



Republik Österreich
Handelsgericht Wien

43 Cg 84/13w-7

Im Namen der Republik

Das Handelsgericht Wien erkennt durch seinen Richter Mag. Christian Mosser, LL.M. in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation (VKI)**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in 1030 Wien, wider die beklagte Partei **McFIT Österreich GmbH**, 1220 Wien, Doningasse 12/2/5, vertreten durch Petsch Frosch Klein Arturo Rechtsanwälte in 1010 Wien, **wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung** (Streitwert EUR 36.000,-) nach öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht:

1.) a) Die beklagte Partei ist schuldig, 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. *McFIT ist befugt, innerhalb von 14 Tagen ab dem Zeitpunkt der Antragstellung dieses Angebot schriftlich abzulehnen. Lehnt McFIT das Angebot nicht innerhalb dieses Zeitraums ab, kommt zwischen dem Antragsteller und McFIT ein zum Zeitpunkt der Antragstellung wirksamer Mitgliedsvertrag zustande.*

2. *Das Mitglied ist daher verpflichtet, die MemberCard ausschließlich persönlich zu verwenden und nicht an Dritte zu überlassen. Im Fall eines Verstoßes gegen diese Bestimmung verpflichtet sich das Mitglied zur Zahlung*

eines pauschalierten Schadenersatzes in Höhe von 250,- €. McFIT bleibt die Geltendmachung eines diesen Betrag übersteigenden Schadens vorbehalten. Weist das Mitglied einen geringeren als den pauschalierten Schaden nach, schuldet es lediglich den nachgewiesenen Betrag.

3. Das Mitglied ist verpflichtet, jede Änderung vertragsrelevanter Daten (Name, Adresse [auch E-Mail-Adresse], Bankverbindung etc.) McFIT unverzüglich mitzuteilen. Kosten, die McFIT dadurch entstehen, dass das Mitglied die Änderung der Daten nicht unverzüglich mitteilt, hat das Mitglied zu tragen.

4. Das Mitglied ist berechtigt, während der Laufzeit des Mitgliedvertrages und bis zu einem Jahr nach Vertragsbeendigung die Rückforderung eines allfälligen Guthabens auf der MemberCard zu fordern, dies allerdings nur schriftlich und direkt bei McFIT. Mangels Rückforderung verfällt das Guthaben nach Ablauf eines Jahres nach Vertragsbeendigung. McFIT verpflichtet sich, das Mitglied bei Vertragsbeendigung auf den mangels Rückforderung drohenden Verfall schriftlich hinzuweisen.

5. Der Mitgliedsvertrag wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und kann von beiden Vertragsparteien unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist durch schriftliche Mitteilung jeweils zum Monatsletzten gekündigt werden. Das Mitglied kann jedoch erstmals unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist zum Ablauf des ersten Jahres der Mitgliedschaft den Mitgliedsvertrag kündigen.

6. McFIT behält sich vor, den Mitgliedsvertrag und somit auch den monatlichen Mitgliedsbeitrag einvernehmlich mit Wirkung für die Zukunft zu ändern. Das Mitglied erhält

hierzu ein Angebot zur einvernehmlichen Vertragsänderung mindestens ein Monat vor Inkrafttreten der geplanten Änderung. Gleichzeitig informiert McFIT das Mitglied über den Zeitpunkt des Inkrafttretens der geplanten Änderungen. Das Angebot gilt als angenommen, wenn das Mitglied nicht bis zum Inkrafttreten der geplanten Änderungen schriftlich widerspricht. McFIT wird das Mitglied in diesem Angebot über diese Widerspruchsfrist sowie über die Bedeutung seines Verhaltens informieren. Im Fall eines Widerspruchs ist McFIT berechtigt, den Mitgliedsvertrag unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist zum jeweiligen Monatsletzten zu kündigen.

7. Bei Zahlungsverzug des Mitglieds ist McFIT berechtigt, dem Mitglied den Zutritt zu sämtlichen Studios bis zur erfolgten Zahlung zu verwehren. Zudem behält sich McFIT das Recht vor, nach einmaliger erfolgloser Mahnung den Mitgliedsvertrag mit sofortiger Wirkung zu kündigen. Das Recht beider Vertragsparteien zur Vertragsauflösung aus wichtigem Grund bleibt hiervon unberührt.

9. Das Nichtbenutzen der Einrichtungen der Studios berechtigt das Mitglied nicht zur Reduktion oder Rückforderung des Mitgliedsbeitrags.

10. McFIT ist berechtigt, missbräuchlich verwendete Spinde auf Kosten des Mitglieds öffnen zu lassen.

11. Bei schwerwiegenden Verstößen gegen eine oder mehrere der oben angeführten Bestimmungen a) bis e) ist McFIT berechtigt, den Mitgliedsvertrag mit sofortiger Wirkung zu kündigen und den für die restliche Vertragsdauer verbleibenden Mitgliedsbeitrag als Schadenersatz mit sofortiger Fälligkeit zu verlangen.

12. Bei einem Verstoß gegen diese Bestimmung ist McFIT

berechtigt, den Mitgliedsvertrag mit sofortiger Wirkung zu kündigen und den für die restliche Vertragsdauer verbleibenden Mitgliedsbeitrag als Schadenersatz mit sofortiger Fälligkeit zu verlangen.

14. McFIT ist berechtigt, diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Wirkung für die Zukunft zu ändern. Die Änderungen werden wirksam, wenn McFIT auf die Änderungen hinweist, das Mitglied die Änderungen zur Kenntnis nehmen kann und diesen nicht innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Änderungsmitteilung widerspricht. Im Fall eines Widerspruchs ist McFIT berechtigt, den Mitgliedsvertrag unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist zum jeweiligen Monatsletzten zu kündigen.

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen.

Die beklagte Partei ist weiters schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen.

1.) b) Das **Mehrbegehren**, die beklagte Partei sei darüber hinaus schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

8. McFIT behält sich das Recht vor, dem Mitglied allfällige im Zusammenhang mit der Vertragsbeendigung entstandene Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung in Rechnung zu stellen.

13. Für sonstige Schäden (wie zum Beispiel Diebstahl oder Sachschäden an persönlichen Gegenständen) haftet McFIT lediglich, wenn der Schaden von McFIT oder von einer

Person, für die McFIT einzustehen hat (§ 1313a ABGB), vorsätzlich oder grob fahrlässig verschuldet wurde.

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie sei ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannte Klausel oder sinngleiche Klauseln zu berufen und es werde ihr in diesem Umfang die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung auf Kosten der klagenden Partei erteilt, wird

a b g e w i e s e n .

2.) Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, Regionalausgaben für Wien, NÖ, Burgenland, Steiermark, Kärnten und Tirol 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.

3.) Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 4.312,32 bestimmten Prozesskosten (darin enthalten EUR 1.194,- Barauslagen und EUR 519,72 USt.) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Die Aktivlegitimation der klagenden Partei ergibt sich aus § 29 KSchG. Die Beklagte betreibt Fitnessstudios und bietet ihre Leistungen an neun Standorten in Österreich (Graz,

Klagenfurt, Innsbruck und an sechs Standorten in Wien) an und tritt im Rahmen ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge.

Die Beklagte verwendet die im Spruch angeführten Klauseln im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern und legt sie den abgeschlossenen Verträgen zugrunde (Außerstreitstellungen, KB ON 2, Seite 2).

Mit Klage vom 13.11.2013 **begehrte die klagende Partei** wie im Spruch ersichtlich. Die **beklagte Partei** bestritt und beantragte kostenpflichtige Klagsabweisung. Eine Unterlassungserklärung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG wurde von der beklagten Partei nicht abgegeben, da die beklagte Partei der Ansicht sei, die beanstandeten Klauseln für den geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern seien geeignet und zulässig. Die Parteien brachten zu den verfahrensgegenständlichen Klauseln im Wesentlichen vor:

Zur Klausel 1:

1.2. [...] McFIT ist befugt, innerhalb von 14 Tagen ab dem Zeitpunkt der Antragstellung dieses Angebot schriftlich abzulehnen. Lehnt McFIT das Angebot nicht innerhalb dieses Zeitraums ab, kommt zwischen dem Antragsteller und McFIT ein zum Zeitpunkt der Antragstellung wirksamer Mitgliedsvertrag zustande.

Klage: Die Klausel verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG, da sich das Unternehmen eine unangemessen lange Bindefrist ausbedinge, während der die Beklagte einen Vertragsantrag des Verbrauchers annehmen oder ablehnen könne. Gemäß § 862 ABGB sei es primär die Sache des Offerenten zu bestimmen, wie lange er an sein Angebot gebunden sein möchte. Auch im Hinblick auf die nötige Zeit für Postläufe sowie eine angemessene Überlegungsfrist der Beklagten sei eine Frist von 14 Tagen jedenfalls zu lange. Weiters sei die Klausel iSd

§ 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend, da es keine sachliche Rechtfertigung für ein Abweichen von der gesetzlichen Regelung gebe. Es sei zwar richtig, dass mit der Klausel fingiert werde, dass der Vertrag bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung zustande komme, wenn die Beklagte den Antrag nicht ausdrücklich ablehne, der Verbraucher könne daraus aber nicht entnehmen, dass er schon ab der Antragstellung das Fitnesscenter benutzen dürfe (§ 864a ABGB). Vielmehr werde er sich um ein anderes Fitnesscenter umsehen, wenn er nicht innerhalb der Tage ab Antragstellung eine Antwort der Beklagten erhalte. Insofern sei die Klausel auch überraschend. Zusätzlich liege ein Verstoß gegen § 10 Abs 3 KSchG vor. Auch eine mündliche Ablehnung des Angebots - etwa auf telefonische Nachfrage des Kunden - müsse gültig sein.

Beklagte Partei: Es liege kein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG vor, da eine Frist von 14 Tagen noch angemessen sei und diese auch ausreichend bestimmt sei. Diese Frist sei auch notwendig für die interne Abwicklung der Anträge. Gemäß § 862 ABGB sei die Dauer der Bindung eines Angebotes frei bestimmbar. Die Klausel sei auch nicht gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, da es dem Konsumenten zugemutete werden könne sich für eine Frist von 14 Tagen zu binden. Der Antragsteller könne aus Punkt 1.4 der AGB entnehmen, dass er bereits ab Antragstellung das Fitnessstudio in Anspruch nehmen dürfe. Punkt 1.4 der AGB lautet:

„Der Antragsteller erhält bei Antragstellung eine Member Card, die ihm den Zutritt zu den Studios ermöglicht. Dies begründet im Falle der Ablehnung eines Antrages jedoch keinen Rechtsanspruch auf Abschluss eines Vertrages oder Nutzung des Studios“

Es sei daher nahezu auszuschließen, dass ein Konsument, obwohl er bereits das Fitnessstudio benutze, auf die Idee komme, ein anderes Fitnesscenter zu suchen. Die Klausel verstoße auch nicht gegen § 10 Abs 3 KSchG, da sich die

beklagte Partei selbst ein Formerfordernis bei der Ablehnung eines Antrages auferlege und dem Konsumenten daraus keine Nachteile erwachsen würden.

Zur Klausel 2:

2.2. [...] Das Mitglied ist daher verpflichtet, die MemberCard ausschließlich persönlich zu verwenden und nicht an Dritte zu überlassen. Im Fall eines Verstoßes gegen diese Bestimmung verpflichtet sich das Mitglied zur Zahlung eines pauschalierten Schadenersatzes in Höhe von 250,- €. McFIT bleibt die Geltendmachung eines diesen Betrag übersteigenden Schadens vorbehalten. Weist das Mitglied einen geringeren als den pauschalierten Schaden nach, schuldet es lediglich den nachgewiesenen Betrag.

Klage: Für den Fall, dass das Mitglied seine Karte einem Dritten überlasse, sehe die Klausel eine Konventionalstrafe vor. Mangels anderer Vereinbarung seien Konventionalstrafen verschuldensabhängig. Darauf weise die Klausel nicht hin. Ebenso wenig informiere die Klausel über das richterliche Mäßigungsrecht gem § 1336 Abs 2 ABGB. Die Klausel verstoße somit gegen das Gebot der Vollständigkeit des § 6 Abs 3 KSchG. Die in der Klausel festgesetzte Höhe der Konventionalstrafe sei gröblich benachteiligend gem § 879 Abs 3 ABGB. Die Beklagte möchte bereits bei einer einmaligen Überlassung der Karte einen Schaden iHv € 250,- verlangen, während der reguläre Preis € 19,90 pro Monat beträgt. Man müsse mehr als ein ganzes Jahr eine fremde Karte benützen, damit bei der Beklagten ein Schaden in dieser Höhe eintrete. Die Beklagte behalte sich mit der Klausel die Geltendmachung eines etwaigen höheren Schadens vor. Unternehmer können jedoch gemäß § 1336 Abs 3 ABGB Verbrauchern gegenüber nur einen die Konventionalstrafe übersteigenden Schaden geltend machen, wenn dies im Einzelnen ausgehandelt wurde. Darüber hinaus soll dem Verbraucher, in gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG verstoßender Weise,

eine Beweislast aufgebürdet werden, die ihn nach allgemeinen Regeln nicht treffe. Schließlich sei es der Geschädigte, der den Schaden und damit auch dessen Höhe zu behaupten und beweisen habe.

Beklagte Partei: Der pauschalierte Schadenersatz sei nicht gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, da diese Regelung verhindern wolle, dass Mitglieder ihre Mitgliedschaft „verdeckt“ an dritte Personen weitergeben. Sollte der pauschalierte Schadenersatz im Einzelfall als zu hoch angesehen werden, bestehe ohnedies ein richterliches Mäßigungsrecht gemäß § 1336 Abs 2 ABGB. Die Höhe des pauschalierten Schadenersatzes richte sich somit am Schaden, der dem Unternehmen durch die unbefugte Weitergabe der Membercard an ein Nichtmitglied entstehe. Um die Einrichtung des Fitnessstudios zu benutzen, hätte diese (dritte) Person zumindest einen Jahresvertrag abschließen müssen, da die Beklagte keine Tageseintritte anbiete. Somit sei die Konventionalstrafe EUR 250,- im Verhältnis zum Mitgliedsbeitrag für 13 Monate Mindestvertragsdauer (12 Monate + 1 Monat Kündigungsfrist) von ca. EUR 260,- als angemessen anzusehen. Überdies habe das Mitglied auch die Möglichkeit, durch Nachweis eines geringeren Schadens die Konventionalstrafe zu reduzieren. Unter der Annahme, dass eine Konventionalstrafe von EUR 250,- für zulässig erachtet werde, stelle die Möglichkeit den Schadenersatz zu reduzieren ausschließlich einen Vorteil für den Konsumenten dar, sodass die Beweislastumkehr bei Gesamtbetrachtung der Regelung gerechtfertigt sei.

Zur Klausel 3:

2.3. Das Mitglied ist verpflichtet, jede Änderung vertragsrelevanter Daten (Name, Adresse [auch E-Mail-Adresse], Bankverbindung etc.) McFIT unverzüglich mitzuteilen. Kosten, die McFIT dadurch entstehen, dass das Mitglied die Änderung

der Daten nicht unverzüglich mitteilt, hat das Mitglied zu tragen.

Klage: In Klausel 3 solle der Verbraucher verpflichtet werden, Änderungen ua seiner E-Mail-Adresse bekannt zu geben. Eine solche Obliegenheit könne man aber nur annehmen, wenn der Verbraucher ursprünglich seine E-Mail-Adresse in der Absicht bekannt gegeben habe, dass ihm an diese Adresse rechtlich bedeutsame Erklärungen des Unternehmers zugehen. Habe er das aber nicht getan, treffe ihn auch keine Obliegenheit zur Bekanntgabe von Änderungen und es können ihm auch keine Kosten angelastet werden, die der Beklagten entstehen, weil das Mitglied die Änderungen nicht unverzüglich mitgeteilt habe. Insofern sei die Klausel auch überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB, weil ein Kunde, der seine E-Mail-Adresse nicht in dieser Absicht angegeben habe, plötzlich aufgrund einer AGB-Regelung so behandelt werde, als hätte er das getan. Die Klausel lege quasi den Machtbereich des Verbrauchers fest, was im Ergebnis dem Fall gleichzuhalten sei, dass sich der Unternehmer aussuchen würde, an welche Person er im Umfeld des Verbrauchers zustelle. Die Klausel verschlechtere so - abweichend vom dispositiven Recht - die Vertragssituation des Verbrauchers, und sei daher iSd § 879 Abs 3 iVm § 862a ABGB gröblich benachteiligend (siehe ausführlich ON 1, S. 5-6).

Beklagte Partei: Die Klausel 2.3 der AGB verdeutliche dem Mitglied, dass es verpflichtet sei, die Beklagte über Änderungen der postalischen aber auch der E-Mail-Adresse unverzüglich zu informieren. Die Klausel 1.3 der AGB lege fest, dass die Schriftlichkeit auch im Fall von E-Mails gewährleistet sei. Dem Mitglied müsse daher klar sein, dass ihm rechtlich verbindliche Mitteilungen auch per E-Mail zukommen können. Die nicht unverzügliche Mitteilung einer Änderung der E-Mail-Adresse habe nicht automatisch zur Folge, dass die rechtlich relevante Erklärung als zugegangen anzusehen seien, sondern lediglich, dass das Mitglied die

Kosten, welche der Beklagten durch die nicht rechtzeitige Mitteilungen der Adressdaten entstanden sind, zu tragen habe.

Zur Klausel 4:

2.11. Das Mitglied ist berechtigt, während der Laufzeit des Mitgliedvertrages und bis zu einem Jahr nach Vertragsbeendigung die Rückforderung eines allfälligen Guthabens auf der MemberCard zu fordern, dies allerdings nur schriftlich und direkt bei McFIT. Mangels Rückforderung verfällt das Guthaben nach Ablauf eines Jahres nach Vertragsbeendigung. McFIT verpflichtet sich, das Mitglied bei Vertragsbeendigung auf den mangels Rückforderung drohenden Verfall schriftlich hinzuweisen. [...]

Klage: Die Klausel sehe eine Verfallsfrist von einem Jahr für die Rückforderbarkeit von Restguthaben auf der Mitgliedskarte vor. Ein Restguthaben sei insofern mit einem Gutschein zu vergleichen, als dass der Unternehmer eine Vorleistung des Verbrauchers erhalten habe. Grundsätzlich ende das Recht, mit einem Gutschein aus dem Warensortiment des Ausstellers Waren zu beziehen, innerhalb von 30 Jahren. Die gegenständliche einjährige Verfallsfrist stelle eine gröbliche Benachteiligung des Verbrauchers iSd § 879 Abs 3 ABGB dar, zumal die Beklagte um das Guthaben bereichert sei, ohne hierfür eine Gegenleistung zu erbringen. Des weiteren sei die Bestimmung nachteilig, da Konsumenten nicht mit einem Verfall ihres Guthabens nach einem Jahr rechnen. Die Klausel sei daher unzulässig gem § 864a ABGB. Der Klauselteil, dass Mitglieder ein Guthaben „nur schriftlich und direkt bei McFIT“ fordern können sei intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG. Es sei nicht klar, an wen genau man sich wenden solle, an die Zentrale oder an das jeweilige Studio, bzw bedeute „direkt“ persönlich vor Ort oder nur postalisch.

Beklagte Partei: Die kürzere Verfallsfrist für die Rückforderung eines allfälligen Guthabens auf der MemberCard

sei sachlich gerechtfertigt, da die beklagte Partei verpflichtet sei, das Mitglied bei Vertragsbeendigung auf den mangels Rückforderung drohenden Verfall schriftlich hinzuweisen. Es wäre für die beklagte Partei unzumutbar, sämtliche Mitgliederkonten lediglich aufgrund von bestehenden Restguthaben für 30 Jahre weiterführen zu müssen, da dies irgendwann zu der Situation führen würde, dass mehr „Karteileichen“ zu verwalten wären als aktive Mitglieder. Die Situation sei auch nicht mit der Ausgabe von Gutscheinen vergleichbar, da diese ähnlich einem Geldschein einen bestimmten Wert verbriefen und einen wesentlich geringeren Verwaltungsaufwand als die Führung von Mitgliederkonten verursachen. Es handle sich bei den Guthaben auch um geringfügige Beträge (maximal EUR 100,- pro MemberCard) weshalb die Verfallsfrist von einem Jahr sachlich gerechtfertigt sei. Die Klausel sei nicht nach § 864a ABGB unzulässig, da die Mitglieder mit einem Verfall des Guthabens nach einem Jahr rechnen, da dies den AGB zu entnehmen sei und die Mitglieder zusätzlich schriftlich darauf hingewiesen würden. Auch liege keine Intransparenz iSd § 6 Abs 3 KSchG vor, da von einem Unternehmer nicht verlangt werden könne, dass die Modalitäten für die Rückforderung des Guthabens absolut detailliert und zweifelsfrei in den AGB enthalten sein müssen. Dies würde die Pflicht des Unternehmers zur Einhaltung des Transparenzgebotes überspannen.

Zur Klausel 5:

3.1. Der Mitgliedsvertrag wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und kann von beiden Vertragsparteien unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist durch schriftliche Mitteilung jeweils zum Monatsletzten gekündigt werden. Das Mitglied kann jedoch erstmals unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist zum Ablauf des ersten Jahres der Mitgliedschaft den Mitgliedsvertrag kündigen.

Klage: Während die Beklagte unter Einhaltung der einmonatigen Kündigungsfrist jederzeit kündigen könne, werde das Mitglied durch die Klausel zumindest ein Jahr an den Vertrag gebunden. Es gebe keine sachliche Rechtfertigung für diese asymmetrische Möglichkeit zu kündigen, weshalb die Klausel gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 KSchG sei.

Beklagte Partei: Die asymmetrische Kündigungsmöglichkeit betreffe nur das erste Jahr. Nach dessen Ablauf haben beide Vertragsteile die Möglichkeit unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist den Vertrag zu beenden. In Anbetracht des äußerst geringen Mitgliedsbeitrages, der bei vergleichbar ausgestatteten Fitnessstudios deutlich höher liege, und der hohen Errichtungskosten der Fitnessstudios, stelle die einseitige Bindung des Verbrauchers von einem Jahr keine gröbliche Benachteiligung dar.

Zur Klausel 6:

4.5. McFIT behält sich vor, den Mitgliedsvertrag und somit auch den monatlichen Mitgliedsbeitrag einvernehmlich mit Wirkung für die Zukunft zu ändern. Das Mitglied erhält hierzu ein Angebot zur einvernehmlichen Vertragsänderung mindestens ein Monat vor Inkrafttreten der geplanten Änderung. Gleichzeitig informiert McFIT das Mitglied über den Zeitpunkt des Inkrafttretens der geplanten Änderungen. Das Angebot gilt als angenommen, wenn das Mitglied nicht bis zum Inkrafttreten der geplanten Änderungen schriftlich widerspricht. McFIT wird das Mitglied in diesem Angebot über diese Widerspruchsfrist sowie über die Bedeutung seines Verhaltens informieren. Im Fall eines Widerspruchs ist McFIT berechtigt, den Mitgliedsvertrag unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist zum jeweiligen Monatsletzten zu kündigen.

Klage: Mit dieser Klausel behalte sich die Beklagte vor, den Vertrag im Rahmen einer Erklärungsfiktion, deren Unzulässigkeit sich schon aus § 6 Abs 1 Z 2 KSchG ergebe, zu

ändern. Danach solle ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers, insbesondere sein Schweigen, als Zustimmung zur Vertragsänderung gelten. Für ein unbeschränktes Änderungsrecht bestehe nämlich keine sachliche Rechtfertigung. Die Klausel lasse eine Änderung wesentlicher Pflichten der Parteien (Leistung und Gegenleistung) zu Gunsten der Beklagten in nahezu jede Richtung und in unbeschränktem Ausmaß zu. Nicht nur die Änderung der vom Mitglied zu entrichtenden Entgelte werde ermöglicht. Geändert werden könne damit ohne Einschränkung die von der Beklagten geschuldeten Leistungen, weshalb die Klausel gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB sei. Da mit der Klausel der Beklagten eine vollkommen unbeschränkte Änderungsmöglichkeit eingeräumt werde, ist die Klausel überhaupt als sittenwidrig iSd § 879 Abs 1 ABGB zu beurteilen. Darüber hinaus sei die Klausel nach § 864a ABGB unzulässig. Selbst Änderungen der Hauptleistungspflicht, wie Änderungen des monatlichen Mitgliedsbeitrags, seien von der Klausel erfasst. Die Bedingungen sehen eine Mindestbindefrist von einem Jahr vor, uU könne dem Mitglied ein gänzlich anderer Vertrag aufgezwungen werden, als der, der ursprünglich abgeschlossen wurde. Der Inhalt der Klausel sei für den Verbraucher überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB, da der Verbraucher nicht damit rechnen müsse, dass er durch Unterlassung der Abgabe eines Widerspruchs, an den - mitunter auch gravierend - geänderten Vertrag gebunden sei. Sie lasse Änderungen des Vertrags über eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß wohl unbeschränkt zu. Welche Leistungen die Beklagte mit fingierter Zustimmung einschränken könne, bleibe völlig unbestimmt, ebenso der Umfang einer Änderung der vom Mitglied zu entrichtenden Entgelte. Somit verstoße die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 5, Abs 2 Z 3 und Z 4, Abs 3 KSchG. Somit zeige gerade diese Klausel, dass das „Preisargument“ verfehlt sei, da die Klausel doch gerade zulasse, dass die Beklagte im

Wege der Erklärungsfiktion in dieses von ihr herausgestrichene günstige Preisgefüge eingreife.

Beklagte Partei: Die Änderung von Vertragsbestimmungen mittels Erklärungsfiktion sei grundsätzlich nicht unzulässig. Es handle sich hierbei um eine sinnvolle Methode, welche es Unternehmen ermögliche, Änderungen von Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Kunden bewirken zu können, ohne dass ein unverhältnismäßig hoher Aufwand entstehe. Eine gröbliche Benachteiligung aufgrund dieser Klausel liege nicht vor, da der Kunde die Möglichkeit habe, jeden Monat (mit Ausnahme des ersten Jahres) zu kündigen. Dies in Verbindung mit dem sehr geringen Mitgliedsbeitrag führe dazu, dass die Klausel in der Gesamtbetrachtung für den Verbraucher nicht gröblich benachteiligend sei. Die Klausel verstoße auch nicht gegen das Transparenzgebot, da Inhalt und Tragweite für den Verbraucher klar ersichtlich seien.

Zur Klausel 7:

4.8. Bei Zahlungsverzug des Mitglieds ist McFIT berechtigt, dem Mitglied den Zutritt zu sämtlichen Studios bis zur erfolgten Zahlung zu verwehren. Zudem behält sich McFIT das Recht vor, nach einmaliger erfolgloser Mahnung den Mitgliedsvertrag mit sofortiger Wirkung zu kündigen. Das Recht beider Vertragsparteien zur Vertragsauflösung aus wichtigem Grund bleibt hiervon unberührt.

Klage: Die Klausel sei überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB. Mitglieder rechnen nicht mit einer sofortigen Sperre des Zutritts, wenn sie, egal ob verschuldet oder unverschuldet, in Zahlungsverzug geraten. Dasselbe gelte für die sofortige Kündigung durch die Beklagte bei erfolgloser Mahnung. Überdies liege eine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB vor. Es gebe keine sachliche Rechtfertigung, bei - selbst unverschuldetem - Zahlungsverzug, eine sofortige Sperre zu erwirken. Die gesetzlichen Verzugsregeln sehen, wenn

der Gläubiger wegen Verzugs den Vertrag beenden möchte, die Setzung einer angemessenen Nachfrist vor, in welcher der Schuldner noch erfüllen könne. Es gebe keine sachliche Rechtfertigung dafür, dass anstelle der gesetzlichen Regelung der Gläubiger den Vertrag bei erfolgloser Mahnung, deren Frist der Gläubiger noch dazu gemäß der Klausel frei wähle könne, sofort kündigen könne.

Beklagte Partei: Der Mitgliedsbeitrag sei im Vorhinein für jeden Monat zu bezahlen und ein durchschnittlicher Verbraucher müsse damit rechnen, dass er keinen Anspruch auf Leistung habe, wenn er seinen Mitgliedsbeitrag nicht vereinbarungsgemäß entrichte. Aufgrund des geringen Mitgliedsbeitrages könne der beklagten Partei nicht zugemutet werden, dass sie verpflichtet sei, unter Setzung einer Frist zu mahnen, bevor der Zugang zum Fitnesscenter gesperrt werden dürfe.

Zur Klausel 8:

4.9. McFIT behält sich das Recht vor, dem Mitglied allfällige im Zusammenhang mit der Vertragsbeendigung entstandene Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung in Rechnung zu stellen.

Klage: Die Klausel sei im Lichte des in § 6 Abs 3 KSchG normierten Transparenzgebotes unzulässig. Das aus dem Transparenzgebot abgeleitete Gebot der Vollständigkeit erfordere es, die Rechtslage richtig darzustellen, weil die Auswirkungen sonst für den Konsumenten unklar blieben. Gemäß § 1333 Abs 2 ABGB dürfen Gläubiger vom Schuldner (bloß schuldhaft verursachte) Betreibungskosten nur dann verlangen, wenn diese nicht nur zweckentsprechend, sondern auch notwendig und angemessen seien. Die Klausel verschleierte somit die wahre Rechtslage.

Beklagte Partei: Die Klausel widerspreche nicht dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, da der Sinn der Regelung für den Verbraucher erkennbar und verständlich sei. Es bedürfe

zur Erfüllung des Transparenzgebotes nicht der vollständigen Wiedergabe des Gesetzestextes. Der Verbraucher könne den Inhalt und die Tragweite der Klausel insoweit verstehen, als dass er die Betreuungskosten zu übernehmen habe, wobei für jeden Verbraucher klar sein sollte, dass damit nur schuldhaft verursachte Betreuungskosten gemeint sein können.

Zur Klausel 9:

5.2. Das Nichtbenutzen der Einrichtungen der Studios berechtigt das Mitglied nicht zur Reduktion oder Rückforderung des Mitgliedsbeitrags.

Klage: Sei die Nichtnutzung der Einrichtungen durch das Studio zu vertreten, liege bei kundenfeindlichster Auslegung ein unzulässiger Gewährleistungsausschluss vor. De facto werde die Preisminderung ausgeschlossen, weshalb die Klausel gegen § 9 KSchG verstoße. In dem Sinn sei die Klausel auch unzulässig gemäß § 864a ABGB und § 879 Abs 3 ABGB. Mitglieder rechnen nicht damit, den vollen Preis leisten zu müssen, wenn das Studio aus Gründen, die von der Beklagten zu vertreten seien, nicht benutzbar sei. Dies sei sachlich nicht gerechtfertigt und daher gröblich benachteiligend.

Beklagte Partei: Die gegenständliche Klausel ziele nicht auf die Unbenutzbarkeit des Fitnessstudios ab, sondern auf die Nichtbenutzung durch die Mitglieder. Hier gehe es um eine Nichtbenutzung, die ausschließlich in der Sphäre der Mitglieder liegt. Das Wort „Nichtbenutzen“ impliziere somit, dass ein Mitglied die Benutzung unterlasse und nicht, dass es an der Benutzung gehindert werde oder eine solche nicht möglich sei.

Zur Klausel 10:

5.3. [...] McFIT ist berechtigt, missbräuchlich verwendete Spinde auf Kosten des Mitglieds öffnen zu lassen.

Klage: Die Klausel sei im Lichte des in § 6 Abs 3 KSchG

normierten Transparenzgebotes unzulässig. Wann eine missbräuchliche Verwendung vorliegen soll, sei völlig unklar. Insbesondere sei nicht klar, wofür die Spinde und während welcher Dauer sie genutzt werden dürfen.

Beklagte Partei: Der Begriff „missbräuchlich“ sei hinreichend bestimmt, da von jedem Verbraucher vorausgesetzt werden könne, in welcher Weise und zu welchem Zweck die Spinde in einem Fitnesscenter zu benutzen seien.

Zur Klausel 11

5.5. Bei schwerwiegenden Verstößen gegen eine oder mehrere der oben angeführten Bestimmungen a) bis e) ist McFIT berechtigt, den Mitgliedsvertrag mit sofortiger Wirkung zu kündigen und den für die restliche Vertragsdauer verbleibenden Mitgliedsbeitrag als Schadenersatz mit sofortiger Fälligkeit zu verlangen.

Klage: Die Klausel sei im Lichte des in **§ 6 Abs 3 KSchG** normierten Transparenzgebotes unzulässig. Ab wann ein Verstoß im Sinne des Vertrages schwerwiegend sei, sei unklar. Die Klausel sei überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB. Im Abschnitt „Verhalten im Studio“ würden Mitglieder keine Kündigungsrechte mit sofortiger Wirkung von der Beklagten erwarten. Da noch dazu unklar sei, welche Verstöße nun dieses Kündigungsrecht auslösen sollen, lasse die Klausel der Beklagten einen großen Spielraum, eine Kündigung aufgrund dieser Klausel auszusprechen. Die Klausel sei weiters gröblich benachteiligend gemäß **§ 879 Abs 3 ABGB**. Es bestehe keine sachliche Rechtfertigung, der Beklagten eine derart weitgehende Möglichkeit zur sofortigen Kündigung einzuräumen. Der Klauselteil, nach dem im Fall einer sofortigen Kündigung der restliche Mitgliedsbeitrag als pauschalierter Schadenersatz von der Beklagten verlangt werden könne, sei unzulässig gemäß § 864a ABGB und § 879 Abs 3 ABGB. Wenn das Mitglied nicht einmal einen Schaden verursacht habe,

geschweige denn schuldhaft, bestehe kein Grund, den restlichen Mitgliedsbeitrag einfach einzubehalten.

Beklagte Partei: Die Klausel verstoße nicht gegen § 6 Abs 3 KSchG, da in Punkt 5.4 der AGB genau beschrieben sei, welche Verhaltensweise die beklagte Partei zu einer sofortigen Kündigung des Mitgliedsvertrages sowie der Forderung des für die restliche Vertragsdauer verbleibenden Mitgliedsbeitrages berechtige. Für den Verbraucher sei es daher verständlich, welches Verhalten zu diesen Konsequenzen führe. Die Klausel sei diesbezüglich sehr konkret und liste in den Punkten 5. 4. a) bis e) ein vertraglich gebotenes Verhalten auf. Die Klausel setze voraus, dass ein Verschulden des Mitglieds jedenfalls gegeben sein müsse, da die Möglichkeit zur Kündigung und zur Forderung des pauschalierten Schadenersatzes nur dann möglich sei, wenn das Mitglied zuvor gegen die vertragliche Bestimmung in schwerwiegender Weise verstoßen habe.

Zur Klausel 12:

5.7. Bei einem Verstoß gegen diese Bestimmung ist McFIT berechtigt, den Mitgliedsvertrag mit sofortiger Wirkung zu kündigen und den für die restliche Vertragsdauer verbleibenden Mitgliedsbeitrag als Schadenersatz mit sofortiger Fälligkeit zu verlangen.

Klage: Die Klausel beziehe sich auf Punkt 5.6. der AGB. Zum Einbehalten des restlichen Mitgliedsbeitrags im Fall einer sofortigen Kündigung vgl die Ausführungen zur Klausel 11, auf die auch die Unzulässigkeit dieser Klausel gestützt werde.

Beklagte Partei: siehe Ausführungen zu Klausel 11.

Zur Klausel 13:

6.1. [...] Für sonstige Schäden (wie zum Beispiel Diebstahl oder Sachschäden an persönlichen Gegenständen) haftet McFIT lediglich, wenn der Schaden von McFIT oder von einer Person,

für die McFIT einzustehen hat (§ 1313a ABGB), vorsätzlich oder grob fahrlässig verschuldet wurde.

Klage: § 6 Abs 1 Z 9 KSchG gestatte keinen generellen Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit. Eine solche generelle Haftungsfreizeichnung sei sachlich nicht gerechtfertigt und verstoße somit gegen § 879 Abs 3 ABGB. Darüber hinaus sei die Begrifflichkeit „sonstige Schäden“ per se unklar und ihr werde durch die beispielhafte Aufzählung nicht jenes Maß an Kontur verliehen, welches erforderlich wäre, um den Passus mit § 6 Abs 3 KSchG in Einklang zu bringen.

Beklagte Partei: Die Klausel enthalte keine generelle Haftungsfreizeichnung, zumal die Klausel nur bei leichter Fahrlässigkeit und für sonstige Schäden eine Befreiung von der Haftung vorsehe. Aus der Formulierung „sonstige Schäden“ sei für einen durchschnittlichen Verbraucher erkennbar, dass es sich nicht um Personenschäden oder Schäden, welche die vertragliche Hauptleistungspflicht betreffen, handle. Da sich der Haftungsausschluss für leichtes Verschulden lediglich auf die „sonstigen“ Schäden beziehe, liege kein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB vor.

Zur Klausel 14:

7.1. McFIT ist berechtigt, diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Wirkung für die Zukunft zu ändern. Die Änderungen werden wirksam, wenn McFIT auf die Änderungen hinweist, das Mitglied die Änderungen zur Kenntnis nehmen kann und diesen nicht innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Änderungsmitteilung widerspricht. Im Fall eines Widerspruchs ist McFIT berechtigt, den Mitgliedsvertrag unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist zum jeweiligen Monatsletzten zu kündigen.

Klage: Mit dieser Klausel behalte sich die Beklagte vor, den Vertrag im Rahmen einer Erklärungsfiktion nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG zu ändern. Danach gelte ein bestimmtes

Verhalten des Verbrauchers, insbesondere sein Schweigen, als Erklärung. Widerspreche der Kunde der Vertragsänderung zwei Wochen lang nicht, werde dieser Vertragsinhalt. Ohne Einhalten der Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG seien solche Vertragsänderungen mittels Erklärungsfiktionen unzulässig. Selbst Änderungen der Hauptleistungspflichten können von der Klausel erfasst sein, da die Klausel keinerlei Einschränkungen in Bezug auf die Änderungen vorsehe (zB Anheben des Mitgliedsbeitrags). In Bezug auf diese unbeschränkte Änderungsmöglichkeit, die durch die Klausel gegeben sei, vgl die Ausführungen zu Klausel 6.

Beklagte Partei: siehe Ausführungen zu Klausel 6.

Zur Urteilsveröffentlichung:

Klage: Es bestehe ein berechtigtes Interesse der angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der beklagten Partei, auch um über die wahre Sach- und Rechtslage aufzuklären und ein Umsichgreifen des gerügten Verhaltens zu verhindern, deshalb werde Urteilsveröffentlichung in einer Samstagsausgabe der „Kronen-Zeitung“, Regionalausgaben für Wien, Niederösterreich, Burgenland, Steiermark, Kärnten und Tirol, beantragt. In Fitnesscentern in Wien trainieren auch zahlreiche Personen, die in Wien arbeiten, aber aus NÖ oder dem Burgenland einpendeln.

Beklagte Partei: Die von der klagenden Partei begehrte Urteilsveröffentlichung in einer Samstagsausgabe der „Kronenzeitung“, Regionalausgabe für Wien, Niederösterreich, Burgenland, Steiermark, Kärnten und Tirol sei sachlich nicht gerechtfertigt und bei weitem überzogen. McFIT betreibe lediglich Filialen in Graz, Innsbruck, Klagenfurt sowie Wien. Es sei daher nicht nachvollziehbar, warum eine Urteilsveröffentlichung auch in Niederösterreich und dem Burgenland begehrt werde, zumal die einpendelnden Personen aus

Niederösterreich und dem Burgenland sich jedenfalls in Wien aufhalten und somit Zugang zu den Regionalausgaben in Wien haben.

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in die Beilagen ./A und ./B. sowie Vernehmung des Geschäftsführers der beklagten Partei Mag. Franz G [REDACTED] (Protokoll ON 6).

Neben dem unstrittigen, vorangestellten Sachverhalt werden die **folgenden weiteren Feststellungen** getroffen:

Die inkriminierten Klauseln legt die beklagte Partei im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern ihren verwendeten Vertragsformblättern bzw. in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen zugrunde, und zwar gültig für neu abgeschlossene Verträge.

Mit Schreiben vom 15.10.2013 wurde die beklagte Partei durch die klagende Partei betreffend dieser Klauseln abgemahnt.

Die beklagte Partei hat eine solche Unterlassungserklärung nicht abgegeben, da sie der Ansicht ist, dass die beanstandeten Klauseln für den geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern geeignet und zulässig seien.

Die Feststellungen ergaben sich aus einer **Würdigung** der vorgelegten Beilagen sowie (ergänzend) aus den Angaben der Partei Mag. G [REDACTED]. Die beklagte Partei hat außer Streit gestellt, dass die strittigen Klauseln in Verwendung stehen. Ansonsten brachte die beklagte Partei weitestgehend in die Richtung vor, dass die Verwendung der Klauseln und deren praktische Handhabe üblich und zulässig sei. Demnach passte ins Bild, dass die beklagte Partei auch unumwunden festhielt, bis dato keine Unterlassungserklärung abgegeben zu haben.

Rechtlich folgt:

1. Allgemeines:

Im Rahmen der Verbandsklage hat die **Auslegung von Klauseln** im „kundenfeindlichsten Sinn“ zu erfolgen und demnach ist zu prüfen, ob ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten vorliegt (RIS-Justiz RS0016590). Maßstab für die Beurteilung einer Klausel im Verbandsprozess ist die für den Kunden ungünstigste mögliche Auslegung, mag auch eine kundenfreundlichere Auslegung denkbar sein (RS0016590 [T6]). Das der Klausel vom Verwender der AGB beigelegte Verständnis ist im Verbandsprozess nicht maßgeblich (RS0016590 [T23]).

Im Unterlassungsprozess nach § 28 KSchG kann keine Rücksicht auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen genommen werden; für eine geltungserhaltende Reduktion (durch das Gericht) ist kein Raum (RIS-Justiz RS0038205).

Die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB geht der Inhaltskontrolle gemäß § 879 ABGB vor (RIS-Justiz RS0037089). Bei der Beurteilung der Ungewöhnlichkeit des Inhalts einer Klausel nach § 864a ABGB ist ein objektiver Maßstab anzulegen. Es geht dabei darum, ob die Klausel von den Erwartungen des Vertragspartners so deutlich abweicht, dass er nach den Umständen vernünftigerweise nicht damit rechnen musste; der Klausel muss also ein Überraschungseffekt inne wohnen (RIS-Justiz RS0014646; zuletzt 4 Ob 164/12i). Dabei fällt zwar die Üblichkeit der Klausel bei einem Geschäftstyp ins Gewicht, doch kommt es auf die redlichen Verkehrsgepflogenheiten an, sodass selbst eine weite Verbreitung der Klausel in einer bestimmten Branche die Anwendung des § 864a ABGB nicht hindert (4 Ob 164/12i mwN; zuletzt auch OLG Wien 05.08.2013, 4 R 116/13b). § 864a ABGB erfasst alle dem Kunden nachteiligen Klauseln, eine grobe Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (RIS-Justiz RS0123234). Eine

Wertung der Benachteiligung findet daher - anders als bei der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB - nicht statt (RIS-Justiz RS0014659).

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist nach § 879 Abs 3 ABGB nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil der Partner gröblich benachteiligt. Mit dieser Bestimmung wurde ein bewegliches System geschaffen, in dem einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigt werden können (RIS-Justiz RS0016914). Bei der Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (RIS-Justiz RS0014676). Ein Abweichen vom dispositiven Recht kann schon dann eine gröbliche Benachteiligung sein, wenn es dafür keine sachliche Rechtfertigung gibt. Das ist der Fall, wenn die dem Vertragspartner zgedachte Rechtsposition in auffallendem Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechtigte Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (ebenso RS0016914).

§ 6 Abs 3 KSchG enthält in Umsetzung der EU-Richtlinie über rechtsmissbräuchliche Vertragsklauseln (93/13/EWG) das sogenannte Transparenzgebot und bezieht sich auf das Erfordernis der Verständlichkeit von rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen. Das Transparenzgebot soll es dem Kunden ermöglichen, sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsbestandteilen zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren. Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige

Vertragsart typischen Durchschnittskunden. Es soll verhindert werden, dass der Verbraucher durch ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird. Daraus kann sich konkret eine Verpflichtung zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkung einer Klausel sonst unklar bliebe (RIS-Justiz RS0037107 [T1, T3, T6]).

2. Die inkriminierten Klauseln im Einzelnen:

Nach dem festgestellten Sachverhalt sind die Klauseln weiterhin in Verwendung. Das Beweisverfahren hat keine ergänzten oder abgeänderten Klauseln hervor gebracht.

Zur Klausel 1:

Mit dieser Klausel behält sich die Beklagte vor, innerhalb von 14 Tagen ab dem Zeitpunkt der Antragstellung das Angebot des Mitglieds schriftlich abzulehnen. Es ist nicht nachvollziehbar, dass die Beklagte aufgrund der internen Abwicklung eines Antrages einen Zeitraum von 14 Tagen benötigt, um über Ablehnung oder Annahme eines Antrages zu entscheiden. Die Frist von 14 Tagen, während der die Beklagte den Antrag des Verbrauchers annehmen oder ablehnen kann, ist jedenfalls iSd § 6 Abs 1 Z 1 KSchG unangemessen lang.

Zur Klausel 2:

Nach den vertraglichen Bestimmungen der Beklagten verpflichtet sich das Mitglied zur Zahlung eines pauschalierten Schadenersatzes von EUR 250,- für den Fall der Überlassung der MemberCard an Dritte. Die Beklagte hält sich das Recht vor, einen diesen Betrag übersteigenden Schaden, geltend zu machen. Weist das Mitglied einen geringeren als den pauschalierten Schaden nach, so schuldet es lediglich diesen Betrag. Entgegen der Ansicht der Beklagten, dass die Formulierung „überlassen“ impliziere, dass ein Mitglied seine Karte einem Dritten in vorsätzlicher Weise weitergibt, hat die

Auslegung von Klauseln, im Rahmen der Verbandsklage, im „kundenfeindlichsten Sinn“ zu erfolgen. Daher fallen unter diese Klausel auch Fälle in denen das Mitglied seine MemberCard verliert und diese dann von Dritten unbefugt verwendet wird. Die Klausel ist nach ihrem Text in keiner Weise darauf eingeschränkt, dass die Karte vorsätzlich weitergegeben wird. In Anbetracht dessen ist eine Konventionalstrafe von EUR 250,-, was ca. dem Mitgliedsbeitrag für ein ganzes Jahr entspricht, jedenfalls gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Darüber hinaus wird dem Verbraucher in gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG verstoßender Weise eine Beweislast aufgebürdet, die ihn von Gesetzes wegen nicht trifft. Die Argumentation der Beklagten, dass die, dem Konsumenten eingeräumte Möglichkeit, einen geringeren als den pauschalierten Schaden nachzuweisen, ein Vorteil sei geht fehl, da es grundsätzlich die Verpflichtung der Beklagten wäre einen allfälligen Schaden und dessen Höhe nachzuweisen.

Zur Klausel 3:

In dieser Klausel wird das Mitglied verpflichtet, jede Änderung vertragsrelevanter Daten, ua seiner E-Mail-Adresse, unverzüglich an McFIT mitzuteilen. Eine solche Verpflichtung kann aber nur angenommen werden, wenn der Verbraucher seine E-Mail-Adresse in der Absicht bekannt gegeben hat, dass er an diese Adresse rechtlich bedeutsame Erklärungen des Unternehmers erhalte. Allerdings ist entgegen der Ansicht der Beklagten weder aus dieser Klausel, noch aus Klausel 1.3. („Schriftlichkeit ist auch bei Übermittlung von Mitteilungen in elektronischer Form (z.B. mittels E-Mail) gewährleistet“), für einen Verbraucher ersichtlich, dass ihm rechtlich bedeutsame Erklärungen per E-Mail zugehen können. Daraus folgt, dass die Klausel unklar iSd § 6 Abs 3 KSchG abgefasst ist. Auch die bloß demonstrative Aufzählung, welche Daten als vertragsrelevant gelten, ist für den Verbraucher unklar. Auf

die Vorbringen, ob eine per E-Mail versendete rechtlich relevante Erklärung als zugegangen anzusehen sei, war deshalb nicht weiter einzugehen.

Zur Klausel 4:

Die Klausel sieht eine Verfallsfrist von einem Jahr nach Vertragsbeendigung für die Rückforderbarkeit von einem allfälligen Guthaben auf der MemberCard vor. Ein Restguthaben ist insofern mit einem Gutschein zu vergleichen, als dass der Unternehmer eine Vorleistung des Verbrauchers erhalten hat. Grundsätzlich endet das Recht, mit einem Gutschein aus dem Warensortiment des Ausstellers Waren zu beziehen innerhalb von 30 Jahren (*Eccher*, Zur Rechtsnatur des Gutscheins, ÖJZ 1974, 337 [342]). Die Vereinbarung einer kürzeren als der gesetzlichen Verjährungsfrist wird in ständiger Rechtsprechung für zulässig erachtet (RIS-Justiz RS0034782, RS0034404). Uneingeschränkt zulässig soll aber die Fristverkürzung nur dann sein, wenn sie zwischen zumindest annähernd gleich starken Vertragspartnern individuell vereinbart wurde. Ist die Verkürzung einer Verjährungsfrist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten, so unterliegt sie der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB (2 Ob 50/05z, 4 Ob 279/04i, 9 Ob 40/06g). Verfallsklauseln sind dann sittenwidrig, wenn sie die Geltendmachung von Ansprüchen ohne sachlichen Grund übermäßig erschweren (RIS-Justiz RS0016688). Je kürzer die Verfallsfrist sein soll, desto triftiger muss der Rechtfertigungsgrund sein (2 Ob 50/05z, 4 Ob 227/06w, 9 Ob 40/06g). Ein Abweichen vom dispositiven Recht wird uU schon dann eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners iSd § 879 Abs 3 ABGB sein können, wenn sich für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung ergibt. Die von der Beklagten vorgebrachten Argumente, dass es sich nur um geringe Beträge handle und ein Verwalten der Mitgliederkonten, welche ein Restguthaben aufweisen, über einen längeren Zeitraum

unzumutbar wäre, reichen nicht dafür aus, eine eine Verkürzung der Verjährungsfrist auf ein Jahr sachlich zu rechtfertigen.

Zur Klausel 5:

Nach dieser Bestimmung kann die Beklagte unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist jederzeit kündigen, während das Mitglied erst zum Ablauf des ersten Jahres, ebenfalls unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist kündigen kann. Das Vorbringen der Beklagten, dass der einjährige Kündigungsverzicht des Mitgliedes, sachlich gerechtfertigt sei, da die Beklagte bei der Errichtung eines Fitnessstudios viel Kapital investieren muss und auch die laufenden Kosten für das Personal hoch sind, geht am Problem vorbei. Auch wenn die einjährige Bindung des Mitgliedes womöglich sachlich gerechtfertigt ist, so gibt es keine sachliche Rechtfertigung für das asymmetrische Kündigungsrecht. Dieses ist gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Zur Klausel 6:

Mit dieser Klausel behält sich die Beklagte vor, Vertragsbedingungen mittels Erklärungsfiktion zu ändern. Der Beklagten ist zuzustimmen, dass es sich hierbei um eine sinnvolle Methode handeln kann, welche es Unternehmen ermöglicht, Änderungen von Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Kunden bewirken zu können. Auch ist es richtig, dass nicht jede Vertragsanpassung über eine in AGB vereinbarte Zustimmungsfiktion unzulässig ist. Im zugrunde liegenden Fall hält sich die Beklagte eine uneingeschränkte Möglichkeit zur Vertragsänderung vor. Wie der Kläger zutreffend aufzeigt, lässt die Klausel nicht einmal ansatzweise irgendeine Beschränkung erkennen, die den Verbraucher vor dem Eintritt unangemessener Nachteile bei Änderungen des Vertrags mittels Zustimmungsfiktion schützen könnte. Sie lässt eine Änderung wesentlicher Pflichten der Parteien (Leistung und

Gegenleistung) zu Gunsten der Beklagten in nahezu jede Richtung und in unbeschränktem Ausmaß zu. Nicht nur die Änderung des vom Kunden zu entrichtenden monatlichen Mitgliedsbeitrages wird ermöglicht sondern auch alle von der Beklagten geschuldeten Leistungen. Die Klausel ist daher gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB und verstößt auch gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Überlegungen, ob ihre Verwendung auch noch aus anderen Rechtsgründen (wie insbesondere § 864a ABGB) zu untersagen wäre, erübrigen sich daher (1 Ob 210/12g).

Zur Klausel 7:

Die Beklagte hält sich mit dieser Bestimmung vor, für den Fall des Zahlungsverzuges, dem Mitglied den Zutritt zu sämtlichen Studios zu verwehren. Weiters kann die Beklagte nach einmaliger erfolgloser Mahnung den Mitgliedsvertrag mit sofortiger Wirkung kündigen. Nach den gesetzlichen Regeln zum Verzug, hat der Gläubiger, wenn er wegen Verzugs den Vertrag beenden möchte, eine angemessene Nachfrist zu setzen, in der der Schuldner noch erfüllen kann. Das Argument der Beklagten, dass es ihr aufgrund des niedrigen Mitgliedsbeitrages nicht zugemutete werden kann, bei Zahlungsverzug des Mitgliedes, dieses unter Setzung einer Frist zu mahnen, bevor der Zugang zum Fitnesscenter gesperrt wird, mag nicht zu überzeugen. Der niedrige Mitgliedsbeitrag ist keine sachliche Rechtfertigung dafür, dass anstelle der gesetzlichen Regelung der Gläubiger den Vertrag bei erfolgloser Mahnung, deren Frist der Gläubiger noch dazu gemäß der Klausel frei wählt, sofort kündigen kann. Folglich liegt eine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB vor. Die Mitglieder rechnen nicht mit einer sofortigen Kündigung durch die Beklagte bei einer erfolglosen Mahnung, weswegen die Klausel auch überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB ist.

Zur Klausel 8:

Mit dieser Klausel behält sich die Beklagte das Recht vor, dem Mitglied allfällige im Zusammenhang mit der Vertragsbeendigung entstandene Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung in Rechnung zu stellen. Nach Ansicht des Klägers, ist diese Klausel intransparent, da nicht erwähnt wird, dass Betreuungskosten nur dann verlangt werden können, wenn diese nicht nur zweckentsprechend, sondern auch notwendig und angemessen sind. Es ist für die Erfüllung des Transparenzgebotes jedoch nicht erforderlich den gesamten Gesetzestext vollständig wiederzugeben (4 Ob 221/06p), weshalb im Ergebnis kein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG vorliegt.

Zur Klausel 9:

Diese Klausel bestimmt, dass bei einer Nichtbenutzung der Einrichtung des Studios, das Mitglied nicht berechtigt ist, den Mitgliedsbeitrag zu reduzieren oder zurückzufordern. Die Klausel lässt bei Auslegung im kundenfeindlichsten Sinn zu, dass der Monatsbetrag auch dann in vollem Umfang zu bezahlen ist, wenn die Beklagte als Inhaberin der Fitnesscenter einen Tatbestand setzt, der die Inanspruchnahme von Leistungen durch ihre Mitglieder hindert. Somit ist die Klausel sowohl intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG (5 Ob 205/13b) als auch gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Zur Klausel 10:

Nach dieser Bestimmung ist die Beklagte berechtigt, missbräuchlich verwendete Spinde auf Kosten des Mitglieds öffnen zu lassen. Die Klausel bestimmt weiters, dass die Spinde ausschließlich während der Anwesenheit im Studio genutzt werden dürfen. Das Argument der Beklagten, dass der Begriff „missbräuchlich“ ausreichend bestimmt sei, da von jedem Verbraucher vorausgesetzt werden kann, in welcher Weise

und zu welchem Zweck die Spinde in einem Fitnesscenter zu benutzen sind greift zu kurz. Wie bereits erwähnt hat die Auslegung von Klauseln im Rahmen der Verbandsklage im „kundenfeindlichsten Sinn“ zu erfolgen. Nach dieser Auslegung kann bereits eine missbräuchliche Verwendung eines Spindes vorliegen, wenn das Mitglied das Studio verlässt um etwa vor oder nach einem Training einen Lauf durchzuführen. Da die Beklagte in ihren AGB auch keine beispielhafte Aufzählung von missbräuchlichen Verwendungen auflistet, ist es für einen Verbraucher unklar ab wann eine missbräuchliche Verwendung vorliegt. Folglich verstößt die Klausel gegen das Transparenzgebot iSd § 6 Abs 3 KSchG.

Zur Klausel 11:

Bei Verstoß eines Mitglieds gegen eine von, in den AGB aufgelistete Verhaltensnorm, ist die Beklagte berechtigt, den Mitgliedsvertrag mit sofortiger Wirkung zu kündigen und den für die restliche Vertragsdauer verbleibenden Mitgliedsbeitrag als Schadenersatz mit sofortiger Fälligkeit zu verlangen. Die Klausel findet sich in den AGB unter dem Punkt „Verhalten im Studio“. Der Ansicht des Klägers, dass ein durchschnittlicher Verbraucher nicht damit rechnet, dass unter diesem Punkt ein Kündigungsrecht der Beklagten mit sofortiger Wirkung eingeräumt wird, ist zuzustimmen. Auch ist es überraschend, dass im Falle einer sofortigen Kündigung durch die Beklagte, auch für den Fall dass das Mitglied nicht schuldhaft gehandelt hat, die noch für die restliche Vertragslaufzeit ausstehenden Mitgliedsbeiträge als Schadenersatz, mit sofortiger Fälligkeit, verlangt werden. Die Klausel ist somit überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB. Da entgegen der Ansicht der Beklagten aus der Klausel nicht eindeutig hervorgeht, dass jedenfalls ein Verschulden des Mitglieds vorliegen muss, ist die Klausel gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Es ist sachlich nicht gerechtfertigt warum

ein Mitglied bei einer unverschuldeten Kündigung durch die Beklagte, womöglich ohne einen Schaden verursacht zu haben, den restlichen Mitgliedsbeitrag als pauschalierten Schadenersatz zahlen muss.

Zur Klausel 12:

Die Klausel berechtigt die Beklagte bei Verstoß eines Mitglieds gegen eine von in den AGB aufgelistete Verhaltensnorm, den Mitgliedsvertrag mit sofortiger Wirkung zu kündigen und den für die restliche Vertragsdauer verbleibenden Mitgliedsbeitrag als Schadenersatz mit sofortiger Fälligkeit zu verlangen. Hier kann auf die Ausführungen zu Klausel 11 verwiesen werden, welche zu dem Ergebnis führen, dass die Klausel überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB und gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB ist.

Zur Klausel 13:

Nach dieser Klausel haftet die Beklagte für sonstige Schäden lediglich, wenn der Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verschuldet wurde. Entgegen der Ansicht der klagenden Partei stellt diese Klausel gerade keinen (unzulässigen) generellen Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit dar. Im ersten Satz der Klausel wird nämlich festgehalten, dass die Beklagte für Schäden an der Person eines Mitglieds entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen haftet. Der Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit bezieht sich somit folglich nur auf sonstige Schäden. Dem Argument der klagenden Partei, dass der Begriff „sonstige Schäden“ per se unklar sei und damit gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verstoße, kann ebenfalls nicht gefolgt werden. Da im ersten Teil der Klausel von Personenschäden die Rede ist, beziehen sich die „sonstigen Schäden“ folglich auf alle Schäden, welche eben keine Personenschäden darstellen. Dies wird durch die beispielhafte

Aufzählung in der Klammer nochmals verdeutlicht.

Zur Klausel 14:

Mit der Klausel hält sich die Beklagte das Recht vor, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Wirkung für die Zukunft zu ändern. Diese Änderungen sollen wirksam werden, wenn die Beklagte das Mitglied auf die Änderung hinweist und dieses nicht innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Änderungsmitteilung widerspricht. Dazu kann auf die Ausführungen zur Klausel 6 verwiesen werden. Die Klausel ist daher gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB und verstößt auch gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG.

3. Zur Urteilsveröffentlichung:

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 (RIS-Justiz RS0121963). Die Urteilsveröffentlichung soll nicht nur eine schon bestehende unrichtige Meinung unterbinden, sondern auch deren weiteres Umsichgreifen verhindern (RIS-Justiz RS0079764). An diesen Zwecken gemessen ist die hier begehrte Veröffentlichung der zu unterlassenden Klauseln zweckmäßig und angemessen. Die beklagte Partei ist einer der Marktführer in Europa und betreibt Fitnessstudios in Graz, Innsbruck, Klagenfurt und Wien. Die Veröffentlichung des stattgebenden Urteils in einer Samstagsausgabe der „Kronen-Zeitung“, Regionalausgabe für Wien, Niederösterreich, Burgenland, Steiermark, Kärnten und Tirol steht somit im Verhältnis zur Qualität und Quantität des Gesetzesverstößes. Dem Einwand der Beklagten, dass eine Veröffentlichung in Niederösterreich und dem Burgenland bei weitem überzogen sei, da die Beklagte dort keine Fitnessstudios betreibt, ist zu entgegnen, dass viele Personen von dort nach Wien pendeln, um dort im Fitnessstudio

zu trainieren. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist der Zweck einer Urteilsveröffentlichung nicht die bloße Information der Mitglieder, sondern das Bedürfnis der Öffentlichkeit nach der Aufklärung über die Verwendung bestimmter gesetzwidriger Vertragsbestandteile (vgl 9 Ob 69/11d). Anspruchsvoraussetzung ist das „berechtigte Interesse“ an der Urteilsveröffentlichung (§ 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 Abs 3 UWG). Gemessen an diesem Zweck ist über die Rechtsverletzungen aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen – also nicht nur den unmittelbar betroffenen Vertragspartnern, Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren und vor Nachteilen zu schützen (RIS-Justiz RS0121963).

4. Die Kostenentscheidung gründet auf § 43 Abs 1 ZPO. Die klagende Partei ist von 14 Klagepunkten in 2 Klagepunkten (Klauseln 8 und 13) unterlegen. Sie ist daher mit 12/14 (= 6/7) ihres Begehrens durchgedrungen. Daraus folgt ein Anspruch auf 10/14 (= 5/7) der Vertretungskosten, sowie auf 12/14 der Barauslagen abzüglich 2/14 (= 1/7) der der beklagten Partei entstandenen Barauslagen.

Handelsgericht Wien
1030 Wien, Marxergasse 1a
Abt. 43, am 22. Oktober 2014

Mag. Christian Mosser, LL.M.

(elektronische Ausfertigung gem. § 79 GOG)