verbandsprozess ist jede beanstandete Klausel (zur Qualifikation als eigenständig: RIS-Justiz RS0121187) für sich zu prüfen; das betrifft auch die Frage der Wiederholungsgefahr (3 Ob 109/13w; 5 Ob 118/13h). Allein der Umstand, dass ein Unternehmen im Fall der Beanstandung von mehreren Klauseln eine bedingungslose Unterlassungserklärung nur für einige Klauseln abgibt, rechtfertigt es nicht, nur deshalb das Fehlen einer vollständigen Unterwerfung und das Weiterbestehen der Wiederholungsgefahr anzunehmen.

4. Aus diesen Grundsätzen ergibt sich für die von der Beklagten im Zuge des Abmahnverfahrens abgegebene Unterlassungserklärung Folgendes:

#### 4.1 Sachverhalt

Die Klägerin bemängelte mit Schreiben vom 24. 4. 2013 die von ihr mit der Bezeichnung 1 bis 14 versehenen Klauseln in den Allgemeinen

Geschäftsbedingungen der Beklagten bzw das von ihr verwendete Vertragsformblatt (Klausel 11) wegen behaupteter Gesetzesverstöße bzw Sittenwidrigkeit und forderte diese auf, eine mit einer Konventionalstrafe (700 EUR pro Klausel und Zuwiderhandlung) gesicherte Unterlassungserklärung im Sinn des § 28 Abs 2 KSchG bis zum 3. 5. 2013, mit einer Aufbrauchfrist bis zum 3. 6. 2013, zu unterzeichnen. Über Ersuchen der Beklagten wurde die Abgabefrist zunächst auf den 4. 6. 2013 verlängert. Mit Schreiben vom 29. 5. 2013 ließ die Beklagte ihre Bereitschaft erkennen, einige der Klauseln abzuändern und eine Unterlassungserklärung abzugeben, worauf die Klägerin die Frist bis 8. 7. 2013 verlängerte und bei Nichtbeachtung die Einbringung der Verbandsklage androhte. Mit Schreiben vom 20. 8. 2013 gab die Beklagte eine eingeschränkte Unterlassungserklärung samt Konventionalstrafvereinbarung zu den Klauseln 6 bis 8 sowie 12 und 13 ab, bot hierüber den Abschluss eines vollstreckbaren Vergleichs an und ersuchte um Verlängerung der Frist bis 3. 9. 2013. Die Klägerin bemängelte mit Schreiben vom 22. 8. 2013 unzulässige Einschränkungen der Beklagten, weil in deren Erklärung eine Aufbrauchfrist bis 1. 10. 2013 vorgesehen und der Hinweis „soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden sind“ enthalten war. Mit weiterem Schreiben vom 3. 9. 2013 erklärte die Beklagte, eine Verwendung der genannten oder sinngleicher Klauseln ab 1. 10. 2013 zu unterlassen und sich auf diese nicht zu berufen.

Die Klägerin brachte die vorliegende Klage am 12. 9. 2013 bei Gericht ein.

4.2 Ausgehend von dieser Sachlage bejahte das Erstgericht das Vorliegen der Wiederholungsgefahr hinsichtlich der Klauseln 6 bis 8, 12 und 13 und beurteilte

diese inhaltlich.

4.3 Das Berufungsgericht verneinte die Wiederholungsgefahr hinsichtlich dieser Klauseln, weil es als bloßer Formalismus anzusehen wäre, die Inanspruchnahme einer knapp vierwöchigen Aufbrauchfrist ab Abgabe der Erklärung der Beklagten als Zweifel an der Ernsthaftigkeit ihrer Unterlassungsabsichten anzulasten. Der Klägerin habe schon im Zeitpunkt der Klageeinbringung klar sein müssen, dass sie einerseits kein auf den von ihr angestrebten Aufbrauchtermin zeitlich rückwirkendes Unterlassungsurteil erlangen könne, andererseits aber die strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung der Beklagten in Kürze in Geltung treten würde. Auch nach Klageeinbringung habe die Beklagte die von ihrer Erklärung erfassten Klauseln nur rudimentär (Klausel 8), im Übrigen gar nicht verteidigt.

4.4 Die Klägerin macht in ihrer Revision geltend, die von der Beklagten abgegebene Unterlassungserklärung bedeute keine vollständige Unterwerfung, weil sich die Beklagte eigenmächtig eine Nachfrist eingeräumt habe, nach deren Ablauf erst die von ihr abgegebene Unterlassungserklärung wirksam werden sollte. Damit fehle es an der für die Wirksamkeit einer Unterlassungserklärung notwendigen Willenseinigung.

Hiezu wurde erwogen:

5.1 Die Unterlassungserklärung muss nach ständiger Rechtsprechung eine vollständige Unterwerfung unter einen Anspruch enthalten (siehe oben 1.). Die Beklagte hat zwar zu einem Teil der Klauseln nach Verbesserung am letzten Tag der ihr eingeräumten Frist eine textmäßig uneingeschränkte Unterlassungserklärung abgegeben, jedoch mit dem Zusatz, dass diese erst ab 1. 10. 2013 gelten solle. Damit hat sie zu erkennen gegeben, dass sie ungeachtet der

erstmalig am 2. 4. 2013 erfolgten Bemängelung durch die Klägerin und einer mehrmalig erwirkten Fristerstreckung die von der Erklärung erfassten Klauseln sanktionslos bis zu diesem Termin weiter verwenden wolle. Es wurde bereits judiziert, dass es dem rechtswidrig handelnden Unternehmen nicht zusteht, einseitig Sanktionen hinauszuzögern und den Verband zum Zuwarten zu zwingen (7 Ob 68/11t).

5.2 Ob die Unterlassungserklärung geeignet ist, den Wegfall der Wiederholungsgefahr zu bewirken, ist ausgehend vom Zeitpunkt ihres Zugangs zu prüfen. Der vom Gesetzgeber angestrebte Zweck, durch das Abmahnverfahren einen effektiven und raschen Rechtsschutz für den Verbraucher zu gewährleisten, gebietet es, Verzögerungsversuche hintanzuhalten. Von einem solchen muss aber ausgegangen werden, wenn - wie hier - nach zweimaliger Verlängerung der Frist eine Erklärung abgegeben wird, deren Wirksamkeit erst in Zukunft eintreten soll, was offenbar einseitig Sanktionen hinauszögern und den Verband zum Zuwarten zwingen soll.

5.3 Eine Gesamtwürdigung des Geschehensablaufs ergibt damit, dass die Erklärung der Beklagten vom 3. 9. 2013 einen Wegfall der Wiederholungsgefahr nicht zu bewirken vermochte. Das folgt auch aus dem Erfordernis einer rechtsgeschäftlichen Willenseinigung im Abmahnverfahren (vgl dazu 6 Ob 24/11i [verstärkter Senat]). Von einer solchen kann hier schon deshalb nicht ausgegangen werden, weil die Klägerin ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass die Wiederholungsgefahr ihrer Ansicht nach wegen der von der Beklagten der Erklärung beigetzten Einschränkung bestehen bleibe. Dabei hat sie insbesondere auf die verzögerte Wirksamkeit abgestellt und damit zu erkennen gegeben, dass

eine solche nicht ihrem Willen entspreche.

Zusammenfassend besteht daher für die Klauseln 6 bis 8, 12 und 13 die Wiederholungsgefahr fort.

#### 6. Vergleichsangebot und Wiederholungsgefahr

6.1 Zu den Klauseln 1, 9 und 14 macht die Beklagte geltend, dass die Wiederholungsgefahr weggefallen sei, weil sie *im Verfahren* einen Unterlassungsvergleich angeboten habe. Weder das Beharren auf der Rechtmäßigkeit der beanstandeten Klauseln noch die fehlende Einigung über das Veröffentlichungsmedium stünde dem Wegfall der Wiederholungsgefahr entgegen.

6.2 Das Berufungsgericht verneinte den Wegfall der Wiederholungsgefahr. Die Beklagte habe zwar - ganz allgemein - den Abschluss eines Unterlassungsvergleichs angeboten. Mangels Konkretisierung der beabsichtigten Unterlassungserklärung sei aber schon ihr Verhältnis zu den inzwischen formulierten Ersatzklauseln offen geblieben. Das Beharren auf dem eigenen Standpunkt durch Verteidigung der Klauseln stehe dem Wegfall der Wiederholungsgefahr entgegen.

6.3 Nach erfolgter Abmahnung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG wird der Wegfall der Wiederholungsgefahr unter anderem dann angenommen, wenn der Verletzer einen den gesamten Unterlassungsanspruch umfassenden, an keinerlei Bedingungen geknüpften Vergleich anbietet und nach den Umständen keine Bedenken gegen die Ernstlichkeit seines Willens bestehen, von gleichartigen Handlungen künftig Abstand zu nehmen. Begehrt der Kläger berechtigterweise auch die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung, so muss das Vergleichsangebot auch die Veröffentlichung des Vergleichs auf Kosten des Beklagten im angemessenen Umfang umfassen. Erst durch einen solchen

Vergleich erhält der Kläger all das, was er durch ein seinem Unterlassungsbegehren stattgebendes Urteil hätte erlangen können (vgl. RIS-Justiz RS0079180; RS0079921; 7 Ob 118/13y; RS0079899 [T21]).

6.4 Die Beklagte hat zwar bereits in der Klagebeantwortung angeboten, über die Klauseln 1, 9 und 14 auch einen vollstreckbaren Vergleich abzuschließen, ohne jedoch genau darzulegen, was der konkrete Inhalt eines solchen Vergleichs sein soll. Ein Bezug auf das Veröffentlichungsbegehren fehlte in diesem Zusammenhang überhaupt. Den Protokollen zur Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung vom 28. 11. 2013 und 10. 2. 2014 lässt sich zwar entnehmen, dass Gespräche über einen (Teil-)Vergleich geführt wurden, die offensichtlich daran scheiterten, dass keine Einigung über das Veröffentlichungsmedium gefunden werden konnte. Ein umfassendes, an keinerlei Bedingungen geknüpftes Vergleichsangebot der Beklagten lag damit ganz offensichtlich nicht vor. Wie bereits das Berufungsgericht zutreffend aufzeigte, hat die Beklagte im Verfahren keinen Vergleich angeboten, der die Wiederholungsgefahr hinsichtlich der Klauseln 1, 9 und 14 beseitigt hätte.

#### IV. Zu den Klauseln im Einzelnen

A. Die Revision der Beklagten (und zu 6. auch der Klägerin)

##### 1. Klausel 1

*Die H\*\*\*\*\* Einrichtungen sind während der publizierten Betriebszeiten geöffnet.*

(= Punkt 2.3, 1. Satz der AGB)

1.1 Die Klägerin erachtete diese Bestimmung als intransparent, weil sie den Verbraucher im Unklaren darüber lasse, wie und wo diese Betriebszeiten „publiziert“ seien. Sie enthalte - bei der gebotenen, verbraucherfeindlichsten

Auslegung - auch einen gemäß § 6 Abs 2 Z 3 KSchG unzulässigen Änderungsvorbehalt.

1.2 Die Beklagte wendete ein, die Betriebszeiten seien an der Eingangstür des Fitnessclubs gut sichtbar angebracht und auch auf ihrer Website veröffentlicht.

1.3 Das Erstgericht führte aus, der Verweis auf die „publizierten Betriebszeiten“ sei keine hinreichend klare und verständliche Bestimmung und begründe daher einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG.

1.4 Das Berufungsgericht vertritt die Ansicht, diese Klausel verstoße gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Öffnungszeiten seien vertragswesentlich, weil der Wert der angebotenen Leistung von der Dauer ihrer Inanspruchnahme-Möglichkeit abhängt. Ein klarer Vereinbarungsinhalt darüber, woraus sich diese rechtserheblichen Zeiten ergeben würden, sei daher unabdingbar. Rein faktische Umstände, wie allfällige - wo immer befindliche - Aushänge oder Website-Inhalte reichten hierfür nicht aus.

1.5 Die Beklagte führt in ihrer Revision ins Treffen, für die Publikation von Öffnungszeiten könne kein strengerer Maßstab angelegt werden als bei den rechtlichen Vorschriften zur Publikation von AGB. Eine gut sichtbare Veröffentlichung im Eingangsbereich sowie auf der Website der Beklagten müssten daher für einen „verständigen Verbraucher“ ausreichen.

1.6 Dem ist zu erwidern, dass Zielrichtung des § 6 Abs 3 KSchG die Gewährleistung einer klaren (transparenten) vertraglichen Position des Verbrauchers ist (oben II.5). Im Gegensatz dazu stellt die beanstandete Klausel nicht sicher, dass der Verbraucher die Öffnungszeiten zuverlässig in ihrer für das konkrete Vertragsverhältnis

gültigen Form auffinden kann (vgl 1 Ob 88/14v: Pauschaler Verweis auf örtlich nicht näher definierte Veröffentlichungen im Internet). Der von den Vorinstanzen angenommene Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG ist daher nicht zu beanstanden.

## 2. Klausel 2

*Aus einzelnen betriebsnotwendigen Schließungen wie etwa zur Reinigung oder zum Umbau einzelner Teile der Einrichtungen hat das Mitglied keinen Anspruch auf eine Rückvergütung oder eine Verlängerung seiner Mitgliedschaft, sofern das Ausmaß der Schließung dem Mitglied zumutbar ist, besonders weil sie geringfügig und sachlich gerechtfertigt ist.*

(= Punkt 2.3, 2. Satz der AGB)

2.1 Die Klägerin sieht in dieser Klausel einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB, § 9 KSchG und § 6 Abs 3 KSchG. Ausgehend von den allgemeinen gesetzlichen Regelungen trage die Preisgefahr der Unternehmer, der ein Werk herzustellen bzw eine Leistung zu erbringen habe; die Gefahr, dass er seine Leistung wegen höherer Gewalt nicht erbringen könne, gehe zu seinen Lasten. Die Klausel überwälze die Preisgefahr und begründe eine Einschränkung der Gewährleistungsansprüche des Verbrauchers. Was unter betriebsnotwendiger Schließung zu verstehen sei, bleibe unklar, weswegen diese Bestimmung auch intransparent sei.

2.2 Die Beklagte machte geltend, die Begriffe „geringfügig“ und „sachlich gerechtfertigt“ seien der Bestimmung des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG entnommen. Was unter „betriebsnotwendiger Schließung“ zu verstehen sei, sei beispielhaft angeführt und damit hinreichend klar konkretisiert.

2.3 Das Erstgericht hielt die Klausel zwar für ausreichend transparent, sah aber einen Verstoß gegen § 9

KSchG gegeben, weil sie eine Beschränkung von Gewährleistungsansprüchen darstelle.

2.4 Das Berufungsgericht erachtete die Klausel für intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, weil die bloß beispielhafte Aufzählung Raum für eine Vielzahl weiterer Möglichkeiten lasse, die die Beklagte als „betriebsnotwendig“ reklamieren und den Konsumenten somit von der Durchsetzung seiner Rechte abhalten könnte. Darüber hinaus vermittele die Klausel dem Verbraucher ein unklares Bild über seine vertragliche Position.

2.5 Die Beklagte wiederholt in ihrer Revision die bereits im Verfahren erster Instanz vorgetragene Argumente und meint, aus dem Transparenzgebot könne nicht abgeleitet werden, dass alle erdenklichen Gründe für eine betriebsnotwendige Schließung in einer Klausel aufzulisten seien. Mitglieder hätten keinen Anspruch darauf, die Geräte bzw die Fitnessstudios jederzeit und uneingeschränkt nutzen zu können, weswegen die Klausel auch keinen Verstoß gegen § 9 KSchG begründen könne.

2.6 Hierzu wurde erwogen:

2.6.1 Gewährleistungsansprüche können nach § 9 Abs 1 KSchG vor Kenntnis des Mangels einem Konsumenten gegenüber nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden.

2.6.2 Wesentlicher Inhalt eines Vertrags mit einem Fitnessstudiobetreiber ist die Zurverfügungstellung entsprechender Sport- und Fitnessgeräte, wodurch der Vertrag starke mietvertragliche Merkmale aufweist, mögen allenfalls durch die Inanspruchnahme von begleiteten Trainingseinheiten auch Elemente der Dienstleistung hinzutreten (vgl 9 Ob 69/11d; 5 Ob 205/13b). Charakteristischer Geschäftsinhalt des Bestandvertrags ist die Gebrauchsüberlassung einer unverbrauchbaren Sache gegen

Entgelt (§ 1090 ABGB) mit einer Erhaltungspflicht des Bestandgebers (§ 1096 Abs 1 ABGB). Die für Dauerschuldverhältnisse allgemein geltenden Grundsätze kommen daher auch bei einem Vertrag wie dem vorliegenden zum Tragen. Obwohl § 9 Abs 1 KSchG nur auf die Ansprüche nach §§ 922-933 ABGB verweist, ist anerkannt, dass im Verbrauchergeschäft auch der Ausschluss anderer Gewährleistungsansprüche des Verbrauchers, wie etwa nach § 1096 ABGB unwirksam ist (7 Ob 78/06f [dort Klausel 23]; *Kathrein/Schoditsch* aaO § 9 KSchG Rz 1).

2.6.3 Einen solchen Ausschluss bezweckt die hier zu beurteilende Klausel, indem sie die Kunden der Beklagten zur vollen Entgeltzahlung verpflichtet, obwohl die von ihr geschuldete Zurverfügungstellung von Trainingsmöglichkeiten, und damit die vertragliche Hauptleistung, aus in ihrer Sphäre (arg: betriebsnotwendige Schließung) gelegenen Gründen unterbleibt. Die mit dieser Regelung bezweckte Überwälzung des Risikos, dass die Beklagte ihrer Leistungspflicht nicht nachkommt, auf ihre Kunden, erlaubt einen Vergleich mit der in der Entscheidung 7 Ob 84/12x unter Punkt 7.4. behandelten Klausel 8. Auch dort erkannte der Oberste Gerichtshof einen Verstoß gegen § 9 KSchG. Die hier behandelte Klausel ist darüber hinaus aufgrund der verwendeten unbestimmten Begriffe intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG. Dazu kann auf die insoweit zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts verwiesen werden (§ 510 Abs 3 ZPO).

### 3. Klausel 3

*Das Mitglied verpflichtet sich, die Anweisungen der H\*\*\*\*\* Mitarbeiter zu befolgen, sowie die Hygienevorschriften und Clubregeln einzuhalten.*

(= Punkt 2.4, 1. Satz AGB).

3.1 Die Klägerin macht einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB geltend, weil eine generelle Verpflichtung, Anweisungen von Mitarbeitern des Fitnessclubs zu befolgen, egal, ob diese vertragskonform und/oder gerechtfertigt bzw dem Kunden zumutbar seien, sowohl intransparent als auch gröblich benachteiligend seien. Da auch unklar sei, ob Hygienevorschriften und Clubregeln überhaupt Vertragsinhalt geworden seien, handle es sich auch um eine unzulässige Einbeziehungsklausel.

3.2 Die Beklagte brachte dazu vor, es gehe in erster Linie um sicherheitsrelevante Aspekte mit dem Ziel, Gefahren vorzubeugen, Schäden zu vermeiden oder Belästigungen anderer Mitglieder abzustellen. Eine Einschränkung der Klausel auf bestimmte, im Voraus genau definierte Anweisungen sei weder tunlich noch in sinnvoller Weise möglich.

3.3 Das Erstgericht führte dazu aus, einem Durchschnittskunden sei nicht zumutbar, zu eruieren, welche Anweisungen und Clubregeln er zu befolgen habe, zumal unklar sei, wo diese veröffentlicht seien. Der Begriff der „Anweisungen“ sei zu allgemein gefasst und lasse nicht erschließen, ob sich diese Verpflichtung auf alle Anweisungen der Mitarbeiter oder nur auf solche im Zusammenhang mit bestimmten Bereichen beziehe. Die Klausel sei daher intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG und darüber hinaus gemäß § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend.

3.4 Das Berufungsgericht trat der Rechtsauffassung des Erstgerichts bei.

3.5 Die Beklagte macht in ihrer Revision geltend, dass mit „Anweisungen“ bestimmte Verhaltensanweisungen gemeint seien. Sie habe vorgebracht, dass es dabei in erster

Linie um sicherheitsrelevante Aspekte gehe. Ohne eine solche Anordnungsbefugnis sei die Führung eines geordneten Betriebs nicht möglich. Hygienevorschriften könnten als bekannt vorausgesetzt werden.

3.6 Dazu wurde erwogen:

3.6.1 Mit der hier zu beurteilenden Klausel will die Beklagte erreichen, dass der von ihr mit ihrem Kunden abgeschlossene Vertrag um zwei weitere Regelwerke („Clubregeln“, „Hygienevorschriften“) ergänzt wird, die dann wohl auch gravierende Pflichten für den Verbraucher beinhalten, wie der Zusammenhang mit Klausel 5 (dazu gleich im Anschluss) deutlich macht, in der an deren Nichtbeachtung das Recht zur sofortigen Vertragsauflösung geknüpft ist. Der Klausel lässt sich aber weder entnehmen, welche besonderen Regeln bzw Vorschriften hier angesprochen sind, noch ob bzw wie der Verbraucher davon Kenntnis erlangen soll. Ein derartiger Verweis auf zwei weitere Regelwerke vermittelt dem Verbraucher ein völlig unklares Bild von seiner vertraglichen Position und verstößt gegen das in § 6 Abs 3 KSchG normierte Transparenzgebot (vgl RIS-Justiz RS0122040). Nach dem Wortlaut der Klausel sind Anweisungen welcher Art immer und unabhängig von ihrer Sinnhaftigkeit, Zumutbarkeit und Vertragskonformität umfasst. Auch die Beklagte ergeht sich beim Versuch zu erklären, was genau darunter zu verstehen sei, lediglich in Allgemeinplätzen. Mit den Vorinstanzen ist daher davon auszugehen, dass die Klausel intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG ist. Die Auferlegung nicht definierter Pflichten ist darüber hinaus gemäß § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend.

#### **4. Klausel 5**

*Im Fall von groben oder wiederholten Verstößen*

*des Mitglieds gegen den Mitgliedsvertrag, die Anweisungen der H\*\*\*\*\* Mitarbeiter, die Hygienevorschriften oder die Clubregeln, kann H\*\*\*\*\* den Mitgliedsvertrag aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung auflösen.*

(= Punkt 2.5 der AGB)

4.1 Die Klägerin erachtet diese Klausel als intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG und gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

4.2 Die Beklagte wendete ein, diese Klausel sei weder intransparent noch gröblich benachteiligend, weil nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen von ihr ohnedies nachgewiesen werden müsse, dass ein wichtiger Grund zur vorzeitigen Auflösung des Vertrags vorgelegen sei.

4.3 Das Erstgericht führte aus, dass die Formulierung „im Fall von groben und wiederholten Verstößen [...]“ zu weit gefasst sei und entgegen § 6 Abs 3 KSchG - auch im Zusammenhang mit den Erörterungen zu Klausel 3 - nicht hinreichend klar und verständlich erkennen lasse, wann ein solcher grober Verstoß gegeben sei.

4.4 Das Berufungsgericht ergänzte dazu, dass der Verweis auf unzulässige Bestimmungen im Klauselwerk die Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung selbst zur Folge habe. Der „Mitgliedsvertrag“ umfasse teils unwirksame AGB-Klauseln. Durch den uneingeschränkten Verweis würde die Klausel somit ein Vertragsauflösungsrecht selbst bei Missachtung der gar nicht rechtsbeständigen Vertragsregelungen vorsehen.

4.5 Die Beklagte hält in ihrer Revision an ihrer Argumentation fest, dass die Klausel weder intransparent noch gröblich benachteiligend sei.

4.6 Der Oberste Gerichtshof tritt der Beurteilung des Berufungsgerichts bei.

Die Unzulässigkeit einer Bestimmung, auf die verwiesen wird, führt zwingend zur Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung (RIS-Justiz RS0122040 [T4]). Dieser Grundsatz kommt auch hier zum Tragen, weil die beanstandete Bedingung der Beklagten bei groben oder wiederholten Verstößen gegen „Anweisungen“, „Clubregeln“ und „Hygienevorschriften“ das Recht zur sofortigen Vertragsauflösung einräumt und damit unmittelbar an Klausel 3 anknüpft. Klausel 5 ist daher schon deshalb unwirksam, weil darin inhaltlich auf die - bereits als unwirksam erkannte - Bestimmung in Klausel 3 Bezug genommen wird.

#### 5. Klausel 9

*Bei Nichtbenützung der Einrichtungen der H\*\*\*\*\* Anlage erfolgt keine Rückerstattung von Mitgliedsbeiträgen.*

(= Punkt 3.6 der AGB)

5.1 Die Klägerin sieht in dieser Klausel eine gröbliche Benachteiligung der Kunden der Beklagten gemäß § 879 Abs 3 ABGB, weil diese selbst dann zur Zahlung des Entgelts verpflichtet seien, wenn ihnen die Inanspruchnahme der Leistungen wegen Krankheit oder Verletzung zeitweise oder auf Dauer unmöglich werde.

5.2 Die Beklagte wendete dazu ein, die Klausel enthalte eine Regelung, die dem entspreche, was nach den subsidiär anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen gelten würde.

5.3 Das Erstgericht führte dazu aus, dass bei kundenfeindlichster Auslegung dieser Klausel eine Zahlungspflicht des Verbrauchers auch dann bestünde, wenn er aus von ihm nicht beeinflussbaren Gründen, wie Krankheit oder Verletzung, die Leistungen der Beklagten nicht in

Anspruch nehmen könne. Darüber hinaus suggeriere diese Klausel, dass eine Auflösung des Vertrags aus wichtigem Grund ausgeschlossen sei und bei Nichtbenutzung der Anlagen der Beklagten (schlechthin) keine Rückerstattung von Mitgliedsbeiträgen erfolge. Die Klausel sei daher intransparent und gröblich benachteiligend.

5.4 Das Berufungsgericht trat dieser Beurteilung unter Bezugnahme auf die Entscheidung 5 Ob 205/13b bei.

5.5 Die Beklagte hält im Revisionsverfahren an ihrer Rechtsauffassung fest, wonach diese Klausel weder intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG sei, noch eine gröbliche Benachteiligung der Mitglieder gemäß § 879 Abs 3 ABGB begründe.

5.6 Hierzu wurde erwogen:

Die Klausel 9 lässt ihrem Wortlaut nach die Auslegung zu, dass der Mitgliedsbeitrag auch dann zu zahlen ist, wenn die Beklagte einen Tatbestand setzt, der die Inanspruchnahme von Leistungen durch ihre Mitglieder hindert. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist diese Klausel daher mit der in der Entscheidung 5 Ob 205/13b (dort Klausel 6) beurteilten Bestimmung vergleichbar. Dass mit dieser Klausel lediglich vermieden werden solle, dass Mitglieder nachträglich eine Rückerstattung für vergangene Zeiträume verlangen, weil sie die Leistungen der Beklagten aus subjektiven Gründen nicht in Anspruch nahmen, wie die Beklagte in ihrer Revision meint, lässt sich bei einer Auslegung dieser Klausel im „kundenfeindlichsten Sinn“ (vgl RIS-Justiz RS0016590 ua) gerade nicht entnehmen. Vielmehr erfasst der Wortlaut dieser Klausel auch Fälle, die die Kunden der Beklagten zu einer außerordentlichen Kündigung, die jedem Dauerschuldverhältnis innewohnt, berechtigen würden, und suggeriert damit, dass auch in einem solchen Fall eine

Rückforderung ausgeschlossen ist. Die Klausel vermittelt den Kunden der Beklagten in einer Weise ein unklares Bild über ihre vertragliche Position, die geeignet ist, die für die Vertragsart typischen Verbraucher von der Durchsetzung ihrer Rechte abzuhalten und verstößt damit gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG.

#### 6. Klausel 10

*Der Vertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen und kann von beiden Vertragsparteien unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat mit Wirkung zum Monatsende schriftlich gekündigt werden, frühestens jedoch zum Ende der Mindestvertragsdauer. Die Mindestvertragsdauer ist im Antrag auf Mitgliedschaft festgehalten. Vor dem Ende der Mindestvertragsdauer ist das Wirksamwerden einer ordentlichen Kündigung grundsätzlich ausgeschlossen. Ausnahme: Verträge mit einer Mindestvertragsdauer von 24 Monaten können vom Mitglied gegen Zahlung eines pauschalen Entgelts von 240 € vorzeitig - unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat mit Wirkung zum Monatsende - gekündigt werden, frühestens jedoch zum Ende des zwölften Monats.*

(= Punkt 5.1 der AGB)

#### Klausel 11

Art der Mitgliedschaft

Die Mindestlaufzeit der Mitgliedschaft beträgt ... :

12 Monate  24 Monate  \_\_\_\_\_

(= Vertragsformblatt)

6.1 Die Klägerin erachtet die Klausel 10 (= Punkt 5.1 der AGB) für überraschend und nachteilig im Sinne des § 864a ABGB. Im Vertragsformular (bezeichnet als Klausel 11) finde sich kein Hinweis auf eine zu zahlende

Pauschale bei vorzeitiger Kündigung. Maßgeblich sei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, zu dem der Verbraucher nicht damit rechne, dass er im Fall der Vertragsbeendigung vor Ablauf einer Dauer von zwei Jahren mit beträchtlichen Nachforderungen konfrontiert werde. Bei Vertragsverhältnissen, die Leistungen des täglichen Lebens zum Gegenstand hätten, sei unter Heranziehung der Wertungen des § 560 ZPO von einer angemessenen Kündigungsfrist von (maximal) einem Monat auszugehen. Davon gehe die Klausel zum Nachteil des Verbrauchers ab, indem sie einen Kündigungsverzicht für die Dauer von einem Jahr vorsehe, weswegen sie auch gröblich benachteiligend zu Lasten des Verbrauchers gemäß § 879 Abs 3 ABGB sei.

Die Gestaltung des Vertragsformblattes erachtete die Klägerin als intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, weil darin keine Angabe über das Recht zur vorzeitigen Kündigung zum Ende des 12. Monats bei einer 24-monatigen Bindung gemäß Punkt 5.1 der auf der Rückseite abgedruckten AGB (= Klausel 10) enthalten sei. Dadurch werde das Recht zur vorzeitigen Kündigung verschleiert, weswegen auch eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB vorliege.

6.2 Die Beklagte entgegnete, die Regelung im letzten Satz der Klausel 10 (= Punkt 5.1 der AGB) sei zum Vorteil der Mitglieder geschaffen worden und ermögliche diesen ausnahmsweise eine vorzeitige Auflösung des Vertrags. Eine solche Bestimmung sei weder nachteilig im Sinne des § 864a ABGB noch ungewöhnlich oder überraschend. Zur Gestaltung des Vertragsformblattes (Klausel 11) entgegnete die Beklagte, das Antragsformular sei möglichst einfach gestaltet, wobei sich die näheren Bestimmungen auf der Rückseite desselben befänden.

6.3 Das Erstgericht verneinte einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB. Allerdings sei die in der Klausel enthaltene Verpflichtung zur Bezahlung eines Pauschalbetrags von 240 EUR bei vorzeitigem Austritt überraschend und nachteilig im Sinne des § 864a ABGB. Auf eine solche Verpflichtung müsste gesondert hingewiesen werden. Für eine geltungserhaltende Reduktion verbleibe im Verbandsprozess kein Raum, weswegen die Klausel 10 (= Punkt 5.1 der AGB) insgesamt nicht verbindlich sei. Die Gestaltung des Antragsformulars verschleierte die Rechtslage und sei daher intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG und für den Verbraucher gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

6.4 Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten teilweise Folge. Enthalte eine Klausel materiell eigenständige Regelungsbereiche, sodass die Bestimmungen isoliert voneinander wahrgenommen werden könnten, finde eine getrennte Betrachtung statt. Bei der angefochtenen Kündigungsverzichtsbestimmung handle es sich nicht um „eine“ Klausel, deren geltungserhaltende Reduktion im Verbandsprozess unzulässig wäre. Vielmehr lägen verschiedene, selbständige Klauselalternativen vor, weswegen die Vereinbarung eines Kündigungsverzichts über 24 Monate (neben eines solchen über 12 Monate) als selbständig im Verbandsverfahren überprüfbare AGB-Klausel zu beurteilen sei. Ausgehend davon entspreche eine vereinbarte Mindestvertragsdauer von zwölf Monaten ohne Kündigungsmöglichkeit der zu Fitnessstudios ergangenen Klauseljudikatur des Obersten Gerichtshofs (5 Ob 205/13b). Demgegenüber sei die Vereinbarung eines Kündigungsverzichts über 24 Monate in der Judikatur bereits als unangemessen lang im Sinne des § 6 Abs 1 Z 1 zweiter

Fall KSchG beurteilt worden (9 Ob 69/11d). Im vorliegenden Fall sei für die 24 Monate Mindestlaufzeit laut Vertragsformblatt zwar eine vorzeitige Kündigungsmöglichkeit vorgesehen, diese sei jedoch mit einer pauschalen Zahlungspflicht von 240 EUR verbunden, was einer verschuldensunabhängigen Pönale gleichkomme. In diesem Umfang trat das Berufungsgericht der Auffassung des Erstgerichts bei.

6.5 Dagegen richten sich die Revisionen sowohl der Klägerin als auch der Beklagten.

6.5.1 Die Klägerin macht geltend, die Klausel 10 (= Punkt 5.1 der AGB) könne nicht in selbständige Teilklauseln zerlegt werden, sodass eine gesonderte Beurteilung, je nachdem ob eine Mindestvertragsdauer von 24 Monaten oder eine solche von nur 12 Monaten betroffen sei, nicht in Betracht komme. Sie sei daher insgesamt unwirksam. Hinsichtlich des Vertragsformblattes wiederholt sie ihre Argumente im Verfahren vor dem Erstgericht.

6.5.2 Die Beklagte beruft sich auch in ihrer Revision noch darauf, dass die Möglichkeit zur vorzeitigen Auflösung bei einer Bindungsdauer von 24 Monaten gegen Zahlung einer Pauschale - also unabhängig vom Vorliegen eines wichtigen Grundes - weder nachteilig noch überraschend und daher insgesamt nicht zu beanstanden sei, zumal das Mitglied bei einer 24-Monats-Bindung einen günstigeren Preis erhalte. Darüber hinaus habe das Berufungsgericht gegen seine Entscheidungskompetenz verstoßen, weil das Erstgericht auch eine 24 Monate dauernde Bindungsfrist - von der Klägerin unbekämpft - nicht als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB beurteilt habe. Dazu macht sie auch eine Nichtigkeit geltend.

6.6 Hierzu wurde erwogen:

6.6.1 In der Entscheidung 9 Ob 69/11d, auf die sich das Berufungsgericht stützt, hatte der Oberste Gerichtshof eine Klausel zu beurteilen (dort: „5. Vertragsdauer, Kündigung“), nach deren Inhalt der Vertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen wurde und von beiden Vertragsparteien mit einer Kündigungsfrist von einem Monat zum Ende des Kündigungsverzichts [...] gekündigt werden konnte. Nach Wahl des Verbrauchers wurde für die ersten 12, 24 oder 36 Monate auf die Kündigungsmöglichkeit verzichtet, wodurch sich der Mitgliedsbeitrag auf den vereinbarten Preis verringerte. Ausgehend von der Wahlmöglichkeit des Verbrauchers ging der Oberste Gerichtshof vom Bestehen mehrerer Klauselalternativen aus, deren Vereinbarung jeweils einer bestimmten Dauer des Kündigungsverzichts einen bestimmten Tarif zuordnete. Davon unterscheidet sich die vorliegende Klausel schon ihrem Aufbau und Inhalt nach.

6.6.2 Im Antragsformular ist dem Verbraucher die Wahl zwischen einer Mindestlaufzeit von zwölf Monaten, 24 Monaten oder einer frei zu wählenden Variante eingeräumt. Ein Hinweis auf den generellen Ausschluss einer Kündigungsmöglichkeit für die ersten zwölf Monate findet sich im Vertragsformblatt nicht. Klausel 10 (= Punkt 5.1 der AGB) verweist in ihrem zweiten Satz darauf, dass die Mindestvertragsdauer im Antrag auf Mitgliedschaft festgehalten ist, und hält im darauf folgenden Satz ganz allgemein fest, dass vor Ende der Mindestvertragsdauer das Wirksamwerden einer ordentlichen Kündigung grundsätzlich ausgeschlossen ist. Damit liegt dieser Klausel eine einheitliche Regelung zugrunde, die lediglich als Ausnahme die Kündigung von Verträgen mit einer Mindestvertragsdauer von 24 Monaten gegen Zahlung eines pauschalen Entgelts

ermöglicht. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts liegen hier keine selbständigen, von der Wahl des Verbrauchers abhängigen Alternativen vor, die eigenständig beurteilt werden könnten. Auf eine etwaige bloß teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Klausel kann aber keine Rücksicht genommen werden, weil eine geltungserhaltende Reduktion im Verbandsprozess nicht möglich ist (RIS-Justiz RS0038205).

6.6.3 In ihrer Gesamtheit ist die Klausel wie folgt zu bewerten:

6.6.4 Das Erstgericht hat die beanstandete Klausel insgesamt als unwirksam beurteilt. Wenn daher das Berufungsgericht aus Anlass des Rechtsmittels der Beklagten zu einer anderen rechtlichen Beurteilung gelangte, hatte es bei seinen Überlegungen alle rechtlichen Einwendungen der Klägerin gegen diese Klausel zu berücksichtigen. Es begründet daher weder eine Nichtigkeit noch einen Verfahrensmangel, wenn das Berufungsgericht die vereinbarte Bindungsdauer von 24 Monaten abweichend vom Erstgericht als gröblich benachteiligend beurteilte.

6.6.5 Das Antragsformular der Beklagten gibt dem Verbraucher die Möglichkeit, zwischen zwei fix vorgegebenen Mindestlaufzeiten oder einer von ihm frei gewählten Variante zu wählen. Die Verwendung des Begriffs „Mindestlaufzeit“ vermittelt dabei einem verständigen Verbraucher, dass er für die von ihm gewählte Zeitspanne an den Vertrag gebunden ist und er keine Möglichkeit einer vorzeitigen Kündigung hat. Wenn ihm daher in den AGB eine solche, von ihm nach dem Antrag gar nicht zu erwartende Möglichkeit zu einer Kündigung eingeräumt wird, ist das für ihn - ausgehend von seiner Erwartungshaltung - allenfalls überraschend, grundsätzlich aber nicht nachteilig im Sinne

des § 864a ABGB (oben II.4.). Die Klausel ist aber auch nach § 879 Abs 3 ABGB auf ihren Bestand hin zu prüfen.

6.6.6 Eine gröbliche Benachteiligung der Vertragspartner eines AGB-Verwenders im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB liegt im Allgemeinen dann nicht vor, wenn er seinen Kunden eine vertragliche Alternative anbietet, bei deren Wahl die Übernahme eines höheren wirtschaftlichen Risikos durch den Anbieter mit einem höheren Preis abgegolten wird. Es mangle in einem solchen Fall gewöhnlich an einer „verdünnten Willensfreiheit“ und einer besonders gravierenden Ungleichgewichtslage in vertraglich festgelegten Rechtspositionen (3 Ob 121/06z = SZ 2006/82 mwN; 4 Ob 91/08y). Dem auch von der Beklagten ins Treffen geführten „Preisargument“ - je länger die Dauer des Kündungsverzichts, desto geringer der monatliche Mitgliedsbeitrag - kommt nach der Rechtsprechung insofern nur eingeschränkte Bedeutung zu, als benachteiligende Bestimmungen in einzelnen Punkten bei einer vorzunehmenden Gesamtbetrachtung auch gerechtfertigt erscheinen können: Insbesondere können Nachteile durch andere vorteilhafte Vertragsbestimmungen ausgeglichen werden (6 Ob 253/07k; 6 Ob 220/09k). In ausführlicher Wiedergabe der in diesem Zusammenhang ergangenen Judikatur beurteilte der Oberste Gerichtshof in der auch vom Berufungsgericht wiedergegebenen Entscheidung 9 Ob 69/11d die Vereinbarung eines Kündungsverzichts in den AGB eines Fitnessstudiobetreibers über 24 und 36 Monate als unangemessen lang im Sinne des § 6 Abs 1 Z 1 zweiter Fall KSchG, wenn der Kunde zwar den Vorteil eines niedrigeren Monatsbeitrags genießt, dem jedoch der Umstand gegenübersteht, dass der Kunde ohne Möglichkeit eines vorzeitigen Auflösungsrechts aus wichtigem Grund an den

Vertrag für die gesamte Dauer des vereinbarten Kündigungsverzichts gebunden ist und darüber hinaus die Mitgliedsbeiträge für diesen Zeitraum selbst dann zu zahlen hat, wenn er die Leistungen des Fitness-Studios aus wichtigen in seiner Person gelegenen Gründen nicht in Anspruch nehmen kann.

6.6.7 Den Kunden der Beklagten wird in der hier zu beurteilenden Klausel bei der Vereinbarung einer Mindestvertragsdauer von 24 Monaten zwar zum Ende des ersten Jahres ein vorzeitiges Kündigungsrecht mit Wirkung zum Monatsende eingeräumt, sodass diese bei Ausübung des Kündigungsrechts nicht mehr mit den für die verbleibende Zeit sonst fälligen Beiträgen belastet sind. Insofern unterscheidet sich die hier zu beurteilende Klausel von der in der Entscheidung 9 Ob 69/11d behandelten Bestimmung. Die Beklagte bedingt sich für die Ausübung dieses Rechts aber ein pauschales Entgelt von 240 EUR aus.

6.6.8 Die Beklagte unterscheidet in ihrer Klausel nicht danach, ob ein Verbraucher von der ihm eingeräumten vorzeitigen Kündigung zum Ende des ersten Jahres oder erst mit Ablauf des 23. Monats Gebrauch macht. Dem Verbraucher steht dieses Recht immer nur gegen Zahlung von 240 EUR zu. Damit relativiert sie den finanziellen Vorteil des Kunden aus der Möglichkeit einer vorzeitigen Auflösung, der mit zunehmender Vertragsdauer abnimmt und letztlich allenfalls sogar zu einer die restlichen Mitgliedsbeiträge übersteigenden Zahlungspflicht führt, was sachlich nicht gerechtfertigt ist und dem Verbot des § 879 Abs 3 ABGB widerspricht, weil kündigungswillige Verbraucher umso schlechter gestellt sind, je länger der Vertrag andauert, obwohl der aus der vorzeitigen Auflösung für die Beklagte resultierende Nachteil mit fortschreitender Vertragsdauer immer geringer wird (vgl zur

ähnlich gelagerten Problematik bei Dauerrabatklauseln: 7 Ob 211/12y). Regelmäßig werden Verbraucher durch eine so gestaltete Zahlungsverpflichtung von der Ausübung des Kündigungsrechts überhaupt abgehalten werden oder diese nur dann in Anspruch nehmen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Damit suggeriert die Klausel bei kundenfeindlichster Auslegung letztlich auch, dass der dort genannte Pauschalbetrag in jedem Fall einer vorzeitigen Vertragsbeendigung - auch im Fall einer außerordentlichen Kündigung - zu entrichten ist. Wenn die Beklagte in ihrem Rechtsmittel darauf hinweist, ihre Kunden könnten den Vertrag bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, der sie daran hindere, die Leistungen der Beklagten in Anspruch zu nehmen, ohnedies vorzeitig auflösen, übersieht sie, dass weder diese noch die von ihr ins Treffen geführte Klausel 9 auf diese Möglichkeit hinweist. Nach dem für die Beklagte nachteiligsten Verständnis dieser Klausel kann in der möglichen vorzeitigen Kündigung daher kein die Nachteile für einen Verbraucher aus der langfristigen Bindung aufwiegender Umstand erblickt werden. Vor diesem Hintergrund ist das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass jedenfalls die Vereinbarung eines Kündigungsverzichts über 24 Monate als unangemessen lang iSd § 6 Abs 1 Z 1 zweiter Fall KSchG anzusehen sind.

6.6.9 Die Unwirksamkeit erfasst die Klausel in ihrem gesamten Regelungsbereich (oben 6.6.2), sodass auf die Variante einer Mindestvertragsdauer von zwölf Monaten nicht mehr eingegangen werden muss. Das Antragsformular der Beklagten (Klausel 11) steht in einem untrennbaren Zusammenhang mit der als unwirksam erkannten Klausel 10. Sie wird dadurch unvollständig und verstößt dadurch gegen § 6 Abs 3 KSchG.

Damit erweist sich die Revision der Klägerin als berechtigt, jene der Beklagten hingegen als unberechtigt.

#### **7. Klausel 14**

*H\*\*\*\*\* behält sich ausdrücklich das Recht vor, Änderungen dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), der Clubordnung und Preisänderungen vorzunehmen. H\*\*\*\*\* wird das Mitglied rechtzeitig vor Wirksamwerden der Änderungen davon informieren. Die Verständigung kann auch per E-Mail erfolgen. Die Änderungen gelten als genehmigt, wenn das Mitglied ihnen nicht binnen vier Wochen ab Zugang schriftlich widerspricht. H\*\*\*\*\* wird das Mitglied gesondert darauf hinweisen, dass die Änderungen mangels rechtzeitigem Widerspruch als genehmigt gelten.*

(= Punkt 9 der AGB)

7.1 Die Klägerin sieht in dieser Klausel einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG. Diese Klausel ermögliche es den Leistungsumfang und das vereinbarte Entgelt - somit die Hauptleistungspflichten - im Wege der Erklärungsfiktion abzuändern und bewirke damit eine gröbliche Benachteiligung des Kunden. Eine solche sei auch dadurch verwirklicht, dass der Unternehmer den Kunden von den Änderungen per E-Mail verständigen dürfe, dieser jedoch seinen Widerspruch nur schriftlich erstatten könne. Die Klausel erwecke auch den Eindruck, der Unternehmer sei überhaupt berechtigt, Vertragsänderungen einseitig vorzunehmen, und sei damit auch intransparent.

7.2 Die Beklagte erwiderte, Vertragsänderungen im Wege der Erklärungsfiktion seien auch dann nicht gröblich benachteiligend, wenn sie die Hauptleistungspflichten betreffen.

7.3 Das Erstgericht führte aus, eine Klausel, die Änderungen des Vertrags über eine Zustimmungsfiktion nach

Inhalt und Ausmaß unbeschränkt zulasse und nicht einmal ansatzweise eine Beschränkung enthalte, die einen Verbraucher vor dem Eintritt unangemessener Nachteile schütze, verstoße gegen das Transparenzgebot.

7.4 Das Berufungsgericht trat dieser Rechtsauffassung bei.

7.5 Die Beklagte führt in ihrer Revision aus, es müsse genügen, wenn die Mitglieder im Sinne des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG rechtzeitig im Vorhinein auf die geplanten Änderungen und auf ihr Widerspruchsrecht sowie die Widerspruchsfrist hingewiesen würden. Der Mechanismus der Vertragsanpassung sei in der beanstandeten Klausel klar und verständlich geregelt, weswegen ein Verstoß gegen das Transparenzgebot nicht vorliege.

7.6 Dazu wurde erwogen:

7.6.1 Die Klägerin stellt in ihrer Revisionsbeantwortung zu Recht nicht in Frage, dass die in der inkriminierten Klausel enthaltene Zustimmungsfiktion den formalen Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entspricht. Auch wenn die inkriminierte Klausel nach den in § 6 Abs 1 Z 2 KSchG genannten Formerfordernissen nicht zu beanstanden ist, ist ihre Zulässigkeit nach § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB zu prüfen (1 Ob 210/12g; vgl 9 Ob 40/06g; vgl *Mayrhofer/Tangl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*<sup>3</sup> § 6 Abs 1 Z 2 KSchG Rz 1). Nicht jede Vertragsanpassung über eine in AGB vereinbarte Zustimmungsfiktion ist unzulässig, sondern nur eine völlig uneingeschränkte (RIS-Justiz RS0128865).

7.6.2 Wie die Klägerin zutreffend aufzeigt, lässt die Klausel keine Beschränkung erkennen, die den Verbraucher vor dem Eintritt unangemessener Nachteile bei Änderungen des Vertrags mittels Zustimmungsfiktion

schützen könnte. Sie ermöglicht eine Änderung wesentlicher Pflichten der Parteien (Leistung und Gegenleistung) zu Gunsten der Beklagten in nahezu jede Richtung und in unbeschränktem Ausmaß. Nicht nur die Änderung der von den Kunden zu entrichtenden Entgelte wird ermöglicht. Geändert werden können auch die von der Beklagten geschuldeten Leistungen. Die Beklagte regelt in Punkt 2. ihrer AGB die Benutzung der von ihr zur Verfügung gestellten Anlagen und Einrichtungen und bestimmt damit maßgeblich den Umfang ihrer Leistungspflicht, die sie mit einer Zustimmungsfiktion unbeschränkt ändern könnte. Soweit sie in ihrer Revision dennoch meint, die Zustimmungsfiktion gelte nicht für eine Änderung der von ihr angebotenen Leistungen, genügt der Hinweis, dass sie sich in Punkt 2.2 der AGB das Recht vorbehält, ihr Angebot und die Betriebszeiten einseitig zu ändern. Damit ist aber der Kern ihrer vertraglichen Leistungspflicht angesprochen. Die Klausel ermöglicht es der Beklagten daher das Äquivalenzverhältnis von Leistungen und Gegenleistungen über eine Zustimmungsfiktion erheblich zu ihren Gunsten zu verschieben. Damit kommen die vom Obersten Gerichtshof in der Entscheidung 1 Ob 210/12g angeführten Grundsätze auch hier zum Tragen. Den Vorinstanzen ist daher darin zuzustimmen, dass die Klausel dem Transparenzgebot widerspricht. Sie ist auch gröblich benachteiligend und verstößt damit auch gegen § 879 Abs 3 ABG.

B. Zur Revision der Klägerin

#### 8. Klausel 8

*Der Mitgliedsbeitrag ist mit einem Rabatt für Lastschriftzahler versehen. Sollte das Mitglied einen Einzug per Kreditkarte wünschen, wird eine monatliche Administrationsgebühr in Höhe von 5 € eingehoben.*

(= Punkt 3.5, zweiter Satz der AGB).

8.1 Dazu brachte die Klägerin vor, diese Klausel diskriminiere Zahlungen per Kreditkarte gegenüber der Verwendung von anderen Zahlungsinstrumenten durch einen Zuschlag von 5 EUR, was gemäß § 27 Abs 6 Zahlungsdienstegesetz (ZaDiG) unzulässig sei.

8.2 Die Beklagte bestritt diesen Einwand mit Verweis auf ein zu 10 Ob 31/11y eingeleitetes Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH. Inhaltlich bezweifelte sie, ob das ZaDiG bzw die zu Grunde liegende Richtlinie 2007/64/EG auf Zahlungsempfänger anwendbar sei.

8.3 Das Erstgericht schloss sich der Ansicht der Klägerin an.

8.4 Das Berufungsgericht beurteilte diese Klausel inhaltlich nicht, weil es von einer wirksamen Unterlassungserklärung der Beklagten ausging.

8.5 Die Klägerin hat sich erfolgreich gegen diese Ansicht des Berufungsgerichts gewendet. Damit ist ihr Einwand inhaltlich zu prüfen.

8.6.1 Mit seinem Urteil vom 9. 4. 2014, Rs C-616/11, hat der EuGH ua ausgesprochen, dass Art 52 Abs 3 der Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. 11. 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG dahin auszulegen ist, dass er

- auf die Nutzung eines Zahlungsinstrumentes im Rahmen des Vertragsverhältnisses zwischen einem Mobilfunkbetreiber als Zahlungsempfänger und seinem Kunden als Zahler Anwendung findet

- den Mitgliedstaaten die Befugnis einräumt,

Zahlungsempfängern generell zu untersagen, vom Zahler für die Nutzung eines Zahlungsinstruments ein Entgelt zu verlangen, sofern die nationale Regelung insgesamt der Notwendigkeit Rechnung trägt, den Wettbewerb und die Nutzung effizienter Zahlungsinstrumente zu fördern, was zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts ist.

8.6.2 Wie der EUGH also bindend entschieden hat, ist Art 52 Abs 3 der Richtlinie 2007/64/EG auch zwischen einem Zahlungsempfänger [dort ein Mobilfunkbetreiber] und dem Kunden als Zahler anzuwenden. In Österreich wurde die RL 2007/64/EG mit dem am 1. 11. 2009 in Kraft getretenen ZahlungsdiensteG (ZaDiG), BGBl I 2009/66, umgesetzt. Nach § 27 Abs 6 ZaDiG darf der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsempfänger nicht verwehren, dem Zahler für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments eine Ermäßigung anzubieten. Die Erhebung von Entgelten durch den Zahlungsempfänger im Fall der Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments ist aber unzulässig (10 Ob 27/14i = JBl 2014, 655 [*P. Bydlinski*]). Gegen diese Bestimmung verstößt Klausel 8, indem darin für die Bezahlung mittels Kreditkarte eine Administrationsgebühr eingehoben werden soll, und ist damit unwirksam. Der Unterlassungsausspruch der Klägerin ergibt sich insoweit aus § 27 Abs 6 ZaDiG iVm § 28 KSchG.

9. Die übrigen vom Erstgericht im Sinne der Beanstandungen der Klägerin beurteilten und vom Berufungsgericht wegen des von ihm angenommenen Wegfalls der Wiederholungsgefahr nicht geprüften Klauseln (Klauseln 6, 7, 12 und 13 des Urteilsspruchs) hat die Beklagte bereits im Verfahren vor dem Erstgericht nicht mehr verteidigt, sondern sich lediglich auf den Wegfall der Wiederholungsgefahr berufen. Insoweit kann das Ersturteil

wiederhergestellt werden, ohne dass es einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit den von der Klägerin gegen diese Klauseln vorgebrachten Verstößen bedarf.

10. Der Revision der Klägerin ist daher zur Gänze Folge zu geben und das Ersturteil in seinen Spruchpunkten 1. a) bis m) und 2. (einschließlich seiner ohnehin in zweiter Instanz bestätigten Teile) wiederherzustellen. Spruchpunkt 3. betraf das Veröffentlichungsbegehren, auf das im Revisionsverfahren nicht mehr Bedacht zu nehmen ist.

Der Revision der Beklagten dagegen ist nicht Folge zu geben.

V. Die Kostenentscheidung beruht auf § 43 Abs 1 und 2 ZPO im Rechtsmittelverfahren zudem auf § 50 Abs 1 ZPO.

Da das Veröffentlichungsbegehren nach der vom Obersten Gerichtshof als unbekämpft zugrunde zulegenden Rechtsansicht des Berufungsgerichts aus dem Verfahren ausgeschieden ist, ist die Klägerin in Ansehung des begehrten Mediums im Verfahren erster Instanz zwar nicht als erfolgreich anzusehen. Der darauf entfallende Teil des Entscheidungsgegenstands ist aber als geringfügig im Sinne des § 43 Abs 2 erster Fall ZPO anzusehen, sodass daraus keine ins Gewicht fallende Änderung ihres Erfolgs vor dem Erstgericht resultiert. Damit kann auch die Kostenentscheidung des Erstgerichts (Spruchpunkt 4.) wiederhergestellt werden.

Im Rechtsmittelverfahren ist die Klägerin zur Gänze erfolgreich. Sie hat daher Anspruch auf Ersatz der Kosten ihrer Revision und der Berufungsbeantwortung. Im Berufungsverfahren waren aber nur noch 13 Klauseln strittig, was die Bemessungsgrundlage der von ihr verzeichneten

Kosten reduziert.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 22. Dezember 2015  
Dr. S a i l e r  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: