



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Univ.-Prof. Dr. Kodek als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Schwarzenbacher und MMag. Matzka sowie die Hofrätinnen Mag. Istjan, LL.M., und Mag. Fitz als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Bundesarbeitskammer, Prinz-Eugen-Straße 20–22, 1040 Wien, vertreten durch Dr. Sebastian Schumacher, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei MCD Fitness GmbH, Autokaderstraße 29/Bauteil 1, 1210 Wien, vertreten durch Brand Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert 34.900 EUR), über die Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 25. Jänner 2022, GZ 1 R 147/21a-34, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 10. September 2021, GZ 53 Cg 49/20g-26, 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 und gibt dieser die AGB und Vertragsformblätter vor. Die Beklagte betreibt Fitnessstudios mit hochwertiger Ausstattung zum günstigen Preis. Es gibt verschiedene Arten von Mitgliedschaften zu unterschiedlichen Preisen und Leistungen – von 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“. Bereits die Basismitgliedschaft umfasst auch eine Beratung durch einen Personal Trainer. Auch die Nutzung der Power-Plate-Geräte ist bereits von der Basismitgliedschaft gedeckt, 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 Abschluss einer Mitgliedschaft müssen die Daten des neuen Mitglieds aufgenommen, hinterlegt und der konkrete Vertragsinhalt freigeschaltet werden, dies dauert bis

zu 20 Minuten. 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. Dieser Aufwand soll durch die Verwaltungspauschale in Höhe von einmalig 19,90 EUR abgegolten werden.

- [3] Das Chipband, für das ebenfalls 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 zu zahlen, auch wenn sie Leistungen wie Trainerstunden, Beratungsgespräche oder Gruppenkurse 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 richten 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 der Klägerin ist auch berechtigt, nicht jedoch jene der Beklagten.

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

[12] 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 Überraschungseffekt

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).

[13]

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 berechnete 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]).

[14] **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]).

[15] **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).

[16] **2.** Zu den einzelnen Klauseln in den AGB der Beklagten bzw in der Mitgliedschaftsvereinbarung:

[17] **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).“

[18] 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.

[19] Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Die von der Beklagten ins Treffen geführte Entscheidung 5 Ob 205/13b habe einen anderen Sachverhalt betroffen. Eine 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.

[20] 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.

[21] Die Revision ist insofern nicht berechtigt.

[22] **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).

[23]

2.1.2. Wie bereits die Vorinstanzen zutreffend dargelegt haben, unterscheidet sich der Sachverhalt von dem zu 5 Ob 205/13b entschiedenen 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.

[24] **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 von einem „Beginn der 12-monatigen Vertragslaufzeit“ die Rede ist.

[25] **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;

[...]“

[26] 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.

[27] Das Berufungsgericht teilte die Einschätzung der Klausel als gröblich benachteiligend mit der Begründung,

dass ihr nicht zu entnehmen sei, dass sie nur unwahre oder unsachliche Äußerungen umfasse. In der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung sei vielmehr davon auszugehen, dass die Klausel der Beklagten die sofortige Vertragsauflösung auch im Falle einer wahrheitsgemäßen und sachlichen Kritik ermögliche, sofern ihr diese einen geschäftlichen Nachteil bringen könnte. Dies mache die Klausel nach § 864a ABGB nichtig.

[28] 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.

[29] Die Revision ist insofern nicht berechtigt.

[30] Die Zulässigkeit dieser Klausel ist 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.

[31] 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.

[32]

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).“

[33]

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.

[34]

Das Berufungsgericht teilte diese Einschätzung 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.

[35]

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.

[36] Die Revision ist insofern nicht berechtigt.

[37] 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.

[38] **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.

[39] Das Erstgericht führte aus, nach der neuen Judikatur sei bei der Koppelung der Einwilligung zu einer Verarbeitung vertragsunabhängiger personenbezogener Daten mit einem Vertragsabschluss grundsätzlich davon auszugehen, dass die Erteilung der Einwilligung nicht freiwillig erfolge, wenn nicht im Einzelfall besondere Umstände für eine Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung sprächen. Eine Klausel in AGB, nach der der Vertragspartner der Verwendung seiner personenbezogenen Daten zu Zwecken zustimme, die für die Vertragsabwicklung nicht erforderlich seien, sei daher unzulässig bzw intransparent. Das Überwachen der Kunden mit Videokameras und das Speichern der Aufnahmen sei kein notwendiges Element der Abwicklung einer Fitnessmitgliedschaft. Die Beklagte habe auch nicht vorgebracht, dass besondere Umstände für die Freiwilligkeit der Einwilligung sprechen würden. Solche Umstände seien

auch nicht ersichtlich. Damit sei die Klausel 4 unzulässig, weil sie gegen Art 6 Abs 1 lit a iVm Art 4 Z 11 iVm Art 7 Abs 4 DSGVO verstoße. Die Klauselkontrolle erfolge unabhängig von ihrer tatsächlichen Anwendung. Die Tatsache, dass in den Fitnessstudios teilweise nur Kameraattrappen angebracht seien, ändere nichts an der Unzulässigkeit der Klausel.

[40] Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Bei der Koppelung der Einwilligung zu einer Verarbeitung vertragsunabhängiger personenbezogener Daten mit einem Vertragsschluss sei grundsätzlich davon auszugehen, dass die Erteilung der Einwilligung nicht freiwillig erfolge, wenn nicht im Einzelfall besondere Umstände für eine Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung sprechen (6 Ob 140/18h mwN; RS0132251). Dass die in der Klausel 4 vorgesehene Verarbeitung personenbezogener Daten nicht zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen der Beklagten erforderlich sei, werde von ihr nicht bestritten. Besondere Umstände für die Freiwilligkeit der Einwilligung habe sie nicht behauptet, sodass die inkriminierte Klausel dem Koppelungsverbot widerspreche. Die Berufungsausführungen, wonach sich die besonderen Umstände der Freiwilligkeit der Zustimmung aus dem Inhalt der Klausel selbst ergeben würden, seien nicht nachvollziehbar. Die Freiwilligkeit der Zustimmung zu einer Klausel betreffe die Umstände des Zustandekommens der Zustimmungserklärung, die naturgemäß nicht aus deren Inhalt erschlossen werden könnten.

[41] 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 abschließe, tue das freiwillig und akzeptiere damit auch diese inkriminierte Bestimmung. „Wer nicht einverstanden ist, schließt keinen Vertrag mit uns.“

[42] 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 verwiesen werden

(§ 510 Abs 3 Satz 2 ZPO).

[43] **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.“

[44] 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.

[45] 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. Die Verwaltungspauschale sei zu hoch. Der Aufwand zur Neuerfassung eines Mitglieds rechtfertige nicht zwei Drittel des Preises einer monatlichen Basis-Mitgliedschaft. Hinzu komme, dass sich der Kunde der Klausel beugen müsse, weil ihm sonst der Vertragsabschluss verweigert würde. Selbst wenn der Betrag von 19,90 EUR für die Erfassung der Kundendaten gerechtfertigt wäre, werde der durchschnittliche Kunde bei der Abwägung, ob er den Vertrag eingehen wolle, auf das monatliche Entgelt abstellen und nicht auf die Verwaltungspauschale, die Servicepauschale und die Chipgebühr achten. Besonders deutlich werde die gröbliche

Benachteiligung bei der Servicepauschale. Sie werde halbjährlich ohne Rücksicht darauf verrechnet, ob ein Mitglied die angebotenen Services in Anspruch nehme oder nicht. Damit stehe keine Gegenleistung gegenüber. In Wahrheit werde dadurch ein höherer Mitgliedsbeitrag eingehoben, als durch das monatliche Entgelt suggeriert werde. Die Verrechnung eines weiteren, fixen Entgelts für wirtschaftlich nicht gesondert werthaltige Leistungen sei sachlich nicht gerechtfertigt und daher gröblich benachteiligend. Die unübliche Verrechnung des Entgelts unter verschiedenen Positionen verschleierte dem Verbraucher die Höhe des Gesamtentgelts. Die Klausel sei daher auch intransparent. Vertretbar erschiene eine Chipgebühr, deren Höhe aber angesichts der Anschaffungskosten von ca 3 EUR nicht gerechtfertigt sei. Eine geltungserhaltende Reduktion sei im Verbandsklageverfahren nicht vorgesehen.

[46] 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.

[47] Sowohl die administrativen Vorgänge im Zuge der Aufnahme der Mitglieder als auch die Schaffung einer Zutrittsmöglichkeit zu den Vertragsräumlichkeiten seien als unselbständige Nebenpflichten Bestandteile der Hauptleistung aus dem Vertrag. Die dafür eingehobenen Entgelte seien also Bestandteile 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

– ähnlich wie bei Kreditbearbeitungsgebühren (6 Ob 13/16d) – von vornherein nicht die von der Rechtsprechung als ratio für die Kontrollunterworfenheit hervorgehobene Gefahr, dass das eigentliche Leistungsversprechen dadurch eingeschränkt, verändert oder ausgehöhlt werden könnte.

[48] Anderes gilt hingegen für die Servicepauschale. Zwar sei auch sie Voraussetzung für den Vertragsabschluss, allerdings falle sie nicht einmalig bei Vertragsabschluss, sondern erst periodisch im Erfüllungsstadium an. Die damit bezahlten Zusatzleistungen seien schon ausdrücklich in allen Stufen der von der Beklagten so genannten „All-in“-Mitgliedschaften und den dafür jeweils ausgewiesenen Monatspauschalen, also sogar schon in der mit 29,90 EUR monatlich angepriesenen Basis-Mitgliedschaft enthalten. Dieses Versprechen über den in der Monatspauschale enthaltenen „All-in“-Leistungsumfang werde durch die Einhebung eines zusätzlichen Entgelts, mit dem idente Leistungen mit einem Zusatzentgelt ein zweites Mal abzugelten seien, eingeschränkt und ausgehöhlt. Auch die weitere Behauptung der Beklagten, wonach die Servicepauschale die ständige Erweiterung ihres Serviceangebots abdecke, gehe ins Leere, da ein Anspruch der die Servicepauschale entrichtenden Kunden auf eine solche Erweiterung nicht vorgesehen sei, sondern dafür zusätzliche Entgelte anfielen. Da die Regelung zur halbjährlichen Servicepauschale somit gegen § 879 Abs 3 ABGB verstoße, könne dahingestellt bleiben, ob die angesichts der fehlenden Information über das Gesamtentgelt damit verbundene Verschleierung des monatlichen bzw jährlichen Gesamtentgelts auch dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG widerspreche.

[49] **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).

[50] 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.

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

[52] **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]).

[53] 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.

[54] 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.

[55] 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.

[56] **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.

[57] Die Revision ist insofern nicht berechtigt.

[58] 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 Sinne 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.

[59] 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.

[60] **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.

[61] 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.

[62] Die Revision der Klägerin ist berechtigt.

[63] 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.

[64] 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.

[65] 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.

[66] 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.

[67] 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 Berufsbeantwortung 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

[68] Das Erstgericht begründete die Veröffentlichung des klagsstattgebenden Urteilsspruchs im redaktionellen Teil der Regionalausgaben der „Kronen Zeitung“ für Wien und Niederösterreich damit, dass die Beklagte in diesen Bundesländern tätig sei und dass aktuelle und potentielle, aber auch ehemalige Vertragspartner der Beklagten, die auf deren Internetseite gar nicht mehr zurückkehren würden, über die Rechtswidrigkeit einzelner von der Beklagten angewandter Geschäftspraktiken aufzuklären seien. Die begehrte Veröffentlichung sei in Anwendung des Talionsprinzips angemessen.

[69] Das Berufungsgericht teilte die Rechtsansicht des Erstgerichts im Hinblick auf das weitreichende Informationsinteresse und auf den Umstand, dass es sich bei den angesprochenen Verkehrskreisen um keine

eingeschränkten Fachkreise, sondern um das breite Publikum aller aktuellen und potentiellen Besucher eines Fitnesscenters handle.

[70] 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.

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

[72] Die Vorinstanzen haben die Grundsätze der Rechtsprechung zur Urteilsveröffentlichung richtig wiedergegeben, sodass 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.

[73] **4. Zusammengefasst** war daher nur der Revision der Klägerin, nicht aber jener 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.

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

[75] **5.1.** Vorauszuschicken ist, dass die gänzlich unterlegene Beklagte der Klägerin gemäß § 41 ZPO die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu ersetzen hat. Der mit der Berufung der Beklagten gegen die Klagsstattgebung verbundene Kostenrekurs gegen die erstinstanzliche Kostenentscheidung ist unberechtigt. Die (nach TP 1 verzeichneten) Kosten für den Antrag der Klägerin vom 7. 4. 2021 auf Anberaumung einer Zoom-Verhandlung dienten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung, zumal die Voraussetzungen für diesen (nicht aufwändigen) Verfahrensschritt bereits sechs Wochen lang vorlagen. Auch der Schriftsatz vom 11. 5. 2021 war – insbesondere im Hinblick auf die Urkundenvorlage und die durch den Schriftsatz ermöglichte Vorbereitung der dadurch verzögerungsfrei als Videokonferenz vonstattengehenden Tagsatzung – zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung

notwendig. Die Entscheidung des Erstgerichts war daher auch im Kostenpunkt wiederherzustellen.

[76] **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.

[77] 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]).

5.3. Zu den Kosten des Revisionsverfahrens ist Folgendes auszuführen:

[78] **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.

[79] **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.

[80] **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 nach TP 3C von 957,40 EUR zu bemessen waren.

[81] 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.

[82] **5.4.** Für das gesamte Rechtsmittelverfahren (einschließlich der Kosten der Berufungsbeantwortung) hat die Klägerin daher 6.040,87 EUR (darin 879,81 EUR USt und 762 EUR Barauslagen) ersetzt zu erhalten.

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