



## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Handelsgericht Wien erkennt durch den Richter Dr. Nageler-Petritz in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer, Rechtsanwälte KG in 1030 Wien, wider die beklagte Partei **mediClass Gesundheitsclub GmbH**, Viertel Zwei Campus, Vorgartenstraße 206c, Gebäude Biz 2, 5. Stock, 1020 Wien, vertreten durch Ploil Boesch Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung nach öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht:

1) Die beklagte Partei ist schuldig,

a) im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

1. Das Mitglied stimmt daher zu, dass im Rahmen des ersten Besuchs ein Foto gemacht und zu Verwaltungszwecken elektronisch verarbeitet wird. (Klausel 3)

2. Das Mitglied bestätigt, dass es bei Anmeldung von Anschlussmitgliedschaften berechtigt ist, die erforderlichen Daten des Partners/Kindes anzugeben. (Klausel 6)

3. 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 9)

4. 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 10)

5. 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. (Klausel 12)

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln **zu unterlassen**; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen;

b) der klagenden Partei die mit **EUR 6.357,64** (darin enthalten EUR 1.459,- an Barauslagen und EUR 816,44 an USt) bestimmten Kosten des Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

2) Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, Regionalausgabe für Wien, Niederösterreich und das Burgenland, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

#### **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

Unstrittig betreibt die beklagte Partei 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.

Zum Abschluss dieser Dauerschuldverhältnisse mit Verbrauchern verwendet die beklagte Partei die folgenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt [Anm. fett die umstrittenen Klauseln, kursiv die verglichenen Klauseln hervorgehoben]:

## „1. Vorbemerkung

Der mediclass Gesundheitsclub ist eine Innovation in der privaten medizinischen Versorgung, mediclass betreibt zum Teil gemeinsam mit anderen Unternehmen eine vorsorgemedizinische Einrichtung und bietet den Kunden/Mitgliedern einfachen und günstigen Zugang zu Privatärzten in hochwertigen Facharztzentren.

## 2. Gegenstand der Mitgliedschaft

2.1 Die mediclass Gesundheitsclub GmbH, Viertel Zwei Campus, Gebäude Biz Zwei, Vorgartenstraße 206 C, 1020 Wien betreibt am Standort 1020 Wien, Viertel Zwei - Biz Zwei, Vorgartenstraße 206 C eine vorsorgemedizinische Einrichtung und ein Facharztzentrum, in dem hochqualifizierte Privatärzte selbstständige Ordinationen betreiben und ärztliche Leistungen aus verschiedenen Fachgebieten anbieten.

2.2 Außerdem besteht für Mitglieder, die sich für die Variante mediclass Privatarzt Plus entschieden haben, ein reichhaltiges Angebot von komplementärmedizinischen und therapeutischen Behandlungsmöglichkeiten zu vergünstigten Konditionen.

2.3 Die Mitgliedschaft bei mediclass Gesundheitsclub („mediclass Privatarzt Classic“) berechtigt die Mitglieder für die Dauer der Mitgliedschaft und nach Maßgabe dieser allgemeinen Vertragsbedingungen zu einem jährlichen umfassenden Vorsorgecheck, zur vergünstigten Inanspruchnahme von ärztlichen Leistungen, die von selbstständigen Privatärzten in einem mediclass Facharztzentrum angeboten werden sowie zum kostenlosen Bezug von mediclass Gesundheitsinformationen sowie zum kostenlosen Besuch von mediclass Gesundheitsvorträgen. Sämtliche Rechtsbeziehungen zwischen mediclass und den Mitgliedern des mediclass Gesundheitsclubs unterliegen diesen allgemeinen Vertragsbedingungen. Sofern die Mitglieder Arbeitnehmer eines an dem vorsorgemedizinischen Zentrum nutzungsberechtigten Unternehmens sind, richtet sich die Leistungserbringung für die Leistungen nach Punkt 5.1.1 nach der individuellen Vereinbarung mit dem Arbeitgeber. Das Mitglied hat insofern keinen davon unabhängigen, gesonderten Anspruch auf die Vorsorgeuntersuchung.

2.4 Daneben besteht sowohl für das Grundpakete mediclass Privatarzt Classic als auch die Variante mediclass Privatarzt Plus die Möglichkeit, eine Probemitgliedschaft abzuschließen. Für Probemitglieder gelten gleichfalls die Allgemeinen Vertragsbedingungen für den mediclass Gesundheitsclub, sofern in den folgenden Bestimmungen nichts Abweichendes festgelegt wird.

2.5 Die aus der Mitgliedschaft resultierenden Rechte sind nicht übertragbar. Leistungen können daher ausschließlich von dem Mitglied selbst in Anspruch genommen werden, mediclass ist berechtigt, vor der Inanspruchnahme von Leistungen geeignete Identitätsnachweise (Vorlage eines Lichtbildausweises) zu verlangen.

## 3. Beginn und Ende der Mitgliedschaft

3.1. Eine Mitgliedschaft beim mediclass Gesundheitsclub wird durch die Übermittlung eines vollständig ausgefüllten Antragsformulars an mediclass oder durch eine vollständige Eingabe und Übermittlung aller Anmelde Daten auf der Webseite [www.mediclass.com](http://www.mediclass.com) begründet. Voraussetzung für die Wirksamkeit der Mitgliedschaft ist, dass das antragstellende Mitglied die allgemeinen Vertragsbedingungen akzeptiert und die vollständige Bezahlung der laufenden Mitgliedsbeiträge (siehe Punkt 4.) sowie eine Annahme des Antrags durch mediclass. Eine solche Annahmeerklärung kann entweder ausdrücklich schriftlich erfolgen oder aber dadurch, dass mediclass nicht binnen einer Frist von zwei Wochen ab Zugang des Teilnahmeantrags widerspricht.

3.2 Im Sinne des § 5e KSchG steht Verbrauchern bei Anmeldung über die Webseite [www.medicclass.com](http://www.medicclass.com) ein gesetzliches, innerhalb von 7 Werktagen wahrzunehmendes Rücktrittsrecht zu, sofern mit der Ausführung der Dienstleistungen nicht vereinbarungsgemäß innerhalb von 7 Tagen ab Vertragsabschluss begonnen wird. (Klausel 2)

3.3 Mit der Aktivierung der Mitgliedschaft erhält das Mitglied eine Mitgliedskarte (Mediclass-Card), die der Legitimation als Mitglied dient. **Das Mitglied stimmt daher zu, dass im Rahmen des ersten Besuchs ein Foto gemacht und zu Verwaltungszwecken elektronisch verarbeitet wird. (Klausel 3)** Sofern eine Mitgliedskarte verloren geht, wird dies von dem Mitglied unverzüglich gemeldet, damit diese Karte gesperrt und eine neue ausgestellt werden kann.

3.4 Die Mitgliedschaft im Mediclass Gesundheitsclub wird - sofern nicht im Einzelfall etwas Abweichendes vereinbart wird - mit Vertragsabschluss für die Dauer eines Jahres ab dem Zustandekommen des Vertrages abgeschlossen. *Die Mitgliedschaft verlängert sich jeweils um ein weiteres Jahr, wenn sie nicht vom Mitglied oder von mediclass unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 6 Wochen zum Ende der Mitgliedschaft schriftlich gekündigt wird (Klausel 4).* Probemitgliedschaften werden demgegenüber bloß auf die Dauer von 3 Monaten abgeschlossen; zudem enden sie nach Ablauf der Vertragslaufzeit automatisch ohne dass es einer Kündigung bedarf.

3.5 Das Recht der Vertragspartner, die Mitgliedschaft aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung zu beenden, bleibt davon unberührt. Als wichtiger Grund gilt für Mediclass der Verzug des Mitglieds mit der Entrichtung der Mitgliedsbeiträge trotz schriftlicher Mahnung und Setzung einer Nachfrist von zwei Wochen. Die fristlose Auflösung der Mitgliedschaft hat jedenfalls schriftlich und unter Angabe des geltend gemachten wichtigen Grundes zu erfolgen.

## 4. Mitgliedsbeitrag

4.1 Der Mitgliedsbeitrag beträgt für das Grundpaket *mediclass Privatarzt Classic* ab EUR 24,90,- inkl. USt. pro Monat, und ist jährlich oder monatlich über Bankeinzug zu bezahlen (Klausel 1). Die Mitglieder werden im Rahmen der Anmeldung/Antragstellung bei mediclass die für die bargeldlose Abwicklung notwendigen Erklärungen abgeben. *Etwaige Bankspesen, die durch Rückbuchung der Mitgliedsbeiträge seitens des Mitglieds oder dessen Bank entstehen (z.B. bei nicht ausreichender Kontodeckung o.ä.) werden zu Lasten des Mitglieds in Rechnung gestellt (Klausel 5).*

4.2 Für die Mitgliedschaft in der Variante *mediclass Privatarzt Plus* beträgt die monatliche Zuzahlung zum allgemeinen Mitgliedsbeitrag ab EUR 10,- inkl. USt.; Ein Upgrade der Mitgliedschaft auf die Variante *mediclass Privatarzt Plus* kann jederzeit erfolgen, wobei die Laufzeit der Mitgliedschaft dadurch nicht verändert/verlängert wird. Die Variante *mediclass Privatarzt Plus* läuft daher immer gleich lang wie das Grundpaket.

4.3 Für Probemitgliedschaften gelten die aktuellen Tarifbestimmungen laut [www.medicclass.com](http://www.medicclass.com) mit der Maßgabe, dass der Mitgliedsbeitrag für die Gesamtdauer zur Gänze im Vorhinein zu bezahlen ist.

4.4 Für Mitglieder, deren Mitgliedschaft dadurch begründet wird, dass sie ein „upgrade“ zu einer mit ihrem Arbeitgeber bestehenden Nutzungsvereinbarung über die vorsorgemedizinische Einrichtung erworben haben, bestehen besondere Tarifbestimmungen.

4.5 Partnermitgliedschaft: Jedes Mitglied kann für seinen Ehepartner/Lebensgefährten und seine Kinder Anschluss-(Partner)Mitgliedschaften beantragen, wobei folgende vergünstigte Konditionen für die monatliche Gebühr Anwendung finden: Ehepartner/Lebensgefährte: 25% Rabatt Kinder bis zum vollendeten 19. Lebensjahr: 50% Rabatt Säuglinge und Kleinkinder bis zum vollendeten 2. Lebensjahr: 100% Rabatt **Das Mitglied bestätigt, dass es bei Anmeldung von Anschlussmitgliedschaften berechtigt ist, die erforderlichen Daten des Partners/Kindes anzugeben (Klausel 6).** Mediclass steht es frei vor oder bei der Aktivierung der Anschlussmitgliedschaft geeignete Nachweise für das Vorliegen der Voraussetzungen zu

verlangen. Die Mitglieder verpflichten sich, Mediclass über alle für die Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzungen einer Anschlussmitgliedschaft bedeutsamen Änderungen unverzüglich zu informieren.

4.6 Wertsicherung: Der Mitgliedsbeitrag wird - unabhängig von der mediclass aufgrund dieser Bedingungen zustehenden Möglichkeit der Preisanpassung - wertgesichert. Als Maß zur Berechnung der Wertbeständigkeit dient der von der Statistik Austria monatlich verlautbarte Verbraucherpreisindex 2010 (Basis 2010=100) oder ein in Zukunft allenfalls an seine Stelle tretender Index. Ausgangsbasis für die Wertsicherung ist jeweils die im Monat 09/2011 durch die Statistik Austria verlautbarte Indexzahl. Schwankungen der Indexzahl nach oben oder unten bis einschließlich 5% bleiben unberücksichtigt, im Fall einer Überschreitung wird die gesamte Wertsicherung schlagend, wobei dann die solcherart neu festgesetzte Indexzahl die Grundlage für die weitere Berechnung der Wertsicherung darstellt.

4.7 Für Firmenmitgliedschaften bestehen besondere Tarifbestimmungen.

## 5. Leistungen von mediclass

### 5.1 Gesundheitspaket mediclass Privatarzt Classic:

5.1.1 Die Mitgliedschaft berechtigt jedes Mitglied ab dem 19. Lebensjahr, einmal pro Jahr einen umfassenden Vorsorgecheck in Anspruch zu nehmen. Dieser wird von einem Vorsorgemediziner geleitet und beinhaltet unter anderem: Anamnese, ärztliche Untersuchung, Lungenfunktionstest, BIA Körperzusammensetzung, Ruhe-EKG, Belastungs-EKG (Ergometrie), Arteriencheck, Stressbelastungs-EKG, Hautscreening, Augencheck, Rückenscreening, HNO-Screening umfassende Labordiagnostik, Harnstreifen und Stuhluntersuchung, ärztliches Abschlussgespräch mit Empfehlungen. Der umfassende Vorsorgecheck (Wert des gesamten Paketes etwa EUR 400,-) ist für das mediclass Mitglied kostenlos, sofern es in Österreich gemeldet ist und es innerhalb der letzten 12 Monate keine Vorsorgeuntersuchung einer österreichischen Sozialversicherung in Anspruch genommen hat. Andernfalls werden die Kosten des Sozialversicherungsträgers in Rechnung gestellt. Bei Mitgliedern, die ihren Wohnsitz in Österreich haben, ohne bei einer österreichischen Sozialversicherung versichert zu sein, ist die Vorlage des Meldezettels unbedingt erforderlich.

*5.1.2 Das Mitglied erhält auf sämtliche Behandlungsleistungen, die von den Ärzten in einem mediclass Gesundheitszentrum erbracht werden, einen Rabatt von bis zu 80% auf die jeweiligen Behandlungskosten des Arztes (Klausel 7).*

5.1.3 Das Mitglied anerkennt, dass durch die Begründung der Mitgliedschaft im Mediclass Gesundheitsclub noch kein Behandlungsvertrag, insbesondere kein Behandlungsvertrag mit mediclass abgeschlossen wird. Sämtliche Behandlungsleistungen erfolgen ausschließlich aufgrund einer individuellen Vereinbarung zwischen dem Mitglied und dem Arzt, dessen Leistungen in Anspruch genommen werden. Aus der Mitgliedschaft bei Mediclass ergibt sich jedenfalls kein Anspruch auf eine Behandlung durch einen bestimmten Arzt oder zu einem bestimmten Zeitpunkt.

5.1.4 Die Mitgliedschaft bei mediclass Meine Gesundheit berechtigt überdies zur kostenlosen Teilnahme an mediclass Gesundheitsveranstaltungen und Zugang zu mediclass Gesundheitsinformationen.

5.1.5 Sofern ein Mitglied ärztliche Leistungen nachfragt, die nicht im Leistungskatalog der Sozialversicherungsträger enthalten sind (etwa bestimmte Atteste, Führerscheinuntersuchungen, Tauchuntersuchungen, Fliegertauglichkeitsuntersuchungen etc.), ist eine individuelle Honorarvereinbarung mit dem Arzt erforderlich. *In der Regel wird mediclass Mitgliedern in solchen Fällen ein Rabatt von 30% des Privathonorars gewährt (Klausel 8).*

5.2 mediclass Privatarzt Plus: Sofern sich das Mitglied für das Zusatzpaket mediclass Privatarzt Plus entscheidet, kann das Mitglied überdies vergünstigte

komplementärmedizinische- und Therapeutenleistungen wie Akupunktur, Physiotherapie etc. in Anspruch nehmen. Auch auf solche Leistungen erhält das Mitglied einen Rabatt von 30 % vom Listenpreis/Honorar gemäß Preisliste.

5.3 Abweichend von Punkt 5.1.1 ist bei Probemitgliedschaften die Vornahme eines jährlichen Vorsorgechecks nicht umfasst.

5.4 Mediclass übernimmt die gesamte administrative Abwicklung wie Terminvereinbarung; Rechnungslegung im Auftrag und auf Rechnung des jeweiligen Arztes; Mitgliederverwaltung und -Information. Die Übermittlung der Rechnungen erfolgt, sofern nicht eine direkte Übergabe erfolgt – auf elektronischem Weg.

5.5 Sofern die in Anspruch genommenen Leistungen (teilweise) von der gesetzlichen Krankenversicherung des jeweiligen Mitglieds ersetzt werden, übernimmt Mediclass auf Wunsch die Einreichung der Rechnung beim Sozialversicherungsträger. Das Mitglied wird im Rahmen der Rechnungsstellung und Abwicklung alle dafür notwendigen Erklärungen abgeben. Nachdem die Refundierung von dem jeweiligen Einzelfall abhängt (insbesondere davon, ob das Mitglied im jeweiligen Abrechnungszeitraum bereits Leistungen eines Kassenarztes in Anspruch genommen hat) kann Mediclass keine Garantie für die Rückerstattung des Rechnungsbetrages durch die Sozialversicherungsträger abgeben.

5.6 Sämtliche Leistungen sind unmittelbar nach der Erbringung im Mediclass-Gesundheitszentrum zu bezahlen. Als Zahlungsmöglichkeiten stehen Bankomat, Kreditkarte und Barzahlung zur Verfügung.

5.7 Die Mediclass Gesundheitszentren sind in der Regel von Montag bis Freitag von 09:00 bis 19:00 Uhr geöffnet. Die ärztlichen Leistungen werden jeweils nach Terminvereinbarung mit dem Mediclass-Desk innerhalb der gewöhnlichen Betriebszeiten und unter Berücksichtigung der Verfügbarkeit der notwendigen Einrichtungen und Arzttermine erbracht. Mediclass wird sich bemühen, die vom Mitglied gewünschten Termine nach Möglichkeit zu erfüllen und sichert den Mitgliedern eine bevorzugte Behandlung zu.

5.8 Mediclass wird für die Mitglieder des Mediclass Gesundheitsclubs regelmäßig Gesundheitsinformationen (Newsletter) publizieren und Informationsveranstaltungen abhalten. Für die Mitglieder des Mediclass Gesundheitsclubs ist die Teilnahme an solchen Veranstaltungen kostenlos.

## 6. Haftungsausschluss

**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 9). 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 10).**

## 7. Allgemeine Bestimmungen

7.1 Anwendbares Recht/Gerichtsstand/Erfüllungsort: Als Erfüllungsort für sämtliche Verpflichtungen, die Mediclass aus dem Zusammenhang der Mitgliedschaft der Mediclass Club entstehen, wird der Standort des Mediclass-Gesundheitszentrums (1020 Wien) vereinbart. *Sämtliche Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Mitgliedschaft und den aus ihr resultierenden Ansprüchen werden ausschließlich vor dem für Wien Innere Stadt sachlich zuständigen Gericht ausgetragen. Die Bestimmungen des § 14 KSchG bleiben unberührt (Klausel 11).* Diese Vereinbarung unterliegt österreichischem materiellem Recht.

7.2 Zustellungen von Mediclass an das Mitglied erfolgen an die in der Anmeldung

angegebene oder von dem Mitglied schriftlich mitgeteilte Anschrift. Sofern eine solche Adressänderung nicht bekanntgegeben wird, gelten Zustellungen an der ursprünglich bekanntgegebenen Anschrift als zugegangen.

**7.3 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 (Klausel 12).**

7.4 Die Unwirksamkeit oder Nichtigkeit einzelner Bestimmungen dieser Vertragsbedingungen berührt die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen nicht. Anstelle der nichtigen oder unwirksamen Bestimmungen gelten jene Vereinbarungen als abgeschlossen, die rechtswirksam sind und dem wirtschaftlichen Zweck der unwirksamen oder unwirksam gewordenen Bestimmung möglichst nahekommen.

7.5 Mediclass wird die personenbezogenen Daten der Mitglieder ausschließlich zum Zwecke der Durchführung der in diesen Vertragsbedingungen festgelegten Leistungen verarbeiten. In keinem Fall wird Mediclass persönliche Daten zu Werbe- oder Marketingzwecken an Dritte weitergeben. Die Mitglieder stimmen einer EDV-gestützten Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten durch Mediclass im Rahmen der Mitgliederverwaltung und der Abwicklung der von ihnen in Anspruch genommenen Leistungen zu. Diese Zustimmung umfasst insbesondere die Weitergabe der Daten an die in dem Mediclass-Zentrum tätigen Ärzte. Das Mitglied erteilt seine Einwilligung, dass Mediclass und die in einem Mediclass Zentrum tätigen Ärzte aktuelle Informationen/Werbung zu Gesundheitsthemen übermitteln dürfen. Diese Einwilligung kann jederzeit mittels E-Mail an [unsubscribe@mediclass.com](mailto:unsubscribe@mediclass.com) widerrufen werden.

*7.6 Mediclass ist berechtigt, diese allgemeinen Vertragsbedingungen einseitig abzuändern, sofern den Mitgliedern die Änderungen der Bedingungen zumutbar sind. Die Bekanntgabe der geänderten Vertragsbedingungen erfolgt durch die Benachrichtigung aller Mitglieder und durch die Veröffentlichung auf der Homepage von Mediclass. Mediclass wird die Mitglieder in der Benachrichtigung auch auf das ihnen zustehende Widerspruchsrecht und die Rechtsfolgen, die bei nicht fristgerechtem Erheben des Widerspruchs eintreten, informieren. Sofern das Mitglied den geänderten Vertragsbedingungen innerhalb von 14 Tagen nach Empfang der Benachrichtigung widerspricht, ist Mediclass berechtigt, den Vertrag aus wichtigem Grund vorzeitig zu kündigen. Für den Fall der Beendigung des Vertragsverhältnisses findet eine Rückabwicklung von bereits erfolgten Leistungen nicht statt. Davon ausgenommen ist die berechtigte sofortige Auflösung des Vertrages durch das Mitglied, sofern dieser Grund in der Sphäre von Mediclass gelegen ist (Klausel 14).“*

**Mit Klage vom 6. August 2019** beehrte die klagende Partei die Unterlassung der Klauseln 1 bis 14 und brachte vor, dass die Klauseln gegen § 879 Abs 3 ABGB, § 6 und 10 Abs 3 KSchG, Bestimmungen der Verordnung 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung, in der Folge: DSGVO) und des DSG verstoßen würden.

Die abgegebene Unterlassungserklärung und die Änderung der AGB habe nicht zum Wegfall der Wiederholungsgefahr geführt.

Urteilsveröffentlichung wurde durch Veröffentlichung des maßgeblichen Urteilsteils in einer Samstagsausgabe der „Kronen-Zeitung“, Regionalausgabe für Wien, Niederösterreich und

das Burgenland, in eventu in einem vom Gericht zu bestimmenden Medium, beantragt.

**Die beklagte Partei bestritt** das Begehren und brachte hinsichtlich der Klauseln 1., 2., 4., 5., 7., 8., 11., 13., und 14. vor, dass keine Wiederholungsgefahr bestehe. Sie habe am 5. August 2019 eine Unterlassungserklärung abgegeben und angeboten, eine solche Erklärung auch in vollstreckbarer Form abzugeben. Sie habe überdies angekündigt, die AGB unverzüglich anzupassen und dies in der Zwischenzeit auch getan. Sie habe eine vollstreckbare Erklärung abgegeben.

Hinsichtlich der Klauseln 3., 6., 9., 10., und 12., bestehe kein Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen.

Zur Urteilsveröffentlichung brachte sie vor, dass das Begehren überschießend sei, da jene Interessenten von den AGB erfahren würden, die sich durch Besuch der Website der beklagten Partei für deren Angebote interessieren würden. Sofern überhaupt Aufklärungsinteresse bestehe, könne dies durch eine Veröffentlichung auf der Website der beklagten Partei oder allenfalls in einem Fachmagazin für Gesundheit und/oder Lifestyle befriedigt werden. Eine Urteilsveröffentlichung, wie von der klagenden Partei beantragt, würde die beklagte Partei finanziell unzumutbar belasten und hätte zweifellos Strafcharakter.

**In der Tagsatzung vom 7. November 2019** schlossen die Parteien einen Teilvergleich, in dem sich die beklagte Partei dazu verpflichtete, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie den von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln 1, 2., 4, 5, 7, 8, 11, 13, und 14, oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen. Weiters verpflichtete sich die beklagte Partei zu einer Veröffentlichung dieses Teilvergleichs. Die Kosten wurden nicht mitverglichen.

**Beweis wurde erhoben** durch Einsichtnahme in die vorgelegten Urkunden, nämlich die Beilagen ./A bis ./J und ./1 bis ./10 , sowie durch Einvernahme des Geschäftsführers der beklagten Partei Mag. ██████████ ██████████

**Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens steht zusätzlich zum eingangs ausgeführten Sachverhalt Folgendes fest:**

Um in ein Vertragsverhältnis mit der beklagten Partei zu treten, hat der Verbraucher ein



Anmeldeformular der beklagten Partei auszufüllen (Antrag auf Mitgliedschaft im Mediclass-Ärztzentrum, Beil. ./7), wobei er zwischen „Mediclass Privatarzt Classic“ (EUR 28,90 monatlich) und „Mediclass Privatarzt Plus“ (EUR 38,90 monatlich) wählen kann. Dieses Formular wird auch verwendet, um „Partner-“ und „Kindermitgliedschaften“ abzuschließen.

In diesem Anmeldeformular heißt es auszugsweise:

(Seite 1)

Antrag auf Mitgliedschaft im Mediclass Ärztezentrum

ich wähle

...

Hauptmitgliedschaft	Partnermitgliedschaft/ Studententarif	Kindermitgliedschaft (2-18 Jahre)
---------------------	--	--------------------------------------

#### Persönliche Daten

Bei Partner/Kindermitgliedschaft kann die Vergünstigung der Rabatte (25% Partner, 50% Kinder) in Anspruch genommen werden, wenn ein Partner/Elternteil eine Hauptmitgliedschaft hat.

...

Persönliche Daten der Familie (wenn Anmeldung gleichzeitig mit Hauptmitgliedschaft erfolgt)

#### Anmeldung Familie

Im Rahmen meiner Anmeldung möchte ich auch meinen Partner/meine Partnerin oder meine Kinder anmelden und bestätigen, dass ich berechtigt bin, die Daten meiner Angehörigen anzugeben. Partner/innen von Hauptmitgliedern sparen 25% der regulären Monatsgebühr, Ihre Kinder sparen 50% (2-18 Jahre).

#### Geschlecht

Titel                      Vorname                      Nachname                      Straße                      Postleitzahl                      Ort

Telefonnr.                      Handy

E-Mail                      Geburtsdatum

Krankenkasse ...

(Seite 2)

...

Ich nehme zur Kenntnis, das ein Behandlungsvertrag nicht mit der Mediclass Gesundheitsclub GmbH, sondern mit dem jeweils konsultierten Arzt/Therapeuten abgeschlossen wird und daher auch dieser Anspruch auf das mit ihm vereinbarte Honorar hat. ...

Datenschutzinformation:

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.

...

Mit meiner Unterschrift akzeptiere ich die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Mediclass, abrufbar auf der Website [www.medicclass.com](http://www.medicclass.com) und bestätigte, dass diese einen integrierenden Bestandteil des zwischen mir und der Mediclass Gesundheitsclub GmbH abgeschlossenen Vertrages bilden.

...“

Daneben besteht die Möglichkeit, ein Online-Formular auf der Website [www.medicclass.com](http://www.medicclass.com) auszufüllen. Der Inhalt dieses Online-Formulars kann nicht festgestellt werden.

Das Unternehmen der beklagten Partei wurde ua auf der Website [www.derstandard.at](http://www.derstandard.at) (Unterseite Wirtschaft/Unternehmen/Start up) beworben (Beil. ./F), wobei diese Berichterstattung auch dazu diente, das Angebot an Verbraucher bekannt zu machen. Daneben wurden die Dienstleistungen der beklagten Partei in Medianet, einer Print-Zeitung der Marketing- und Werbebranche, die österreichweit an Unternehmen versendet wird, beworben (Beil. ./E)

Mit Schreiben vom 15. Juli 2019 forderte die klagende Partei die beklagte Partei auf, eine Unterlassungserklärung zu den hier gegenständlichen Klauseln abzugeben. Die Unterlassungserklärung, in der die Klauseln angeführt waren, enthielt mit Pkt. II folgenden Satz:

„Das genannte Unternehmen verpflichtet sich für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen Punkt I. eine Vertragsstrafe in Höhe von 720,- EUR pro Klausel und pro Zuwiderhandlung an den genannten Verband zu bezahlen“

Mit Schreiben vom 5. August 2019 antwortete die beklagte Partei und sandte die mit Schreiben vom 15. Juli 2019 mitübersandte Unterlassungserklärung der klagenden Partei unterschrieben mit, wobei sie die Klauseln Pkt. 3, 6., 9., 10., und 12., sowie Pkt. II (Vertragsstrafenvereinbarung) durchgestrichen hatte. Im Schreiben erklärte sie dazu, dass sie bei diesen davon überzeugt sei, dass diese in ihren Allgemeinen Vertragsbedingungen so zulässig sein müssten. Die Erklärung gelte mit Wirkung 15. August 2019. Um der klagenden Partei zu demonstrieren, dass sie ihre Kritik ernst nehme und ihre AVB – soweit dies erforderlich sei – anpassen werde, sei sie – falls die klagende Partei dies für erforderlich

erachte – dazu bereit, die von ihr abgegebene Unterlassungserklärung auch in vollstreckbarer Form abzugeben (Beil. ./B).

Seit dem 15. August 2019 legt die beklagte Partei eine neue Version ihrer AGB den von ihr abzuschließenden Verträgen mit Verbrauchern zu Grunde (Beil. ./6).

Es kann nicht festgestellt werden, über welche finanziellen Ressourcen die beklagte Partei verfügt.

**Zu diesen Feststellungen gelangte das Gericht aufgrund nachfolgender Beweiswürdigung:**

Soweit sich Feststellungen auf den Inhalt unbedenklicher Urkunden beziehen, sind diese bei den jeweiligen Feststellungen in Klammerausdrücken angeführt.

Aus Pkt. 3.1. der AGB ergibt sich, dass auch ein Online-Vertragsabschluss auf der Website der beklagten Partei möglich ist. Mangels Vorlage entsprechender Auszüge der Online-Formulare war mit einer Negativfeststellung vorzugehen.

Die Feststellungen zu den Medien, in denen die Leistungen der beklagte Partei beworben wurden, gründen auf den genannten Urkunden. Dass sich der Beitrag in [www.derstandard.at](http://www.derstandard.at) an Verbraucher wendet, ergibt sich aus der Wortwahl („Das ist nicht nur für Privatpersonen ein attraktives Angebot...“). Die Feststellung zur Beil. ./E wurde getroffen, da sich mit einfacher Recherche im Internet ermitteln ließ, wo die Veröffentlichung erfolgte. Die Print-Zeitschrift Medianet ist dem Gericht hinlänglich aus Verfahren vor dem Handelsgericht bekannt.

Der Aussage des Geschäftsführers war wenig zu entnehmen. Insgesamt war seiner Aussage nur zu entnehmen, dass derzeit rd 2.000 Personen als Mitglieder, dh Personen, die einen Jahresbeitrag bezahlen, in Vertragsbeziehungen zur beklagten Partei stehen. Die Ausführungen zu Partnermitgliedschaften stehen teilweise mit den AGB in Widerspruch und wurden daher dem Urteil nicht zu Grunde gelegt. Auch war seiner Aussage zu entnehmen, dass die beklagte Partei gezielt Vertragsabschlüsse mit Unternehmen anstrebt, was jedoch die Aussage aus der Beil. ./F nicht in Zweifel zog.

Die Negativfeststellung zur Verfügbarkeit finanzieller Ressourcen wurde aufgenommen, da die beklagte Partei vorbrachte, eine Veröffentlichung wie von der klagenden Partei beantragt, würde sie finanziell unzumutbar belasten. Beweismittel wurde dafür nicht angeboten.

**Rechtlich folgt daraus:**

I. Unterlassungsbegehren:

1. Das Mitglied stimmt daher zu, dass im Rahmen des ersten Besuchs ein Foto gemacht und zu Verwaltungszwecken elektronisch verarbeitet wird (Klausel 3).

Die klagende Partei sieht durch diese Bestimmung die Bestimmungen der DSGVO und des DSG verletzt. Da aus den AGB nicht klar hervorgehe, zu welchem Zweck Lichtbilder von der betroffenen Person gemacht würden, bestehe keine Rechtfertigung für die Bildaufnahme. Es bedürfe daher der Einwilligung der Person, die jedoch nicht durch dieselbe Handlung wie das Akzeptieren von AGB eingeholt werden könne. In den Anmeldeformularen und Anamnesebögen würde nicht auf Bildaufnahmen abgestellt.

Die beklagte Partei erklärt, dass die Vertragspartner sowohl im Rahmen des Anmeldeformulars als auch bei dem erstmaligen Besuch des Mediclass-Zentrums im Rahmen des sogenannten Anamnesebogens alle, den Anforderungen der DSGVO und des DSG entsprechende, Einwilligungen abgeben würden. Sowohl die beklagte Partei, als auch die behandelnden Ärzte hätten ein berechtigtes Interesse, die missbräuchliche Inanspruchnahme ärztlicher Leistungen zu verhindern. Das bloße Anfertigen eines Fotos im Rahmen eines ersten Besuches sowie dessen elektronische Verarbeitung zu Verwaltungszwecken stelle ein völlig adäquates Mittel dar, um den intendierten Zweck zu erreichen.

Art 5 DSGVO (Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten) legt fest, dass personenbezogene Daten ua auf rechtmäßige Weise, nach Treu und Glauben und in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Weise verarbeitet werden, für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben werden und nicht in einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden.

Nach Art 6 DSGVO ist die Verarbeitung dieser Daten rechtmäßig, wenn die betroffene Person ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben hat (Abs 1 lit a).

Mit der gegenständlichen Klausel zielt die beklagte Partei darauf ab, eine Berechtigung für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten (Lichtbild) der Vertragspartner zu erhalten. Dem klaren Wortlaut der Klausel ist zu entnehmen, dass hier eine Zustimmung/Einwilligung zur Datenverarbeitung mit Annahme der AGB erteilt werden soll.

Nach Art 4 Z 11 ist unter einer Einwilligung der betroffenen Person jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung zu verstehen, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist.

Nach Art 7 Abs 2 legcit. muss das Ersuchen um Einwilligung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache so erfolgen, dass es von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist, wenn die Einwilligung der betroffenen Person durch eine schriftliche Erklärung erfolgt, die noch andere Sachverhalte betrifft. Nach

Abs 3 dieser Bestimmung ist die betroffene Person vor Abgabe der Einwilligung von ihrem Widerrufsrecht in Kenntnis zu setzen. Nach Abs 4 muss bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich ist.

In der DSGVO wurde damit dem Weg gefolgt, der bereits vom EuGH vorgezeichnet wurde (vgl. C-673/17 zur vergleichbaren Vorgängerbestimmung des Art 2 lit f der Richtlinie 95/46 bzw. Art 5 Abs 3 RL 2002/58), wonach ein aktives Verhalten des Betroffenen bei Abgabe seiner Einwilligung notwendig ist (vgl. Erwägungsgrund 32 der DSGVO). Entsprechend dem Erwägungsgrund 43 ist bei der Frage der Freiwilligkeit der Einwilligung auf ein etwaiges Ungleichgewicht zwischen betroffener Person und dem Verantwortlichen abzustellen. Die Einwilligung gilt nicht als freiwillig erteilt, wenn zu verschiedenen Verarbeitungsvorgängen von personenbezogenen Daten nicht gesondert eine Einwilligung erteilt werden kann, obwohl dies im Einzelfall angebracht ist, oder wenn die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung abhängig ist, obwohl diese Einwilligung für die Erfüllung nicht erforderlich ist.

Dies alles macht klar, dass eine in einem Absatz der AGB enthaltene Klausel wie die gegenständliche nicht die Kriterien einer freiwilligen Einwilligung erfüllt. Sie verstößt daher gegen Art 5 DSGVO und ist daher nichtig.

Für die Auslegung des Begriffes der Einwilligung in § 12 DSG wäre jedenfalls auf die Definition der DSGVO zurückzugreifen, sodass eine Prüfung nach § 12 DSG zu keinem abweichenden Ergebnis führen würde.

Bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit dieser Klausel ist nicht darauf abzustellen, ob es andere Rechtfertigungsgründe des Art 6 Abs 1 DSGVO für die Verarbeitung der Daten geben kann. Diese werden in den AGB nicht dargestellt. Auch ist für die gegenständliche Prüfung der Klausel nicht wesentlich, ob Vertragspartner in anderen Formblättern Einwilligungen zur Datenverarbeitung einräumen, insbesondere wenn diese erst nach Abschluss des Vertrags ins Spiel kommen (Anamnesebogen). Im Übrigen kann sich die beklagte Partei aber auch nicht auf die Datenschutzerklärungen im Anmeldeformular und im Anamnesebogen berufen. Immerhin bezieht sie sich ausdrücklich nur auf die im jeweiligen Formular bekannt gegebenen personenbezogenen Daten. Das Lichtbild als Datensatz ist jedoch nicht im jeweiligen Formular enthalten.

Eine Einwilligung zur Verarbeitung personenbezogener Daten bei der Verbindung der E-Card

mit einem Lichtbild ist nicht vorgesehen, weshalb dieses Argument, ebenso wie das Vorbringen, in der Praxis sei diese Klausel nicht umgesetzt worden, keine Grundlage für die Rechtmäßigkeit dieser Klausel darstellen kann.

2. Das Mitglied bestätigt, dass es bei Anmeldung von Anschlussmitgliedschaften berechtigt ist, die erforderlichen Daten des Partners/Kindes anzugeben. (Klausel 6)

Die klagende Partei sieht hier einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG. Diese Klausel gehe von einer „Berechtigung“ des Mitglieds, Angaben zu „erforderlichen Daten des Partners/Kindes“ machen zu dürfen aus und lege nahe, dass bereits eine Einwilligung vorliege. Da anzunehmen sei, dass auch personenbezogene Daten der Kategorie des Art 9 DSGVO verarbeitet würden, wäre für eine Einwilligung die Ausdrücklichkeit vorzusehen. Die Beweislast werde dem Verbraucher auferlegt, dass er die Berechtigung zur Bekanntgabe der Daten seines Partners bzw. Kindes habe und im Falle der Nichtberechtigung den Beweis darüber zu erbringen habe.

Die beklagte Partei bringt dazu vor, dass die Bestimmung bloß sicherstellen solle, dass die beklagte Partei für den Fall, dass ein Dritter mit einer Anschlussmitgliedschaft nicht einverstanden sei, abgesichert sei. Die datenschutzrechtlich relevanten Einwilligungen würden im Rahmen von Anmeldungs- und Anamnesebogen erteilt. Es handle sich um einen Akt der wirksamen Stellvertretung. Dass der Vertreter seine Legitimation dazu, im Namen des Vertretenen handeln zu dürfen, gegenüber dem Vertragspartner offenzulegen habe, stehe voll und ganz im Einklang mit den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen. Die beklagte Partei müsse in der Lage sein, die Einhaltung der Bestimmungen nachzuweisen. Daraus resultiere die Verpflichtung, Maßnahmen zu treffen, die es ihr ermöglichen, den Nachweis einer DSGVO-konformen Datenverarbeitung zu erbringen.

Nach § 6 Abs 1 Z 11 KSchG sind Vertragsbestimmungen im Sinne des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen dem Verbraucher eine Beweislast auferlegt wird, die ihn von Gesetzes wegen nicht trifft.

Nach der Rechtsprechung ist eine sogenannte Tatsachenbestätigung eine solche, die eine widerlegbare Erklärung des Verbrauchers über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Tatsache vorsieht. 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 (4 Ob 221/06p mwN). Es besteht auch kein Hindernis, § 6 Abs 1 Z 11 KSchG analog anzuwenden, wenn zwar keine formelle Beweislastvereinbarung getroffen wird, der Konsument aber eine

Wissenserklärung abgibt, die zumindest im Ergebnis den Wirkungen einer entsprechenden Vereinbarung nahe kommen kann. Zweck der Bestimmung ist nämlich ua eine Erschwerung der Rechtsverfolgung für den Verbraucher zu verhindern (3 Ob 12/09z).

Eine Erklärung, eine Berechtigung zur Einwilligung zu besitzen, ist eine Tatsachenbestätigung iSd der oben wiedergegebenen Rechtsprechung. Soweit ersichtlich, sieht die beklagte Partei den Zweck der gegenständlichen Klausel darin, sich gegen Ansprüche von betroffenen Personen nach der DSGVO zur Wehr setzen zu können, die nicht selbst mit einem Antrag auf Mitgliedschaft (Anmeldeformular) eine Einwilligung zur Verarbeitung personenbezogener Daten erteilt haben. Zwar wird es in einem Prozess, den die betroffene Partei gegen die beklagte Partei führt (vgl. 6 Ob 91/19d), an der letzteren sein, zu beweisen, dass sie die personenbezogenen Daten rechtmäßig verarbeitet und es damit zu keiner Beweislastverschiebung kommen. In einem allfälligen Regessprozess gegen den Verbraucher („das Mitglied“) als Vertragspartner der beklagten Partei führt diese Tatsachenbestätigung jedoch wohl zu einer solchen, sodass die Klausel nichtig iSd § 6 Abs 1 Z 11 KSchG iVm § 879 ABGB ist. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass der durch die Erklärung bestätigte Sachverhalt eine (gemeinsame) Bedingung des Vertrags bilden soll, was ebenfalls zur Nichtigkeit führt (vgl. 4 Ob 221/06p).

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass aufgrund der AGB der beklagten Partei und des von ihr verwendeten Anmeldeformulars unklar ist, welche Rechtsfolgewirkungen der Abschluss einer „Partnermitgliedschaft“ bzw. „Kindermitgliedschaft“ für die „Partner“ oder Kinder haben. Weder geht daraus hervor, wer bei Abschluss dieser Mitgliedschaften das Entgelt schuldet, noch sind bspw. Regelungen hinsichtlich der Vertragsdauer vorhanden. Die Regelungen der AGB widersprechen sich auch bei der Frage, ob ein selbstständiger Vertrag zustande kommt, oder ob diese „Partner“ und Kinder nur abgeleitete Rechte geltend machen können.

3. 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 9)

Die klagende Partei sieht hier einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG iVm mit §§ 1293 ff ABGB und § 1313a ABGB, da eine Gehilfenhaftung nach § 1313a ABGB ausgeschlossen werde, wodurch der Schadenersatz unzulässig eingeschränkt werde. Die beklagte Partei bediene sich zur Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen Ärzten und verspreche ein reichhaltiges Angebot von komplementärmedizinischen und therapeutischen Behandlungsmöglichkeiten. Daher sei davon auszugehen, dass die beklagte Partei eine Auswahl dieser Fachkräfte treffe, auch wenn diese selbständig seien. Eine Zuordnung der

Ärzte zur beklagten Partei sei auch der Klausel zu entnehmen, wonach die Daten nur an für das Unternehmen tätige Ärzte weitergegeben würden. Auch aus der Klausel 5.7 der AGB ergebe sich eine Zuordnung der Ärzte zur Beklagten.

Die beklagte Partei verweist darauf, dass aus den AGB deutlich hervorgehe, dass kein Behandlungsvertrag durch die Begründung der Mitgliedschaft abgeschlossen werde. Sämtliche Behandlungsleistungen, also auch sämtliche Leistungen im Rahmen des Gesundheitschecks, würden ausschließlich aufgrund einer Vereinbarung zwischen dem Mitglied und dem Arzt, dessen Leistung in Anspruch genommen werde, erfolgen. Die beklagte Partei erbringe selbst ausschließlich administrative Dienstleistungen und stelle den Ärzten die Räumlichkeiten zur Ausübung ihrer ärztlichen Tätigkeit zur Verfügung. Die Ärzte seien daher keine Erfüllungsgehilfen, deren sich die beklagte Partei bei der Erfüllung ihrer Vertragspflichten bediene. Eine Zuordnung der Ärzte zur beklagten Partei würde nicht zuletzt dazu führen, dass die beklagte Partei ganz andere regulatorische Voraussetzungen (insbesondere nach den Krankenanstaltengesetz) erfüllen müsste.

Nach § 6 Abs 1 Z 9 KSchG sind Vertragsbestimmungen im Sinne des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen eine Pflicht des Unternehmers zum Ersatz eines Schadens an der Person ausgeschlossen oder eingeschränkt wird oder eine Pflicht des Unternehmers zum Ersatz sonstiger Schäden für den Fall ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, dass er oder eine Person, für die er einzustehen hat, den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verschuldet hat.

In der gegenständlichen Klausel will die beklagte Partei ihre Haftung für allfällige Schäden, die durch Handlungen oder Unterlassungen von Ärzten im Rahmen der Leistungserbringung in ihrem Facharztzentrum dem Verbraucher entstehen könnten, ausschließen. Strittig ist hierbei also die Frage, ob die beklagte Partei Ärzte dafür einsetzt, vertragliche Verpflichtungen, die sie gegenüber ihren Vertragspartnern eingegangen ist, zu erfüllen. Denn wer einem anderen zu einer Leistung verpflichtet ist, haftet ihm für das Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigenes (§ 1313a ABGB).

Erfüllungsgehilfe ist, wer mit Willen des Schuldners zur Erfüllung der diesem obliegenden Verpflichtungen herangezogen wird. Die Zurechnung des Fehlverhaltens eines Gehilfen in Bezug auf Erfüllungshandlungen beschränkt sich grundsätzlich nicht nur auf die Hauptleistungspflichten, sondern auch auf Neben-, Schutz- und Sorgfaltspflichten. Der Zweck der „Gehilfenhaftung“ liegt im Kern darin, dass der Geschäftsherr aufgrund der für ihn nutzbringenden Erweiterung seines Aktionsradius auch das damit verbundene Risiko tragen und sich die Stellung des Gläubigers durch die Beiziehung von Hilfspersonen nicht verschlechtern soll. Das wesentliche Zurechnungskriterium für den Gehilfen liegt in der Verfolgung der Interessen des Geschäftsherrn gegenüber dem Geschädigten bzw in der



Einbeziehung des Gehilfen in das Interessenverfolgungsprogramm des Schuldners bei der vom Geschäftsherrn veranlassten Erfüllung eigener Vertragspflichten. Entscheidend ist also auch, welche konkreten Leistungspflichten bzw Schutz- und Sorgfaltspflichten der Geschäftsherr gegenüber seinem Vertragspartner übernommen hat. In diesem Umfang können grundsätzlich auch selbständige Unternehmen „Erfüllungsgehilfen“ sein. Auf die Weisungsbefugnis des Geschäftsherrn kommt es nicht an, ebenso wenig auf dessen Fachkenntnis (9 Ob 106/12i mwN).

Die Rechtsprechung hat die Haftung eines Belegarztes für das Verhalten wirtschaftlich und fachlich selbständiger Ärzte, die im Zuge der Operationsvorbereitung bestimmte für die Erfüllung des Behandlungsvertrags unentbehrliche ärztliche Leistungen unter seiner Oberleitung in Fragen der Operationsorganisation erbringen, bejaht, weil der Belegarzt dem Patienten aufgrund des Behandlungsvertrags eine ordnungsgemäße Behandlung unter Einschluss der Haftung für das Verschulden derjenigen Personen zusagt, die an der vereinbarten Behandlung unter seiner Ingerenz mitzuwirken haben (1 Ob 269/99m).

Daneben wurde auch die Haftung für den Anscheinsgehilfen bejaht, wenn der Geschäftsherr in ihm zurechenbarer Weise den Anschein erweckt, dass der Gehilfe zur Erfüllung der fraglichen Verpflichtung berufen ist (vgl. 10Ob 528/94). Hat sich jemand zu einer Leistung verpflichtet, ist nicht anzunehmen, dass er nur jemand anderen auswählen soll, der die Leistung auf Grund eines eigenen Vertrags mit dem Auftraggeber erbringt (für viele 7 Ob 122/12k).

Gerade bei der Zurechnung selbstständiger Unternehmer kommt es besonders auf den konkreten Inhalt des Vertrags zwischen dem Geschäftsherrn und dessen Gläubiger und die dabei übernommenen Sorgfaltspflichten an. Es ist jeweils durch Gesetzes- bzw Vertragsauslegung zu bestimmen, ob des Schuldners Leistung nur darin besteht, einen Dritten beizustellen oder ob er sich bei einer von ihm selbst geschuldeten Leistung eines Dritten bedient.

Hinzu tritt, dass § 2 ÄrzteG 1998 eine Reihe von Tätigkeiten, die unmittelbar am Menschen oder mittelbar für den Menschen ausgeführt wird, unter den Ärztevorbehalt stellt (vgl. für eine umfassende Darstellung der Rechtsprechung der drei Gerichtshöfe, VwGH, 26. April 2018, Ro 2017/11/0018).

Das vertragliche Dauerschuldverhältnis zwischen dem Verbraucher und der beklagten Partei sieht auf der einen Seite die Verpflichtung zur Zahlung eines monatlichen Entgelts durch den Verbraucher vor. Obwohl in mehreren Klauseln von Pflichten der beklagten Partei ausgegangen wird (bspw. Pkt 7.1), sind diese den AGB nicht mit letzter Deutlichkeit zu entnehmen. Aus Pkt. 1 der AGB geht hervor, dass die beklagte Partei eine

vorsorgemedizinische Einrichtung betreibt und ihren Kunden/Mitgliedern einfachen und günstigen Zugang zu Privatärzten in hochwertigen Facharztzentren anbietet. Nach Pkt. 5.1.1. berechtigt die Mitgliedschaft jedes Mitglied ab dem 19. Lebensjahr, einmal pro Jahr einen umfassenden Vorsorgecheck in Anspruch zu nehmen, wobei die einzelnen Untersuchungen, darunter auch ausdrücklich eine ärztliche Untersuchung und ein ärztliches Abschlussgespräch, genannt sind. Dieser wird von einem Vorsorgemediziner geleitet. Weiters hat der Verbraucher das Recht darauf, dass die beklagte Partei die Einreichung von Rechnungen bei den (gesetzlichen) Krankenkassen vornimmt.

Dem steht gegenüber, dass vom Verbraucher in Pkt. 5.1.3. das Anerkenntnis abverlangt wird, dass durch die Begründung der Mitgliedschaft noch kein Behandlungsvertrag, insbesondere kein Behandlungsvertrag mit der beklagten Partei, abgeschlossen wird. Sämtliche Behandlungsleistungen sollen ausschließlich aufgrund einer individuellen Vereinbarung zwischen dem Mitglied und dem Arzt erfolgen, dessen Leistungen in Anspruch genommen werden. Aus den AGB ergibt sich jedenfalls kein Anspruch auf eine Behandlung durch einen bestimmten Arzt oder zu einem bestimmten Zeitpunkt.

Schlussendlich, wie Pkt. 5.4. und Pkt. 5.6. andeutet, übernimmt die beklagte Partei im Vertragsverhältnis zwischen ihr und den „eingemieteten“ Ärzten gewisse (administrative) Aufgaben, wie die Abwicklung der Terminvereinbarungen, Verrechnung und Rechnungswesen sowie die Verwaltung und Information der Patienten.

Aufgrund dieser Vertragslage ist nicht davon auszugehen, dass eine Trennung der einzelnen Sphären, wie von der beklagten Partei vorgebracht, besteht (vgl. bspw. auch die überschneidenden Bereiche der Haftung zwischen Belegspital, angestelltem Arzt und Belegarzt, 8 Ob 103/09v). Vielmehr ist anhand der Vertragsgrundlage zu unterscheiden, ob in einzelnen Bereichen eine Zurechnung zur beklagten Partei besteht.

Aus der Aufzählung in Pkt. 5.1.1 der Leistungen der Vorsorgeuntersuchung („Vorsorgecheck“) wird bereits deutlich, dass hier Leistungen, die dem Ärztevorbalt des § 2 ÄrzteG 1998 unterliegen, von der beklagten Partei zu erbringen sind. Der Verbraucher kann aufgrund des Wortlautes auch davon ausgehen, dass die beklagte Partei ihm gegenüber als Vertragspartner auftritt, immerhin betreibt sie ja eine vorsorgemedizinische Einrichtung (Pkt. 1 der AGB). Da der beklagten Partei nicht unterstellt wird, dass sie gegen die Bestimmung des ÄrzteG verstößt und diese Leistungen nicht von Ärzten iSd Gesetzes erbracht werden, muss sie sich derer bedienen, um ihre Verpflichtung aus dem Vertrag zu erfüllen. Dadurch wird jedoch offensichtlich, dass die Ärzte in diesem Bereich als Erfüllungsgehilfen der beklagten Partei zuzurechnen sind. Schon dies führt dazu, dass die Klausel 9 eine unzulässige vertragliche Haftungseinschränkung iSd § 6 Abs 1 Z 9 KSchG beinhaltet. Der zweite Satz ist aber jedenfalls iSd Abs 3 der Bestimmung unwirksam.

Darüber hinaus ergibt sich aus den AGB, dass die beklagte Partei im Rahmen ihrer „administrativen“ Tätigkeit den behandelnden Arzt auswählt, hat doch der Verbraucher kein Wahlrecht (Pkt. 5.1.3.). Dabei ist eine Haftung nach § 1315 ABGB durchaus vorstellbar. Da die Klausel 9 hierbei keine Einschränkungen vornimmt, liegt auch dadurch eine unzulässige vertragliche Haftungseinschränkung iSd § 6 Abs 1 Z 9 KSchG vor.

4. 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 10)

Die klagende Partei sieht durch diese Klausel Verstöße gegen § 6 Abs 1 Z 9 und Abs 3 KSchG sowie generell eine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 ABGB. Die Rechtslage werde unrichtig dargestellt, da nicht auf den Inhalt des § 6 Abs 1 Z 9 KSchG hingewiesen werde. Die Klausel sei intransparent, da die Formulierung „soweit gesetzlich zulässig“ den Verbraucher über die Höhe der Schadenersatzpflicht im Unklaren lasse und suggeriere, dass eine höhenmäßige Beschränkung des Schadenersatzes auf die geleisteten Zahlungen zulässig sei.

Die beklagte Partei führt dazu aus, dass eindeutig erkennbar sei, dass die vorgesehene Haftungsbeschränkung nur insoweit Anwendung finde, als dies gesetzlich zulässig sei. Der Verbraucher werde in seinem Schadenersatzrecht überhaupt nicht eingeschränkt, weil Haftungsbeschränkungen auch gegenüber Verbrauchern keineswegs absolut unzulässig seien.

Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt.

Nach der Rechtsprechung wird durch § 879 Abs 3 ABGB ein objektives Äquivalenzstörung und „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigendes bewegliches System geschaffen. Diese Bestimmung wendet sich vor allem gegen den Missbrauch der Privatautonomie durch das Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen durch den typischerweise überlegenen Vertragspartner bei Verwendung von AGB und Vertragsformblättern. Der mit den AGB konfrontierte Vertragspartner ist in seiner Willensbildung eingeeengt, muss er sich doch zumeist diesen fügen oder in Kauf nehmen, dass ihm der Verwender den Vertragsabschluss verweigert. Ein Abweichen vom dispositiven Recht kann unter Umständen schon dann eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners sein, wenn sich für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung ergibt. Sie ist jedenfalls schon dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition im auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren

Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechnete Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt. Bei der Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender daher am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (1 Ob 244/11f mwN).

Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Ziel des in § 6 Abs 3 KSchG verankerten Transparenzgebots ist es, eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung Allgemeiner Geschäftsbedingungen sicherzustellen, um zu verhindern, dass der für die jeweilige Vertragsart typische Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird oder ihm unberechtigt Pflichten abverlangt werden (4 Ob 179/02f, 4 Ob 28/01y). Mit dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG wurde Art 5 der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, 93/13/EWG, umgesetzt, wonach alle dem Verbraucher in Verträgen unterbreiteten Klauseln oder einige dieser Klauseln schriftlich niedergelegt sind, stets klar und verständlich abgefasst sein müssen. Ist eine Klausel nicht hinreichend klar formuliert, dann ist es im Verbandsprozess nicht maßgeblich, welches Verständnis ihr vom Anbieter beigemessen wird (RIS-Justiz RS0016590 [T23]) oder wie sie in der Praxis gehandhabt wird (RIS-Justiz RS0121943 [T1]; RS0115219 [T1]).

Im Rahmen der Verbandsklage hat die Auslegung von Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen und danach ist zu prüfen, ob ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten vorliegt (RIS-Justiz RS0016590).

Die von der beklagten Partei gewählte Formulierung sieht zunächst eine Beschränkung der Haftung auf die Höhe der von einem Verbraucher während eines Jahres geleisteten Zahlungen (aufgrund der Mitgliedschaft beim Mediclass-Gesundheitsclub) vor. Dies stellt einen klaren Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG dar.

Dass mit der oben dargestellten Klausel von den allgemeinen Grundsätzen, dass das Risiko der Vertragspartei zugeordnet werde, die es eher beherrschen und wirtschaftlich leichter tragen kann, zu Lasten der Verbraucher abgegangen wird, liegt auf der Hand. Eine sachliche Rechtfertigung, die ein Abgehen von diesen allgemeinen Grundsätzen im Sinne der Rechtsprechung zu § 879 Abs 3 ABGB als gerechtfertigt erscheinen lassen, wurde nicht vorgebracht.

Gleichzeitig schränkt die beklagte Partei die Anwendbarkeit dieser Haftungseinschränkung ein, „soweit gesetzlich möglich“. Der Verbraucher kann sich daraus jedenfalls kein klares Bild machen, wann der Ausschluss von der Haftungseinschränkung greift. Damit widerspricht die

Klausel auch dem Gebot der möglichst klaren und verständlichen Formulierung Allgemeiner Geschäftsbedingungen des § 6 Abs 3 KSchG.

5. 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. (Klausel 12)

Die klagende Partei sieht hier § 10 Abs 3 KSchG verletzt, da ein für den Verbraucher nachteiliges schriftliches Formgebot festgelegt werde.

Die beklagte Partei sieht keinen Anwendungsfall für § 10 Abs 3 KSchG. Diese Bestimmung habe ausschließlich die Wirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers (oder seiner Vertreter) zum Gegenstand. Hier gehe es aber um einvernehmliche (also beidseitige) Änderungen und Abweichungen. Im Ergebnis werde bloß die Schriftlichkeit als Formerfordernis für Vertragsänderungen vereinbart. Ein solches Vorgehen sei – schon aus Beweisgründen – für beide Vertragsparteien vorteilhaft.

Nach § 10 Abs 3 KSchG kann die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden. Die Bestimmung soll nach der Rechtsprechung verhindern, dass der Unternehmer dem Verbraucher mündliche Zusagen macht, deren Gültigkeit er nachträglich unter Berufung auf eine Klausel in den AGB in Abrede stellt. § 10 Abs 3 KSchG wendet sich gegen jeden für den Verbraucher nachteiligen Vorbehalt einer gewillkürten Form für Erklärungen des Unternehmers. Der Inhalt und die Rechtsfolgen der vom Formerfordernis betroffenen Erklärung sind in diesem Zusammenhang nur in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der Nachteiligkeit erheblich. Eine vereinbarte Schriftform könnte etwa für Erklärungen des Unternehmers zulässig sein, die ausschließlich nachteilige Rechtsfolgen für den Verbraucher auslösen. In diesem Fall ist es für den Verbraucher günstig, wenn nachteilige Rechtsfolgen erst ausgelöst werden, wenn die Willenserklärung des Unternehmers ein Formerfordernis hat (7 Ob 84/12x, Klausel 6 mwN).

Änderungen und Abweichungen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bedürfen im Allgemeinen keiner bestimmten Form für die Gültigkeit. Solche Vereinbarungen können daher auch aufgrund mündlicher Erklärungen der Parteien zu Stande kommen. Würde die gegenständliche Klausel daher nur Änderungen und Abweichungen von den AGB erfassen, die ausschließlich nachteilige Rechtsfolgen für den Verbraucher beinhalten, wäre sie zulässig. In der gewählten Form stellt sie jedoch einen Verstoß gegen § 10 Abs 3 KSchG dar.

## II. Veröffentlichungsbegehren

Die beklagte Partei verneinte ein Urteilsveröffentlichungsinteresse und sieht das Veröffentlichungsbegehren als überschießend, da mit den AGB der beklagten Partei ausschließlich jene Interessenten in Berührung kämen, die sich durch Besuch der Website der beklagten Partei für deren Angebote interessiert hätten. Eine Veröffentlichung auf der Website der beklagte Partei oder allenfalls in einem Fachmagazin für Gesundheit und/oder Lifestyle wäre angemessen. Die beantragte Urteilsveröffentlichung in einer Samstagsausgabe der Kronen Zeitung würde die beklagte Partei finanziell unzumutbar belasten, hätte damit zweifellos Strafcharakter und würde daher dem Grundatz widersprechen, dass der Normzweck von Bestimmungen, die Urteilsveröffentlichungsansprüche regeln würden, nicht eine Bestrafung des Verletzten sei.

Nach § 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 Abs 3 UWG hat die klagende Partei bei Obsiegen im Unterlassungsbegehren einen Anspruch auf Urteilsveröffentlichung, wenn ein berechtigtes Interesse besteht. Zweck der Urteilsveröffentlichung ist es, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein. Dem Bedürfnis der Öffentlichkeit nach Aufklärung wird aber die Bereitstellung der einschlägigen Informationen auf der Website der Beklagten nicht gerecht (zuletzt 1 Ob 124/18v). Der Oberste Gerichtshof hat auch die Ermächtigung zur Veröffentlichung in einer auflagenstarken Tageszeitung nicht beanstandet, da eine solche Veröffentlichung sogar dann sinnvoll ist, wenn der Fokus der Geschäftstätigkeit des beklagten Unternehmens im Internet liegt (6 Ob 242/15d).

Die beklagte Partei steht derzeit mit ca 2.000 Verbrauchern in einem Vertragsverhältnis. Ziel der beklagten Partei ist jedenfalls die Ausweitung der Mitgliederzahlen, da sie laut Beil. ..F so das Ärztezentrum finanziert. Maßnahmen zur Bekanntmachung ihrer Dienstleistungen wurden sowohl online, als auch in Print gesetzt. Beide wirken österreichweit, wobei die Print-Maßnahme den Fokus auf Unternehmen legt. Dass die Veröffentlichung, wie von der klagenden Partei beantragt, die finanziellen Ressourcen unzumutbar belasten würde, wurde im Beweisverfahren nicht festgestellt. Unter Bedachtnahme darauf, dass nicht nur die einzelnen Verbraucher, sondern auch der Rechtsverkehr als Gesamtheit das Recht hat, über gesetz- bzw. sittenwidrige AGB aufgeklärt zu werden, ist die Veröffentlichung, wie von der klagenden Partei beantragt, zu gewähren.

## III. Kostenentscheidung

Im Verfahren wurde in der Tagsatzung vom 7. November 2019 ein Teilvergleich geschlossen, wobei die Kostenentscheidung ausdrücklich nicht mitverglichen wurde.

Es waren daher zwei Verfahrensabschnitte zu bilden.

Im zweiten Abschnitt unterlag die beklagte Partei vollständig. Im ersten Abschnitt standen 14 Klauseln in Streit, wobei das Unterlassungsbegehren hinsichtlich der fünf Klauseln (Nr. 3, 6, 9, 10 und 12), wie oben dargelegt, zu Recht besteht. Hinsichtlich der übrigen Klauseln ist strittig, ob die Wiederholungsgefahr durch die Handlungen der beklagten Partei weggefallen ist.

Gemäß § 28 Abs 1 KSchG kann auf Unterlassung geklagt werden, wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er von ihm geschlossenen Verträgen zugrunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen, oder wer solche Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist. Gemäß § 28 Abs 2 KSchG besteht die Gefahr einer Verwendung und Empfehlung derartiger Bedingungen nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine gemäß § 29 KSchG klageberechtigte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe (§ 1336 ABGB) besicherte Unterlassungserklärung abgibt.

Zwar sieht die Bestimmung des § 28 Abs 2 KSchG nicht ausdrücklich vor, dass die Wiederholungsgefahr nur durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung wegfallen könne. Allerdings vermag das damit geregelte (fakultative) Abmahnverfahren nur dann seinen Zweck zu erfüllen, wenn andere Formen der formellen oder materiellen Unterwerfung zumindest einen ähnlichen Gewissheitsgrad aufweisen. 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. Die mit dem Abmahnverfahren angestrebte außergerichtliche Streitbereinigung tritt daher nur ein, wenn für beide Seiten Rechtssicherheit entsteht (6 Ob 24/11i). Nach der Rechtsprechung muss der Unternehmer daher, will er die Wiederholungsgefahr beseitigen, nach Abmahnung eine unbedingte, uneingeschränkte und strafbewehrte Unterlassungserklärung abgeben (5 Ob 138/09v, 2 Ob 153/08a).

Die Änderung der AGB alleine reicht nicht aus, die Wiederholungsgefahr zu beseitigen.

Im gegenständlichen Fall hat die beklagte Partei im Abmahnverfahren zu den Klauseln 1., 2., 4., 5., 7., 8., 11., 13., und 14. eine Unterlassungserklärung abgegeben, jedoch Pkt. II, der die Vertragsstrafe beinhaltet und die Strafbewehrung darstellt, ausdrücklich abgelehnt. Gleichzeitig wurde von ihr angeboten, die Unterlassungserklärung in vollstreckbarer Form abzugeben.

In der Entscheidung des verstärkten Senates vom 11. September 2012, 6 Ob 24/11i, hat der Oberste Gerichtshof die Unterlassungserklärung als rechtsgeschäftliche Willenserklärung im

Abmahnverfahren charakterisiert, wofür auch die Sicherung der Unterlassungserklärung mit Konventionalstrafe (§1336 ABGB) spreche.

Die Konventionalstrafe erfüllt daher einen wesentlichen Zweck im Abmahnverfahren nach § 28 KSchG, sodass ihre Streichung dazu führt, dass die angestrebte außergerichtliche Streitbereinigung nicht zu Stande kommt. Das ersatzweise Anbieten eines gerichtlichen Vergleiches (worauf wohl die beklagte Partei abzielte) kann nicht dazu führen, dass die Wiederholungsgefahr wegfällt, wird damit doch nur ein weiteres (gerichtliches) Verfahren notwendig, was gegen den Grundgedanken, einen effektiven und raschen Schutz für die Verbraucher zu gewährleisten, verstößt.

Darüber hinaus sollte die Unterlassungserklärung nach dem Wunsch der beklagten Partei erst mit Wirkung 15. August 2019 gelten. In der Entscheidung vom 12. Oktober 2011, 7 Ob 68/11t, wurde der Wegfall der Wiederholungsgefahr in einem Fall verneint, in dem die dort beklagte Partei ihre Unterlassungserklärung zeitlich einschränkte, in dem sie erklärte, erst nach Ablauf eines bestimmten Datums zur Vertragsstrafe verpflichtet zu sein. Dazu führte der Oberste Gerichtshof aus, dass es dem rechtswidrig handelnden Unternehmen nicht zustehe, einseitig Sanktionen hinauszuzögern und den Verband zum Zuwarten zu zwingen. Daher wurde auch im gegenständlichen Fall die Wiederholungsgefahr durch die Erklärung der beklagten Partei vom 5. August 2019 nicht beseitigt.

Insgesamt unterlag damit die beklagte Partei in beiden Abschnitten vollständig, was einen Kostenzuspruch nach § 41 ZPO zur Folge hatte.

---

**Handelsgericht, Abteilung 58**  
**Wien, 05. Dezember 2019**  
**Dr. Werner Nageler-Petritz, Richter**

---

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG