

TE OGH 2023/4/27 9Ob94/22x

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.04.2023

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofs Dr. Fichtenau als Vorsitzende sowie die Hofrätinnen und Hofräte des Obersten Gerichtshofs Mag. Ziegelbauer, Dr. Hargassner, Mag. Korn und Dr. Thunhart in der Rechtssache der klagenden Partei Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, *, vertreten durch Dr. Sebastian Schuhmacher, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei R* GmbH, *, vertreten durch Mag. Christian Kux, MBL, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Revisionsinteresse der klagenden Partei: 6.232,14 EUR; Revisionsinteresse der beklagten Partei: 24.928,57 EUR), über die Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 28. Juni 2022, GZ 4 R 55/22w-23, mit dem der gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 27. Jänner 2022, GZ 22 Cg 48/21h-14, gerichteten Berufung der klagenden Partei Folge gegeben und jener der beklagten Partei teilweise Folge gegeben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

1. Der Revision der beklagten Partei wird nicht Folge gegeben.

2. Der Revision der klagenden Partei wird Folge gegeben und das angefochtene Urteil des Berufungsgerichts in seinem klagsabweisenden Spruchpunkt 2. a., b. und c. dahin abgeändert, dass das Ersturteil in seinem klagsstattgebenden Spruchpunkt 1. e. (Satz 1), g. und j., sohin hinsichtlich folgender Klausel(teile) wiederhergestellt wird:

„e) 5. Klausel (Punkt 3.2. der AGB)

‘Für die Ausstellung der MemberCard bei Vertragsschluss wird die auf dem Vertragsdeckblatt vereinbarte Aktivierungsgebühr fällig. ...’

g) 7. Klausel (Punkt 4.1.2 der AGB)

‘... Der Beitrag für den ersten anteiligen Kalendermonat nach Vertragsabschluss wird zusammen mit der Aktivierungsgebühr für die MemberCard am Tag des Zustandekommens des Vertrages fällig. ...’

j) 10. Klausel (Punkt 5.1.2. der AGB)

„Bei einer Mindestvertragsbindung von mehr als 12 Monaten ist das Mitglied jedoch berechtigt, den Mitgliedsvertrag vor Ende der Mindestvertragsbindung gegen Zahlung eines pauschalen Entgelts von EUR 60,- inklusive Umsatzsteuer auch zum Ende des 12. Monats zu kündigen. Bei einer Mindestvertragsbindung von mehr als 18 Monaten ist das Mitglied zusätzlich berechtigt, den Mitgliedsvertrag vor Ende der Mindestvertragsbindung gegen Zahlung eines pauschalen Entgelts von EUR 30,- inklusive Umsatzsteuer auch zum Ende des 18. Monats zu kündigen. Für die Kündigungen gilt die auf dem Vertragsdeckblatt angegebene Kündigungsfrist. Eine vorzeitige Kündigung ist unwirksam, wenn das pauschale Entgelt nicht binnen 14 Tagen nach Zugang der Kündigung auf das Konto von M* einbezahlt wird, wobei das Mitglied ersucht wird, bei der Überweisung die Mitgliedsnummer anzugeben.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit 5.854,32 EUR (darin 792 EUR Barauslagen, 843,72 EUR USt) bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz, die mit 3.637,10 EUR (darin 304 EUR Barauslagen, 555,53 EUR USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens sowie die mit 3.347,70 EUR (darin 762 EUR Barauslagen, 430,95 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

[1] Die Klägerin ist ein gemäß § 29 Abs 1 KSchG klagebefugter Verband. Die Beklagte betreibt unter der Bezeichnung „M*“ Fitnessstudios in Wien, Tirol, Kärnten und der Steiermark. Im Rahmen dieser Geschäftstätigkeit schließt sie (auch im Wege des Fernabsatzes) mit Verbrauchern Mitgliedsverträge ab, denen sie ua die revisionsgegenständlichen Bestimmungen und AGB-Klauseln zugrunde legt. [1] Die Klägerin ist ein gemäß Paragraph 29, Absatz eins, KSchG klagebefugter Verband. Die Beklagte betreibt unter der Bezeichnung „M*“ Fitnessstudios in Wien, Tirol, Kärnten und der Steiermark. Im Rahmen dieser Geschäftstätigkeit schließt sie (auch im Wege des Fernabsatzes) mit Verbrauchern Mitgliedsverträge ab, denen sie ua die revisionsgegenständlichen Bestimmungen und AGB-Klauseln zugrunde legt.

[2] Die Klägerin beehrte, die Beklagten zur Unterlassung zu verpflichten, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern 14 näher bezeichnete Klauseln zu verwenden oder sich darauf zu berufen, sowie die Veröffentlichung des klagsstattgebenden Urteils in regionalen Samstagsausgaben der „Kronen-Zeitung“ und auf der Website der Beklagten.

[3] Die Beklagte beantragte Klagsabweisung. Die inkriminierten Klauseln seien zulässig.

[4] Das Erstgericht gab dem Unterlassungsbegehren der Klägerin sowie ihrem Urteilsveröffentlichungsbegehren hinsichtlich der Klauseln 1 bis 10 sowie 12 und 13 zur Gänze, hinsichtlich der Klausel 11 in ihrem ersten Teil sowie weiters dem Veröffentlichungsbegehren statt. Im Übrigen, das heißt hinsichtlich der Klausel 11 zweiter Teil und der Klausel 14, wies es das Klagebegehren ab.

[5] Die Klagsabweisung bezüglich der Klausel 11 zweiter Teil erwuchs in Rechtskraft.

[6] Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin im Sinn einer Klagsstattgabe zur Klausel 14 zur Gänze Folge sowie jener der Beklagten im Sinn einer Klagsabweisung zu den Klauseln 5 erster Satz, 7 und 10 teilweise und im Übrigen nicht Folge. Die Revision sei zulässig.

[7] Die Entscheidung erwuchs bezüglich der Klausel 11 erster Teil sowie der Klausel 14 in Rechtskraft, sodass noch die Klauseln 1 bis 10, 12 und 13 Gegenstand des Revisionsverfahrens sind.

[8] Die Klägerin beantragt in ihrer Revision die Abänderung des Berufungsurteils im Sinn einer gänzlichen Klagsstattgebung; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

[9] Die Beklagte beantragt in ihrer Revision die Abänderung des Berufungsurteils im Sinn einer gänzlichen Klagsabweisung; hilfsweise stellt auch sie einen Aufhebungsantrag.

[10] Beide Streitparteien beantragten in ihren Revisionsbeantwortungen jeweils, die Revision der Gegenseite zurückzuweisen, in eventu ihr keine Folge zu geben.

[11] Die Revisionen sind zulässig. Die Revision der Beklagten ist nicht berechtigt, jene der Klägerin ist berechtigt.

Rechtliche Beurteilung

[12] I. Zu den nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs im Verbandsprozess zu beachtenden Grundsätzen wird zunächst auf die bereits vom Berufungsgericht umfänglich dargestellte Rechtsprechung und im Besonderen auf die Ausführungen in der zu einer anderen Fitnesscenterbetreiberin ergangenen Entscheidung 4 Ob 59/22p mwN (Pkt 1.1. bis 1.4.) verwiesen (§ 510 Abs 3 ZPO). [12] römisch eins. Zu den nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs im Verbandsprozess zu beachtenden Grundsätzen wird zunächst auf die bereits vom Berufungsgericht umfänglich dargestellte Rechtsprechung und im Besonderen auf die Ausführungen in der zu einer anderen Fitnesscenterbetreiberin ergangenen Entscheidung 4 Ob 59/22p mwN (Pkt 1.1. bis 1.4.) verwiesen (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

II. Zur Revision der Beklagten römisch zwei. Zur Revision der Beklagten

1. Klausel (Mitgliedsvertrag)

„Die wiederkehrende Trainings- und Servicepauschale wird erstmals zu Beginn des übernächsten Monats nach Vertragsschluss fällig, danach jeweils nach sechs weiteren aktiven Vertragsmonaten zum Monatsersten.“

[13] Das Erstgericht erachtete die Klausel als unzulässig. Sie sei intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB und verstoße gegen § 5a Abs 1 Z 3 KSchG, weil der Verbraucher durch die Verrechnung einer „Trainings- und Servicepauschale“ ein wiederkehrendes Entgelt zu zahlen habe, für das keine Gegenleistung erbracht werde. Damit werde das ursprüngliche Leistungsversprechen eingeschränkt und der Gesamtpreis der Leistungen nicht transparent dargestellt. [13] Das Erstgericht erachtete die Klausel als unzulässig. Sie sei intransparent iSd Paragraph 6, Absatz 3, KSchG, gröblich benachteiligend iSd Paragraph 879, Absatz 3, ABGB und verstoße gegen Paragraph 5 a, Absatz eins, Ziffer 3, KSchG, weil der Verbraucher durch die Verrechnung einer „Trainings- und Servicepauschale“ ein wiederkehrendes Entgelt zu zahlen habe, für das keine Gegenleistung erbracht werde. Damit werde das ursprüngliche Leistungsversprechen eingeschränkt und der Gesamtpreis der Leistungen nicht transparent dargestellt.

[14] Das Berufungsgericht teilte die Auffassung, wonach die Klausel gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB sei, weil einer zusätzlichen Leistung des Verbrauchers keine zusätzliche Leistung des Unternehmers gegenüberstehe.

[14] Das Berufungsgericht teilte die Auffassung, wonach die Klausel gröblich benachteiligend iSd Paragraph 879, Absatz 3, ABGB sei, weil einer zusätzlichen Leistung des Verbrauchers keine zusätzliche Leistung des Unternehmers gegenüberstehe.

[15] In ihrer Revision ist die Beklagte der Auffassung, die Klausel sei nicht gröblich benachteiligend, weil der Kunde für die Verrechnung der Trainings- und Servicepauschale wirtschaftlich werthaltige Gegenleistungen (individuelle Trainingspläne, Rabatte, Live-Klassen usw) erhalte. Hierüber würden die Kunden bei Vertragsabschluss durch die Mitarbeiter der Beklagten umfassend aufgeklärt.

[16] Anzumerken ist zunächst, dass in AGB enthaltene Entgeltklauseln, die – wie hier – 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]). Da die gegenständliche Trainings- und Servicepauschale vom Verbraucher unabhängig von der Bereitstellung oder Inanspruchnahme zusätzlicher Angebote zu leisten ist, wird das ursprüngliche Leistungsversprechen der Beklagten insoweit eingeschränkt, als der Verbraucher im Gegenzug zur (gleichbleibenden) Leistung der Beklagten nicht nur den monatlichen Mitgliedsbeitrag, sondern zusätzlich die halbjährliche Pauschale zu entrichten hat. [16] Anzumerken ist zunächst, dass in AGB enthaltene Entgeltklauseln, die – wie hier – 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 Paragraph 879, Absatz 3, ABGB unterliegen (RS0016908 [T5, T6; vergleiche auch T8, T16]). Da die gegenständliche Trainings- und Servicepauschale vom Verbraucher unabhängig von der Bereitstellung oder Inanspruchnahme zusätzlicher Angebote zu leisten ist, wird das ursprüngliche Leistungsversprechen der Beklagten insoweit eingeschränkt, als der Verbraucher im Gegenzug zur (gleichbleibenden) Leistung der Beklagten nicht nur den monatlichen Mitgliedsbeitrag, sondern zusätzlich die halbjährliche Pauschale zu entrichten hat.

[17] Nach der jüngeren Rechtsprechung des EuGH (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.

[18] Ausgehend von dieser Rechtsprechung des EuGH ist nach der jüngsten Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs nicht nur für einen Vertrag zwischen einem Verbraucher und einem Kreditunternehmen, sondern umso mehr für einen Vertrag über die Nutzung eines Fitnessstudios ein konkreter Konnex zwischen dem ausgewiesenen Sonderentgelt und den tatsächlich erbrachten Dienstleistungen und dem Unternehmer entstandenen Kosten zu

verlangen (4 Ob 59/22p, ebenfalls eine halbjährliche Servicepauschale betreffend). Wenn auch – wie in dieser Entscheidung ausdrücklich festgehalten wurde – 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 (4 Ob 59/22p Rz 50; idF ebenso 3 Ob 155/22y). [18] Ausgehend von dieser Rechtsprechung des EuGH ist nach der jüngsten Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs nicht nur für einen Vertrag zwischen einem Verbraucher und einem Kreditunternehmen, sondern umso mehr für einen Vertrag über die Nutzung eines Fitnessstudios ein konkreter Konnex zwischen dem ausgewiesenen Sonderentgelt und den tatsächlich erbrachten Dienstleistungen und dem Unternehmer entstandenen Kosten zu verlangen (4 Ob 59/22p, ebenfalls eine halbjährliche Servicepauschale betreffend). Wenn auch – wie in dieser Entscheidung ausdrücklich festgehalten wurde – eine Pauschalierung von Entgelten nicht von vornherein unzulässig ist, solange damit die konkreten Kosten nicht grob überschritten werden (vergleiche RS0123253), ist die Verrechnung von Entgelten ohne konkrete Zusatzleistung und ohne konkrete Kosten als unzulässig anzusehen (4 Ob 59/22p Rz 50; in der Fassung ebenso 3 Ob 155/22y).

[19] Die hier gegenständliche Klausel enthält keinerlei Hinweis auf etwaige zusätzliche Leistungen der Beklagten für die Entrichtung der Trainings- und Servicepauschale. Ihr Argument, es würden der Pauschale durchaus Gegenleistungen gegenüberstehen, über die die Kunden auch aufgeklärt würden, geht insoweit ins Leere, als dem den AGB von deren Verwender beigelegten Verständnis sowie der jeweiligen Handhabung in der Praxis im Verbandsprozess keine Bedeutung zukommen (RS0016590 [T23], RS0121943). Dass die Beklagte den Verbrauchern nur über Broschüren, über ihre Homepage und in Gesprächen die Möglichkeit bietet, sich von den Gegenleistungen Kenntnis zu verschaffen, gesteht sie selbst zu. Das Erstgericht hat überdies (ua) ausgeführt, dass die Trainings- und Servicepauschale unabhängig davon verrechnet wird, ob das Mitglied diese Services (Bereitstellen der Apps, Rabatte) auch in Anspruch nehmen will. Zumindest bei kundenfeindlichster Interpretation ist die Klausel daher so zu verstehen, dass der vom Verbraucher unabhängig von der Inanspruchnahme zusätzlicher Angebote zu entrichtenden Trainings- und Servicepauschale keine gesonderte Leistung der Beklagten gegenübersteht und der Verbraucher demnach iSd § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligt wird. Ob die vorliegende Klausel auch nach § 6 Abs 3 KSchG (Regelung unter der Überschrift „Beitragsanpassungen“), § 6c KSchG, § 5a Abs 1 Z 3 KSchG und gegebenenfalls § 4 Abs 1 Z 4 und 5 FAGG sowie § 9 KSchG unzulässig ist, kann folglich dahingestellt bleiben. Sekundäre Verfahrensmängel liegen nicht vor. [19] Die hier gegenständliche Klausel enthält keinerlei Hinweis auf etwaige zusätzliche Leistungen der Beklagten für die Entrichtung der Trainings- und Servicepauschale. Ihr Argument, es würden der Pauschale durchaus Gegenleistungen gegenüberstehen, über die die Kunden auch aufgeklärt würden, geht insoweit ins Leere, als dem den AGB von deren Verwender beigelegten Verständnis sowie der jeweiligen Handhabung in der Praxis im Verbandsprozess keine Bedeutung zukommen (RS0016590 [T23], RS0121943). Dass die Beklagte den Verbrauchern nur über Broschüren, über ihre Homepage und in Gesprächen die Möglichkeit bietet, sich von den Gegenleistungen Kenntnis zu verschaffen, gesteht sie selbst zu. Das Erstgericht hat überdies (ua) ausgeführt, dass die Trainings- und Servicepauschale unabhängig davon verrechnet wird, ob das Mitglied diese Services (Bereitstellen der Apps, Rabatte) auch in Anspruch nehmen will. Zumindest bei kundenfeindlichster Interpretation ist die Klausel daher so zu verstehen, dass der vom Verbraucher unabhängig von der Inanspruchnahme zusätzlicher Angebote zu entrichtenden Trainings- und Servicepauschale keine gesonderte Leistung der Beklagten gegenübersteht und der Verbraucher demnach iSd Paragraph 879, Absatz 3, ABGB gröblich benachteiligt wird. Ob die vorliegende Klausel auch nach Paragraph 6, Absatz 3, KSchG (Regelung unter der Überschrift „Beitragsanpassungen“), Paragraph 6 c, KSchG, Paragraph 5 a, Absatz eins, Ziffer 3, KSchG und gegebenenfalls Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 4 und 5 FAGG sowie Paragraph 9, KSchG unzulässig ist, kann folglich dahingestellt bleiben. Sekundäre Verfahrensmängel liegen nicht vor.

2. Klausel (Mitgliedsvertrag)

„Die Aktivierungsgebühr in Höhe von 29,- €, die monatlichen Beiträge sowie – sofern vereinbart – die wiederkehrende Trainings- und Servicepauschale in Höhe von 15,- € und die beigelegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen inklusive Hausordnung habe ich zur Kenntnis genommen und, akzeptiere diese und möchte Mitglied bei M* werden.“

[20] Das Erstgericht erachtete die Klausel als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB und als Verstoß gegen § 5a Abs 1 Z 3 KSchG. Dem Kunden sei nicht erkennbar, welche Leistung mit der Aktivierungsgebühr abgedeckt werde. Ihre Verrechnung erhöhe das Entgelt für die monatliche Mitgliedschaft, dem keine über den normalen Aufwand im Zusammenhang mit einem Neuabschluss und der Neuregistrierung eines

Kunden hinausgehende erkennbare Gegenleistung gegenüberstehe. Zur Trainings- und Servicepauschale werde auf 1. verwiesen. Bezüglich der Kenntnisnahme der AGB und Hausordnung werde gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG verstoßen, weil dem Verbraucher eine Beweislast auferlegt werde, die nach dem Gesetz nicht bestehe. Da die Klausel auch den Eindruck einer Bindung auch an rechts- oder sittenwidrige AGB-Klauseln erwecken könnte, sei sie auch intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG. [20] Das Erstgericht erachtete die Klausel als intransparent iSd Paragraph 6, Absatz 3, KSchG, gröblich benachteiligend iSd Paragraph 879, Absatz 3, ABGB und als Verstoß gegen Paragraph 5 a, Absatz eins, Ziffer 3, KSchG. Dem Kunden sei nicht erkennbar, welche Leistung mit der Aktivierungsgebühr abgedeckt werde. Ihre Verrechnung erhöhe das Entgelt für die monatliche Mitgliedschaft, dem keine über den normalen Aufwand im Zusammenhang mit einem Neuabschluss und der Neuregistrierung eines Kunden hinausgehende erkennbare Gegenleistung gegenüberstehe. Zur Trainings- und Servicepauschale werde auf 1. verwiesen. Bezüglich der Kenntnisnahme der AGB und Hausordnung werde gegen Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 11, KSchG verstoßen, weil dem Verbraucher eine Beweislast auferlegt werde, die nach dem Gesetz nicht bestehe. Da die Klausel auch den Eindruck einer Bindung auch an rechts- oder sittenwidrige AGB-Klauseln erwecken könnte, sei sie auch intransparent iSd Paragraph 6, Absatz 3, KSchG.

[21] Das Berufungsgericht teilte die Beurteilung der Unzulässigkeit der Tatsachenbestätigung unter Verweis auf die Rechtsprechung (RS0121955 ua). Der Oberste Gerichtshof habe in mehreren Entscheidungen Klauseln für unzulässig befunden, die eine Bestätigung enthielten, dass der Konsument AGB des Unternehmers erhalten und zur Kenntnis genommen habe. Das sei damit begründet worden, dass der Verbraucher im Zuge der Rechtsverfolgung oder Verteidigung dartun müsse, dass er ungeachtet dieser Bestätigung in Wahrheit keine Möglichkeit gehabt habe, die Geschäftsbedingungen zur Kenntnis zu nehmen. Ohne eine derartige Bestätigung müsse der Unternehmer die Kenntnis des Verbrauchers und dessen Zustimmung zu den AGB beweisen. Dem Verbraucher werde somit eine Beweislast auferlegt, die ihn nach dem Gesetz nicht treffe. Da die Klausel die Tatsachenbestätigung betreffend die AGB und die Hausordnung sprachlich derart eng mit den Erklärungen zur Aktivierungsgebühr und zur Trainings- und Servicepauschale vermische, sei eine isolierte Betrachtungsweise derselben nicht möglich. Demnach sei die gesamte Klausel wegen des Verstoßes gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG unzulässig. Die Zulässigkeit der Aktivierungsgebühr sei in diesem Zusammenhang demnach nicht zu prüfen. [21] Das Berufungsgericht teilte die Beurteilung der Unzulässigkeit der Tatsachenbestätigung unter Verweis auf die Rechtsprechung (RS0121955 ua). Der Oberste Gerichtshof habe in mehreren Entscheidungen Klauseln für unzulässig befunden, die eine Bestätigung enthielten, dass der Konsument AGB des Unternehmers erhalten und zur Kenntnis genommen habe. Das sei damit begründet worden, dass der Verbraucher im Zuge der Rechtsverfolgung oder Verteidigung dartun müsse, dass er ungeachtet dieser Bestätigung in Wahrheit keine Möglichkeit gehabt habe, die Geschäftsbedingungen zur Kenntnis zu nehmen. Ohne eine derartige Bestätigung müsse der Unternehmer die Kenntnis des Verbrauchers und dessen Zustimmung zu den AGB beweisen. Dem Verbraucher werde somit eine Beweislast auferlegt, die ihn nach dem Gesetz nicht treffe. Da die Klausel die Tatsachenbestätigung betreffend die AGB und die Hausordnung sprachlich derart eng mit den Erklärungen zur Aktivierungsgebühr und zur Trainings- und Servicepauschale vermische, sei eine isolierte Betrachtungsweise derselben nicht möglich. Demnach sei die gesamte Klausel wegen des Verstoßes gegen Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 11, KSchG unzulässig. Die Zulässigkeit der Aktivierungsgebühr sei in diesem Zusammenhang demnach nicht zu prüfen.

[22] In der Revision behauptet die Beklagte lediglich, dass mit der Bestätigung keine Änderung der Beweislast verbunden sei, es ihr aufgrund der Klausel nicht vereinfacht möglich sei, Ansprüche gegen einen Kunden geltend zu machen und der Verbraucher nicht schlechter gestellt werde. Da darin keine inhaltliche Auseinandersetzung mit den Argumenten des Berufungsgerichts, insbesondere auch nicht mit der von ihm zitierten Rechtsprechung liegt, ist die Revision in diesem Punkt nicht gesetzmäßig ausgeführt (RS0043312).

3. Klausel (Mitgliedsvertrag)

„... Lastschriften auf Grund von Zahlungsverpflichtungen, die nicht in der Terminübersicht enthalten sind, werden wir unserem Vertragspartner mit einer Vorlaufzeit von mindestens drei Kalendertagen in seinem persönlichen Nachrichtensystem am M* Terminal anzeigen.“

[23] Das Erstgericht erachtete die Klausel für unzulässig, weil sie intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, überraschend iSd § 864a ABGB und gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB sei. Sie finde sich im Fließtext unterhalb des SEPA-Lastschriftmandats und könne so verstanden werden, dass der Verbraucher etwaige, nicht in der Terminübersicht genannte, zusätzliche Zahlungen binnen drei Tagen zu leisten habe, welche auch während der

Mindestvertragsdauer fällig würden, wenn sie in seinem persönlichen Nachrichtensystem am M* Terminal angezeigt würden. Dies könne auch als Zugangsfiktion verstanden werden. [23] Das Erstgericht erachtete die Klausel für unzulässig, weil sie intransparent gemäß Paragraph 6, Absatz 3, KSchG, überraschend iSd Paragraph 864 a, ABGB und gröblich benachteiligend iSd Paragraph 879, Absatz 3, ABGB sei. Sie finde sich im Fließtext unterhalb des SEPA-Lastschriftmandats und könne so verstanden werden, dass der Verbraucher etwaige, nicht in der Terminübersicht genannte, zusätzliche Zahlungen binnen drei Tagen zu leisten habe, welche auch während der Mindestvertragsdauer fällig würden, wenn sie in seinem persönlichen Nachrichtensystem am M* Terminal angezeigt würden. Dies könne auch als Zugangsfiktion verstanden werden.

[24] Das Berufungsgericht sah in den Klauseln ebenso einen Verstoß gegen § 864a ABGB. Die Klausel könne so verstanden werden, dass für eine Fälligestellung etwaiger Zahlungsverpflichtungen (wie etwa Schadenersatzansprüche) die Anzeige derselben im persönlichen Nachrichtensystem des Verbrauchers am „M* Terminal“ ausreichen solle. Mit einer derartigen Zugangsfiktion brauche der Verbraucher an dieser Stelle nicht zu rechnen. Als Zugangsfiktion für eine rechtlich bedeutsame Erklärung der Beklagten verstoße die Klausel auch gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG. [24] Das Berufungsgericht sah in den Klauseln ebenso einen Verstoß gegen Paragraph 864 a, ABGB. Die Klausel könne so verstanden werden, dass für eine Fälligestellung etwaiger Zahlungsverpflichtungen (wie etwa Schadenersatzansprüche) die Anzeige derselben im persönlichen Nachrichtensystem des Verbrauchers am „M* Terminal“ ausreichen solle. Mit einer derartigen Zugangsfiktion brauche der Verbraucher an dieser Stelle nicht zu rechnen. Als Zugangsfiktion für eine rechtlich bedeutsame Erklärung der Beklagten verstoße die Klausel auch gegen Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 3, KSchG.

[25] Der Argumentation der Beklagten in ihrer Revision, wonach die Klausel keine Zugangsfiktion enthalte, sondern lediglich eine Information des Verbrauchers über seine Pflichten aus dem Vertrag darstelle, kann nicht gefolgt werden. Bei kundenfeindlichster Auslegung der Klausel lässt sich diese, wie von den Vorinstanzen dargelegt, so verstehen, dass auch die Anzeige etwaiger (zusätzlicher) Zahlungsverpflichtungen des Verbrauchers im Nachrichtensystem des Terminals der Beklagten mit einer Vorlaufzeit von drei Tagen als Zustellung mit der Wirkung der Fälligkeit verbunden ist. Damit muss der Verbraucher hier aber nicht rechnen (§ 864a ABGB). Als Zugangsfiktion betreffend eine rechtlich bedeutsame Erklärung der Beklagten (Fälligestellung allfälliger Ansprüche) verstößt diese Klausel auch gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG und ist folglich unzulässig. [25] Der Argumentation der Beklagten in ihrer Revision, wonach die Klausel keine Zugangsfiktion enthalte, sondern lediglich eine Information des Verbrauchers über seine Pflichten aus dem Vertrag darstelle, kann nicht gefolgt werden. Bei kundenfeindlichster Auslegung der Klausel lässt sich diese, wie von den Vorinstanzen dargelegt, so verstehen, dass auch die Anzeige etwaiger (zusätzlicher) Zahlungsverpflichtungen des Verbrauchers im Nachrichtensystem des Terminals der Beklagten mit einer Vorlaufzeit von drei Tagen als Zustellung mit der Wirkung der Fälligkeit verbunden ist. Damit muss der Verbraucher hier aber nicht rechnen (Paragraph 864 a, ABGB). Als Zugangsfiktion betreffend eine rechtlich bedeutsame Erklärung der Beklagten (Fälligestellung allfälliger Ansprüche) verstößt diese Klausel auch gegen Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 3, KSchG und ist folglich unzulässig.

4. Klausel (Punkt 2.4. der AGB)

„M* ist berechtigt, eine für die Mitglieder verbindliche Hausordnung für das jeweilige Studio aufzustellen. Die Hausordnung enthält insbesondere Regelungen zur zulässigen Nutzung der Geräte/des Studios und zur Wahrung der Rechte anderer Mitglieder.“

[26] Das Erstgericht erachtete die Klausel als zu vage und unzulässig iSd § 6 Abs 2 Z 3 KSchG. Offen bleibe auch, wie sich der Verbraucher über die für ihn gültige Hausordnung informieren könne. [26] Das Erstgericht erachtete die Klausel als zu vage und unzulässig iSd Paragraph 6, Absatz 2, Ziffer 3, KSchG. Offen bleibe auch, wie sich der Verbraucher über die für ihn gültige Hausordnung informieren könne.

[27] Das Berufungsgericht bestätigte diese Beurteilung. Die Regelung der Nutzung der Geräte weise potenziell eine erhebliche Eingriffsintensität auf (etwa eine zeitliche Begrenzung der Nutzung eines von mehreren Kunden begehrten, aber nur in geringer Zahl vorhandenen Geräts oder eine einschränkende Vorgabe über die Form der Verwendung eines Geräts). Zumindest bei kundenfeindlichster Auslegung wäre der Beklagten damit eine Änderung der von ihr zu erbringenden Leistung möglich. Aufgrund der fehlenden Regelung über die Möglichkeit, Kenntnis von der für das jeweilige Fitnessstudio geltenden Hausordnung zu erlangen, erweise sich die Klausel auch als intransparent (§ 6 Abs 3 KSchG). [27] Das Berufungsgericht bestätigte diese Beurteilung. Die Regelung der Nutzung der Geräte weise potenziell

eine erhebliche Eingriffsintensität auf (etwa eine zeitliche Begrenzung der Nutzung eines von mehreren Kunden begehrten, aber nur in geringer Zahl vorhandenen Geräts oder eine einschränkende Vorgabe über die Form der Verwendung eines Geräts). Zumindest bei kundenfeindlichster Auslegung wäre der Beklagten damit eine Änderung der von ihr zu erbringenden Leistung möglich. Aufgrund der fehlenden Regelung über die Möglichkeit, Kenntnis von der für das jeweilige Fitnessstudio geltenden Hausordnung zu erlangen, erweise sich die Klausel auch als intransparent (Paragraph 6, Absatz 3, KSchG).

[28] Die Beklagte bringt in ihrer Revision dagegen vor, eine Hausordnung sei für den Betrieb eines Fitnessstudios und die geordnete Nutzung notwendig. Die darin enthaltenen Regelungen seien üblich, ein Kunde rechne auch damit. Eine Leistungsänderung liege nicht vor. Die Hausordnung könne auch im jeweiligen Studio eingesehen werden.

[29] Darin ist ihr nicht zu folgen. In der Entscheidung 3 Ob 155/22y wurde zu einer eine Hausordnung betreffenden Klausel in AGB („2.4. Hausordnung. Mit Abschluss der Mitgliedschaftsvereinbarung verpflichtet sich das Mitglied die Hausordnung des jeweiligen Studios gemäß Aushang einzuhalten.“) festgehalten (Rz 24 ff), dass in der Hausordnung insbesondere Verhaltenspflichten der Kunden normiert sind. Die Hausordnung gehört aufgrund des Verweises in den AGB auf sie zum Vertragsinhalt (vgl zur Hausordnung eines Fitnessstudios 6 Ob 551/94; zu Hausordnungen im Mietrecht RS0020982; ferner zu einer Friedhofsordnung 1 Ob 289/99b [„Charakter einer 'privaten Hausordnung', somit von allgemeinen Geschäftsbedingungen“]). Zumal der Inhalt der Hausordnung aufgrund der dynamischen Verweisung ungewiss ist, ist nicht ausgeschlossen, dass in ihr etwa der Zutritt zum Fitnessstudio, die Möglichkeit, sich an Trainer zu wenden oder die eine oder andere Gerätschaft, die Getränkebar oder das Solarium zu benützen, beschränkt wird. Der Beklagten käme bei – im Verbandsverfahren vorzunehmender (RS0016590) – kundenfeindlichster Auslegung der Klausel im Ergebnis ein uneingeschränktes Recht zu, einseitig die von ihr zu erbringenden Leistungen einem Kunden gegenüber abzuändern, ohne dass diese Änderung – besonders weil sie geringfügig oder sachlich gerechtfertigt ist – zumutbar sein müsste (vgl 7 Ob 78/06f [Klausel 27]). Jene Klausel wurde deshalb als Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG beurteilt. [29] Darin ist ihr nicht zu folgen. In der Entscheidung 3 Ob 155/22y wurde zu einer eine Hausordnung betreffenden Klausel in AGB („2.4. Hausordnung. Mit Abschluss der Mitgliedschaftsvereinbarung verpflichtet sich das Mitglied die Hausordnung des jeweiligen Studios gemäß Aushang einzuhalten.“) festgehalten (Rz 24 ff), dass in der Hausordnung insbesondere Verhaltenspflichten der Kunden normiert sind. Die Hausordnung gehört aufgrund des Verweises in den AGB auf sie zum Vertragsinhalt vergleiche zur Hausordnung eines Fitnessstudios 6 Ob 551/94; zu Hausordnungen im Mietrecht RS0020982; ferner zu einer Friedhofsordnung 1 Ob 289/99b [„Charakter einer 'privaten Hausordnung', somit von allgemeinen Geschäftsbedingungen“]). Zumal der Inhalt der Hausordnung aufgrund der dynamischen Verweisung ungewiss ist, ist nicht ausgeschlossen, dass in ihr etwa der Zutritt zum Fitnessstudio, die Möglichkeit, sich an Trainer zu wenden oder die eine oder andere Gerätschaft, die Getränkebar oder das Solarium zu benützen, beschränkt wird. Der Beklagten käme bei – im Verbandsverfahren vorzunehmender (RS0016590) – kundenfeindlichster Auslegung der Klausel im Ergebnis ein uneingeschränktes Recht zu, einseitig die von ihr zu erbringenden Leistungen einem Kunden gegenüber abzuändern, ohne dass diese Änderung – besonders weil sie geringfügig oder sachlich gerechtfertigt ist – zumutbar sein müsste vergleiche 7 Ob 78/06f [Klausel 27]). Jene Klausel wurde deshalb als Verstoß gegen Paragraph 6, Absatz 2, Ziffer 3, KSchG beurteilt.

[30] Nichts anderes kann im vorliegenden Fall gelten. Die Klausel erweckt den Eindruck, dass die Beklagte die Hausordnung nicht nur einseitig erlassen, sondern auch einseitig abändern kann. Da die Hausordnung „insbesondere Regelungen zur zulässigen Nutzung der Geräte/des Studios und zur Wahrung der Rechte anderer Mitglieder“ enthält, ist es auch hier nicht ausgeschlossen, dass in ihr etwa der Zutritt zum Fitnessstudio, die Möglichkeit, die eine oder andere Gerätschaft zu benützen und anderes (arg: „insbesondere“) beschränkt wird. Die Beurteilung der Vorinstanzen ist danach zu teilen, ohne dass es auf die Frage einer allfälligen Verletzung weiterer Gesetzesbestimmungen ankäme.

5. Klausel zweiter und dritter Satz (Punkt 3.2. der AGB)

„Für die Ausstellung der MemberCard bei Vertragsschluss wird die auf dem Vertragsdeckblatt vereinbarte Aktivierungsgebühr fällig. Für die Neuausstellung der MemberCard bei einem durch das Mitglied verschuldeten Verlust oder eine durch das Mitglied verschuldete Beschädigung wird die auf dem Vertragsdeckblatt vereinbarte Aktivierungsgebühr für Ersatz-Member-Card fällig. Weist das Mitglied im Falle der Neuausstellung nach, dass ein geringerer oder gar kein Schaden entstanden ist, schuldet das Mitglied lediglich den nachgewiesenen Betrag.“

[31] Zur Frage der Zulässigkeit des ersten Satzes (Aktivierungsgebühr) wird bei Behandlung der Revision der Klägerin Stellung genommen.

[32] Das Erstgericht erachtete die Klausel zur Gänze als unzulässig. Zum zweiten und dritten Satz führte es aus, ein zwischen 29 EUR bzw 40 EUR für die Neuausstellung der MemberCard liegender Betrag sei jedenfalls zu hoch, zumal bei Verlust der MemberCard im elektronischen System nur die alte Karte zu sperren und eine neue auszustellen sei, wobei die Daten des Kunden bereits hinterlegt seien und nur übernommen werden müssten; der Materialwert der Karte sei zu vernachlässigen. Der Gebühr stehe offenkundig keine adäquate Gegenleistung gegenüber, vielmehr finanziere der Kunde auf diesem Weg das EDV-System und die Mitarbeiter der Beklagten mit. Die Klausel sei gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB und verstoße weiters gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG, weil die nach allgemeinem Schadenersatzrecht dem Geschädigten obliegende Beweispflicht für den der Beklagten entstandenen Schaden/Aufwand dem Verbraucher auferlegt werde. [32] Das Erstgericht erachtete die Klausel zur Gänze als unzulässig. Zum zweiten und dritten Satz führte es aus, ein zwischen 29 EUR bzw 40 EUR für die Neuausstellung der MemberCard liegender Betrag sei jedenfalls zu hoch, zumal bei Verlust der MemberCard im elektronischen System nur die alte Karte zu sperren und eine neue auszustellen sei, wobei die Daten des Kunden bereits hinterlegt seien und nur übernommen werden müssten; der Materialwert der Karte sei zu vernachlässigen. Der Gebühr stehe offenkundig keine adäquate Gegenleistung gegenüber, vielmehr finanziere der Kunde auf diesem Weg das EDV-System und die Mitarbeiter der Beklagten mit. Die Klausel sei gröblich benachteiligend iSd Paragraph 879, Absatz 3, ABGB und verstoße weiters gegen Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 11, KSchG, weil die nach allgemeinem Schadenersatzrecht dem Geschädigten obliegende Beweispflicht für den der Beklagten entstandenen Schaden/Aufwand dem Verbraucher auferlegt werde.

[33] Das Berufungsgericht führte zum zweiten Klauselbestandteil (Neuausstellung der MemberCard) aus, der Beklagten gelinge es nicht, die Rechtsausführung des Erstgerichts in Zweifel zu ziehen.

[34] Die Beklagte bringt in ihrer Revision dagegen vor, dem von ihr geforderten Betrag stünde eine adäquate Gegenleistung gegenüber, zumal durch den Verlust der MemberCard ein Mehraufwand entstehe, welcher über die reinen Materialkosten der neu auszustellenden MemberCard weit hinausgehe. So müsse die verlorengegangene MemberCard gesperrt und eine neue ausgestellt werden, was eine komplexe elektronische Infrastruktur samt Wartung derselben voraussetze. Die jeweils im konkreten Fall anfallenden Kosten könnten hierbei nicht im Vorhinein bestimmt werden.

[35] Mit diesem Vorbringen gelingt es der Beklagten nicht, eine adäquate Gegenleistung für den von ihr geforderten Betrag aufzuzeigen. Insbesondere der Argumentation des Erstgerichts, wonach bei einem Verlust lediglich die alte MemberCard gesperrt und eine neue ausgestellt werden müsse, wobei die Daten des Verbrauchers bereits hinterlegt und die Materialkosten der MemberCard zu vernachlässigen seien, vermag die Revision der Beklagten nichts entgegenzusetzen. Auch der Verweis auf die notwendige EDV-Infrastruktur geht ins Leere, zumal die Bereitstellung derselben gerade keine Leistung darstellt, die eine zusätzliche Gegenleistung des Verbrauchers rechtfertigen würde. Auch diese Klausel ist demnach gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB und daher unzulässig. Ein sekundärer Verfahrensmangel betreffend den Arbeitsaufwand bei der Neuausstellung liegt nicht vor. Die Beklagte bringt in der Revision selbst vor, dass der jeweilige Mehraufwand nicht mit einem verhältnismäßigen Aufwand beziffert werden könne. [35] Mit diesem Vorbringen gelingt es der Beklagten nicht, eine adäquate Gegenleistung für den von ihr geforderten Betrag aufzuzeigen. Insbesondere der Argumentation des Erstgerichts, wonach bei einem Verlust lediglich die alte MemberCard gesperrt und eine neue ausgestellt werden müsse, wobei die Daten des Verbrauchers bereits hinterlegt und die Materialkosten der MemberCard zu vernachlässigen seien, vermag die Revision der Beklagten nichts entgegenzusetzen. Auch der Verweis auf die notwendige EDV-Infrastruktur geht ins Leere, zumal die Bereitstellung derselben gerade keine Leistung darstellt, die eine zusätzliche Gegenleistung des Verbrauchers rechtfertigen würde. Auch diese Klausel ist demnach gröblich benachteiligend iSd Paragraph 879, Absatz 3, ABGB und daher unzulässig. Ein sekundärer Verfahrensmangel betreffend den Arbeitsaufwand bei der Neuausstellung liegt nicht vor. Die Beklagte bringt in der Revision selbst vor, dass der jeweilige Mehraufwand nicht mit einem verhältnismäßigen Aufwand beziffert werden könne.

6. Klausel (Punkt 3.3. der AGB) und 8. Klausel (Punkt 4.1.3. der AGB)

„Soweit auf dem Vertragsdeckblatt oder in sonstiger Weise zwischen den Parteien vereinbart, hat das Mitglied eine regelmäßig wiederkehrende Trainings- und Servicepauschale in der vereinbarten Höhe zu leisten.“

„Ist auf dem Vertragsdeckblatt oder in sonstiger Weise eine wiederkehrende Trainings- und Servicepauschale vereinbart, wird diese, soweit nichts anderes bestimmt ist, erstmals zu Beginn des übernächsten Monats nach Vertragsschluss fällig, danach jeweils nach weiteren 6 Vertragsmonaten jeweils zum Monatsersten.“

[36] Die Vorinstanzen erachteten die Klausel wegen des Verweises auf die unzulässigen Klauseln 1 und 2 für unzulässig.

[37] Die Beklagte verweist in der Revision auf ihre Ausführungen zu Klausel 1.

[38] Der erkennende Senat verweist auf die rechtliche Beurteilung dieser Klausel. Aus deren Unzulässigkeit folgt die Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung (RS0122040 [T31]), hier der Klauseln 6. und 8.

9. Klausel (Punkt 4.4.1. der AGB)

„Befindet sich das Mitglied in Zahlungsverzug, behält M* sich das Recht vor, dem Mitglied Verzugskosten in Rechnung zu stellen, wenn diese Kosten vom Mitglied schuldhaft verursacht wurden. Hierunter fallen neben Verzugszinsen in der gesetzlichen Höhe auch die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung, insbesondere Mahn- und Inkassospesen, Gerichtsgebühren und Rechtsanwaltskosten.“

[39] Sowohl das Erst- als auch das Berufungsgericht erachteten die Klausel als unzulässig. Sie sei intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, weil sie keinen Hinweis darauf enthalte, dass die vom Verbraucher allenfalls geschuldeten Kosten der Betreuung oder Einbringung in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen müssten und dem Verbraucher dadurch ein unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt werde. Er könnte sich aufgrund der Klausel veranlasst sehen, entgegen der gesetzlichen Anordnung des § 1333 Abs 2 ABGB auch darüber hinausgehende Beträge zu ersetzen. Außerdem verstoße die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 15 KSchG, weil sie zur Zahlung von Betreibungs- und Einbringungskosten verpflichte, ohne diese Kosten gesondert und aufgeschlüsselt auszuweisen oder auf deren Notwendigkeit zur Einbringung der Forderung zu verweisen. [39] Sowohl das Erst- als auch das Berufungsgericht erachteten die Klausel als unzulässig. Sie sei intransparent iSd Paragraph 6, Absatz 3, KSchG, weil sie keinen Hinweis darauf enthalte, dass die vom Verbraucher allenfalls geschuldeten Kosten der Betreuung oder Einbringung in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen müssten und dem Verbraucher dadurch ein unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt werde. Er könnte sich aufgrund der Klausel veranlasst sehen, entgegen der gesetzlichen Anordnung des Paragraph 1333, Absatz 2, ABGB auch darüber hinausgehende Beträge zu ersetzen. Außerdem verstoße die Klausel gegen Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 15, KSchG, weil sie zur Zahlung von Betreibungs- und Einbringungskosten verpflichte, ohne diese Kosten gesondert und aufgeschlüsselt auszuweisen oder auf deren Notwendigkeit zur Einbringung der Forderung zu verweisen.

[40] In ihrer Revision bringt die Beklagte vor, die Klausel sei für den Verbraucher nicht nachteilig bzw intransparent, zumal er ohnehin nur die gesetzlich geregelten Kosten (insbesondere nur die notwendigen Betreuungskosten in angemessener Höhe) schulde. Nach G. Graf schade auch das Unterlassen einer gesonderten Aufschlüsselung der Betreuungskosten nicht, weil der Gläubiger nach § 1333 Abs 2 ABGB auch ohne Vereinbarung Anspruch auf Ersatz der notwendigen Kosten habe. [40] In ihrer Revision bringt die Beklagte vor, die Klausel sei für den Verbraucher nicht nachteilig bzw intransparent, zumal er ohnehin nur die gesetzlich geregelten Kosten (insbesondere nur die notwendigen Betreuungskosten in angemessener Höhe) schulde. Nach G. Graf schade auch das Unterlassen einer gesonderten Aufschlüsselung der Betreuungskosten nicht, weil der Gläubiger nach Paragraph 1333, Absatz 2, ABGB auch ohne Vereinbarung Anspruch auf Ersatz der notwendigen Kosten habe.

[41] Diese Argumentation kann nicht überzeugen, wurde eine Einschränkung auf die gesetzlich geschuldeten Leistungen doch von der Beklagten gerade nicht in den Klauseltext aufgenommen. Der Eindruck, der Verbraucher hätte die entsprechenden Kosten auch über das gesetzlich festgelegte Maß hinaus zu ersetzen, wird beim Verbraucher demnach zumindest bei kundenfeindlichster Auslegung der Klausel ohne Zweifel erweckt. Auch fehlt hier eine von § 6 Abs 1 Z 15 KSchG geforderte gesonderte Aufschlüsselung der vom Verbraucher zu ersetzenden Kosten. In diesem Sinn wurde bereits zu 8 Ob 144/18m (mwN) zu einer vergleichbaren Klausel ausgesprochen, dass sie aus den genannten Gründen intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG sei und gegen § 6 Abs 1 Z 15 KSchG verstoße. Die Entscheidung der Vorinstanzen ist in diesem Punkt nicht korrekturbedürftig. [41] Diese Argumentation kann nicht überzeugen, wurde

eine Einschränkung auf die gesetzlich geschuldeten Leistungen doch von der Beklagten gerade nicht in den Klauseltext aufgenommen. Der Eindruck, der Verbraucher hätte die entsprechenden Kosten auch über das gesetzlich festgelegte Maß hinaus zu ersetzen, wird beim Verbraucher demnach zumindest bei kundenfeindlichster Auslegung der Klausel ohne Zweifel erweckt. Auch fehlt hier eine von Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 15, KSchG geforderte gesonderte Aufschlüsselung der vom Verbraucher zu ersetzenden Kosten. In diesem Sinn wurde bereits zu 8 Ob 144/18m (mwN) zu einer vergleichbaren Klausel ausgesprochen, dass sie aus den genannten Gründen intransparent iSd Paragraph 6, Absatz 3, KSchG sei und gegen Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 15, KSchG verstoße. Die Entscheidung der Vorinstanzen ist in diesem Punkt nicht korrekturbedürftig.

12. Klausel (Punkt 7.2. der AGB)

„M* ist berechtigt, diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Ausnahme der Hauptleistungspflichten mit Wirkung für die Zukunft auf nachstehende Weise zu ändern. Hauptleistungspflichten sind solche Pflichten, die eine ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages erst ermöglichen und auf deren Einhaltung die Vertragsparteien regelmäßig vertrauen dürfen (z.B. Änderung des Mitgliedsbeitrages und des Leistungsumfanges). Die Änderungen werden wirksam, wenn M* auf die Änderungen hinweist, das Mitglied die Änderungen zur Kenntnis nehmen kann und diesen nicht innerhalb von 14 Tagen nach Zugang der Änderungsmitteilung widerspricht.“

[42] Das Erstgericht erachtete die Klausel als unzulässig, weil sie gegen § 6 Abs 1 Z 2 und Abs 2 Z 3 KSchG verstoße. Die Beklagte weise entgegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG nicht explizit auf die Folgen des Schweigens des Verbrauchers hin. Außerdem sei der Umfang der umfassten Leistungsänderungen zu unkonkret, da sich der durchschnittliche Verbraucher vor allem unter dem Begriff des Leistungsumfanges nichts vorstellen könne. [42] Das Erstgericht erachtete die Klausel als unzulässig, weil sie gegen Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 2 und Absatz 2, Ziffer 3, KSchG verstoße. Die Beklagte weise entgegen Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 2, KSchG nicht explizit auf die Folgen des Schweigens des Verbrauchers hin. Außerdem sei der Umfang der umfassten Leistungsänderungen zu unkonkret, da sich der durchschnittliche Verbraucher vor allem unter dem Begriff des Leistungsumfanges nichts vorstellen könne.

[43] Das Berufungsgericht bestätigte den Ausspruch des Erstgerichts hinsichtlich § 6 Abs 1 Z 2 KSchG, zumal die Berufung gegen diese Ansicht nichts ins Treffen geführt habe. Außerdem enthalte die Klausel keine Einschränkung auf für den Verbraucher zumutbare, weil geringfügige und sachlich gerechtfertigte Änderungen. Ob darin ein Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG liege, könne dahingestellt bleiben. [43] Das Berufungsgericht bestätigte den Ausspruch des Erstgerichts hinsichtlich Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 2, KSchG, zumal die Berufung gegen diese Ansicht nichts ins Treffen geführt habe. Außerdem enthalte die Klausel keine Einschränkung auf für den Verbraucher zumutbare, weil geringfügige und sachlich gerechtfertigte Änderungen. Ob darin ein Verstoß gegen Paragraph 6, Absatz 2, Ziffer 3, KSchG liege, könne dahingestellt bleiben.

[44] Tatsächlich wurde dem Ausspruch des Erstgerichts, wonach die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG verstoße, von der Beklagten in ihrer Berufung nichts entgegengesetzt. [44] Tatsächlich wurde dem Ausspruch des Erstgerichts, wonach die Klausel gegen Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 2, KSchG verstoße, von der Beklagten in ihrer Berufung nichts entgegengesetzt.

[45] Eine im Berufungsverfahren unterbliebene Rechtsrüge kann im Revisionsverfahren nicht nachgetragen werden (RS0043573). Wurde eine vom Erstgericht (vermeintlich) unrichtig gelöste Rechtsfrage in der Berufung nicht geltend gemacht, kann diese Frage nicht mehr Gegenstand des Revisionsverfahrens sein (RS0043338 [T10]). Dies gilt auch dann, wenn das Ersturteil – wie hier – nur in einem bestimmten Punkt nicht aus dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung bekämpft wurde (RS0043573 [T2]). Wurde in der Berufung also nur in bestimmten Punkten eine Rechtsrüge ausgeführt, können andere Punkte in der Revision nicht mehr geltend gemacht werden (RS0043338 [T13, T27]).

[46] Da der geltend gemachte Revisionsgrund bezüglich § 6 Abs 1 Z 2 KSchG danach als nicht gesetzmäßig ausgeführt gilt (RS0043338 [T11]), kann dahingestellt bleiben, ob auch von einem Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG auszugehen ist. [46] Da der geltend gemachte Revisionsgrund bezüglich Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 2, KSchG danach als nicht gesetzmäßig ausgeführt gilt (RS0043338 [T11]), kann dahingestellt bleiben, ob auch von einem Verstoß gegen Paragraph 6, Absatz 2, Ziffer 3, KSchG auszugehen ist.

13. Klausel (Punkt 7.3. der AGB)

„Das Mitglied darf nur mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen gegen M* aufrechnen.“

[47] Sowohl das Erst- als auch das Berufungsgericht erachteten die Klausel als unzulässig. Sie verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 8 KSchG, weil sie eine Aufrechnung unter anderem von Forderungen, welche in rechtlichem Zusammenhang mit der Verbindlichkeit des Verbrauchers stehen, verbietet, sofern diese nicht unbestritten oder rechtskräftig festgestellt seien. [47] Sowohl das Erst- als auch das Berufungsgericht erachteten die Klausel als unzulässig. Sie verstoße gegen Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 8, KSchG, weil sie eine Aufrechnung unter anderem von Forderungen, welche in rechtlichem Zusammenhang mit der Verbindlichkeit des Verbrauchers stehen, verbietet, sofern diese nicht unbestritten oder rechtskräftig festgestellt seien.

[48] Die Beklagte bringt in ihrer Revision dagegen vor, die gegenständliche Klausel würde die dem Verbraucher nach dem KSchG jedenfalls zustehenden Aufrechnungsmöglichkeiten nicht einschränken. Durch die Klausel würde die Aufrechnung einer unter § 6 Abs 1 Z 8 KSchG genannten Forderungen nicht verboten. [48] Die Beklagte bringt in ihrer Revision dagegen vor, die gegenständliche Klausel würde die dem Verbraucher nach dem KSchG jedenfalls zustehenden Aufrechnungsmöglichkeiten nicht einschränken. Durch die Klausel würde die Aufrechnung einer unter Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 8, KSchG genannten Forderungen nicht verboten.

[49] Das trifft so nicht zu. § 6 Abs 1 Z 8 KSchG nennt drei – alternativ zu verstehende – Voraussetzungen, unter denen eine Aufrechnung mit Gegenforderungen des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden darf. Steht daher die zu kompensierende Forderung in rechtlichem Zusammenhang mit der Verbindlichkeit des Verbrauchers, so muss sie weder gerichtlich festgestellt noch vom Unternehmer anerkannt worden sein (RS0121952), um aufrechenbar zu bleiben. Die Klausel erwähnt eine Aufrechenbarkeit mit einer Gegenforderung des Verbrauchers, die im rechtlichen Zusammenhang mit seiner Verbindlichkeit steht, nicht. Vielmehr beschränkt sie die Aufrechenbarkeit auf unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen des Mitglieds (arg: „darf nur ...“). Da die Klausel somit gerade keinen Hinweis darauf enthält, dass die nach dem KSchG zustehenden Aufrechnungsmöglichkeiten des Verbrauchers nicht eingeschränkt werden sollen, verstößt sie gegen § 6 Abs 1 Z 8 KSchG. Die Revision der Beklagten ist auch in diesem Punkt nicht berechtigt. [49] Das trifft so nicht zu. Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 8, KSchG nennt drei – alternativ zu verstehende – Voraussetzungen, unter denen eine Aufrechnung mit Gegenforderungen des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden darf. Steht daher die zu kompensierende Forderung in rechtlichem Zusammenhang mit der Verbindlichkeit des Verbrauchers, so muss sie weder gerichtlich festgestellt noch vom Unternehmer anerkannt worden sein (RS0121952), um aufrechenbar zu bleiben. Die Klausel erwähnt eine Aufrechenbarkeit mit einer Gegenforderung des Verbrauchers, die im rechtlichen Zusammenhang mit seiner Verbindlichkeit steht, nicht. Vielmehr beschränkt sie die Aufrechenbarkeit auf unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen des Mitglieds (arg: „darf nur ...“). Da die Klausel somit gerade keinen Hinweis darauf enthält, dass die nach dem KSchG zustehenden Aufrechnungsmöglichkeiten des Verbrauchers nicht eingeschränkt werden sollen, verstößt sie gegen Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 8, KSchG. Die Revision der Beklagten ist auch in diesem Punkt nicht berechtigt.

[50] Die Vorinstanzen gaben auch dem Veröffentlichungsbegehren der Klägerin statt. In ihrer dagegen gerichteten Revision führt die Beklagte die Rechtskonformität ihrer Klauseln ins Treffen. Diesem Argument ist nach den voranstehenden Erwägungen aber der Boden entzogen.

[51] Zusammenfassend ist die Revision der Beklagten danach in keinem Punkt berechtigt, sodass ihr ein Erfolg zu versagen war.

III. Zur Revision der Klägerin römisch drei. Zur Revision der Klägerin

[52] Die Klägerin bekämpft in ihrer Revision die Zulässigkeit der Klauseln 5 erster Satz, 7 und 10 und insoweit das bezug habende Veröffentlichungsbegehren.

5. Klausel erster Satz (Punkt 3.2. der AGB)

„Für die Ausstellung der MemberCard bei Vertragsschluss wird die auf dem Vertragsdeckblatt vereinbarte Aktivierungsgebühr fällig. ...“

[53] Das Erstgericht erachtete (auch) diesen ersten Teil der Klausel als unzulässig. Hinsichtlich der Aktivierungsgebühr verweise sie auf Klausel 2, die auch insofern intransparent und gröblich benachteiligend sei. Die Unzulässigkeit der Bestimmung, auf die verwiesen werde, führe zwingend zur Unzulässigkeit der verweisenden

Bestimmung.

[54] Das Berufungsgericht änderte das Ersturteil hinsichtlich dieses ersten Teils der Klausel (Aktivierungsgebühr) im klagsabweisenden Sinn ab. Es werde auf die bereits vor der Klausel 2 im farblich hinterlegten Teil des Mitgliedsvertrags getroffene Vereinbarung über die Aktivierungsgebühr Bezug genommen. Die Klausel 2 sei ebenfalls als bloßer Hinweis auf diese Vereinbarung zu werten, sodass sich durch den Entfall dieser Klausel nichts an der getroffenen Vereinbarung ändere. Da die diesbezüglichen Bestimmungen des Mitgliedsvertrags nicht Gegenstand des Klagebegehrens seien und demnach nicht untersagt werden könnten, komme auch eine Prüfung der insofern eine Verweisung enthaltenden Klausel im Hinblick auf die Aktivierungsgebühr an sich nicht in Betracht. Selbst wenn man sie vom Prüfungsumfang umfasst erachte, unterfalle sie als Bestandteil (unselbständige Nebenpflicht) des Hauptleistungsentgelts nicht § 879 Abs 3 ABGB. Ohne dass es weiterer Feststellungen zu den mit der Ausstellung der MemberCard verbundenen Kosten und dem mit dieser verbundenen Nutzen bedürfte, sei die Angemessenheit dieses Entgelts im Verbandsprozess daher nicht zu prüfen. Die in § 5a Abs 1 Z 3 KSchG und § 4 Abs 1 Z 4 und 5 FAGG geregelten Informationspflichten zielten auf allfällige zusätzliche Kosten ab, ein derartiger Fall liege hier nicht vor. Außerdem wäre die Einbeziehung der Aktivierungsgebühr als eine einmalige Zahlung in einem monatlichen Gesamtpreis angesichts der unbestimmten Vertragsdauer nicht möglich. Durch die ziffernmäßige Angabe des einmaligen Aktivierungsentgelts seien die Informationspflichten der genannten Bestimmungen erfüllt. Es liege auch kein Verstoß gegen § 6c KSchG vor, weil Nebenkosten, die notwendigerweise mit der Erfüllung des Vertrags verbunden seien, davon nicht erfasst seien. Da die Klausel dem Gebot der Preistransparenz entspreche, liege auch ein Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG nicht vor. [54] Das Berufungsgericht änderte das Ersturteil hinsichtlich dieses ersten Teils der Klausel (Aktivierungsgebühr) im klagsabweisenden Sinn ab. Es werde auf die bereits vor der Klausel 2 im farblich hinterlegten Teil des Mitgliedsvertrags getroffene Vereinbarung über die Aktivierungsgebühr Bezug genommen. Die Klausel 2 sei ebenfalls als bloßer Hinweis auf diese Vereinbarung zu werten, sodass sich durch den Entfall dieser Klausel nichts an der getroffenen Vereinbarung ändere. Da die diesbezüglichen Bestimmungen des Mitgliedsvertrags nicht Gegenstand des Klagebegehrens seien und demnach nicht untersagt werden könnten, komme auch eine Prüfung der insofern eine Verweisung enthaltenden Klausel im Hinblick auf die Aktivierungsgebühr an sich nicht in Betracht. Selbst wenn man sie vom Prüfungsumfang umfasst erachte, unterfalle sie als Bestandteil (unselbständige Nebenpflicht) des Hauptleistungsentgelts nicht Paragraph 879, Absatz 3, ABGB. Ohne dass es weiterer Feststellungen zu den mit der Ausstellung der MemberCard verbundenen Kosten und dem mit dieser verbundenen Nutzen bedürfte, sei die Angemessenheit dieses Entgelts im Verbandsprozess daher nicht zu prüfen. Die in Paragraph 5 a, Absatz eins, Ziffer 3, KSchG und Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 4 und 5 FAGG geregelten Informationspflichten zielten auf allfällige zusätzliche Kosten ab, ein derartiger Fall liege hier nicht vor. Außerdem wäre die Einbeziehung der Aktivierungsgebühr als eine einmalige Zahlung in einem monatlichen Gesamtpreis angesichts der unbestimmten Vertragsdauer nicht möglich. Durch die ziffernmäßige Angabe des einmaligen Aktivierungsentgelts seien die Informationspflichten der genannten Bestimmungen erfüllt. Es liege auch kein Verstoß gegen Paragraph 6 c, KSchG vor, weil Nebenkosten, die notwendigerweise mit der Erfüllung des Vertrags verbunden seien, davon nicht erfasst seien. Da die Klausel dem Gebot der Preistransparenz entspreche, liege auch ein Verstoß gegen Paragraph 6, Absatz 3, KSchG nicht vor.

[55] Die Klägerin bringt in ihrer Revision vor, durch den Umstand, dass das Vertragsdeckblatt nicht Teil des Unterlassungsbegehrens sei, sei eine Prüfung der Aktivierungsgebühr nicht ausgeschlossen. Diese betreffe im Sinn der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs und des EuGH keine Hauptleistungspflicht und sei gemäß § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend, zudem intransparent und verstoße gegen Informationspflichten (§ 5a Abs 1 Z 3 KSchG; § 4 Abs 1 Z 4 und 5 FAGG) und gegen § 6c KSchG. Die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens (zum Begriff der „Extrazahlung“ nach Art 22 Verbraucherrechte-RL ua) werde angeregt. [55] Die Klägerin bringt in ihrer Revision vor, durch den Umstand, dass das Vertragsdeckblatt nicht Teil des Unterlassungsbegehrens sei, sei eine Prüfung der Aktivierungsgebühr nicht ausgeschlossen. Diese betreffe im Sinn der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs und des EuGH keine Hauptleistungspflicht und sei gemäß Paragraph 879, Absatz 3, ABGB gröblich benachteiligend, zudem intransparent und verstoße gegen Informationspflichten (Paragraph 5 a, Absatz eins, Ziffer 3, KSchG; Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 4 und 5 FAGG) und gegen Paragraph 6 c, KSchG. Die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens (zum Begriff der „Extrazahlung“ nach Artikel 22, Verbraucherrechte-RL ua) werde angeregt.

[56] Richtig ist, dass die Klägerin die im Mitgliedsvertrag (auch als „Vertragsdeckblatt“ bezeichnet; Beil .JA) unter „Vertragsanpassungen“ auszuweisende Aktivierungsgebühr nicht bekämpft hat. Das kann hier für die Prüfung von

Klausel 5 erster Satz der AGB aber nicht schaden, weil mit dieser vereinbart werden soll, dass „für die Ausstellung der MemberCard“ die Aktivierungsgebühr zu leisten ist („wird ... fällig“; die Fälligkeit als solche ist dagegen Gegenstand von Pkt 4.2.1. der AGB), sohin die Leistungspflicht dem Grunde nach festgelegt wird, während im Mitgliedsvertrag (Beil ./A) in einem vorgegebenen Kästchen jeweils die Höhe der konkreten Aktivierungsgebühr, das konkrete Datum ihrer Fälligkeit sowie die Zahlweise anzuführen sind. Einer Prüfung der Zulässigkeit der Klausel 5 erster Satz steht dies nicht entgegen.

[57] Der Oberste Gerichtshof hat bereits in der Entscheidung 4 Ob 59/22p Pkt 2.5.2 mit Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH (C-224/19, C-259/19, CaixaBank SA ua) explizit ausgesprochen, dass auch eine einmalige Verwaltungspauschale (hier: Aktivierungsgebühr) sowie eine Gebühr für einen zum Eintritt zu verwendenden Chip (hier: MemberCard) keine Hauptleistungen, sondern im Regelfall mit der Erfüllung der vertraglichen Pflichten verbundene Leistungen darstellen, 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 (ebenso 3 Ob 155/22y zu Klausel 4. und 4 Ob 62/22d zu Klausel 5.). [57] Der Oberste Gerichtshof hat bereits in der Entscheidung 4 Ob 59/22p Pkt 2.5.2 mit Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH (C-224/19, C-259/19, CaixaBank SA ua) explizit ausgesprochen, dass auch eine einmalige Verwaltungspauschale (hier: Aktivierungsgebühr) sowie eine Gebühr für einen zum Eintritt zu verwendenden Chip (hier: MemberCard) keine Hauptleistungen, sondern im Regelfall mit der Erfüllung der vertraglichen Pflichten verbundene Leistungen darstellen, 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 Paragraph 879, Absatz 3, ABGB unterliegen (ebenso 3 Ob 155/22y zu Klausel 4. und 4 Ob 62/22d zu Klausel 5.).

[58] Nichts anderes kann hier gelten. Wie der Trainings- und Servicepauschale stehen auch der Aktivierungsgebühr für die Ausgabe der MemberCard keine konkreten Aufwendungen oder Leistungen gegenüber, die über das übliche, mit jeder Vertragsbegründung entstehende Maß hinausgehen. Laut den AGB dient die MemberCard dazu, dem Verbraucher Zutritt zu den Fitnessstudios der Beklagten zu ermöglichen. Weitere Nutzungsmöglichkeiten der MemberCard ergeben sich aus dem festgestellten Sachverhalt nicht. Die Ermöglichung des Zutritts zu den Fitnessstudios gehört aber ohnedies zu den Vertragspflichten der Beklagten (4 Ob 59/22p), sodass kein Grund für die Zahlung eines zusätzlichen Entgelts bzw eines zusätzlichen Preises für den geforderten Erwerb einer MemberCard durch Kunden ersichtlich ist. Anderes ergäbe sich auch nicht unter Berücksichtigung des Revisionsvorbringens, dass der Kunde die MemberCard auch zur elektronischen Öffnung und Schließung von Spinden in der Garderobe nutzen kann, weil auch die Zurverfügungstellung von verschließbaren Aufbewahrungsmöglichkeiten für die Straßenkleidung der Kunden zu den mit der Erfüllung der vertraglichen Pflichten verbundenen Leistungen zu zählen wäre. Der Erwerb der MemberCard könnte vom Kunden nicht abgelehnt werden, ohne dass er dadurch von der gewöhnlichen Nutzung des Fitnessstudios ausgeschlossen wäre.

[59] Auch soweit sich die Beklagte auf administrative Arbeiten zur Aufnahme eines Mitglieds beruft, ist auf diese Rechtsprechung zu verweisen. In 4 Ob 62/22d wurde zu einer insofern vergleichbaren Verwaltungspauschale festgehalten, dass ihr keine konkreten Aufwendungen oder Leistungen, die nach den Feststellungen über das übliche, mit jeder Vertragsbegründung entstehende Maß hinausgehen, entsprechen (s Rz 64). Solches ist auch hier nicht ersichtlich.

[60] Da die Vereinbarung eines solchen zusätzlichen Entgelts nach der Rechtsprechung gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB und die inkriminierte Vereinbarung einer Aktivierungsgebühr ohne eigenständige Gegenleistung demnach unzulässig ist, kommt der Revision der Klägerin in diesem Punkt Berechtigung zu, ohne dass es der Einleitung des von ihr angeregten Vorabentscheidungsverfahrens bedarf. [60] Da die Vereinbarung eines solchen zusätzlichen Entgelts nach der Rechtsprechung gröblich benachteiligend iSd Paragraph 879, Absatz 3, ABGB und die inkriminierte Vereinbarung einer Aktivierungsgebühr ohne eigenständige Gegenleistung demnach unzulässig ist, kommt der Revision der Klägerin in diesem Punkt Berechtigung zu, ohne dass es der Einleitung des von ihr angeregten Vorabentscheidungsverfahrens bedarf.

7. Klausel (Punkt 4.1.2. der AGB)

„... Der Beitrag für den ersten anteiligen Kalendermonat nach Vertragsabschluss wird zusammen mit der Aktivierungsgebühr für die MemberCard am Tag des Zustandekommens des Vertrages fällig. ...“

[61] Das Erstgericht erachtete die Klauseln wegen des Verweises auf die unzulässige Klausel 2 für unzulässig.

[62] Das Berufungsgericht erachtete sie wegen der nach seiner Beurteilung zulässigen Aktivierungsgebühr für zulässig.

[63] Die Klägerin verweist in ihrer Revision auf die rechtswidrige Regelung der Aktivierungsgebühr, weshalb auch Klausel 7 rechtswidrig sei.

[64] Darin ist ihr unter Verweis auf die voranstehenden Ausführungen zur Aktivierungsgebühr zu folgen (siehe RS0122040 zur Unzulässigkeit auch der auf eine unzulässige Regelung verweisenden Regelung).

10. Klausel (Punkt 5.1.2. der AGB)

„Bei einer Mindestvertragsbindung von mehr als 12 Monaten ist das Mitglied jedoch berechtigt, den Mitgliedsvertrag vor Ende der Mindestvertragsbindung gegen Zahlung eines pauschalen Entgelts von EUR 60,- inklusive Umsatzsteuer auch zum Ende des 12. Monats zu kündigen. Bei einer Mindestvertragsbindung von mehr als 18 Monaten ist das Mitglied zusätzlich berechtigt, den Mitgliedsvertrag vor Ende der Mindestvertragsbindung gegen Zahlung eines pauschalen Entgelts von EUR 30,- inklusive Umsatzsteuer auch zum Ende des 18. Monats zu kündigen. Für die Kündigungen gilt die auf dem Vertragsdeckblatt angegebene Kündigungsfrist. Eine vorzeitige Kündigung ist unwirksam, wenn das pauschale Entgelt nicht binnen 14 Tagen nach Zugang der Kündigung auf das Konto von M* einbezahlt wird, wobei das Mitglied ersucht wird, bei der Überweisung die Mitgliedsnummer anzugeben.“

[65] Das Erstgericht erachtete die Klausel für unzulässig, weil sie gegen § 6 Abs 3, § 6 Abs 1 Z 1 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB verstoße. Bei vereinbarter Mindestvertragsdauer von 12 Monaten sei die Klausel für einen durchschnittlichen Verbraucher unverständlich. Entgegen ihrem erstinstanzlichen Vorbringen habe die Beklagte nach dem festgestellten Sachverhalt noch im Jahr 2020 Verträge mit einer 20-monatigen Mindestlaufzeit mit Verbrauchern abgeschlossen. Abgesehen davon könnte die Beklagte auch in Zukunft wieder Abos mit einer längeren Mindestbindung abschließen. Die Klausel suggeriere aber, dass ein Verbraucher, mit dem eine Mindestvertragsbindung von 20 Monaten vereinbart worden sei, erst zum 12. Monat (um 60 EUR, also dem dreifachen M* Basic Mitgliedsbeitrag) und danach zum 18. Monat (um 30 EUR, also dem eineinhalbfachen M* Basic Mitgliedsbeitrag) kündigen könne, obwohl eine derart lange Bindung unzulässig sei. Dadurch werde seine Rechtsposition verschleiert. [65] Das Erstgericht erachtete die Klausel für unzulässig, weil sie gegen Paragraph 6, Absatz 3,, Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer eins, KSchG und Paragraph 879, Absatz 3, ABGB verstoße. Bei vereinbarter Mindestvertragsdauer von 12 Monaten sei die Klausel für einen durchschnittlichen Verbraucher unverständlich. Entgegen ihrem erstinstanzlichen Vorbringen habe die Beklagte nach dem festgestellten Sachverhalt noch im Jahr 2020 Verträge mit einer 20-monatigen Mindestlaufzeit mit Verbrauchern abgeschlossen. Abgesehen davon könnte die Beklagte auch in Zukunft wieder Abos mit einer längeren Mindestbindung abschließen. Die Klausel suggeriere aber, dass ein Verbraucher, mit dem eine Mindestvertragsbindung von 20 Monaten vereinbart worden sei, erst zum 12. Monat (um 60 EUR, also dem dreifachen M* Basic Mitgliedsbeitrag) und danach zum 18. Monat (um 30 EUR, also dem eineinhalbfachen M* Basic Mitgliedsbeitrag) kündigen könne, obwohl eine derart lange Bindung unzulässig sei. Dadurch werde seine Rechtsposition verschleiert.

[66] Das Berufungsgericht erachtete die Klausel nicht als intransparent, sie sei für einen durchschnittlich verständigen und informierten Verbraucher durchaus verständlich. Sie verstoße auch nicht gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG, zumal sie keine Bindungsdauer festlege, sondern lediglich Regelungen für den Fall einer gesondert vereinbarten Bindungsdauer von mehr als 12 Monaten treffe. Es könne nicht von vornherein gesagt werden, dass eine Bindungsdauer von 12 oder auch 18 Monaten generell unzulässig sei. Auch die Forderung eines pauschalierten Betrags für die vorzeitige Beendigung bei einer Bindungsdauer von mehr als 12 Monaten sei zulässig. Der Verbraucher würde dadurch auch nicht schlechter gestellt, sondern ihm – einem Reugeld vergleichbar – eine zusätzliche Möglichkeit eröffnet, sich von seinen vertraglichen Verpflichtungen zu lösen. [66] Das Berufungsgericht erachtete die Klausel nicht als intransparent, sie sei für einen durchschnittlich verständigen und informierten Verbraucher durchaus verständlich. Sie verstoße auch nicht gegen Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer eins, KSchG, zumal sie keine Bindungsdauer festlege, sondern lediglich Regelungen für den Fall einer gesondert vereinbarten Bindungsdauer von mehr als 12 Monaten treffe. Es könne nicht von vornherein gesagt werden, dass eine Bindungsdauer von 12 oder auch 18 Monaten generell unzulässig sei. Auch die Forderung eines pauschalierten Betrags für die vorzeitige Beendigung bei einer

Bindungsdauer von mehr als 12 Monaten sei zulässig. Der Verbraucher würde dadurch auch nicht schlechter gestellt, sondern ihm – einem Reugeld vergleichbar – eine zusätzliche Möglichkeit eröffnet, sich von seinen vertraglichen Verpflichtungen zu lösen.

[67] Die Klägerin erachtet in ihrer Revision die Klausel als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, zumal sie dem Verbraucher suggeriere, er könne erst zum Ende der 12 Monate übersteigenden Kündigungsfrist (oder zu einem früheren Zeitpunkt gegen Zahlung einer Pönale) kündigen, obwohl eine derart lange Bindung unzulässig sei. Außerdem verstärke sie die überlange Vertragsbindung noch weiter und sehe ein Entgelt für die Ausübung eines gesetzlichen Rechts vor. Die Pauschalbeträge nähmen auch keine Rücksicht auf die restliche Mindestvertragsdauer (§ 879 Abs 3 ABGB). Dass eine längere Vertragsdauer im Einzelfall gerechtfertigt sein könne, sei im Verbandsverfahren ohne Belang.

[67] Die Klägerin erachtet in ihrer Revision die Klausel als intransparent iSd Paragraph 6, Absatz 3, KSchG, zumal sie dem Verbraucher suggeriere, er könne erst zum Ende der 12 Monate übersteigenden Kündigungsfrist (oder zu einem früheren Zeitpunkt gegen Zahlung einer Pönale) kündigen, obwohl eine derart lange Bindung unzulässig sei. Außerdem verstärke sie die überlange Vertragsbindung noch weiter und sehe ein Entgelt für die Ausübung eines gesetzlichen Rechts vor. Die Pauschalbeträge nähmen auch keine Rücksicht auf die restliche Mindestvertragsdauer (Paragraph 879, Absatz 3, ABGB). Dass eine längere Vertragsdauer im Einzelfall gerechtfertigt sein könne, sei im Verbandsverfahren ohne Belang.

[68] 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 Fitnessstudio 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 (s 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 (RS0121007 [T3, T4]). 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 [Pkt 3.1.] mwN). [68] Nach Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer eins, zweiter Fall KSchG sind für den Verbraucher Vertragsbestimmungen iSd Paragraph 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 Fitnessstudio einen im Einzelfall anhand einer Interessenabwägung auszufüllenden Orientierungsrahmen (10 Ob 34/05f). Bei der Prüfung, ob eine unangemessen lange Vertragsbindung gemäß Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer eins, zweiter Fall KSchG bzw gemäß Paragraph 879, Absatz 3, ABGB vorliegt, ist eine Gesamtwertung aller einschlägigen Vertragsumstände vorzunehmen (s 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 (RS0121007 [T3, T4]). 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 [Pkt 3.1.] mwN).

[69] Davon ausgehend, wird eine Bindungsdauer von mehr als 12 Monaten in einem Fitnessstudiovertrag von der Rechtsprechung nicht generell als unzulässig erachtet (s etwa 5 Ob 205/13b ua). In der Entscheidung zu 5 Ob 205/13b wurde die Möglichkeit einer Kündigung nach Ablauf des ersten Jahres halbjährlich unter Einhaltung einer zweimonatigen Kündigungsfrist gebilligt, weil dort – im Gegensatz zum vorliegenden Fall – das Trainieren in den betreffenden Studios nur unter Aufsicht erlaubt war, was eine höhere Planungssicherheit betreffend Personalkosten notwendig machte. Zu 1 Ob 96/17z wurde eine Bindungsdauer von 12 Monaten für zulässig befunden und gleichzeitig ausgesprochen, dass dem „Preisargument“ – je länger die Mindestvertragslaufzeit, desto geringer der monatliche

Mitgliedsbeitrag – nach der Rechtsprechung eine (eingeschränkte) Bedeutung insofern zukomme, als benachteiligende Bestimmungen in einzelnen Punkten bei einer vorzunehmenden Gesamtbetrachtung auch gerechtfertigt erscheinen können. Eine längere Vertragsbindung kann daher unter Umständen gerechtfertigt sein, wenn sie für den Verbraucher durch den Vorteil niedriger monatlicher Beiträge ausgeglichen wird. Hingegen wurde ein Kündigungsverzicht für die Dauer von 24 oder 36 Monaten als unzulässig beurteilt, auch wenn dem Verbraucher dafür der Vorteil eines niedrigeren Monatsbeitrags eingeräumt wird (9 Ob 69/11d). In der Entscheidung 4 Ob 59/22p hat der Oberste Gerichtshof zuletzt die Ansicht der Vorinstanzen, eine Bindungsdauer von 16 Monaten sei nicht zulässig, nicht beanstandet, zumal keine erhöhte Planungssicherheit des Unternehmens notwendig gewesen und dem Verbraucher auch kein Vorteil durch niedrigere monatliche Beiträge gewährt worden sei.

[70] Die vorliegende Klausel selbst legt gar keine Bindungsdauer fest, sondern verweist nur auf Fälle, in denen eine „Mindestvertragsbindung“ von mehr als 12 (18) Monaten vereinbart wurde. Da die drei möglichen Mitgliedschaftsmodelle der Beklagten jeweils „12 Monate Mindestlaufzeit“ und eine „Verlängerung nach 12 Monaten um 1 Monat“ vorsehen (s Beil ./8: „Welchen Vertrag möchtest Du wählen?“), kann sich die Klausel auch nur auf Fälle beziehen, in denen eine längere „Mindestvertragsbindung“ individuell vereinbart wurde (ob dies auch eine schlicht befristete Vertragsbindung ohne „Mindest“-Erfordernis meint, sei dahingestellt). Die Beklagte vermittelt mit der Klausel 10 nun den Eindruck eines Vorteils des Mitglieds, weil es je nach vereinbarter „Mindest“-Bindungsdauer gegen eine Abschlagszahlung die Möglichkeit einer vorzeitigen Lösung vom Vertrag bekomme. Von Vorteil ist dies für das Mitglied aber nur dann, wenn die Höhe des pauschalen Entgelts nicht über den sonst anfallenden Monatsbeiträgen liegt. Kündigt der Kunde zB bei vereinbarter 15-monatiger Bindung den Vertrag iSd Klausel 10 mit Ablauf von 12 Monaten auf, so hätte er 60 EUR zu zahlen, die beim Basistarif ohnedies etwa drei Monatsbeiträgen (3 x 19,90 EUR) entsprechen. Ungeachtet dessen, dass eine solche Vertragsbindung nach der Rechtsprechung mangels rechtfertigender Umstände schon grundsätzlich unzulässig sein kann (4 Ob 59/22p: Unzulässigkeit einer 16-monatigen Vertragsbindung; siehe auch 10 Ob 53/22p), wäre eine vorzeitige Kündigung daher erst ab einer Vertragsbindung von mehr als 15 Monaten für das Mitglied nicht mehr von finanziellem Nachteil, mit Wirkung nach Ende des 12. Monats aber nicht mehr möglich (arg: „auch zum Ende des 12. Monats zu kündigen“; bei längerer Bindung käme sie erst wieder zum Ende des 18. Monats

in Frage). Demgegenüber geht die Standard-Mindestvertragsdauer von 12 Monaten nach Beil ./8 mit einer Verlängerung des Vertrags um (jeweils) ein Monat und einer Kündigungsfrist von vier Wochen vor Vertragsende einher, wodurch die Klausel hier insgesamt zu einer relativ unübersichtlichen Position des Verbrauchers betreffend seine Kündigungsmöglichkeiten und deren finanzielle Auswirkungen führt. Da die Klausel dem Verbraucher danach keine klare Position über seine Kündigungsrechte, vor allem aber auch keine diesbezüglichen Vorteile einräumt, solche aber sehr wohl suggeriert und somit die Rechtsposition des Verbrauchers verschleiern, ist die Klausel intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG und daher entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts unzulässig. [70] Die vorliegende Klausel selbst legt gar keine Bindungsdauer fest, sondern verweist nur auf Fälle, in denen eine „Mindestvertragsbindung“ von mehr als 12 (18) Monaten vereinbart wurde. Da die drei möglichen Mitgliedschaftsmodelle der Beklagten jeweils „12 Monate Mindestlaufzeit“ und eine „Verlängerung nach 12 Monaten um 1 Monat“ vorsehen (s Beil ./8: „Welchen Vertrag möchtest Du wählen?“), kann sich die Klausel auch nur auf Fälle beziehen, in denen eine längere „Mindestvertragsbindung“ individuell vereinbart wurde (ob dies auch eine schlicht befristete Vertragsbindung ohne „Mindest“-Erfordernis meint, sei dahingestellt). Die Beklagte vermittelt mit der Klausel 10 nun den Eindruck eines Vorteils des Mitglieds, weil es je nach vereinbarter „Mindest“-Bindungsdauer gegen eine Abschlagszahlung die Möglichkeit einer vorzeitigen Lösung vom Vertrag bekomme. Von Vorteil ist dies für das Mitglied aber nur dann, wenn die Höhe des pauschalen Entgelts nicht über den sonst anfallenden Monatsbeiträgen liegt. Kündigt der Kunde zB bei vereinbarter 15-monatiger Bindung den Vertrag iSd Klausel 10 mit Ablauf von 12 Monaten auf, so hätte er 60 EUR zu zahlen, die beim Basistarif ohnedies etwa drei Monatsbeiträgen (3 x 19,90 EUR) entsprechen. Ungeachtet dessen, dass eine solche Vertragsbindung nach der Rechtsprechung mangels rechtfertigender Umstände schon grundsätzlich unzulässig sein kann (4 Ob 59/22p: Unzulässigkeit einer 16-monatigen Vertragsbindung; siehe auch 10 Ob 53/22p), wäre eine vorzeitige Kündigung daher erst ab einer Vertragsbindung von mehr als 15 Monaten für das Mitglied nicht mehr von finanziellem Nachteil, mit Wirkung nach Ende des 12. Monats aber nicht mehr möglich (arg: „auch zum Ende des 12. Monats zu kündigen“; bei längerer Bindung käme sie erst wieder zum Ende des 18. Monats, in Frage). Demgegenüber geht die Standard-Mindestvertragsdauer von 12 Monaten nach Beil ./8 mit einer Verlängerung des Vertrags um (jeweils) ein Monat und einer Kündigungsfrist von vier Wochen vor Vertragsende einher, wodurch die

Klausel hier insgesamt zu einer relativ unübersichtlichen Position des Verbrauchers betreffend seine Kündigungsmöglichkeiten und deren finanzielle Auswirkungen führt. Da die Klausel dem Verbraucher danach keine klare Position über seine Kündigungsrechte, vor allem aber auch keine diesbezüglichen Vorteile einräumt, solche aber sehr wohl suggeriert und somit die Rechtsposition des Verbrauchers verschleiert, ist die Klausel intransparent iSd Paragraph 6, Absatz 3, KSchG und daher entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts unzulässig.

[71] Die Revision der Klägerin ist daher auch in diesem Punkt berechtigt, sodass ihr insgesamt wie aus dem Spruch ersichtlich Folge zu geben und das Ersturteil insoweit wiederherzustellen war.

[72] III. Die Kostenentscheidung gründet sich hinsichtlich des erstinstanzlichen Verfahrens auf § 43 Abs 2 ZPO. Die Klägerin war im Ergebnis von den 14 verfahrensgegenständlichen Klauseln mit 13 Klauseln zur Gänze und mit einer Klausel (Klausel 11) zum Teil erfolgreich, dies samt dem entsprechenden Veröffentlichungsbegehren. Dass sie im erstinstanzlichen Verfahren daher mit einem lediglich geringfügigen Anteil ihres Begehrens unterlegen war, dessen Geltendmachung auch keine besonderen Kosten veranlasst hat, ist nicht kostenrelevant (§ 43 Abs 2 ZPO). [72] römisch drei. Die Kostenentscheidung gründet sich hinsichtlich des erstinstanzlichen Verfahrens auf Paragraph 43, Absatz 2, ZPO. Die Klägerin war im Ergebnis von den 14 verfahrensgegenständlichen Klauseln mit 13 Klauseln zur Gänze und mit einer Klausel (Klausel 11) zum Teil erfolgreich, dies samt dem entsprechenden Veröffentlichungsbegehren. Dass sie im erstinstanzlichen Verfahren daher mit einem lediglich geringfügigen Anteil ihres Begehrens unterlegen war, dessen Geltendmachung auch keine besonderen Kosten veranlasst hat, ist nicht kostenrelevant (Paragraph 43, Absatz 2, ZPO).

[73] Die Kostenentscheidung zu den Rechtsmittelverfahren gründet sich jeweils auf die §§ 41, 50 ZPO. Die Klägerin hat mit ihrer Berufung (betreffend Klausel 14; rkr) und mit ihrer gegen die Berufung der Beklagten (betreffend 12,5 Klauseln) gerichteten Berufungsbeantwortung zur Gänze obsiegt, wobei die Bemessungsgrundlage für die Berufungsbeantwortung der Klägerin 31.160,71 EUR betrug. [73] Die Kostenentscheidung zu den Rechtsmittelverfahren gründet sich jeweils auf die Paragraphen 41, 50, ZPO. Die Klägerin hat mit ihrer Berufung (betreffend Klausel 14; rkr) und mit ihrer gegen die Berufung der Beklagten (betreffend 12,5 Klauseln) gerichteten Berufungsbeantwortung zur Gänze obsiegt, wobei die Bemessungsgrundlage für die Berufungsbeantwortung der Klägerin 31.160,71 EUR betrug.

[74] Im Revisionsverfahren hat die Klägerin sowohl mit ihrer Revision als auch mit ihrer gegen die Revision der Beklagten gerichteten Revisionsbeantwortung zur Gänze obsiegt.

Textnummer

E138362

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2023:0090OB00094.22X.0427.000

Im RIS seit

09.06.2023

Zuletzt aktualisiert am

09.06.2023

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at