



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Univ.-Prof. Dr. Kodek als Vorsitzenden, die Hofräte Dr. Schwarzenbacher und MMag. Matzka sowie die Hofrätinnen Mag. Istjan, LL.M., und Mag. Fitz als weitere Richter in der Rechtsache der klagenden Partei Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte (Bundesarbeitskammer), Prinz-Eugen-Straße 20–22, Wien, vertreten durch Dr. Sebastian Schumacher, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei MBC Fitness GmbH, Europaplatz 12, Graz, vertreten durch die Brand Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung, über die Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 25. Jänner 2022, GZ 5 R 133/21x-23, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 13. Juli 2021, GZ 68 Cg 32/20t-18, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision der klagenden Partei wird Folge gegeben; der Revision der beklagten Partei wird nicht Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin abgeändert, dass das Urteil des Erstgerichts zur Gänze, einschließlich der Kostenentscheidung, wiederhergestellt wird.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit insgesamt 6.040,87 EUR (darin 879,81 EUR USt und 762 EUR Gerichtsgebühren) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens 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] Die Klägerin ist eine gemäß § 29 Abs 1 KSchG zur Unterlassungsklage berechtigte Körperschaft öffentlichen Rechts (§ 3 Arbeiterkammergesetz 1992 – AKG, BGBl 1991/626). Die Beklagte betreibt in mehreren Bundesländern „Clever Fit“-Fitnessstudios, wobei sie regelmäßig mit Verbrauchern iSd § 1 KSchG (auch im Wege des Fernabsatzes) Mitgliedsverträge abschließt, denen Allgemeine Geschäftsbedingungen (in der Folge: AGB) zugrunde liegen. Die in mehreren europäischen Ländern tätige deutsche „Clever Fit“-Unternehmensgruppe ist Franchisegeberin der Beklagten, hält über eine deutsche Gesellschaft die Mehrheit der Geschäftsanteile der Beklagten und gibt dieser die AGB und Vertragsformblätter vor. Die „Clever Fit“-Gruppe hat sich im Fitnessstudio-Segment als Premium-Discounter platziert, der trotz hochwertiger Ausstattung ein günstiges Angebot – von jeweils monatlich 29,90 EUR für eine „Basic-Mitgliedschaft“ über 39,90 EUR für eine „All-in-Mitgliedschaft“ bis zu 49,90 EUR für eine „Ultra-all-in-Mitgliedschaft“ – machen will. Bereits die Basismitgliedschaft umfasst auch eine Beratung durch einen Personal Trainer (wenn gewünscht und nach Terminvereinbarung). Auch die Nutzung der Power-Plate-Geräte ist bereits von der Basismitgliedschaft gedeckt (Einführung und dann freies Training), ebenso wie die Teilnahme an täglich angebotenen funktionellen Gruppenkursen wie zB HIT-Trainings oder Spinningkursen. Bei der „All-in“-Mitgliedschaft kann man zusätzlich das Wellnessangebot bestehend aus Solarium und Massageliege nutzen. Ein „Ultra-all-in“-Mitglied bekommt zusätzlich täglich einen Shake und eine Kaffeespezialität.

[2] Bei Neuabschluss einer Mitgliedschaft müssen die Daten des neuen Mitglieds aufgenommen und in eine Datenbank eingetragen werden, dies dauert bis zu 20 Minuten. Wird die Mitgliedschaft nicht vor Ort, sondern online beantragt, müssen die eingegebenen Daten dennoch in die Mitgliederdatenbank eingetragen werden, was noch immer zehn bis 15 Minuten dauert. Danach folgt eine interne Freigabe für alle Studios europaweit, die etwa zehn bis 15 Minuten in Anspruch nimmt. Es gibt dafür keine eigenen Mitarbeiter, die Mitgliedschaftsanträge werden von den Trainern entgegengenommen. Es kommt auch vor, dass eine interessierte Person sich im Studio beraten lässt, was einige Zeit in Anspruch nehmen kann, und sich erst dann von zu Hause aus registriert.

[3] Das Chipband, für das eine Gebühr von 19,90 EUR eingehoben wird, bleibt auch nach Ende der Mitgliedschaft im Eigentum des Kunden. Ein Chip kostet in der Anschaffung ca 3 EUR. Es folgt dann eine Registrierung mit Name und Geburtsdatum und es wird ein Foto gemacht. Danach wird der Chip für 30 bis 60 Sekunden auf ein Lesegerät gelegt, um ihn zu programmieren. Wenn jemand das Chipband zu Hause vergessen hat, führt das zu einem Mehraufwand. Ein Trainer muss die Identität prüfen, mit der Person gemeinsam ein Kästchen aufsperrern usw. Ein Kunde kann das Chipband drei Mal ohne Kostenfolgen zu Hause vergessen, ab dem vierten Mal muss ein neuer Chip gekauft werden. Das Chipband muss nicht zurückgegeben werden, wenn die Mitgliedschaft endet. Bei einer späteren neuerlichen Mitgliedschaft kann dieses alte Chipband wieder verwendet werden; es fällt in diesem Fall keine Chipgebühr an. Mit dem Chipband ist europaweit der Eintritt in sämtliche Studios der Franchise-Gruppe möglich.

[4] Eine Servicepauschale von halbjährlich 19,90 EUR haben alle Mitglieder (außer gemäß einem aktuellen Angebot die Neumitglieder) zu zahlen, auch wenn sie Leistungen wie Trainerstunden, Gruppenkurse oder ähnliches nicht in Anspruch nehmen.

[5] Die **Klägerin** begehrte von der Beklagten, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in AGB und Vertragsformblättern, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, die Verwendung von mehreren (im Folgenden näher bezeichneten) Klauseln oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen, sowie es zu unterlassen, sich auf diese oder sinngleiche Klauseln zu berufen; weiters begehrte die Klägerin Urteilsveröffentlichung.

[6] Die **Beklagte** beantragte die Abweisung des Klagebegehrens.

[7] Das **Erstgericht** gab dem Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren zur Gänze statt.

[8] Das **Berufungsgericht** gab der dagegen von der Beklagten erhobenen Berufung teilweise Folge, wies das Klagebegehren betreffend einen Teil der Klausel 5 ab und bestätigte im Übrigen das Ersturteil.

[9] Gegen diese Entscheidung richteten sich die **Revisionen** beider Parteien, die die gänzliche Klagsstattgebung bzw -abweisung beantragen. In ihren Revisionsbeantwortungen beantragen die Parteien jeweils, die Revision der Gegenseite zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

[10] Die Revisionen sind zur Wahrung der Rechtssicherheit sowie im Hinblick auf die verbreitete Verwendung gleicher oder ähnlicher Klauseln durch viele Fitnessstudios zulässig. Die Revision des Klägers ist auch berechtigt, nicht jedoch jene der Beklagten.

1. Für sämtliche Klauseln sind im Verbandsprozess folgende Grundsätze maßgeblich:

[11] 1.1. Die Geltungskontrolle bezieht sich auf nachteilige überraschende und ungewöhnliche Klauseln. Objektiv ungewöhnlich ist eine Klausel, die von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, mit der er also nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Der Klausel muss ein Überrumpelungseffekt innewohnen (RS0014646). Entscheidend ist, ob die Klausel beim jeweiligen Geschäftstyp unüblich ist oder ob sie den redlichen Verkehrsgewohnheiten entspricht (RS0105643 [T3]; RS0014627 [T3]). Dabei kommt es nicht allein auf den Inhalt der Klausel an. Diesem kommt vielmehr im Zusammenhang mit der Stellung im Gesamtgefüge des Vertragstextes Bedeutung zu, weil sich das Ungewöhnliche einer Vertragsbestimmung insbesondere aus der Art ihrer Einordnung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergibt (RS0014659 [T2]). Die Bestimmung darf im Text nicht derart versteckt sein, dass sie der Vertragspartner nicht dort vermutet, wo er sie findet, und dort nicht findet, wo er sie vermuten könnte (RS0105643 [T2]; RS0014646 [T14]). Erfasst sind alle dem Kunden nachteiligen Klauseln; eine grobe Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (RS0123234). Die Geltungskontrolle ist nicht allein auf Nebenabreden beschränkt, sondern umfasst auch Vertragsbestimmungen über die Begründung, Umgestaltung bzw Erweiterung der Hauptpflichten (RS0014603).

[12] 1.2. Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, 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“ (RS0016914). Die Ausnahme von der Inhaltskontrolle ist dabei möglichst eng zu verstehen (RS0016908, RS0128209). Ein Abweichen vom dispositiven Recht wird unter Umständen schon dann eine „gröbliche“ Benachteiligung des Vertragspartners sein können, wenn sich für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung ergibt. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechtigte Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RS0016914 [T3, T4, T6]). Die Beurteilung, ob eine Klausel den Vertragspartner gröblich benachteiligt, orientiert sich am dispositiven Recht, das als Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs für den Durchschnittsfall gilt (RS0014676 [T7, T13, T43]).

[13] **1.3.** Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Das Transparenzgebot soll es dem Kunden ermöglichen, sich aus den AGB oder Vertragsbestandteilen zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren (RS0115217 [T41]). Das setzt die Verwendung von Begriffen voraus, deren Bedeutung dem typischen Verbraucher geläufig sind oder von ihm jedenfalls festgestellt werden können. Das können naturgemäß auch Fachbegriffe sein, nicht aber Begriffe, die so unbestimmt sind, dass sich ihr Inhalt jeder eindeutigen Festlegung entzieht. Der durch ihre Verwendung geschaffene weite Beurteilungsspielraum

schließt es aus, dass der Verbraucher Klarheit über seine Rechte und Pflichten gewinnen kann (RS0115217 [T3]). Das Transparenzgebot begnügt sich nicht mit formeller Textverständlichkeit, sondern verlangt, dass Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher „durchschaubar“ sind (RS0122169 [T2]). Mit dem Verbandsprozess soll nicht nur das Verbot von gesetzwidrigen Klauseln erreicht, sondern es sollen auch jene Klauseln beseitigt werden, die den Verbraucher – durch ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position – von der Durchsetzung seiner Rechte abhalten können oder ihm unberechtigt Pflichten auferlegen. Daraus kann eine Pflicht zur Vollständigkeit folgen, wenn die Auswirkungen einer Klausel für den Kunden andernfalls unklar bleiben (RS0115219 [T1, T14, T21]; RS0115217 [T8]; RS0121951 [T4]).

[14]

1.4. Im Verbandsprozess nach § 28 KSchG hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen; es ist von der für die Kunden der Beklagten nachteiligsten Auslegungsvariante auszugehen. Auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Klausel kann nicht Rücksicht genommen werden, weil eine geltungserhaltende Reduktion nicht möglich ist (RS0038205 [insb T20]; 4 Ob 63/21z mwN).

2. Zu den einzelnen Klauseln in den AGB der Beklagten bzw in der Mitgliedschaftsvereinbarung:

2.1. Klausel 1 (Punkt 6.1 der AGB):

„6.1 Kündigung des Vertrages

Die Mitgliedschaftsvereinbarung kann sowohl vom Mitglied wie auch von dem Anbieter jeweils unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist zu jedem Monatsletzten schriftlich gekündigt werden. Für die ersten

zwölf Monate ab Beginn des Vertragsverhältnisses verzichtet das Mitglied auf die Abgabe einer Kündigungserklärung (Mindestvertragsdauer). Das Recht auf Kündigung der Mitgliedschaftsvereinbarung aus wichtigem Grund bleibt davon unberührt.“

[15] Das Erstgericht beurteilte diese Klausel als gröblich benachteiligend iSd § 6 Abs 1 Z 1 KSchG iVm § 879 Abs 3 ABGB, weil der Verbraucher unangemessen lange, nämlich insgesamt 16 Monate, an den Vertrag gebunden sei, ohne dass hohe Investitions- und Personalkosten oder eine im Regelfall erfolgende Trainerberatung dies rechtfertigen würden. Überdies sei die Klausel intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, weil dem Verbraucher einerseits eine 12-monatige Mindestvertragsdauer nahegelegt werde, diese aber andererseits tatsächlich 16 Monate betrage.

[16] Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Die von der Beklagten ins Treffen geführte Entscheidung 5 Ob 205/13b habe einen anderen Sachverhalt betroffen. Gröbliche Benachteiligung liege zudem auch darin, dass der Kunde vor Ablauf des ersten Jahres gar keine Kündigungserklärung abgeben dürfe, auch nicht eine in eine ordentliche Kündigung umzudeutende zeitwidrige Erklärung.

[17] Die Revision der Beklagten argumentiert weiterhin, dass gegenüber dem zu 5 Ob 205/13b entschiedenen Sachverhalt die Klausel günstiger und die ihren Kunden erbrachten Leistungen umfangreicher als in jenem Fall seien. Wesentliche Unterschiede bei der „Beaufsichtigung der Kunden“ bestünden gegenüber der Vorentscheidung nicht.

[18] Die Revision ist insofern nicht berechtigt.

[19] **2.1.1.** Nach § 6 Abs 1 Z 1 zweiter Fall KSchG sind für den Verbraucher Vertragsbestimmungen iSd § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen er während

einer unangemessen langen Frist an den Vertrag gebunden ist. Diese Norm bietet daher auch für Dauerschuldverhältnisse wie den hier zu beurteilenden Vertrag mit einem Fitness-Studio einen im Einzelfall anhand einer Interessenabwägung auszufüllenden Orientierungsrahmen (10 Ob 34/05f). Bei der Prüfung, ob eine unangemessen lange Vertragsbindung gemäß § 6 Abs 1 Z 1 zweiter Fall KSchG bzw gemäß § 879 Abs 3 ABGB vorliegt, ist eine Gesamtwertung aller einschlägigen Vertragsumstände vorzunehmen (9 Ob 68/08b; RS0121007). Die Interessen des Unternehmers auf Durchführung des Vertrags sind gegen die Interessen des Verbrauchers auf angemessene und feststellbare Erfüllungszeit abzuwägen. Die Angemessenheit der Frist richtet sich nach der Art des Geschäfts und den von redlichen Vertragsparteien üblicherweise vereinbarten Fristen. Die sachliche Rechtfertigung einer längeren Bindung des Verbrauchers an den Vertrag kann sich etwa auch aus dem Interesse des Unternehmers ergeben, aufgrund des Umfangs seiner Investitionen und dem damit verbundenen wirtschaftlichen Risiko für länger klare Verhältnisse zu schaffen. Bei der Beurteilung der Angemessenheit der Bindungsfrist ist auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen (9 Ob 69/11d [3.1.] mwN).

[20]

2.1.2. Wie bereits die Vorinstanzen zutreffend dargelegt haben, unterscheidet sich der Sachverhalt von dem zu 5 Ob 205/13b entschiedenem dadurch, dass dort der Unternehmer eine entsprechende Personalvorsorge zu treffen hatte, um die vertragsgemäßen personenbezogenen Leistungen erbringen zu können. Demgegenüber steht hier fest, dass das Training bei der Beklagten grundsätzlich ohne Trainer erfolgt, einer der anwesenden Trainer aber für kleinere Anliegen oder Fragen zur Verfügung steht. Die Beklagte bietet auch im

Hinblick auf die von ihr getätigten Investitionen dem Kunden keine vertragliche Alternative an, bei deren Wahl die Übernahme eines höheren wirtschaftlichen Risikos durch den Anbieter mit einem höheren Preis oder eine längere Vertragsdauer mit einem entsprechenden Preisnachlass abgegolten würden (vgl 3 Ob 121/06z mwN; 4 Ob 91/08y); insofern ist der von der Revision argumentierte Zusammenhang zwischen Bindung und Leistungsangebot nicht nachvollziehbar. Vor diesem Hintergrund ist insgesamt die Rechtsansicht der Vorinstanzen, dass die Bindungsdauer unzulässig lang ist, nicht zu beanstanden.

[21] **2.1.3.** Jedenfalls zutreffend ist auch die Ansicht der Vorinstanzen, dass die hier in ihrer Gesamtheit zu beurteilende Klausel intransparent ist: Der Verzicht auf eine Kündigungserklärung für eine bestimmte Zeit ist entgegen der Formulierung der Klausel gerade nicht eine „Mindestvertragsdauer“, welche sich erst im Zusammenhalt mit den weiteren Bestimmungen ergibt, sodass dem Verbraucher ein unklares Bild seiner vertraglichen Verpflichtung vermittelt wird. Dies erhellt im Übrigen auch aus dem Umstand, dass auch in der „Mitgliedschaftsvereinbarung“ an prominenter Stelle (in Blg ./C oberhalb der Klausel 5) von einem „Beginn der 12-monatigen Vertragslaufzeit“ die Rede ist.

[22] Auf das Argument des Berufungsgerichts, dem Kunden werde im ersten Jahr der Verzicht auf die Abgabe einer Erklärung schlechthin abverlangt, geht die insgesamt unberechtigte Revision gar nicht mehr ein.

2.2. Klausel 2 (Punkt 6.3 der AGB):

„6.3. Kündigung aus wichtigem Grund

Die Mitgliedschaftsvereinbarung kann sowohl vom Mitglied als auch vom Anbieter aus wichtigem Grund

*jederzeit schriftlich mit sofortiger Wirkung gekündigt werden.
Als wichtige Gründe gelten für den Anbieter insbesondere:*

[...]

*• Handlungen und Äußerungen eines Mitgliedes,
die für den Anbieter geschäftsschädigend sind;*

[...]“

[23] Das Erstgericht beurteilte diese Klausel als objektiv ungewöhnlich und benachteiligend iSd § 864a ABGB, weil auch wahre Aussagen geschäftsschädigend sein könnten. Die Klausel sei auch im Hinblick auf die Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

[24] Das Berufungsgericht teilte die Einschätzung der Klausel als gröblich benachteiligend mit der Begründung, dass den Verbraucher keine Treuepflicht gegenüber der Beklagten treffe, sodass ihm wahrheitsgemäße Aussagen oder auch persönliche Meinungen nicht untersagt werden könnten.

[25] Die Revision der Beklagten argumentiert neuerlich damit, dass der Kunde mit einer solchen Klausel rechnen müsse, weil unmittelbar davor beleidigendes, anstößiges, diskriminierendes oder unsittliches Verhalten als außerordentlicher Kündigungsgrund festgelegt werde. Die Kunden der Beklagten seien „nicht nur Intellektuelle, sondern teilweise auch recht simple Geister“, gegen die zu wehren sie eine Handhabe benötige.

[26] Die Revision ist insofern nicht berechtigt.

[27] Wie bereits das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat, ist die Zulässigkeit dieser Klausel nicht an der einer anderen – andere Verhaltensweisen betreffenden und hier gar nicht inkriminierten – Klausel zu messen. Im Übrigen kann auch auf die Ausführungen des Berufungsgerichts verwiesen werden (§ 510 Abs 3 Satz 2 ZPO), dass die Klausel

bei kundenfeindlichster Auslegung eine unsachliche Beschränkung der Meinungsfreiheit vorsieht, indem Äußerungen nicht an ihrem Inhalt und Zusammenhang, sondern allein an ihrem faktischen Erfolg – einer Geschäftsschädigung – gemessen werden.

[28] Gerade vor dem Hintergrund der von der Beklagten zum Ausdruck gebrachten Einschätzung ihrer Kunden in Ansehung von Einsichtsfähigkeit und Benehmen wäre sie gehalten, ihnen konkrete Umstände aufzuzeigen, die sie als Grund für eine außerordentliche Auflösung des Vertrags ansehen wolle. Ihnen stattdessen gänzlich generell Äußerungen verbieten zu wollen, ist überschießend.

2.3. Klausel 3 (Punkt 6.3 der AGB):

„6.3. Kündigung aus wichtigem Grund

Die Mitgliedschaftsvereinbarung kann sowohl vom Mitglied als auch vom Anbieter aus wichtigem Grund jederzeit schriftlich mit sofortiger Wirkung gekündigt werden. Als wichtige Gründe gelten für den Anbieter insbesondere:

[...]

• Handlungen eines Mitgliedes, welche darauf abzielen, den Kundenstock des Anbieters zu reduzieren (Abwerbung).“

[29] Das Erstgericht beurteilte diese Klausel als objektiv ungewöhnlich und benachteiligend iSd § 864a ABGB, weil mit einem derartig weit gefassten Kündigungsregime nicht zu rechnen sei. Sogar unter Konkurrenten wäre ein nicht mit unlauteren Methoden erfolgtes Abwerben zulässig. Die Klausel sei auch gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

[30] Das Berufungsgericht teilte die Einschätzung zum Verstoß gegen § 864a ABGB unter Hinweis darauf, dass die Beklagte die Möglichkeit habe, lauterkeitsrechtlich gegen

Mitbewerber vorzugehen, die in unlauterer Weise Werbung in ihrem Geschäftslokal machen würden, und dies auch ihren Kunden in Ausübung des Hausrechts zu untersagen. Alle Kunden einem derartigen Kündigungsregime zu unterwerfen, das nach seinem Wortlaut etwa auch Gespräche befreundeter Kunden zum Thema Wechsel zu einem anderen Anbieter beinhalten würde, sei überraschend und nachteilig.

[31] Die Revision der Beklagten argumentiert neuerlich (wie schon zu Klausel 3) mit einer anderen Kündigungsklausel (betreffend beleidigendes, anstößiges, diskriminierendes oder unsittliches Verhalten), mit welcher der Kunde rechnen müsse, und die keinen qualitativen Unterschied zur inkriminierten Klausel erkennen lasse. Es gebe kein gesetzliches Verbot, mit Kunden eine derartige Vereinbarung zu treffen, damit die Beklagte nicht tatenlos zusehen müsse, dass Mitglieder im Auftrag der Konkurrenz gezielt Mitglieder abwerben und ihren Kundenstock reduzieren würden.

[32] Die Revision ist insofern nicht berechtigt.

[33] Wie bereits dargelegt ist die Zulässigkeit dieser Klausel nicht an der einer anderen – nicht inkriminierten – Klausel zu messen. Im Übrigen ist neuerlich auf die Ausführungen des Berufungsgerichts zu verweisen (§ 510 Abs 3 Satz 2 ZPO), dass die Klausel bei kundenfeindlichster Auslegung weit über das Ziel hinausgeht, die in der Revision ins Treffen geführte planmäßige Abwerbung von Kunden zugunsten von Konkurrenten zu unterbinden. Was die Beklagte gehindert haben mag, die von ihr nunmehr ins Treffen geführten konkreten Befürchtungen in ebenso konkrete Klauseln zu gießen, bleibt im Dunkeln. Die Klausel ist zu Recht als überraschend und nachteilig und daher ungültig iSd § 864a ABGB qualifiziert worden.

2.4. Klausel 4 (Punkt 9 der AGB [inkriminierte Klausel hervorgehoben):

„9. Datenschutz

Der Anbieter erhebt, speichert, verarbeitet und nutzt folgende personenbezogene Daten des Mitgliedes (einschließlich seines Fotos) selbst oder durch weisungsgebundene Dienstleister, soweit dies zur Erfüllung des Vertragsverhältnisses erforderlich ist: Vorname, Familienname, Geburtsdatum, Adresse, Telefonnummer, E-Mail Adresse, Kontonummer, Foto, Eintrittsdatum, Daten zur Verrechnung und zum Inkasso der Mitgliedsbeiträge. Beim Betreten des Fitnessstudios werden Datum, Uhrzeit sowie Mitgliedsnummer des Mitglieds elektronisch erfasst. Der Anbieter speichert diese Daten. In anonymisierter Form werden diese Daten zudem zur Optimierung der Trainingsbedingungen und des Trainingsbetriebes verwendet. Ebenso überwacht der Anbieter Teile des Studios mit Videokameras und speichert einzelfallbezogen die dabei gewonnenen Aufnahmen, soweit und solange dies im Einzelfall zur Sicherheit seiner Mitglieder und zur Aufklärung von strafbaren Handlungen sowie zur Abwehr oder Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen erforderlich ist. Der Umstand der Beobachtung und die verantwortliche Stelle werden durch Hinweisschilder erkennbar gemacht. Jedenfalls erteilt jedes Mitglied seine Zustimmung zur Erhebung, Speicherung und Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten im oben angeführten Sinn.“

[34]

Das Erstgericht verwies auf 6 Ob 140/18h, wonach bei der Koppelung der Einwilligung zu einer Verarbeitung vertragsunabhängiger personenbezogener Daten mit einem Vertragsabschluss grundsätzlich davon auszugehen sei, dass die Erteilung der Einwilligung nicht freiwillig

erfolge, wenn nicht im Einzelfall besondere Umstände für eine Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung sprächen (RS0132251). Die Überwachung der Kunden mit Videokameras und die Speicherung der Aufnahmen „im Einzelfall“ sei kein notwendiges Element der Abwicklung eines Fitness-Vertrags. Dass besondere Umstände für die Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung sprechen würden, sei von der Beklagten gar nicht vorgebracht worden. Die Klausel widerspreche daher dem Koppelungsverbot und sei intransparent, ohne dass auf die weiteren geltend gemachten Anspruchsgrundlagen näher eingegangen werden müsse.

[35] Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Die Verarbeitung personenbezogener Daten sei nach Art 6 Abs 1 lit a DSGVO rechtmäßig, wenn die betroffene Person ihre Einwilligung zur Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben habe. Art 7 DSGVO regle die Bedingungen für diese Einwilligung, in Art 7 Abs 4 DSGVO werde ausgeführt, dass bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt worden sei, dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden müsse, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig sei, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich wären. Eine Klausel in AGB, nach welcher der Vertragspartner der Verwendung seiner personenbezogenen Daten zu Zwecken zustimme, die für die Vertragsabwicklung nicht erforderlich seien, sei daher unzulässig bzw intransparent (RS0132251 [insb T1]). Die Beklagte verweise hierzu lediglich auf übliche Umstände jedes

Vertragsabschlusses unter Verwendung von AGB. Die generelle und vorbeugende Video-Überwachung von Kunden und die Speicherung der Aufnahmen sei für die Erfüllung eines Vertrags über die Nutzung des Angebots in einem Fitnesscenter jedenfalls nicht erforderlich. Die Klausel verstoße damit gegen das Koppelungsverbot und sei iSd DSGVO unzulässig; sie sei überdies intransparent, da sie offen lasse, welche Bereiche überwacht würden (auch Umkleiden, Duschen, Sanitäranlagen?), und es in das unüberprüfbare Ermessen der Beklagten stelle, für welche Sachverhalte und welche Dauer die Aufzeichnungen aufbewahrt würden.

[36] Die Revision der Beklagten führt Schutz- und Sorgfaltspflichten gegenüber ihren Mitgliedern ins Treffen, damit diese sicher trainieren könnten und nicht Opfer strafbarer Handlungen oder sonst geschädigt würden. In den AGB werde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass „die relevanten Stellen“ mit Hinweisschildern gekennzeichnet würden. Kameras hätten eine präventive Wirkung, weil „jeder potenzielle Täter von vornherein weiß, dass er gefilmt und damit überführt wird, wenn er strafbare Handlungen etc begeht“. Die besonderen Umstände für eine Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung ergäben sich „aus dem Inhalt dieser Bestimmung selbst“. Die Beklagte überwache Teile des Studios mit Videokameras und speichere einzelfallbezogen die dabei gewonnenen Aufnahmen, soweit und solange dies im Einzelfall zur Sicherheit ihrer Mitglieder und zur Aufklärung von strafbaren Handlungen und zur Abwehr oder Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen erforderlich sei. Diese Überwachung sei „kein Selbstzweck“, sondern diene ausschließlich der Sicherheit ihrer Mitglieder, damit keine strafbaren oder schädigenden Handlungen gesetzt

würden. Sie sei „ein notwendiges, sinnvolles und effizientes Element der Abwicklung eines Fitness-Vertrags“ zum Schutz der Kunden. Es sei davon auszugehen, dass die Kunden die AGB läsen, bevor sie einen Vertrag abschließen. Wer einen Vertrag unter Zugrundelegung der AGB abschließt, tue das freiwillig und akzeptiere damit auch diese inkriminierte Bestimmung. „Wer nicht einverstanden ist, schließt keinen Vertrag mit uns.“

[37] Die Revision ist nicht berechtigt und steht insbesondere mit ihren Ausführungen zu präventiven Wirkungen einer Video-Generalüberwachung nicht auf dem Boden der – hier auch durch die DSGVO determinierten – Rechtsordnung. Sie zeigt keinerlei Aspekte auf, die nicht schon von den Vorinstanzen erwogen worden wären; auf die auch mit ihrem Verweis auf RS0132251 zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts kann neuerlich uneingeschränkt verwiesen werden (§ 510 Abs 3 Satz 2 ZPO).

2.5. Klausel 5 (Mitgliedschaftsvereinbarung [Satznummern {1} bis {4} nicht im Original]):

„[1] Zu Beginn der Mitgliedschaft wird eine einmalige Pauschale von 19,90 € für die Verwaltung erhoben. [2] Das Eintrittsmedium (Karte oder Chipband) bleibt im Besitz des Mitglieds und wird ebenfalls mit einer Gebühr von 19,90 € berechnet. [3] Halbjährlich wird eine Servicepauschale in Höhe von 19,90 € erhoben. [4] Sämtliche Beträge enthalten die gesetzliche Mehrwertsteuer.“

[38] Diese Textpassage befindet sich in der vom Kunden zu unterfertigenden „Mitgliedschaftsvereinbarung“ unmittelbar neben zwei Feldern, in denen die Wahl des Mitgliedschaftsmodells samt „all-inklusive“ Mitgliedsbeitrag anzukreuzen sowie der Betrag für den „Mitgliedsbeitrag (monatlich)“ gesondert auszufüllen ist.

[39] Das Erstgericht beurteilte diese Klausel als zur Gänze gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Verwaltungspauschale, Servicepauschale und Chipgebühr seien nicht Hauptleistungen des Vertrags, sondern unterlägen als Nebenbestimmungen der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB. Der durchschnittliche Kunde stelle bei Vertragsschluss auf das monatliche Entgelt ab und achte nicht auf Verwaltungspauschale, Servicepauschale oder Chipgebühr. Der Aufwand der Neuerfassung eines Mitglieds sei nicht so groß, dass eine Verwaltungspauschale in Höhe von zwei Dritteln einer monatlichen Basis-Mitgliedschaft gerechtfertigt wäre. Servicepauschalen würden halbjährlich ohne Rücksicht darauf verrechnet, ob ein Mitglied die angebotenen Services in Anspruch nehme oder nicht, sodass ihnen keine Gegenleistung gegenüberstehe. Dass der Vertrag grundsätzlich auch ohne diese Pauschalen abgeschlossen werden könnte, zeige eine aktuelle Aktion der Beklagten, in der eine Mitgliedschaft ohne Servicepauschale angeboten werde. In Wahrheit werde dadurch für wirtschaftlich nicht gesondert werthaltige Leistungen ein höherer Mitgliedsbeitrag eingehoben als durch das monatliche Entgelt suggeriert werde, was sachlich nicht gerechtfertigt und daher gröblich benachteiligend sei. Die unübliche Verrechnung des Entgelts unter verschiedenen Positionen verschleierte einem Verbraucher darüber hinaus die Höhe des Gesamtentgelts; die Klausel sei daher auch intransparent; es würden zusammenhängende Regelungen und ihre nachteiligen Effekte deshalb nicht erkennbar, weil die einzelnen Teile an versteckten oder nur schwer miteinander in Zusammenhang zu bringenden Stellen, etwa in verschiedenen Klauseln, geregelt seien. Vertretbar wäre hingegen die Chipgebühr, weil für den Chip Kosten anfielen und das Vergessen oder der Verlust eines

Chips mit beträchtlichem Aufwand verbunden sei. Dieser Aufwand würde eine Gebühr von 19,90 EUR grundsätzlich rechtfertigen, selbst wenn der Chip in der Anschaffung nur 3 EUR koste. Da jedoch geltungserhaltende Reduktion unzulässig sei, wäre die Klausel 5 zur Gänze unzulässig.

[40] Das Berufungsgericht vertrat die Auffassung, dass die Klausel in drei Bestandteile (Verwaltungspauschale, Chipgebühr und Servicepauschale) teilbar sei. Es bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung nur in Ansehung der Servicepauschale (Satz 3 der Klausel 5), wies jedoch das Begehren in Ansehung der übrigen Teile ab.

[41] Das Versprechen über den in der Monatspauschale enthaltenen „All in“-Leistungsumfang werde durch die Einhebung eines zusätzlichen Entgelts, mit dem idente Leistungen ein zweites Mal abzugelten seien, eingeschränkt und ausgehöhlt. Auch die Behauptung, die Servicepauschale würde eine ständige Erweiterung des Serviceangebots abdecken, ändere nichts, da ein Anspruch der die Servicepauschale entrichtenden Kunden auf eine solche Erweiterung nicht vorgesehen sei, sondern die AGB in Pkt 1.3. sogar ausdrücklich vorsähen, dass für die Inanspruchnahme zusätzlicher Leistungen zusätzliche Entgelte anfielen. Die Regelung zur halbjährlichen Servicepauschale verstoße daher gegen § 879 Abs 3 ABGB, ohne dass die Frage der Verschleierung des Gesamtentgelts im Lichte des § 6 Abs 3 KSchG geprüft werden müsse.

[42] Die administrativen Vorgänge bei Aufnahme neuer Mitglieder und das Bereitstellen der für den Zutritt erforderlichen Schlüssel seien hingegen unselbständige Nebenpflichten und gehörten damit zur Erfüllung der vertraglichen Hauptleistung, dafür eingehobene Entgelte seien somit Teile des Hauptleistungsentgelts. Diese Entgelte seien

Voraussetzungen für den Vertragsabschluss und der Höhe nach ziffernmäßig bestimmt. Sie fielen einmalig mit dem Vertragsabschluss und nicht erst im Erfüllungsstadium an. Bei der Verwaltungspauschale und der Chipgebühr bestehe somit von vornherein nicht die Gefahr, dass das eigentliche Leistungsversprechen dadurch eingeschränkt, verändert oder ausgehöhlt werden könnte. Das diesbezügliche Begehren (Sätze 1, 2 und 4 der Klausel 5) sei daher abzuweisen.

[43] Auf erstmals in der Berufungsbeantwortung der Klägerin vorgebrachte Verstöße gegen Informationspflichten nach § 5a Abs 1 Z 3 KSchG und § 4 Abs 1 Z 4 und 5 FAGG zum Gesamtpreis sowie gegen § 6c KSchG zu „zusätzlichen Zahlungen“, bei denen es sich um weitere, eigenständige Anspruchsgrundlagen handle, sei wegen des Neuerungsverbots des § 482 ZPO nicht einzugehen.

[44] **2.5.1.** Der Behandlung der Revisionen ist zur Klarstellung vorauszuschicken, dass für die Qualifikation einer Klausel als eigenständig iSd § 6 KSchG nicht die Gliederung des Klauselwerks maßgeblich ist; es können vielmehr auch zwei unabhängige Regelungen in einem Punkt oder sogar in einem Satz der AGB enthalten sein. Es kommt darauf an, ob ein materiell eigenständiger Regelungsbereich vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn die Bestimmungen isoliert voneinander wahrgenommen werden können (RS0121187 [insb T1]; vgl 8 Ob 108/21x Rz 20 mwN).

[45] In diesem Lichte ist die Ansicht des Berufungsgerichts zutreffend, dass die Klausel 5 mehrere Klauseln enthält, die eigenständige Regelungsbereiche enthalten und einer isolierten Wahrnehmung zugänglich sind. Die gesonderte Beurteilung der voneinander abzugrenzenden Klauseln ist daher zulässig und geboten (was im Übrigen die Parteien in ihren Rechtsmittelschriftsätzen auch nicht in

Frage stellen). Dem Satz 4 der Klausel 5 kommt hingegen im vorliegenden Zusammenhang kein eigenständiger Regelungsgehalt zu, sodass er hier vernachlässigt werden kann.

[46] Fragen der geltungserhaltenden Reduktion (vgl oben Pkt 1.4.) stellen sich insgesamt nicht.

[47] **2.5.2.** Ebenso ist vorab allgemein zu beiden Revisionen festzuhalten, dass in AGB enthaltene Entgeltklauseln, die ein Zusatzentgelt nicht zur Abgeltung einer nur aufgrund von Besonderheiten im Einzelfall erforderlichen Mehrleistung, sondern zur Abgeltung einer im Regelfall mit der Erfüllung der vertraglichen Pflichten verbundenen Leistung vorsehen, das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, es verändern oder aushöhlen und damit der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB unterliegen (RS0016908 [T5, T6; vgl auch T8, T16, T32]).

[48] Nach der jüngeren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (C-224/19, C-259/19, *Caixabank SA ua*) kann eine in einem Darlehensvertrag zwischen einem Verbraucher und einem Finanzinstitut enthaltene Klausel, nach der der Verbraucher eine Bereitstellungsprovision zu zahlen hat, entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursachen, wenn das Finanzinstitut nicht nachweist, dass diese Provision tatsächlich erbrachten Dienstleistungen und ihm entstandenen Kosten entspricht, was vom nationalen Richter zu beurteilen ist.

[49] Die vor dieser Entscheidung ergangene Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, wonach alles, was

der Kreditnehmer über die Rückgabe der Valuta hinaus für den Erhalt der Leistung des Kreditgebers zu geben hat, und daher auch laufzeitunabhängige „Bearbeitungs-“ oder „Manipulationsgebühren“ Entgelt und daher nicht kontrollunterworfen sei (vgl. RS0130662), ist daher in unionsrechtlichem Lichte neu zu bewerten.

[50] Vor diesem Hintergrund ist nicht nur für einen Vertrag zwischen Verbraucher und Kreditunternehmung, für den vielfältige sonstige rechtliche Rahmenbedingungen bestehen (vgl. 6 Ob 13/16d), sondern umso mehr für einen Vertrag über die Benützung eines Fitnessstudios ein konkreter Konnex zwischen dem ausgewiesenen Sonderentgelt und den tatsächlich erbrachten Dienstleistungen und dem Unternehmer entstandenen Kosten gefordert. Wenn auch eine Pauschalierung von Entgelten nicht von vornherein unzulässig ist, solange damit die konkreten Kosten nicht grob überschritten werden (vgl. RS0123253), ist die Verrechnung von Entgelten ohne konkrete Zusatzleistung und ohne konkrete Kosten als unzulässig anzusehen.

[51] **2.5.3. Die Revision der Beklagten** wendet sich gegen die Stattgebung in Ansehung von Satz 3 der Klausel 5 und sieht eine unrichtige rechtliche Beurteilung darin, dass sich die Klausel 5 „nicht nur“ in den AGB, sondern „zusätzlich“ auch in Blg ./C finde, wo ausdrücklich auf jede einzelne streitgegenständliche Gebühr hingewiesen werde; mit „Blg ./C und den Folgen“ hätten sich die Vorinstanzen nicht auseinandergesetzt und diese nicht „analysiert“, weil sonst das Begehren abzuweisen gewesen wäre. Die Kunden wüssten ganz genau, dass sie neben der monatlichen Gebühr halbjährlich eine Servicepauschale in Höhe von 19,90 EUR, also monatlich gerade einmal 3,30 EUR bezahlen müssten; das sei auch in Blg ./C so vereinbart, sodass die Kunden daran

gebunden seien. Die Servicepauschale sei ebenso wie die Einschreibgebühr und die Chipgebühr, die das Berufungsgericht als zulässig ansehe, eine Hauptleistungspflicht, sodass § 879 Abs 3 ABGB nicht anwendbar sei.

[52] Die Revision ist insofern nicht berechtigt.

[53] Nach den Feststellungen ist die „Servicepauschale“ ebenso unabhängig von den dem Kunden mit der Mitgliedschaft zur Verfügung stehenden Angeboten wie von den von ihm tatsächlich konkret konsumierten Leistungen. Dem Berufungsgericht ist daher dahin zuzustimmen, dass diese Klausel mit dem „All in“-Konzept nicht vereinbar und insofern gröblich benachteiligend ist. Warum sie eine Hauptleistungspflicht umschreiben sollte, ist nicht nachvollziehbar, zumal wie dargelegt Klauseln, die ein Zusatzentgelt nicht zur Abgeltung einer nur aufgrund von Besonderheiten im Einzelfall erforderlichen Mehrleistung, sondern zur Abgeltung einer im Regelfall mit der Erfüllung der vertraglichen Pflichten verbundenen Leistung vorsehen, als Nebenleistungen gröblich benachteiligend sind. Bereits die Vorinstanzen haben zutreffend darauf verwiesen, dass der Verbraucher keinerlei über die vertragliche Hauptleistung hinausgehende „Service“-Leistungen erhält, sondern nach den AGB Zusatzleistungen – welcher Art immer diese sein mögen – nochmals gesondert entgolten werden müssten. Konkrete Umstände im Sinn der erwähnten Rechtsprechung des EuGH, dass die Servicepauschale darüber hinaus tatsächlich erbrachten Dienstleistungen und konkret entstandenen Kosten entspricht, sind von der Beklagten weder vorgebracht worden noch ersichtlich. Die „Pauschalierung“ ohne konkrete Kosten oder Leistungen ist daher unzulässig.

[54] Die Ausführungen der Revision zum Übergehen

von Blg ./C sind unverständlich, ist die Klausel doch in dieser „Mitgliedschaftsvereinbarung“ enthalten, und nicht in den – auch auf der Rückseite von Blg ./C abgedruckten – AGB wie in Blg ./B; die Vorinstanzen haben (nur) eben jene Klausel behandelt.

[55] **2.5.3. Die Revision der Klägerin** wendet sich gegen die Abweisung des Begehrens in Ansehung der Sätze 1 und 2 der Klausel 5; sie macht Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und unrichtige rechtliche Beurteilung geltend.

[56] Sie führt rechtlich zusammengefasst ins Treffen, dass auch „Verwaltungspauschale“ und Chipgebühr keine Haupt-, sondern Nebenleistungen seien. Es sei nicht ersichtlich, welcher Aufwand mit einer Verwaltungspauschale abzudecken wäre. Es gebe keine Feststellungen, dass der Aufwand über den normalen und mit jeder Vertragsbegründung verbundenen Aufwand hinausgehen würde; der Verbraucher erhalte für die zusätzliche Gebühr keine konkrete Gegenleistung. Die Einhebung einer eigenen Gebühr für Eintrittsmedien, die den automatisierten Zutritt ermöglichen würden, sei vollkommen unüblich, die Kosten hierfür seien in der Regel im Preis für die Dienstleistung enthalten. Die Pflicht zur Ermöglichung des Zugangs zum Fitnessstudio ergebe sich auch schon aus der Mitgliedsvereinbarung selbst, ohne dass dafür ein gesonderter Aufwand verrechnet werden dürfte. Zudem seien die Kosten für den Chip und der Aufwand für dessen Aktivierung so gering, dass sie eine Gebühr von 19,90 EUR nicht rechtfertigten.

[57] Die Revision der Klägerin ist berechtigt.

[58] Generell ist der Ansicht des Erstgerichts und der Revision beizutreten, dass aus den oben grundsätzlich in

Pkt 2.5.2. sowie konkret zur Servicegebühr erläuterten Gründen keine Hauptleistungen vorliegen, sondern im Regelfall mit der Erfüllung der vertraglichen Pflichten verbundene Leistungen, für die eine gesonderte Abgeltung verlangt wird; sie schränken damit das eigentliche Leistungsversprechen ein, verändern es und höhlen es aus, sodass sie der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB unterliegen.

[59] Der Verwaltungspauschale entsprechen keine konkreten Aufwendungen oder Leistungen, die nach den Feststellungen über das übliche, mit jeder Vertragsbegründung entstehende Maß hinausgehen. Insbesondere hat die Beklagte weder vorgebracht noch ist festgestellt oder sonst im Verfahren hervorgekommen, dass sie den im Zusammenhang mit der Vertragsanbahnung entstehenden Aufwand nicht durch die in den Fitnessstudios ohnehin anwesenden Trainer erledigen würde, oder ihr ein konkret bezifferbarer (oder auch nur plausibel pauschalierbarer) Mehraufwand entstünde, der durch die von ihr sonst eingesetzten Trainer nicht bewältigbar wäre. Die Klausel ist daher im Lichte des eingangs Gesagten gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

[60] Dies gilt umso mehr für die Chipgebühr, da – wie die Klägerin zutreffend aufzeigt – die Ermöglichung des Zutritts zu den Fitnessstudios zu den Vertragspflichten der Beklagten gehört und schon aus diesem Grund nicht nachvollziehbar ist, warum ihre Kunden dafür ein zusätzliches Entgelt bzw für den dafür geforderten Erwerb eines Chips einen zusätzlichen Kaufpreis leisten sollten. Im Übrigen steht nach den Feststellungen die Gebühr in keinem nachvollziehbaren Verhältnis zu den Kosten und dem der Beklagten entstehenden Aufwand hierfür, wie sie mit ihren Darlegungen zum damit verfolgten Ziel, die Kunden zu einem

sorgfältigen Umgang mit den Chips anzuhalten, selbst belegt: Gerade sorgfältige Kunden werden dadurch gröblich benachteiligt, weil sie – anders als etwa bei einem Pfandsystem, das nur die von der Beklagten so gefürchteten schlampigen, die Chips laufend verlierenden oder vergessenden Mitglieder belasten würde – die Kosten des für sie ansonsten zudem völlig nutzlosen Chips jedenfalls zu tragen haben. Die Kaufverpflichtung ist somit für die Erreichung des behaupteten Ziels, die Kunden zu sorgfältigem Umgang mit den Zutrittskarten zu erziehen, nicht geeignet. Auch diese Klausel hat im Lichte des § 879 Abs 3 ABGB keinen Bestand.

[61] Da bereits eine gröbliche Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ZPO durch die Sätze 1 und 2 der Klausel 5 zu bejahen ist, muss die Frage einer Intransparenz der Klauseln nicht mehr erörtert werden.

[62] Da weiters das Unterlassungsbegehren zu diesen Klauseln bereits aufgrund der dargelegten Umstände berechtigt ist, fehlt es auch den von der Klägerin behaupteten Mängeln des Berufungsverfahrens an Relevanz. Aus diesem Grund bedarf es hier weder einer näheren Auseinandersetzung mit Tragweite und Grenzen der Entscheidung 6 Ob 105/21s (die den Umgang mit – hier weder behaupteten noch vorliegenden – vom Verbraucher nicht beanstandeten, aber mit dem Gegenstand des Rechtsstreits zusammenhängenden Klauseln betraf und daher auch nicht einschlägig ist), noch muss die Frage geklärt werden, ob die erstmals in der Berufungsbeantwortung dargebotene Behauptung der Klägerin, wonach Klausel 5 (auch) gegen § 6c KSchG, § 5a Abs 2 Z 3 KSchG sowie § 4 Abs 1 Z 4 und 5 FAGG verstoße, dem Neuerungsverbot unterliege.

3. Veröffentlichungsbegehren

[63] Das Erstgericht begründete die Veröffentlichung des klagsstattgebenden Urteilsspruchs im redaktionellen Teil der Regionalausgaben der „Kronen Zeitung“ für Wien, Niederösterreich, Oberösterreich, Salzburg und Steiermark damit, dass die Beklagte in diesen Bundesländern tätig sei, ohne auf ein bestimmtes Zielpublikum eingeschränkt zu sein. Die Aufklärung der beteiligten Verkehrskreise – einschließlich aktueller, potenzieller und ehemaliger Vertragspartner der Beklagten – wäre in einem Lokalmedium oder durch bloße Veröffentlichung auf der Internetseite der Beklagten nicht zu erzielen.

[64] Das Berufungsgericht teilte die Rechtsansicht des Erstgerichts und verwies darauf, dass die Beklagte in ihrer Berufung keine stichhaltigen Gegenargumente anbiere. Sie betreibe auch in den angesprochenen Bundesländern Studios, in anderen Bundesländern sei keine Veröffentlichung bewilligt worden. Das „berechtigte Interesse“ an der Urteilsveröffentlichung liege bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass der Rechtsverkehr bzw die Verbraucher als Gesamtheit, also nicht nur unmittelbar betroffene Geschäftspartner, das Recht hätten, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- bzw sittenwidrig seien. Durch die Aufklärung werde die Aufmerksamkeit der Verbraucher für die Unzulässigkeit von Vertragsbedingungen geschärft und es werde ihnen damit erleichtert, ihre Rechte gegenüber dem Unternehmer wahrzunehmen.

[65] Die Revision der Beklagten führt dagegen ins Treffen, die Veröffentlichung sei überschießend. Die maßgeblichen Verkehrskreise seien ihre Vertragspartner, also ihre Mitglieder und Interessenten. Darüber hinaus bestehe

kein Aufklärungsbedarf, weil alle anderen Personen ihre AGB gar nicht kennen würden, ihnen ihre Verträge und AGB gleichgültig seien und sie dementsprechend auch kein Interesse daran hätten, über den Ausgang des streitgegenständlichen Verfahrens informiert zu werden. Zudem würden Fitnessstudios etwa 10 % der jeweiligen Gesamtbevölkerung im Umkreis der Studios der Beklagten ansprechen, was nur einen geringen Teil der Gesamtbevölkerung des jeweiligen Bezirks ausmache. Die Urteilsveröffentlichung in einer reichweitenstarken Zeitung stehe dazu völlig außer Verhältnis und sei schikanös.

[66] Die Revision der Beklagten ist auch in diesem Punkt nicht berechtigt.

[67] Die Vorinstanzen haben die Grundsätze der Rechtsprechung zur Urteilsveröffentlichung richtig wiedergegeben, sodass neuerlich darauf verwiesen werden kann (§ 510 Abs 3 Satz 2 ZPO). Dem Bedürfnis der Öffentlichkeit nach Aufklärung wird die Bereitstellung von Informationen auf der Website der Beklagten nicht gerecht (vgl RS0121963 [T10, T13, T15]). Die in der Revision der Beklagten angestellten Zahlenspiele zu ihrem Zielpublikum haben keine Tatsachengrundlage. Demnach ist die Ermächtigung zur Veröffentlichung in einer auflagenstarken Tageszeitung wie hier nicht zu beanstanden, zumal es der Rechtsprechung entspricht, dass eine solche Veröffentlichung sogar dann sinnvoll ist, wenn der Fokus der Geschäftstätigkeit des beklagten Unternehmens im Internet liegt (vgl RS0121963 [T13]; 1 Ob 201/20w Rz 172 mwN). Eine Veröffentlichung in von der Beklagten anscheinend gewünschten auflagenschwächeren Zeitschriften würde den dargelegten Zwecken des Veröffentlichungsbegehrens nicht ausreichend entsprechen.

[68] **4. Zusammengefasst** war daher nur der Revision der Klägerin, nicht aber der der Beklagten Folge zu geben. Das erstgerichtliche Urteil war daher in der Hauptsache wiederherzustellen, indem dem Klagebegehren auch in Ansehung der Sätze 1 und 2 der Klausel 5 und dem Klagebegehren damit zur Gänze stattzugeben war.

[69] **5.** Dieses Ergebnis erfordert eine auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens insgesamt neu bemessende **Kostenentscheidung:**

[70] **5.1.** Vorauszuschicken ist, dass die gänzlich unterlegene Beklagte der Klägerin gemäß §§ 41, 54 Abs 1a ZPO die richtig verzeichneten Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens in Höhe von 8.739,68 EUR (darin 1.332,78 EUR USt und 743 EUR Gerichtsgebühren) zu ersetzen hat, wie schon das Erstgericht erkannt hatte. Der mit der Berufung der Beklagten gegen die Klagsstattgebung verbundene (dieselben Gründe wie in den vom Erstgericht als nicht stichhältig erachteten Einwendungen nach § 54 Abs 1a ZPO anführende) Kostenrekurs gegen die erstinstanzliche Kostenentscheidung musste aus den bereits von den Vorinstanzen dargelegten Erwägungen erfolglos bleiben: Die hier kritisierten Kosten für die Replik vom 29. 4. 2021 waren – insbesondere im Hinblick auf die Urkundenvorlage und die durch den Schriftsatz ermöglichte Vorbereitung der dadurch verzögerungsfrei als Videokonferenz vonstatten gehenden Tagsatzung – zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig.

[71] Die dies richtig erkennende Entscheidung des Erstgerichts war daher auch im Kostenpunkt wiederherzustellen.

[72] **5.2.** Die Klägerin hat die gegen die gänzliche Klagsstattgebung gerichtete Berufung der Beklagten letztlich erfolgreich abgewehrt. Sie hat daher nach §§ 50, 41 ZPO die

richtig verzeichneten Kosten ihrer Berufungsbeantwortung in Höhe von 3.051,12 EUR (darin 508,52 EUR USt) ersetzt zu erhalten.

[73] Gesonderte Kosten für die Beantwortung des Kostenrekurses der Beklagten (oben Pkt 5.1.) sind der Klägerin als in der Hauptsache gänzlich obsiegender Partei jedoch nicht zuzusprechen (RS0087844 [T5]).

[74] **5.3.** Zu den Kosten des Revisionsverfahrens ist das Folgende auszuführen:

[75] **5.3.1.** Ausgehend vom eingangs der Ausführungen zu Klausel 5 Gesagten waren hier neben den Klauseln 1 bis 4 drei selbstständige Klauseln in Klausel 5, somit insgesamt sieben Klauseln zu beurteilen. Die Klägerin bewertete ihr Unterlassungsbegehren pauschal mit 30.500 EUR, ohne diese Bewertung nach einzelnen Klauseln zu differenzieren. Damit entfielen 4.357,14 EUR als anteiliger Streitwert auf jede der sieben Klauseln.

[76] **5.3.2.** Die erfolgreiche Revision der Klägerin hat sich gegen die Abweisung von zwei Klauseln (Revisionsinteresse insofern daher 8.714,28 EUR) gewandt, sodass die Kosten hierfür mit einem Ansatz nach TP 3C von 433 EUR zu bemessen gewesen wären. Mehr als die von der Klägerin auf Basis von 4.537 EUR (Ansatz TP 3C 260,10 EUR) verzeichneten Kosten von 1.263,91 EUR (darin 83,65 EUR USt und 762 EUR Gerichtsgebühren) konnten indes nicht bestimmt werden.

[77] **5.3.3.** Die erfolglose Revision der Beklagten wandte sich gegen die Stattgebung von fünf Klauseln (Revisionsinteresse insofern daher 21.785,70 EUR) sowie des mit 4.400 EUR bewerteten Veröffentlichungsbegehrens, sodass die Kosten der Revisionsbeantwortung der siegreichen Klägerin auf Basis eines Revisionsinteresses von insgesamt

26.185,70 EUR (statt wie von ihr verzeichnet 34.900 EUR) und demnach einem Ansatz TP 3C von 957,40 EUR zu bemessen waren.

[78] Die mit ihrer Revision zur Gänze unterlegene Beklagte hat die Kosten der Revisionsbeantwortung der Klägerin von insgesamt 1.725,84 EUR (darin 287,64 EUR USt) zu ersetzen.

[79] **5.3.4.** Die der Klägerin nach §§ 50, 41 ZPO zu ersetzenden Kosten des Revisionsverfahrens betragen damit insgesamt 2.989,75 EUR (darin 371,29 EUR USt und 762 EUR Gerichtsgebühren).

[80] **5.4.** Für das gesamte Rechtsmittelverfahren hat die Klägerin daher 6.040,87 EUR ersetzt zu erhalten. Die Kosten des Wiedereinsetzungsverfahrens wurden jedoch bereits vom Erstgericht bestimmt (ON 33).

Oberster Gerichtshof
Wien, am 18. Oktober 2022
Dr. K o d e k
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG