REPUBLIK ÖSTERREICH
OBERSTER GERICHTSHOF

IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Danzl als Vorsitzenden sowie die Hofrätinnen Dr. Hurch und Dr. Lovrek, die Hofräte Dr. Höllwerth und Mag. Wurzer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, 1041 Wien, Prinz-Eugen-Straße 20-22, vertreten durch Dr. Walter Reichholf, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei C***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Karin Prutsch, Rechtsanwältin in Graz, wegen Unterlassung (Streitwert 30.500 EUR) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 4.400 EUR), über die außerordentlichen Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 24. September 2013, GZ 2 R 153/13g-12, mit dem infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts Leoben vom 19. Juni 2013, GZ 2 C 32/11d-12, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision der klagenden Partei wird nicht Folge gegeben.

Der Revision der beklagten Partei wird teilweise Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass sie insgesamt (einschließlich der rechtskräftigen Abweisung eines Veröffentlichungs-mehrbegehrens durch das Erstgericht) zu lauten haben:

I. Die beklagte Partei ist schuldig, die Verwendung der nachstehend genannten Klausel oder sinngleicher Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen und es weiters zu unterlassen,

sich auf diese oder sinngleiche Klauseln zu berufen:

„6. […] Der Monatsbeitrag ist auch dann bis zum Ablauf des Vertrages zahlbar, wenn die Leistungen des Studios nicht in Anspruch genommen werden.“

II. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteils einmal im redaktionellen Teil einer Samstagausgabe der „Neue Kronen Zeitung“ für ganz Österreich mit Ausnahme Vorarlberg auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern zu veröffentlichen.

III. Das darüber hinausgehende Klagebegehren, die klagende Partei habe die Verwendung nachgenannter Klauseln oder sinngleicher Klauseln, nämlich

„3. […] Eine Kündigung ist erstmals zum Ablauf eines Jahres, danach jeweils zum Ablauf eines halben Jahres möglich. Die Kündigung hat schriftlich (Kündigung per Fax oder E-Mail ist nicht möglich!) unter Einhaltung einer zweimonatigen Kündigungsfrist zu erfolgen.“

sowie

„12. Die Benutzer können für die 4 Wochen übersteigende Dauer einer krankheitsbedingten Verhinderung, gegen Vorlage eines ärztlichen Attests ihre Mitgliedschaft beitragsfrei ruhend stellen.“

in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen und es weiters zu unterlassen, sich auf diese oder sinngleiche Klauseln zu berufen, sowie das darauf gerichtete Veröffentlichungsbegehren und das weitere Veröffentlichungsbegehren, es werde die

Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteils einmal im redaktionellen Teil einer Samstagausgabe der „Neue Kronen Zeitung“ für Vorarlberg auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern zu veröffentlichen, wird abgewiesen.

IV. Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 5.195,74 EUR (darin enthalten 787,04 EUR USt und 469,26 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten erster und zweiter Instanz binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die klagende Partei ist weiters schuldig, der beklagten Partei die mit 1.519,34 EUR (darin enthalten 139,74 EUR USt und 681 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

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

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

Die Beklagte ist Unternehmerin im Sinne des § 1 KSchG und betreibt in ganz Österreich mit Ausnahme von Vorarlberg Fitnessstudios. Sie stellt in ihren Studios sogenannte Power-Plate-Geräte zur Verfügung, die von den Kundinnen nur unter Anleitung von Trainern benutzt werden dürfen. Die Kundinnen der Beklagten müssen daher vorab Trainingstermine vereinbaren, um die von der Beklagten angebotenen Trainingsprogramme zu absolvieren. Pro Tag werden vier verschiedene Trainingsprogramme á 20 Minuten angeboten, die über den Tag abwechseln. Mit dem Vertrag

erhält die Kundin die Berechtigung zur Teilnahme an zwei Trainingseinheiten pro Woche. Von den Trainern der Beklagten werden keine gezielten Trainingsprogramme erstellt. Als freiwillige Zusatzleistung besprechen die Trainer mit ihren Kundinnen auf Wunsch jedoch individuelle Ernährungsprogramme.

Bis zum 15. 6. 2012 lagen den Verträgen mit ihren Kundinnen Allgemeine Geschäftsbedingungen „Lifestyle Ladies“ zu Grunde, welche auszugsweise folgende Klauseln enthielten:

„3. Vertragsdauer und Kündigung: Der Vertrag wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Eine Kündigung ist erstmals zum Ablauf eines Jahres, danach jeweils zum Ablauf eines halben Jahres möglich. Die Kündigung hat schriftlich (Kündigung per Fax oder E-Mail ist nicht möglich!) unter Einhaltung einer 2 monatigen Kündigungsfrist zu erfolgen […]

6. […] Der Monatsbeitrag ist auch dann bis zum Ablauf des Vertrages zahlbar, wenn die Leistungen des Studios nicht in Anspruch genommen werden.

12. Die Benutzer können für die vier Wochen übersteigende Dauer einer krankheitsbedingten Verhinderung, gegen Vorlage eines ärztlichen Attests ihre Mitgliedschaft beitragsfrei ruhend stellen […].“

In den nach dem 15. 6. 2012 abgeschlossenen Verträgen werden die obigen Klauseln mit Ausnahme der unter 3. ersichtlichen nicht mehr verwendet. Kundinnen, die mit der beklagten Partei Verträge zu den alten Nutzungsvereinbarungen abgeschlossen haben, wurden seitens der beklagten Partei nicht aufgefordert, diese abzuändern.

Die Klägerin begehrte, die Beklagte schuldig zu erkennen, die Verwendung der drei in Rede stehenden Klauseln 3, 6 und 12 oder sinngleicher Klauseln in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen und es weiters zu unterlassen, sich auf diese oder sinngleiche

Klauseln zu berufen, und ihr die Ermächtigung zu erteilen, den klagestattgebenden Teil des Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteils einmal im redaktionellen Teil einer Samstagsausgabe der „Neue Kronen Zeitung“ für ganz Österreich auf näher beschriebene Weise zu veröffentlichen.

Die Klausel 3 sei gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB und überraschend im Sinne des § 864a ABGB, weil eine angemessene Kündigungsfrist für derartige Verträge analog § 560 ZPO maximal ein Monat betrage und weil Verbraucher in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für derartige Verträge nicht mit ungünstigeren als den „gesetzlichen“ Kündigungsterminen und Kündigungsfristen rechneten.

Die Klausel 6 sei gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB und intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, weil sie eine Zahlungspflicht des Verbrauchers auch dann normiere, wenn er aus von ihm nicht beeinflussbaren Gründen die Leistungen des Studios nicht in Anspruch nehmen könne.

Die Klausel 12 verstoße gegen §§ 864a, 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG, weil mit ihr kein befriedigender Interessenausgleich zwischen den Vertragspartnern erreicht werde, zumal danach für die ersten vier Wochen einer krankheitsbedingten Verhinderung ein Entgelt zu zahlen sei.

Die für das Unterlassungsbegehren erforderliche Wiederholungsgefahr liege darin, dass die Beklagte keine Erklärung abgegeben habe, die Verwendung der drei Klauseln zu unterlassen, obwohl im Zeitpunkt der Abmahnung noch unzählige Verträge mit Kundinnen „zu den alten

Nutzungsvereinbarungen“ bestanden hätten. Die begehrte Urteilsveröffentlichung sei gerechtfertigt, weil die Beklagte österreichweit 82 Fitnessstudios in allen Bundesländern (ausgenommen Vorarlberg) betreibe.

Die Beklagte wendete ein, die Klausel 3 sei weder gröblich benachteiligend noch überraschend, weil sie sich am Wortlaut des § 15 Abs 1 KSchG orientiere und weil die Beklagte ein nicht unerhebliches wirtschaftliches Risiko (Investitionen, eine ständig ausreichende Anzahl von Trainern) zu tragen habe, zumal den Kundinnen das Training auf den Power-Plate-Geräten nur unter ständiger Anleitung und Anwesenheit von Trainern erlaubt sei.

Die Klausel 6 enthalte bloß - als Wissenserklärung - die allgemeine Weisheit: „Nur weil man nicht hingeht, befreit das noch nicht von den Beiträgen.“

Die Klausel 12 sei rechtmäßig, weil die Beklagte für mindestens vier Wochen im Voraus Trainings- und Terminpläne zu erstellen und für ausreichend Personal zu sorgen habe, um jeder Kundin die vereinbarte Trainingszeit zu ermöglichen. Eine wirtschaftliche Unternehmensführung wäre ihr nicht möglich, wenn sie auch das Risiko einer kurzfristigen Verhinderung der Kundinnen tragen müsste.

Das Urteilsveröffentlichungsbegehren sei zu weit gefasst.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren mit Ausnahme des auf Veröffentlichung des klagsstattgebenden Urteils und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung im redaktionellen Teil einer Samstagausgabe der „Neue Kronen Zeitung“ für Vorarlberg gerichteten Teils zur Gänze statt. Es folgte im Wesentlichen der Argumentation der Klägerin. Die Teilabweisung des Veröffentlichungsbegehrens begründete es damit, dass die Beklagte in Vorarlberg keine Tätigkeit

entfalte.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten teilweise Folge und änderte das Ersturteil dahin ab, dass es das auf Unterlassung der Klausel 3 gerichtete Begehren abwies, die Beklagte schuldig erkannte, die Verwendung der Klauseln 6 und 12, soweit sie von der Klägerin angefochten wurden, im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen und erteilte der Klägerin die Ermächtigung zur Veröffentlichung des der Klage stattgebenden Urteilsspruchs für ganz Österreich.

Zur Klausel 3 gelangte das Berufungsgericht in rechtlicher Hinsicht zum Ergebnis, dass die Wertungen des § 15 Abs 1 KSchG bei der Beurteilung der zulässigen Höchstbindungsdauer der Kundinnen herangezogen werden könnten, weil die Trainingsverträge mit den in § 15 KSchG genannten Energielieferungs- und Abonnementverträgen durchaus vergleichbar seien und berief sich dazu auf die Entscheidung 9 Ob 69/11d des Obersten Gerichtshofs. Daher bestehe kein Grund, die in Rede stehenden Trainingsverträge nach konsumentenschutzrechtlichen Wertungen strenger zu beurteilen als die in § 15 KSchG genannten vertraglichen Dauerschuldverhältnisse mit wiederkehrenden Leistungen. Da die Beklagte Räume, Trainingsgeräte und Trainer finanzieren und damit ein kaufmännisches Risiko eingehen müsse, sei ihr Interesse an einer längeren Bindung ihrer Kundinnen sachlich gerechtfertigt.

Die Klauseln 6 und 12 erachtete das Berufungsgericht als dem in § 6 Abs 3 KSchG normierten Transparenzgebot widersprechend. Danach solle sichergestellt werden, dass durchschaubare, klare und verständliche Formulierungen den für die jeweilige Vertragsart typischen Verbraucher verlässlich über seine Rechtsposition

informierten, dass er die wahre Rechtslage und die ihm zustehenden Rechte erkennen und sich darauf berufen könne. Die Klauseln 6 und 12 würden der vertragstypischen Verbraucherin den Eindruck vermitteln, dass ihr eine vorzeitige einseitige Vertragsauflösung jedenfalls verwehrt sei.

Der Zweck der Urteilsveröffentlichung könne am besten durch einmalige Veröffentlichung in einer österreichweit erscheinenden Tageszeitung erreicht werden.

Dagegen richten sich die außerordentlichen Revisionen der Klägerin wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung und dem Antrag, dass das Ersturteil wiederhergestellt werden möge, sowie der Beklagten, die unter Geltendmachung der Revisionsgründe der Nichtigkeit und unrichtigen rechtlichen Beurteilung die Abweisung des gesamten Klagebegehrens anstrebt.

Die Parteien beantragten in den ihnen durch den Obersten Gerichtshof freigestellten Revisionsbeantwortungen, das Rechtsmittel der Gegenseite zurückzuweisen; in eventu, diesem nicht Folge zu geben.

Die Revision der Klägerin ist zulässig, weil die Begründung des Berufungsgerichts einer Klarstellung bedarf; sie ist aber nicht berechtigt.

Die Revision der Beklagten ist zulässig, weil das Berufungsgericht gegen die (Teil-)Rechtskraft des Ersturteils verstoßen hat und es einer Klarstellung der Rechtslage bedarf. Sie ist auch teilweise berechtigt.

1. Allgemeine Grundsätze:

1.1 Wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er von ihm geschlossenen Verträgen zugrunde legt, oder in Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches

Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, oder wer solche Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt, kann gemäß § 28 KSchG von einem nach § 29 KSchG berechtigten Verband auf Unterlassung geklagt werden. Dieses Unterlassungsgebot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist. Der Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG ist nicht allein auf die Kontrolle und Durchsetzung der Verbote des § 6 KSchG (und des § 879 ABGB) beschränkt, sondern umfasst auch die Verletzung weiterer zivilrechtlicher wie auch öffentlich-rechtlicher Vorschriften (9 Ob 66/08h RdW 2009/656, 641 mwN).

1.2 Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beidseitigen Hauptleistungen festlegt, ist nach § 879 Abs 3 ABGB nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Das dadurch geschaffene bewegliche System berücksichtigt einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“ (RIS-Justiz RS0016914). Weicht eine Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung jedenfalls dann vor, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (9 Ob 66/08h mwN; RIS-Justiz RS0016914; RS0014676; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 879 Rz 240; *Bollenberger* in *KBB*³ § 879 ABGB Rz 5). Die Bestimmung des § 879 Abs 3 ABGB will vor allem den Missbrauch der Privatautonomie durch Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen seitens eines typischerweise überlegenen Vertragspartners, vor allem bei der Verwendung von Allgemeinen Bedingungen,

bekämpfen (6 Ob 253/07k JBl 2009,165 = ÖBA 2009, 306/1540 [*Iro*]; 4 Ob 141/11f RdW 2012/268, 273).

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

2. Zum Unterlassungsbegehren:

2.1 Nach ständiger Rechtsprechung beseitigt nur die vollständige Unterwerfung unter den Anspruch die Wiederholungsgefahr (RIS-Justiz RS0111637). Die Unterlassungserklärung muss nicht nur die beanstandeten, sondern auch sinngleiche Klauseln umfassen (RIS-Justiz RS0111638; RS0111640). Die Verwendung der Klauseln muss für die Zukunft geradezu ausgeschlossen sein, und zwar sowohl für neu abzuschließende Verträge als auch durch eine Berufung darauf in bereits bestehenden Verträgen (RIS-Justiz RS0119007). Eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen, die zudem keine Gewähr dafür bietet, dass sich das Unternehmen nicht für bereits bestehende Verträge auf eine frühere Fassung beruft, kann die Wiederholungsgefahr nicht beseitigen (für viele 2 Ob 215/10x ecolex 2012, 607, 239 = wobl 2012, 404/131 [*Vonkilch/Riss*]).

2.2 Nach § 28 Abs 1 KSchG kann mit Unterlassungsurteil nur die Verwendung solcher Klauseln untersagt werden, die tatsächlich verwendet oder zu

verwenden beabsichtigt wurden (3 Ob 133/06i = SZ 2006/178). Zwar verwendet die Beklagte nach den erstgerichtlichen Feststellungen die Klauseln 6 und 12 in den nach dem 15. 6. 2012 abgeschlossenen Verträgen nicht mehr, besondere Umstände, wonach die Verwendung dieser Klauseln für die Zukunft, etwa durch die Berufung darauf bei bereits bestehenden Verträgen, geradezu ausgeschlossen ist, liegen jedoch nicht vor. Damit wendet sich die Beklagte auch zu Recht nicht mehr gegen die von den Vorinstanzen angenommenen Wiederholungsgefahr.

3. Zur Revision der Klägerin:

3.1 Gegenstand des Rechtsmittels der Klägerin ist die Klausel 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten. Danach wird der Vertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen. Eine Kündigung ist erstmals zum Ablauf eines Jahres, danach jeweils zum Ablauf eines halben Jahres möglich. Die Kündigung hat schriftlich (Kündigung per Fax oder E-Mail ist nicht möglich!) unter Einhaltung einer zweimonatigen Kündigungsfrist zu erfolgen.

Die Klägerin wendet sich dabei gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die dem § 15 KSchG zugrundeliegenden Wertungen seien im vorliegenden Fall auch für die Beurteilung der zulässigen Höchstbindungsdauer gemäß § 6 Abs 1 Z 1 zweiter Fall KSchG heranzuziehen, und macht dazu geltend, vorformulierte Klauseln, wie die gegenständliche, würden auch der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB unterliegen, bei der auch die „verdünnte Willensfreiheit“ des Vertragspartners zu berücksichtigen sei. Selbst wenn eine solche Klausel als individuelle Vereinbarung zulässig sein sollte, bewirke sie eine gröbliche Benachteiligung und sei daher nach § 879 Abs 3 ABGB unzulässig. Heranzuziehen seien die Wertungen des § 560

ZPO. Davon weiche die Klausel zum Nachteil der Verbraucher ab.

3.2 Dazu hat der Oberste Gerichtshof erwogen:

3.2.1 § 15 Abs 1 KSchG regelt, dass Verträge, durch die sich Unternehmer zur wiederholten Leistung beweglicher körperlicher Sachen einschließlich Energie oder zu wiederholten Werkleistungen (etwa Wartungsverträge, Serviceverträge oder Entsorgungsverträge, vgl RIS-Justiz RS0114187), und der Verbraucher zu wiederholten Geldleistungen verpflichtet und die für eine unbestimmte oder ein Jahr übersteigende Zeit geschlossen worden sind, vom Verbraucher unter Einhaltung einer zweimonatigen Frist zum Ablauf des ersten Jahres, danach zum Ablauf jeweils eines halben Jahres, gekündigt werden können. Dabei handelt es sich um eine Schutzbestimmung, die den Verbraucher vor schwer auflösbaren überlangen Vertragsbindungen schützen soll (vgl 9 Ob 66/08h; allgemein *Krejci* aaO § 15 Rz 1; ebenso *Apathy* in *Schwimann* ABGB³ § 15 KSchG Rz 1). Diese Bestimmung trägt aber auch dem Bedürfnis des Unternehmers nach einer länger bindenden Wirkung des Vertrags als Grundlage für seine langfristigen Unternehmensplanungen Rechnung (vgl *Apathy* aaO § 15 KSchG Rz 1).

3.2.2 Für den Anwendungsbereich des § 15 Abs 1 KSchG ist entscheidend, ob der Vertrag als Werkvertrag im Sinne des gesetzlichen Vertragstyps (§§ 1151 Abs 1, 1165 ABGB) anzusehen wäre, jedenfalls aber als Mischvertrag (etwa mit miet-, dienstvertrags- oder werkvertragsrechtlichen Elementen) zu beurteilen wäre, bei dem das werkvertragliche Element nicht bloß eine untergeordnete Rolle spielt (RIS-Justiz RS0115412; RS0018777). Nach den Feststellungen ist der wesentliche Inhalt des Vertrags

zunächst auf die Zurverfügungstellung von Power-Plate-Geräten gerichtet, die von den Kundinnen der Beklagten nur unter Anleitung von Trainern benützt werden dürfen. Dazu ist es erforderlich, dass diese vorweg Trainingstermine vereinbaren, wobei der Vertrag die Teilnahme an zwei Einheiten pro Woche inkludiert. Der Vertrag enthält daher mietrechtliche Merkmale, zu denen durch die Inanspruchnahme von begleiteten Trainingseinheiten dienstvertragliche Elemente hinzutreten (vgl zum Fitnessstudio *Mayrhofer* in *Klang*³ § 15 KSchG Rz 4; ähnlich zur deutschen Rechtslage BGH XII ZR 55/95 NJW 1997, 193 f). Die Beklagte schuldet aber keinen bestimmten Erfolg, weswegen (allfällige) werkvertragliche Elemente jedenfalls nur eine untergeordnete Rolle spielen. Zutreffend ist das Berufungsgericht daher zum Ergebnis gelangt, dass § 15 KSchG auf den hier zu beurteilenden Trainingsvertrag nicht zur Anwendung gelangt.

3.2.3 Dass § 15 KSchG ausdrücklich nur auf Verträge, denen die wiederholte Lieferung beweglicher körperlicher Sachen einschließlich Energie oder wiederholte Werkleistungen zugrunde liegen, abstellt, wird in der Literatur verschiedentlich als „zu eng“ empfunden. So vertritt *Krejci* (aaO § 15 KSchG Rz 10), die Auffassung, dass ein Abstellen des § 15 Abs 1 KSchG auf wiederholte Werkleistungen „etwas eng“ sei und dass auch Verträge über wiederholte Dienstleistungen eines Unternehmers „in den gegebenen Zusammenhang passen“ würden, und appelliert damit erkennbar für einen erweiterten Anwendungsbereich des § 15 Abs 1 KSchG. *Apathy* (in *Schwimann*³ § 15 KSchG Rz 5) erwägt für Verträge mit stark mietrechtlicher Komponente die analoge Anwendung des § 15 KSchG. *Mayrhofer* (in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 15 KSchG Rz 4) will

Verträge, die ihrer Hauptleistung nach nicht als Werk-, sondern als „freie Dienstverträge“ zu beurteilen sind, wenn im Einzelfall die Sach- oder Werkleistung nicht bloß untergeordnet ist, dem § 15 KSchG unterstellen.

3.2.4 Die Judikatur hat eine analoge Anwendung des § 15 KSchG abgelehnt (für den Mobilfunkvertrag als Mischvertrag mit dienst- und mietvertraglichen Elementen: 6 Ob 69/05y ÖJZ 2005, 800/166) und beschränkt den Anwendungsbereich des § 15 KSchG ausdrücklich auf die im Gesetz angeführten Dauerschuldverhältnisse (RIS-Justiz RS0114187). Daran ist festzuhalten, weil der Gesetzgeber mit § 6 Abs 1 Z 1 KSchG ohnehin für solche Verträge, die nicht ausdrücklich von § 15 KSchG erfasst sind, eine Schutzbestimmung gegen unangemessen lange vertragliche Bindungsfristen unter angemessener Berücksichtigung der Interessen der Parteien eines Verbrauchervertrags zur Verfügung stellt. Ein Analogieschluss setzt aber das Vorhandensein einer Gesetzeslücke, das heißt einer „planwidrigen“, nicht gewollten Unvollständigkeit voraus. Eine solche Lücke ist nur dort anzunehmen, wo das Gesetz gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie unvollständig und ergänzungsbedürftig ist (RIS-Justiz RS0008866).

3.2.5 Das Berufungsgericht hat bei der Beurteilung, ob eine unangemessene Vertragsbindung vorliegt, auf Wertungen des § 15 Abs 1 KSchG zurückgegriffen und sich dazu auf die Entscheidung 9 Ob 69/11d (RdW 2012, 465/484 = Zak 2012, 315/599 = ecolex 2012, 965/382) berufen. In dieser Entscheidung wurde zwar festgehalten, dass der Argumentation der dortigen Klägerin, auch wenn § 15 KSchG auf den in concreto beurteilten Fitnessstudiovertrag nicht anzuwenden sei,

könnten die Wertungen des § 15 KSchG für die Beurteilung der zulässigen Höchstbindungsdauer nach § 6 Abs 1 Z 1 zweiter Fall KSchG herangezogen werden, eine „gewisse Berechtigung“ nicht aberkannt werden könne. Eine abschließende Beurteilung dieser Frage unterblieb in dieser Entscheidung jedoch ausdrücklich. In der Literatur vertritt *Kolba* (in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG³ § 15 Rz 5) die Meinung, dass die Ähnlichkeit von Mischverträgen sui generis, die dienst- und mietvertragliche Elemente aufweisen, mit den von § 15 Abs 1 KSchG erfassten Energiebezugsverträgen bzw Abonnementverträgen bei der Prüfung unangemessen langer Vertragsbindungen gemäß § 6 Abs 1 Z 1 KSchG zu berücksichtigen sei, und tritt damit erkennbar ebenfalls dafür ein, die Wertungen des § 15 KSchG in die Beurteilung von Dauerschuldverhältissen nach § 6 Abs 1 Z 1 KSchG einfließen zu lassen. Dieser Auffassung ist schon deshalb nicht beizutreten, weil die Übernahme von Wertungen einer gesetzlichen Bestimmung auf Sachverhalte, die nach dem klaren Gesetzeswortlaut davon ausgenommen sind, im Ergebnis einer Analogie nahe kommt. Das gilt jedoch nicht nur, wie die Klägerin in ihrem Rechtsmittel aufzeigt, im Verhältnis zu § 879 Abs 3 ABGB.

3.2.6 Nach § 6 Abs 1 Z 1 KSchG Variante 2 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 einen im Einzelfall anhand einer Interessenabwägung auszufüllenden Orientierungsrahmen (RIS-Justiz RS0121007). Bei der Prüfung, ob eine unangemessen lange Vertragsbindung gemäß § 6 Abs 1 Z 1 KSchG Variante 2 bzw gemäß § 879 Abs 3 ABGB vorliegt, ist eine Gesamtwertung aller einschlägigen

Vertragsumstände vorzunehmen (1 Ob 176/98h SZ 71/141). Anders als die Regelung des § 15 KSchG geht die Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 1 leg cit aus der allgemeinen Norm des § 879 ABGB hervor, wo der Gesetzgeber verpönte Vertragsklauseln mit einem Unwertgehalt verbindet und eine verstärkte Berücksichtigung der individuellen Umstände des jeweiligen Vertragsverhältnisses ermöglicht (*Mayerhofer/Tangl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 6 Abs 1 Z 1 KSchG Rz 16). Klauseln, die danach verpönt sind, sind selbst dann unwirksam, wenn sie nicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sind. Demgegenüber sind Verträge, die unter § 15 Abs 1 KSchG fallen, nicht schon allein deshalb sittenwidrig, weil sie für eine längere als eine einjährige Dauer oder für unbestimmte Zeit abgeschlossen werden (*Mayerhofer* aaO § 15 Rz 34). Beide Bestimmungen verfolgen ähnliche Ziele, indem sie den Verbraucher vor überlanger Vertragsbindung schützen wollen. Eine Vertragsklausel, die eine unangemessen lange Bindung eines Verbrauchers an einen Vertrag bewirkt, ist dabei schon nach § 6 Abs 1 Z 1 KSchG unwirksam. Für die in § 15 Abs 1 KSchG bezeichneten Dauerschuldverhältnisse hat der Gesetzgeber aber den besonderen Bedürfnissen, die mit der Erfüllung der Verpflichtungen aus einem solchen Vertragsverhältnis für den Unternehmer verbunden sind, Rechnung getragen, indem er dem Verbraucher ein erstmaliges Kündigungsrecht zum Ablauf des ersten Jahres einräumt, ohne dass es bei der sich daraus ergebenden Bindungsfrist auf die individuellen Umstände des Vertrags, insbesondere dessen Bedeutung oder die wirtschaftliche Belastung für den Verbraucher ankäme. Dem Gesetzgeber kann in diesem Zusammenhang nicht unterstellt werden, er wollte Verbraucher auch im Rahmen anderer als den ausdrücklich in

§ 15 Abs 1 KSchG bezeichneten Vertragsverhältnissen einer solchen Einschränkung unterworfen wissen. Damit würde es aber dem Zweck des Verbraucherschutzes widersprechen, jene Wertungen, die den Gesetzgeber dazu bewogen haben, für bestimmte Vertragstypen ein erstmaliges Kündigungsrecht zum Ablauf des ersten Jahres einzuführen, auch auf solche Dauerschuldverhältnisse, die nicht dem § 15 KSchG zu unterstellen sind, heranzuziehen. Die Interessen des Unternehmers auf Durchführung des Vertrags gegen die Interessen des Verbrauchers auf angemessene und feststellbare Erfüllungszeit sind daher entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nach § 6 Abs 1 Z 1 KSchG abzuwägen, ohne dass auf Wertungen des § 15 KSchG zurückzugreifen wäre.

3.3.1 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 aus dem Interesse des Unternehmers ergeben, aufgrund des Umfangs seiner Investitionen und dem damit verbundenen wirtschaftlichen Risiko, für länger klare Verhältnisse zu schaffen (RIS-Justiz RS0123616; *Kathrein* aaO § 6 KSchG Rz 6 mwH; vgl auch *Graf*, Festlegung der Vertragsdauer - AGB oder individuelle Vereinbarung, ecolex 2012, 965). Trifft daher ein Unternehmer eine Investitionsentscheidung, die beträchtliches Kapital über einen langen Zeitraum bindet und häufig die Verwendung von Fremdmitteln einschließt, so übernimmt er als Initiator und Investor gewöhnlich ein hohes wirtschaftliches Risiko. Das erfordert längere Bindungsfristen seiner Vertragspartner innerhalb des Leistungssynallagmas, weil die Investitionsentscheidung erst dann in ihren

vorhersehbaren Auswirkungen zur Beschränkung des kaufmännischen Risikos kalkulierbar wird. Diese Erwägungen sind nicht nur für Immobilien in Teilzeitnutzung (so 1 Ob 176/98h) von Bedeutung, sondern sie verdeutlichen ganz allgemein, dass Unternehmer, die bei der Finanzierung vertraglicher Leistungen im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses ein hohes wirtschaftliches Risiko eingehen, ihre Vertragspartner längere Zeit binden müssen, um ihr kaufmännisches Risiko durch eine sachgerechte Kalkulation beschränken zu können (3 Ob 121/06z SZ 2006/82).

3.3.2 Die von der Beklagten mit ihren Kundinnen abgeschlossenen Fitnessstudioverträge weisen die Besonderheit auf, dass die Trainingseinheiten nur unter Aufsicht eines von der Beklagten zur Verfügung gestellten Trainers absolviert werden dürfen. Zur Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen stellt die Beklagte nicht nur das entsprechende Trainingsgerät zur Verfügung, sondern hat auch laufend eine entsprechende Personalvorsorge zu treffen, um die erforderlichen Trainereinheiten bereitstellen zu können. Bereits die besondere Ausprägung der Dienstleistungskomponente in den hier zu beurteilenden Dauerschuldverhältnissen entzieht der Argumentation der Klägerin, soweit sie die Fristen des § 560 ZPO angewendet wissen will, die Grundlage. Auch ist ein (befristeter) Ausschluss des (ordentlichen) Kündigungsrechts bei einem auf unbestimmte Zeit eingegangenen Fitnessstudiovertrag keineswegs ungewöhnlich, wie die Klägerin meint. Sie bewirkt die Bindung von Kundinnen der Beklagten für die Dauer von einem Jahr. Eine solche Bindung ist in Anbetracht des mit der Finanzierung der vertraglich geschuldeten Leistungen, insbesondere der mit der notwendigen

Personalvorsorge verbundenen Kosten, einhergehenden wirtschaftlichen Risikos auch sachlich gerechtfertigt. Die Vereinbarung, dass das Vertragsverhältnis nach Ablauf des ersten Jahres halbjährlich unter Einhaltung einer zweimonatigen Kündigungsfrist aufgelöst werden kann, ist in Anbetracht der Besonderheiten des hier zu beurteilenden Fitnessstudiovertrags ebenfalls nicht unangemessen.

3.3.3 Die Klausel 3 stellt damit keine unzulässige Benachteiligung der Kundinnen der Beklagten durch eine unangemessen lange Vertragsbindung dar und hält einer Inhaltskontrolle nach § 6 Abs 1 KSchG stand.

3.4.1 Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die - wie hier - nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Diese durch das KSchG eingeführte Bestimmung dient nach dem Willen des Gesetzgebers der Verhinderung unfairer Vertragsbestimmungen und soll in der Regel schwächere Vertragsparteien gegen einen Missbrauch der Privatautonomie durch einen typischerweise überlegenden Vertragspartner schützen. Die Beurteilung, ob die Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm sachlich gerechtfertigt ist, erfordert damit eine umfassende, die Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Interessensabwägung, bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (6 Ob 253/07k RdW 2008/727, 782 mwN).

3.4.2 Die im ersten Hauptstück des KSchG enthaltenen Regeln über das Verbrauchergeschäft, insbesondere auch der Klauselkatalog des § 6 KSchG, können nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung als

Konkretisierungsmaßstab für die gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB dienen, weil diese Bestimmungen erkennen lassen, welche Regelungen der Gesetzgeber für ungültig erachtet, wenn ungleich starke Vertragspartner einander gegenüberstehen (RIS-Justiz RS0016850; *Apathy* aaO § 6 KSchG Rz 1; *Krejci* § 6 KSchG). Die Einzeltatbestände des § 6 KSchG können daher zur Auslegung der „gröblichen“ Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB auch bei Verträgen herangezogen werden, die keine Verbrauchergeschäfte iSd § 1 KSchG sind, sofern eine vergleichbare Ungleichgewichtslage besteht. Diese Grundsätze machen deutlich, dass die von der Klägerin geforderte Beurteilung der Klausel 3 im Lichte des § 879 Abs 3 ABGB zu keinem für sie günstigeren Ergebnis führen kann, weil die bereits bei der Erörterung zu § 6 Abs 1 Z 1 zweiter Fall KSchG dargestellten Wertungen zeigen, dass diese Klausel sachlich gerechtfertigt ist.

3.5 Der Revision der Klägerin ist damit ein Erfolg zu versagen.

4. Zur Revision der Beklagten:

4.1 Das Erstgericht hat dem Unterlassungsbegehren zur Gänze und dem Veröffentlichungsbegehren überwiegend Folge gegeben. Soweit sich das Begehren auf Urteilsveröffentlichung auch auf das Gebiet des Bundeslandes Vorarlberg erstreckte, wurde es jedoch abgewiesen. Im Umfang dieser Abweisung ist das Ersturteil als von der Klägerin unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

4.1.1 Das Berufungsgericht erkannte die Beklagte schuldig, die Verwendung der Klauseln 6 und 12, soweit sie von der Klägerin angefochten wurden, im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen und erteilte der Klägerin die

Ermächtigung zur Veröffentlichung des der Klage stattgebenden Urteilsspruchs für ganz Österreich. Die Ermächtigung zur Veröffentlichung erfasst daher auch das Bundesland Vorarlberg. In diesem Umfang verstößt die Entscheidung des Berufungsgerichts gegen die Rechtskraft (§ 411 ZPO).

4.1.2 Die Nichtbeachtung der Rechtskraft bewirkt nach ständiger Rechtsprechung Nichtigkeit (RIS-Justiz RS0041896). In Wahrnehmung dieser Nichtigkeit war der vom Erstgericht rechtskräftig abgewiesen Teil des Veröffentlichungsbegehrens bei der Neufassung des Spruchs durch den Obersten Gerichtshof entsprechend zu berücksichtigen.

4.2 Zur Klausel 6:

4.2.1 Die Klägerin ficht die Klausel 6 insoweit an, als danach „[...] Der Monatsbeitrag auch dann bis zum Ablauf des Vertrages zahlbar [ist], wenn die Leistungen des Studios nicht in Anspruch genommen werden.“ Die Beklagte sieht darin eine reine Wissenserklärung, die im Zusammenhalt mit den übrigen verfahrensgegenständlichen Klauseln gesehen werden müsse. Kein vertragstypischer Verbraucher würde allen Ernstes die Ansicht vertreten, dass er in jedem Fall der Nichtnutzung einen Anspruch darauf habe, das vereinbarte Entgelt nicht zahlen zu müssen.

4.2.2 Das Berufungsgericht hat diese Klausel zu Recht als intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG beurteilt:

4.2.3 Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung der AGB sicherstellen, um zu verhindern, dass der für die jeweilige Vertragsart typische Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird oder ihm unberechtigt Pflichten abverlangt werden, ohne dass er sich

zur Wehr setzt, oder dass er über Rechtsfolgen getäuscht oder ihm ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird (RIS-Justiz RS0115219 [T9]). Die AGB müssen also so gestaltet sein, dass der Verbraucher durch ihre Lektüre klare und verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition erhält (RIS-Justiz RS0115217 [T14]).

4.2.4 Im Verbandsprozess ist die Klausel im kundenfeindlichsten Sinn auszulegen (RIS-Justiz RS0016590 ua). Danach lässt die Klausel 6 ihrem Wortlaut nach die Auslegung zu, dass der Monatsbeitrag auch dann zu zahlen ist, wenn die Beklagte als Studioinhaberin einen Tatbestand setzt, der die Inanspruchnahme von Leistungen durch ihre Kundinnen hindert. Dass den Kundinnen der Beklagten für den Fall der Schließung oder Betriebsunterbrechung das Recht eingeräumt wird, an einem anderen, gleichwertigen Standort zu trainieren (Klausel 10) kann keinen angemessenen Ausgleich bieten, weil der Standort im Allgemeinen von besonderer Bedeutung für den Vertragsabschluss sein wird, und die Kundinnen der Beklagten mit dem Verweis auf einen unter Umständen vom Wohn- oder Arbeitsort weit(er) entfernten Standort unangemessen belastet wären. Damit erfasst der Wortlaut der Klausel 6 auch Fälle, die die Kundinnen der Beklagten zu einer außerordentlichen Kündigung, die jedem Dauerschuldverhältnis immanent ist, berechtigen würden und suggeriert damit, eine Auflösung des Vertrags aus wichtigem Grund sei ausgeschlossen. Den Ausführungen des Berufungsgerichts zur Klausel 6 ist damit beizutreten (§ 510 Abs 3 ZPO).

4.3 Zur Klausel 12:

4.3.1 Das Berufungsgericht erachtete diese Klausel als intransparent, weil sie bei kundenfeindlichster

Auslegung den Eindruck erwecke, neben der (ordentlichen) Vertragskündigung gemäß Klausel 3 stünde den Kundinnen der Beklagten bestenfalls (nach ärztlich attestierter, bereits vier Wochen andauernder Krankheit) ein beitragsfreies „Ruhendstellen“, sonst aber keine Möglichkeit vorzeitiger einseitiger Vertragsauflösung zu.

4.3.2 Dem hält die Beklagte entgegen, dass diese Klausel selbst bei kundenfeindlichster Auslegung klar und unmissverständlich sei und ihre Kundinnen ausschließlich begünstige. Jedem Dienstverhältnis sei immanent, dass eine krankheitsbedingte Abwesenheit vom Arbeitsplatz dem Dienstnehmer nachgewiesen werden müsse. Nach dem klaren Wortlaut genüge die ärztliche Bestätigung über die Dauer der krankheitsbedingten Verhinderung, um eine Ruhendstellung und damit eine Verlängerung des Vertrags zu bewirken. Ohne diese Regelung wäre das Grundentgelt ohne Vorteil für die Kundinnen fällig, es sei die krankheitsbedingte Nichtinanspruchnahme wäre von solchem Gewicht, dass sie eine außerordentliche Kündigung des Vertrags rechtfertigen würde.

4.3.3 Dazu hat der Oberste Gerichtshof erwogen:

Der Beklagten ist zuzugestehen, dass die beanstandete Klausel ihrem Wortlaut nach selbst bei kundenfeindlichster Auslegung keine Benachteiligung für ihre Kundinnen bedeutet. „Ruhendstellung“ impliziert für einen vertragstypischen Kunden, dass die davon erfasste Zeit aufwandsneutral ist. Das kann entweder dadurch erreicht werden, dass das Grundentgelt für den betroffenen Zeitraum nicht anfällt oder eine Verlängerung des Vertrags um den entsprechenden Zeitraum erfolgt. In beiden Fällen tritt ein Vorteil für die Konsumentinnen ein. Zu Recht macht die Beklagte nämlich geltend, dass ohne diese Bestimmung das

Grundentgelt fällig wäre, es sei denn es lägen Gründe von solchem Gewicht vor, dass eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt wäre. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts wird durch diese Klausel auch nicht suggeriert, dass eine außerordentliche Vertragsauflösung ausgeschlossen wäre, weil schon der Sprachgebrauch nahelegt, dass der Unterschied zwischen Kündigung und Ruhendstellung auch einem durchschnittlichen Verbraucher geläufig ist. Auch der Zeitraum von vier Wochen ist nicht zu beanstanden, weil die Erfassung von kürzeren Zeiten die Beklagte in Anbetracht der den Verträgen grundsätzlich zugrundeliegenden monatlichen Abrechnungsweise und der notwendigen Trainingsplanungen unangemessen belasten würde.

4.3.4 Zusammenfassend ergibt sich somit, dass auch die Klausel 12 der vorliegenden AGB nicht zu beanstanden ist.

5. Der Revision der Beklagten ist damit teilweise Folge zu geben.

6. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 43 Abs 1 und 50 Abs 1 ZPO.

Die Klägerin ist etwa mit einem Drittel ihrer Ansprüche durchgedrungen und hat damit Anspruch auf Ersatz von einem Drittel der Pauschalgebühr erster Instanz. Sie schuldet der Beklagten zwei Drittel der Verdienstsumme für das Verfahren erster und zweiter Instanz sowie zwei Drittel der Pauschalgebühr für das Berufungsverfahren. Die Barauslagen waren zu saldieren.

Im Revisionsverfahren ist die Klägerin zur Gänze unterlegen und hat der Beklagten daher die Kosten für die Revisionsbeantwortung voll zu ersetzen.

Die Beklagte ist im Revisionsverfahren mit der

Hälfte ihre Ansprüche durchgedrungen und hat damit Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühr in diesem Umfang. Die übrigen Kosten waren gegeneinander aufzuheben.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 13. März 2014
Dr. D a n z l
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: