



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandesgericht Wien

1 R 27/20b

## Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Dr. Jesionek als Vorsitzende sowie die Richterin des Oberlandesgerichts Mag. Istjan, LL.M., und den Richter des Oberlandesgerichts Dr. Annerl in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **mediClass Gesundheitsclub GmbH**, Viertel Zwei Campus, Vorgartenstraße 206 C, 1020 Wien, vertreten durch Ploil Boesch Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert EUR 36.000,--), über die Berufung der beklagten Partei (Berufungsinteresse [richtig] EUR 12.857,14) gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 5.12.2019, 58 Cg 29/19a-8, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht** Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 1.303,92 (davon EUR 217,32 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

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

Der Kläger ist ein klageberechtigter Verein nach § 29 Abs 1 KSchG. Die Beklagte betreibt eine vorsorgemedizinische Einrichtung in 1020 Wien. Sie tritt in Dauerschuldverhältnisse mit Verbrauchern und Unternehmen einerseits und mit Ärzten andererseits. Im Rahmen der Dauerschuldverhältnisse mit Verbrauchern bietet sie diesen die Vermittlung von ärztlichen Leistungen an. Dabei wirbt sie damit, dass dadurch ein günstigerer und schnellerer Zugang zu ärztlichen Leistungen („Privatmedizin zum Klassentarif“) besteht. Sie übernimmt für den Verbraucher die Organisation der Abrechnung mit Krankenkassen und Versicherungen. Den Verträgen mit Verbrauchern liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen zugrunde, die ua folgende Klauseln enthalten:

Klausel 3:

*[...] Das Mitglied stimmt daher zu, dass im Rahmen des ersten Besuchs ein Foto gemacht und zu Verwaltungszwecken elektronisch verarbeitet wird. [...]*

Klausel 6:

*Das Mitglied bestätigt, dass es bei Anmeldung von Anschlussmitgliedschaften berechtigt ist, die erforderlichen Daten des Partners/Kindes anzugeben. [...]*

Klausel 9:

*Mediclass übernimmt keinerlei Haftung für allfällige im Rahmen der Leistungserbringung durch die Ärzte entstehenden Schäden. Die Ärzte werden nicht als Gehilfen von Mediclass tätig, sondern erbringen ihre Leistungen aufgrund von jeweils individuellen mit dem Mitglied abgeschlossenen Behandlungsverträgen.*

Klausel 10:

*Im Übrigen wird die Schadenersatzpflicht von Mediclass - soweit gesetzlich zulässig - auf das Ausmaß der von dem Mitglied insgesamt während eines Jahres geleisteten Zahlungen aufgrund der Mitgliedschaft beim Mediclass-Gesundheitsclub beschränkt.*

Klausel 12:

*In diesen allgemeinen Vertragsbedingungen sind sämtliche Vereinbarungen im Zusammenhang mit der Mitgliedschaft im Mediclass Gesundheitsclub abschließend geregelt. Änderungen oder Abweichungen bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform.*

Um in ein Vertragsverhältnis mit der Beklagten zu treten, hat der Verbraucher ein Anmeldeformular auszufüllen (Antrag auf Mitgliedschaft im Mediclass-Ärztezentrum), das folgende Datenschutzinformation enthält:

„Mediclass verarbeitet die im vorliegenden Anmeldeformular bekannt gegebenen personenbezogenen Daten der Mitglieder bzw. Beitrittswerber auf der Grundlage des Mitgliedsvertrags zwischen Mediclass und dem Mitglied (bzw. bei Beitrittswerbern zur Durchführung der vorvertraglichen Maßnahmen) zum Zweck der Abwicklung der vertraglich vereinbarten Leistungen und der Mitgliederverwaltung.“

Daneben besteht die Möglichkeit, ein Online-Formular auf der Website auszufüllen, dessen Inhalt nicht festgestellt werden kann.

Das Unternehmen der Beklagten wurde ua auf der Website [www.derstandard.at](http://www.derstandard.at) beworben, daneben wurden die Dienstleistungen der Beklagten in Medianet, einer Printzeitung der Marketing- und Werbebranche, die österreichweit an Unternehmen versendet wird, beworben.

Mit Schreiben vom 15.7.2019 forderte der Kläger die

Beklagte auf, eine Unterlassungserklärung zu den klagsgegenständlichen 14 Klauseln abzugeben und sich für jeden Fall der Zuwiderhandlung dagegen eine Vertragsstrafe in Höhe von EUR 720,-- pro Klausel und pro Zuwiderhandlung an den Kläger zu zahlen. Mit Schreiben vom 5.8.2019 übermittelte die Beklagte die ihr vom Kläger übersendete Unterlassungserklärung unterschrieben zurück, worin sie die fünf noch gegenständlichen Klauseln 3, 6, 9, 10 und 12 sowie die Vertragsstrafenvereinbarung durchstrich, erklärte, dass die Erklärung mit Wirkung 15.8.2019 gelte, und anbot, die von ihr abgegebene Unterlassungserklärung auch in vollstreckbarer Form abzugeben. Seit dem 15.8.2019 legt die Beklagte eine neue Version ihrer AGB den von ihr abzuschließenden Verträgen mit Verbrauchern zugrunde.

Mit der eingebrachten Klage beehrte der **Kläger** die Unterlassung der Verwendung von 14 Klauseln in AGB und Vertragsformblättern im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern sowie die Unterlassung, sich auf diese oder sinngleiche Klauseln zu berufen. Weiters beehrte der Kläger die Ermächtigung zur Veröffentlichung des klagsstattgebenden Teils des Urteilsspruchs.

Die **Beklagte** bestritt und beantragte Klagsabweisung.

Der Übersichtlichkeit wegen wird das Vorbringen der Parteien zu den einzelnen Klauseln im Rahmen der rechtlichen Beurteilung dargestellt.

In der Tagsatzung vom 7.11.2019 schlossen die Parteien einen Teilvergleich, in dem sich die Beklagte zur Unterlassung der Verwendung der Klauseln 1, 2, 4, 5, 7, 8, 11, 13 und 14 oder sinngleicher Klauseln sowie zu einer Veröffentlichung dieses Teilvergleichs verpflichtete. Die Kosten wurden nicht mitverglichen.

Mit dem **angefochtenen Urteil** gab das Erstgericht dem Klagebegehren hinsichtlich der (verbleibenden) Klauseln 3, 6, 9, 10 und 12 zur Gänze statt. Es traf auf Seiten 8 bis 10 der Urteilsausfertigung die eingangs auszugsweise wiedergegebenen Feststellungen, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die **Berufung** der Beklagten aus dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung und im Kostenpunkt mit dem Antrag auf Abänderung im Sinne einer Abweisung der Klage. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

**1. Klausel 3:**

*Das Mitglied stimmt daher zu, dass im Rahmen des ersten Besuchs ein Foto gemacht und zu Verwaltungszwecken elektronisch verarbeitet wird.*

**1.1** Der Kläger bringt dazu vor, dass die Einwilligung der Datenverarbeitung nicht freiwillig sei, weil sie nicht durch das Akzeptieren von AGB eingeholt werden könne.

**1.2** Das Erstgericht verneinte die Freiwilligkeit der Einwilligung und sah sie wegen Verstoßes gegen Art 5 DSGVO als nichtig an.

**1.3** Die Beklagte wendet dagegen in der Berufung ein, dass jeder Interessent ein Anmeldeformular ausfüllen und unterzeichnen müsse, womit er die AGB der beklagten akzeptiere. Das Mitglied willige somit explizit und freiwillig in die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten durch die Beklagte ein. Es liege keine unzulässige Kopplung der Einwilligung vor, weil sie nicht zur Verarbei-

tung vertragsunabhängiger personenbezogener Daten erfolge. Es handle sich vielmehr ausschließlich um vertragsabhängige Daten, die einzig und allein dem Zweck dienen, die missbräuchliche Inanspruchnahme ärztlicher Leistungen zu verhindern.

**1.4.1** Diesen Einwendungen ist nicht zu folgen. Die inkriminierte Klausel soll schon nach ihrem Wortlaut die Einwilligung zur Verarbeitung eines Lichtbilds zu „Verwaltungszwecken“ darstellen. Das im Zuge der Anmeldung zu unterfertigende Formular sieht die Anfertigung eines Lichtbilds nicht vor, sodass die Einwilligung tatsächlich erst durch diese Klausel erfolgt. Diese Einwilligung ist mehrfach undeutlich.

**1.4.2** Zum einen wird damit generell die Verarbeitung zu Verwaltungszwecken erfasst, bei kundenfeindlichster Auslegung auch eine Weitergabe - wenn auch zu Verwaltungszwecken - an (nicht näher bestimmte) Dritte (vgl die Definition des Begriffs „Verarbeitung“ in Art 4 Z 2 DSGVO). Die möglichen Empfänger bleiben aber völlig offen. Die Regelungen des Punkt 7.5 können dabei nicht herangezogen werden, weil es sich dabei um erkennbar andere Zwecke (Durchführung der festgelegten Leistungen) handelt, die mit „Verwaltungszwecken“ nicht übereinstimmen (müssen). Eine Klausel, die eine Zustimmungserklärung, zur Weitergabe an unbestimmte Empfänger enthält, ist jedenfalls intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG (RS0111809).

**1.4.3** Die Rechtsprechung fordert im Rahmen des § 6 Abs 3 KSchG überdies, dass eine Zustimmungserklärung zur Weitergabe persönlicher Daten den Übermittlungszweck abschließend bezeichnet (RS0111809). Eine wirksame Zustimmung kann demnach nur vorliegen, wenn der Betrof-

fene weiß, zu welchem Zweck seine Daten verwendet werden sollen. Zweckangaben wie „Verbesserung der Benutzerfreundlichkeit“, „Marketingzwecke“, „Zwecke der IT-Sicherheit“, „künftige Forschung“ sind etwa zu allgemein und erfüllen nicht das Kriterium der hinreichenden Bestimmtheit iSd Art 5 Abs 1 lit b DSGVO (*Hötzendorfer/Tschohl/Kastelitz in Knyrim, DatKomm Art 5 DSGVO Rz 26*). Eine Einwilligung der Datenverarbeitung zu „Verwaltungszwecken“ wird diesen Anforderungen nicht gerecht, weil sie den konkreten Grund letztlich offen lässt (Dokumentation, Identifizierung, Vertragsabwicklung, Kommunikation mit den behandelnden Ärzten, Schutz vor Missbrauch usw) und der Beklagten bei weiter (kundenfeindlichster) Auslegung letztlich eine umfassende Verwendungsmöglichkeit gibt, die dem Verbraucher allein aufgrund der Lektüre der AGB nicht bewusst sein wird.

**1.4.4** Hinzu kommt, dass die betroffene Person nach Art 7 Abs 3 S 3 DSGVO von ihrem Widerrufsrecht in Kenntnis zu setzen ist. Dieses Widerrufsrecht muss so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein. Diese Voraussetzungen erfüllt die inkriminierte Klausel nicht. Die in Punkt 7.5 der AGB enthaltene Widerrufsmöglichkeit betrifft – jedenfalls bei kundenfeindlichster Auslegung – lediglich die dort geregelte Zustimmung zur Datenverarbeitung (zum Zweck der Durchführung der festgelegten Leistungen), nicht aber die hier gegenständliche Klausel. Der dortige Widerruf bezieht sich auch nur auf die im vorletzten Satz genannte Einwilligung zur Übermittlung von Informationen/Werbung zu Gesundheitsthemen und würde auch nicht in derselben Weise wie die hier gegenständliche Einwilligung erfolgen dürfen (Online-Formular bzw schriftliches Formular im Gegensatz zu Email). Die man-

gelnde Erwähnung der tatsächlichen Widerrufsmöglichkeit vermittelt dem Kreditnehmer jedenfalls ein unklares Bild seiner vertraglichen Position und kann dazu führen, dass er in Unkenntnis seiner Rechte an ihrer Ausübung gehindert wird, zumal eine Kenntnis der Widerrufsmöglichkeit nicht vorausgesetzt werden kann (RS0117271; RS0115217 [T2]). Die inkriminierte Klausel ist daher auch deswegen intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, weil sie keine Belehrung über die Möglichkeit und Wirkungen eines Widerrufs enthält.

**1.4.5** Damit kommt es auf die Frage der Zulässigkeit der Koppelung der Einwilligungserklärung mit AGB und die Frage, ob es sich bei zu Verwaltungszwecken verarbeiteten Lichtbildern um vertragsunabhängige Daten handelt, nicht an. Soweit die Beklagte in der Berufung überdies auf andere Rechtfertigungsgründe iSd § 12 DSGVO verweist, könnten solche die Intransparenz der Klausel nicht beseitigen. Die inkriminierte Klausel soll immerhin eine Einwilligungserklärung des Verbrauchers darstellen. Selbst wenn eine solche Datenverarbeitung aus anderen Gründen gerechtfertigt wäre, wäre die dem Verbraucher in den AGB abverlangte Zustimmungserklärung wegen Intransparenz unzulässig.

## 2. Klausel 6:

*Das Mitglied bestätigt, dass es bei Anmeldung von Anschlussmitgliedschaften berechtigt ist, die erforderlichen Daten des Partners/Kindes anzugeben.*

**2.1** Der Kläger vertritt die Unzulässigkeit der Klausel wegen Verstoßes gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG. Durch die Klausel werde dem Verbraucher die Beweislast auferlegt, dass er die Berechtigung zur Bekanntgabe der Daten gehabt habe. Nach dem Wortlaut sei überdies unklar, welche Daten

„erforderlich“ seien.

**2.2** Das Erstgericht bejahte die Nichtigkeit iSd § 6 Abs 1 Z 11 KSchG. Im Übrigen seien die mit der Partner- oder Kindermitgliedschaft verbundenen Rechtswirkungen unklar.

**2.3** In der Berufung steht die Beklagte auf dem Standpunkt, dass die Klausel lediglich eine Bestätigung vorsehe, entsprechend berechtigt zu sein. Sie führe weder zu einer Beweislastverschiebung noch zu einer gröblichen Benachteiligung. Es handle sich um einen Akt der Stellvertretung, die mit einer Offenlegungspflicht verbunden sei. Den Verbraucher treffe ohnedies die Beweislast. Auch seien die mit dem Abschluss einer Partner- oder Kindermitgliedschaft verbundenen Rechtswirkungen nicht unklar.

**2.4.1** Eine sogenannte Tatsachenbestätigung sieht eine widerlegbare Erklärung des Verbrauchers über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Tatsache vor. Erschwert eine solche Tatsachenbestätigung, wenn sie in einem Vertragsformular zum Abschluss eines Schuldverhältnisses enthalten ist, die Rechtsdurchsetzung des Verbrauchers, indem sie ihn mit einem Beweis belastet, den er sonst nicht erbringen müsste, ist die Klausel nach § 6 Abs 1 Z 11 KSchG nichtig (RS0121955).

**2.4.2** Die Klausel bestätigt das Vorliegen einer Berechtigung zur Datenweitergabe an die Beklagte. Die Beklagte gesteht selbst zu, dass die Klausel sicherstellen soll, dass sie für den Fall, dass ein Dritter mit einer solchen Anschlussmitgliedschaft nicht einverstanden ist, abgesichert ist. Damit sind Verbraucher, für die eine Anschlussmitgliedschaft begründet wurde, dem Einwand der Beklagten ausgesetzt, dass der Vertreter auch zur Weitergabe der Daten berechtigt war. Der Verbraucher,

dessen Daten verarbeitet werden und der sich dagegen zur Wehr setzen will, müsste daher - entgegen Art 5 Abs 2 DSGVO - die mangelnde Berechtigung der Beklagten nachweisen. Die Klausel erschwert daher die Rechtsdurchsetzung der Verbraucher, wenn ihr Vertragsverhältnis durch einen Vertreter begründet wurde. Daran ändert auch die von der Beklagten genannte Offenlegungspflicht nichts. Dabei geht es um die Offenlegung der Vertretung, also dem Handeln im fremden Namen. Natürlich obliegt es dem Vertreter offenzulegen, dass er im Namen des Vertretenen handelt und einen Vertrag für diesen abschließt. Dies hat aber mit der Behauptung, dazu und zur Weitergabe von Daten dem Vertretenen gegenüber auch berechtigt zu sein, nichts zu tun; das eine kann unabhängig vom anderen vorliegen. Im Übrigen könnte eine solche Pflicht des Vertreters nicht die Beweislastverschiebung zu Lasten des Vertretenen rechtfertigen. Die Klausel ist daher nichtig iSd § 6 Abs 1 Z 11 KSchG.

**2.4.3** Hinzu kommt, dass die Erklärung intransparent ist, weil sie offen lässt, welche der Daten, auf die sich die Erklärung erstreckt, konkret „erforderlich“ sind. Der Verbraucher bleibt daher im Unklaren darüber, welche Rechtsfolgen seine Erklärung hat, sodass die Klausel auch intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG ist.

**3. Klausel 9:**

*Mediclass übernimmt keinerlei Haftung für allfällige im Rahmen der Leistungserbringung durch die Ärzte entstehenden Schäden. Die Ärzte werden nicht als Gehilfen von Mediclass tätig, sondern erbringen ihre Leistungen aufgrund von jeweils individuellen mit dem Mitglied abgeschlossenen Behandlungsverträgen.*

**3.1** Der Kläger vertritt die Unwirksamkeit der Klau-

sel, weil sich die Beklagte zur Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten der Ärzte bediene. Damit werde die Gehilfenhaftung ausgeschlossen, was gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG verstoße.

**3.2** Das Erstgericht sah in den behandelnden Ärzten Erfüllungsgehilfen der Beklagten und bejahte einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG.

**3.3** Dem hält die Berufung entgegen, dass sich aus Punkt 5.1.3 der AGB unmissverständlich ergebe, dass kein Behandlungsvertrag begründet werde. Die Beklagte erbringe lediglich administrative Dienstleistungen und stelle den Ärzten die Räumlichkeiten zur Ausübung ihrer ärztlichen Tätigkeit zur Verfügung. Die Beklagte sei daher berechtigt, die Haftung für allfällige Schäden, die aus dem Behandlungsvertrag des Arztes - und somit aus einem Vertrag mit einem Dritten - resultierten, auszuschließen.

**3.4.1** Der Beklagten ist insofern zuzustimmen, als es für die Beurteilung, ob die behandelnden Ärzte als Erfüllungsgehilfen anzusehen sind, darauf ankommt, welche Pflichten sie gegenüber den Verbrauchern konkret übernommen hat (vgl RS0028729; RS0028451). Im Lichte des Arztvorbehalts (§ 3 Ärztegesetz) wäre die Übernahme einer Behandlungspflicht durch die Beklagte (die die Voraussetzungen des § 52a Ärztegesetz offensichtlich nicht erfüllt) jedenfalls bedenklich. Ob und inwiefern die behandelnden Ärzte der Beklagten als Erfüllungsgehilfen zuzurechnen sind, kann aber dahingestellt bleiben.

**3.4.2** Unstrittig übernimmt die Beklagte nämlich die gesamte administrative Abwicklung (Terminvereinbarung, Information, Rechnungslegung, Einreichungen usw) für die Verbraucher und stellt den Ärzten die Räumlichkeiten zur Ausübung ihrer ärztlichen Tätigkeit zur Verfügung. Es ist

daher denkbar, dass die Beklagte (oder ihr Personal, das ihr gemäß § 1313a zuzurechnen ist) dabei eine mangelhafte Dienstleistung erbringt, die sich auch auf die Leistungserbringung der behandelnden Ärzte auswirkt. Dies wäre - wie der Kläger zutreffend geltend macht - etwa bei Auswahl einer ungeeigneten Person möglich. Außerdem könnte ein Verbraucher „im Rahmen Leistungserbringung durch die Ärzte“ dadurch geschädigt werden, dass die Beklagte den behandelnden Ärzten ihr bekannte (etwa im Anamnesebogen zu diesem Zweck bekannt gegebene) Informationen vorenthält oder im Rahmen der (mangelhaften) Zurverfügungstellung der Räumlichkeiten (etwa ungeeignete Beleuchtung oder Räumlichkeiten usw) die Leistungserbringung durch die behandelnden Ärzte beeinflusst, die - sei es auch unter Verletzung eigener gegenüber den Verbrauchern bestehender Schutz- und Sorgfaltspflichten - einen Schaden verursachen. Auch für solche von der Beklagten bei ihrer Vertragserfüllung verursachten (Personen-)Schäden würde - jedenfalls bei kundenfeindlichster Auslegung - ein Haftungsausschluss bestehen, was aber gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG verstößt.

**4. Klausel 10:**

*Im Übrigen wird die Schadenersatzpflicht von Mediclass - soweit gesetzlich zulässig - auf das Ausmaß der von dem Mitglied insgesamt während eines Jahres geleisteten Zahlungen aufgrund der Mitgliedschaft beim Mediclass-Gesundheitsclub beschränkt.*

**4.1** Der Kläger rügt einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG wegen der Formulierung „soweit gesetzlich zulässig“ und der - unzulässigen - Einschränkung der Haftung. Die Klausel verstoße außerdem gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB, weil die Schadenersatzpflicht höhen-

mäßig pauschaliert werde ohne darauf hinzuweisen, dass dies nur dann zulässig sei, wenn sie nicht geringer als der tatsächliche Schaden sei.

**4.2** Das Erstgericht bejahte den Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB wegen Beschränkung der Höhe der Schadenersatzpflicht auf bestimmte in einem Jahr geleistete Zahlungen und es sah die Klausel wegen des unklar auf den „gesetzlich zulässigen“ eingeschränkten Anwendungsbereichs als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG an.

**4.3** Die Beklagte hält die Klausel für transparent, weil sie nur insoweit Anwendung finde, als dies gesetzlich zulässig sei. Für Verbraucher bedeute dies, dass die Beklagte iSd § 6 Abs 1 Z 9 KSchG für Schäden einzustehen habe. Haftungsbeschränkungen gegenüber Konsumenten seien keineswegs absolut unzulässig.

**4.4** Eine sogenannte salvatorische Klausel ist iSd § 6 Abs 3 KSchG intransparent, wenn sie den AGB nur soweit Geltung zubilligt, als ihnen nicht zwingende gesetzliche Bestimmungen entgegenstünden, weil damit die Rechtsposition des Verbrauchers unklar wird und ihm das Risiko aufgebürdet wird, seine Rechte selbst zu erkennen (RS0122045 [T3]). Darunter fallen auch Formulierungen wie „sofern nicht gesetzliche Regelungen entgegenstehen“ (RS0121953), „soweit zulässig“ (4 Ob 179/18d) oder – wie hier – „soweit gesetzlich zulässig“ (*Kathrein/Schoditsch* in KBB6 § 6 KSchG Rz 32). Die Klausel verstößt daher zweifellos gegen § 6 Abs 3 KSchG, sodass auf weitere Gründe für ihre Unzulässigkeit nicht eingegangen werden muss.

**5. Klausel 12:**

*In diesen allgemeinen Vertragsbedingungen sind sämt-*

*liche Vereinbarungen im Zusammenhang mit der Mitgliedschaft im Mediclass Gesundheitsclub abschließend geregelt. Änderungen oder Abweichungen bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform.*

**5.1** Der Kläger beruft sich auf ein für den Verbraucher nachteiliges schriftliches Formgebot, das einen Verstoß gegen § 10 Abs 3 KSchG darstelle.

**5.2** Das Erstgericht bejahte den geltend gemachten Verstoß gegen § 10 Abs 3 KSchG, weil dadurch die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen zum Nachteil des Verbrauchers ausgeschlossen würde.

**5.3** Die Beklagte sieht § 10 Abs 3 KSchG als nicht einschlägig an, weil sie ausschließlich die Wirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter zum Gegenstand habe. Hier gehe es aber um einvernehmliche (also beidseitige) Änderungen und Abweichungen. Es werde also lediglich die Schriftlichkeit als Formanfordernis für Vertragsänderungen vereinbart. Das sei schon aus Beweisgründen vorteilhaft für den Verbraucher.

**5.4** Diese Argumentation überzeugt nicht. Die Klausel erfasst - jedenfalls bei kundenfeindlichster Auslegung - nach ihrem Wortlaut auch einseitige, für den Verbraucher günstige Zusagen der Beklagten oder ihres Vertreters. Insbesondere wenn solche Zusagen bereits vor Vertragsabschluss gemacht wurden, werden sie zum Inhalt des Vertrags und wäre die Beklagte ohne diese Klausel daran gebunden. Bei Anwendung der inkriminierten Klausel könnte der Unternehmer die Gültigkeit einer solchen Zusage nachträglich in Abrede stellen, was § 10 Abs 3 KSchG aber gerade verhindern soll (RS0121954). Die bessere Beweisbarkeit einer schriftlichen Erklärung bedeutet nicht, dass das Formgebot Verbraucher - denen gegenüber Erklä-

rungen ja unwirksam sein sollen - begünstigt. Ein Verstoß gegen § 10 Abs 3 KSchG liegt daher auf der Hand.

**6.1** Die Beklagte hält das Veröffentlichungsbegehren in der bundesweit erscheinenden Tageszeitung mit der notorisch größten Reichweite für überschießend, weil ihr Strafcharakter zukäme.

**6.2** Dem ist nicht zu folgen. Die Urteilsveröffentlichung ist von einem berechtigten Interesse des Klägers abhängig. Dieses liegt bei der Verbandsklage auch darin, dass die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- bzw sittenwidrig sind (RS0121963 [T7]). In der Regel ist die Urteilsveröffentlichung in einem solchen Umfang zuzusprechen, dass die Verkehrskreise, denen gegenüber die Rechtsverletzung wirksam geworden ist, über den wahren Sachverhalt bzw den Gesetzesverstoß aufgeklärt werden (RS0121963 [T9]). Diesen Anforderungen wird die begehrte Veröffentlichung gerecht. Es mag zutreffen, dass eine Aufklärung des Publikums gerade auf der Internet-Homepage des Unternehmers am besten erreicht werden kann; dies schließt allerdings nicht generell ein zusätzliches Bedürfnis nach einer allgemeinen Aufklärung des Publikums mithilfe einer Tageszeitung aus (RS0121963 [T13]). Die Rechtsprechung erachtet die Veröffentlichung einer im Verbandsprozess ergangenen Entscheidung in einer Samstags-Ausgabe der „Neuen Kronen Zeitung“ grundsätzlich für notwendig und angemessen (9 Ob 16/18w; 4 Ob 110/17f; 6 Ob 242/15d). Die Werbemaßnahmen beschränkten sich nach den Feststellungen des Erstgerichts auch nicht auf solche gegenüber Unternehmern. Die Entscheidung des Erstgericht ist daher nicht zu beanstanden, zumal die Veröffentlichung im konkreten Fall auf die Regionalausgabe für Wien,

Niederösterreich und das Burgenland eingeschränkt wird.

7. Das Erstgericht setzte keine Leistungsfrist und zwar weder für die Unterlassung der Verwendung der Klauseln noch für die Unterlassung des Sich-darauf-Berufen. Die Entscheidung ist daher nach Rechtskraft sofort vollstreckbar (RS0041329). Eine zu kurz bemessene Leistungsfrist wäre mit Mängelrüge zu bekämpfen (RS0132632; vgl. *Fucik* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 409 ZPO Rz 8), die der Berufung aber nicht entnommen werden kann. Die Prüfung, inwiefern und bejahendenfalls in welcher Länge eine Leistungsfrist zu setzen wäre, ist dem Berufungsgericht daher verwehrt.

8.1 Die Berufung im Kostenpunkt scheidet schon daran, dass ein auf die Abänderung der Kostenentscheidung im angefochtenen Urteil gerichteter, bestimmter Berufungsantrag nicht vorliegt. Die Berufung im Kostenpunkt ist ziffernmäßig nicht bestimmt und lässt auch inhaltlich nicht erkennen, in welchem rechnerischen Umfang die angefochtene Kostenentscheidung bekämpft wird und welche konkrete Abänderung beantragt wird. Die begehrten oder bekämpften Kosten wären vielmehr rechnerisch darzulegen, weil sonst nicht ersichtlich ist, in welchem Umfang Teilrechtskraft eingetreten ist. Damit ist die Berufung im Kostenpunkt nicht gesetzmäßig ausgeführt, weil eine Alternativberechnung und ein ziffernmäßig bestimmter Antrag fehlen (vgl. OLG Wien 7 Ra 101/19b; 16 R 5/18z, 2 R 177/15m, 2 R 141/16v uva; 1 Ob 2049/96x; *M. Bydlinski* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 55 ZPO Rz 3). Ein unbestimmter Rechtsmittelantrag begründet einen nicht verbesserungsfähigen Inhaltmangel (*Obermaier*, *Kostenhandbuch*<sup>3</sup> Rz 1.94; 3 Ob 159/02g; 1 Ob 2049/96x). Eine inhaltliche Behandlung der Kostenrüge ist daher nicht

möglich (OLG Wien 7 Ra 101/19b; 14 R 148/18i).

**8.2** Nur der Vollständigkeit halber sei bemerkt, dass die Beklagte zwar eine Unterlassungserklärung zu einzelnen Klauseln abgab und auch den Abschluss eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs anbot. In der vorformulierten Erklärung strich die Beklagte auch den Punkt II., also die Vertragsstrafenregelung für den Fall der Zuwiderhandlung durch und weigerte sich damit, eine mit Konventionalstrafe besicherte Unterlassungsverpflichtung abzugeben. Nur eine solche würde die Gefahr einer Verwendung und Empfehlung derartiger Bedingungen aber beseitigen (§ 28 Abs 2 KSchG). Zwar beseitigt auch ein vollstreckbarer Unterlassungsvergleich im Regelfall die Wiederholungsgefahr (RS0079899), jedoch hat die Beklagte im Abmahnverfahren dem Verlangen auf Unterfertigung der begehrten strafbewehrten Unterlassungserklärung nicht vollständig und uneingeschränkt entsprochen. Darin ist ein zwiespältiges Verhalten der Beklagten zu erblicken, das auf eine mangelnde Ernstlichkeit sich zu unterwerfen schließen und die Wiederholungsgefahr daher nicht wegfallen lässt (vgl 1 Ob 96/17z). Dieser Eindruck wird durch die Erklärung einer Wirksamkeit erst ab 15.8.2019 noch verstärkt. Auch die bloße Änderung der AGB führt nicht zu einem Wegfall der Wiederholungsgefahr (RS0111637 [T8,T25]; RS0111640 [T9]; RS0119007 [T17]; RS0124304 [T1]). Die Annahme des Erstgerichts, dass die Wiederholungsgefahr erst mit Abschluss des Teilvergleichs am 7.11.2019 wegfiel, wäre daher ohnedies nicht zu beanstanden.

Der Berufung war daher nicht Folge zu geben.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens gründet auf §§ 41, 50 ZPO.

Die Bewertung des Entscheidungsgegenstands ergibt sich aus dem Umstand, dass die inkriminierten Klauseln die Vertragsgestaltung für zahlreiche Rechtsgeschäfte erheblich beeinflussen.

Der Oberste Gerichtshof ist zur Auslegung von AGB-Klauseln nicht „jedenfalls“ berufen (RS0121516). Für die Rechtseinheit oder Rechtsentwicklung bedeuteten Fragen sind nicht ersichtlich, sondern konnte sich das Berufungsgericht auf vorhandene höchstgerichtliche Rechtsprechung stützen, sodass die Revision nicht zuzulassen war.

Oberlandesgericht Wien  
1011 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 1, am 26. August 2020

**Dr. Regine Jesionek**

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG