



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Hradil als Vorsitzenden sowie den Hofrat Dr. Höllwerth, die Hofrätin Dr. Grohmann, die Hofräte Mag. Wurzer und Mag. Painsi als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei McFIT Österreich GesmbH, Doningasse 12/2/5, 1220 Wien, vertreten durch Petsch Frosch Klein Arturo Rechtsanwälte OG in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung, über die außerordentliche Revision der Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 2. März 2015, GZ 5 R 204/14b-13, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 22. Oktober 2014, GZ 43 Cg 84/13b-7, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision der beklagten Partei wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.489,86 EUR (darin enthalten 248,31 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Revision der klagenden Partei wird teilweise Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass es insgesamt lautet:

„I. Die Beklagte ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, und/oder in hiebei verwendeten

Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln

*Klausel 2 (2. bis 4. Satz Punkt 2.2 der AGB)*

*Im Fall eines Verstoßes gegen diese Bestimmung verpflichtet sich das Mitglied zur Zahlung eines pauschalierten Schadenersatzes in Höhe von 250 EUR. 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.*

*Klausel 6 (Punkt 4.5 der AGB)*

*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 Änderung. 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.*

*Klausel 7 (Punkt 4.8 der AGB)*

*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.

*Klausel 8 (Punkt 4.9 der AGB)*

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

*Klausel 9 (Punkt 5.2 der AGB)*

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

*Klausel 10 (Punkt 5.3 der AGB)*

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

*Klausel 11 (Punkt 5.5 der AGB)*

*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.*

*Klausel 12 (Punkt 5.7 der AGB)*

*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.*

*Klausel 13 (Punkt 6.1 der AGB)*

*Für sonstige Schäden (wie zB 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 wird.*

*Klausel 14 (Punkt 7.1 der AGB)*

*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 und es zu unterlassen, sich auf diese Klauseln oder auf sinngleiche Klauseln zu berufen.

II. Das Mehrbegehren, die Beklagte sei 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

*Klausel 1 (Punkt 1.2 der AGB)*

*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.*

*Klausel 2 (Punkt 2.2 der AGB erster Satz)*

*Das Mitglied ist daher verpflichtet, die Membercard ausschließlich persönlich zu verwenden und nicht an Dritte zu überlassen.*

*Klausel 3 (Punkt 2.3 der AGB)*

*Das Mitglied ist verpflichtet, jede Änderung vertragsrelevanter Daten (Name, Adresse [auch*

*E-Mailadresse], 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.*

*Klausel 4 (Punkt 2.11 der AGB)*

*Das Mitglied ist berechtigt, während der Laufzeit des Mitgliedsvertrags 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.*

*Klausel 5 (Punkt 3.1 der AGB)*

*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.*

oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen und es außerdem zu unterlassen, sich auf diese oder sinngleiche Klauseln zu berufen, wird

a b g e w i e s e n.

III. Dem Kläger wird die Ermächtigung erteilt, den klagestattgebenden Teil des Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstags-Ausgabe des redaktionellen Teils der 'Kronen-Zeitung', Regionalausgabe für Wien,

Niederösterreich, Burgenland, Steiermark, Kärnten und Tirol, auf Kosten der Beklagten mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und mit Fett-Umrandung in Normal-Lettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

IV. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 5.003,41 EUR (darin enthalten 1.264,14 EUR Barauslagen und 623,31 EUR USt) bestimmten Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 235,15 EUR (darin enthalten 39,19 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Der Kläger ist ein zur Unterlassungsklage nach § 29 Abs 1 KSchG berechtigter Verein.

Die Beklagte ist Unternehmerin im Sinne des § 1 KSchG und betreibt Fitnessstudios an jeweils einem Standort in Graz, Klagenfurt, Innsbruck und an sechs Standorten in Wien. Sie verwendet im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern Allgemeine Geschäftsbedingungen.

Der Kläger begehrt, der Beklagten die Verwendung von im Einzelnen konkret dargelegten oder sinngleicher Klauseln und die Berufung darauf zu untersagen und ihr die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer Samstags-Ausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen-Zeitung“, Regionalausgabe für Wien, Niederösterreich, Burgenland, Steiermark, Kärnten und Tirol zu erteilen. Die Klauseln verstießen gegen gesetzliche

Verbote, insbesondere gegen die guten Sitten würden Verbraucher gröblich benachteiligen oder seien intransparent. In den von der Beklagten in Wien betriebenen Fitnessstudios würden zahlreiche Personen trainieren, die aus Niederösterreich und dem Burgenland zu ihrer Arbeitsstelle nach Wien pendelten, weswegen sich das Veröffentlichungsbegehren auch auf diese Bundesländer erstrecke.

Die Beklagte bestritt das Vorbringen des Klägers und beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Die vom Kläger geforderte Veröffentlichung eines stattgebenden Urteils sei sachlich nicht gerechtfertigt und bei weitem überzogen. Lediglich eine verhältnismäßig geringe Anzahl an Mitgliedern, die in Wien trainierten, hätten ihren Wohnsitz außerhalb der Bundeshauptstadt.

Aus Gründen der besseren Übersichtlichkeit wird der genaue Inhalt der Klauseln, das nähere Parteivorbringen und die Rechtsansicht der Vorinstanzen bei der Behandlung der jeweiligen Klausel wiedergegeben.

Das Erstgericht gab dem Unterlassungsbegehren des Klägers weitgehend und dem Urteilsveröffentlichungsbegehren zur Gänze Folge. Das auf die Unterlassung der Verwendung der Klauseln 8 (Punkt 4.9 der AGB) und 13 (Punkt 6.1 der AGB) gerichtete Begehren des Klägers wies es ab. Das Berufungsgericht gab den Berufungen beider Parteien teilweise Folge und änderte das Urteil des Erstgerichts dahin ab, dass es dem Unterlassungsbegehren des Klägers hinsichtlich der Klauseln 2 (Punkt 2.2 der AGB zweiter und dritter Satz), 6 (Punkt 4.5 der AGB), 7 (Punkt 4.8 der AGB), 9 bis 14 (Punkt 5.2, 5.3, 5.5, 5.7, 6.1 und 7.1 der AGB) sowie dem darauf gerichteten Veröffentlichungsbegehren (insoweit zur



Gänze) stattgab und das darüber hinausgehende Unterlassungs- sowie Veröffentlichungsbegehren des Klägers abwies. Es sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei.

Die von der jeweiligen Gegenseite beantworteten Revisionen der Parteien sind entgegen dem Ausspruch des Berufungsgerichts zulässig, weil dieses über Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Geschäftsbranche abgesprochen hat, die bisher vom Obersten Gerichtshof noch nicht zu beurteilen waren und regelmäßig für eine größere Anzahl von Kunden von Bedeutung sind. Die Revision der Beklagten ist jedoch nicht, jene des Klägers nur teilweise berechtigt.

#### I. Allgemeine Grundsätze:

1. Wer im geschäftlichen Verkehr in AGB Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, kann nach § 28 Abs 1 KSchG auf Unterlassung geklagt werden. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart wurde. Der Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG ist nicht allein auf die Kontrolle und Durchsetzung der Verbote des § 6 KSchG (und des § 879 ABGB) beschränkt, sondern umfasst auch die Verletzung weiterer zivilrechtlicher wie auch öffentlich-rechtlicher Vorschriften (für viele: 9 Ob 66/08h; *Kathrein/Schoditsch* in *KBB*<sup>4</sup> § 28 KSchG Rz 3; *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, *ABGB*<sup>4</sup> §§ 28 bis 30 ff KSchG Rz 10, 11; *Krejci* in *Rummel*, *ABGB*<sup>3</sup> §§ 28 bis 30 KSchG Rz 12; *Eccher* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 28 KSchG Rz 8).

2. 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 Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Das dadurch geschaffene bewegliche System berücksichtigt einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“ (RIS-Justiz RS0016914). Weicht eine Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung jedenfalls dann vor, wenn die dem Vertragspartner zuge dachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (RIS-Justiz RS0016914; RS0014676; *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 879 Rz 240; *Bollenberger* in *KBB*<sup>4</sup> § 879 ABGB Rz 5). Die Bestimmung des § 879 Abs 3 ABGB will vor allem dem Missbrauch der Privatautonomie durch Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen seitens eines typischerweise überlegenen Vertragspartners entgegenwirken (6 Ob 253/07k; 4 Ob 141/11f).

3. Zur inhaltlichen Beurteilung der hier in Rede stehenden Klauseln ist allgemein noch anzumerken, dass nach ständiger Rechtsprechung eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Vertragsbestimmung im „Verbandsprozess“ im „kundenfeindlichsten Sinn“ auszulegen ist (RIS-Justiz RS0016590; *Krejci* aaO §§ 28 bis 30 KSchG Rz 15; *Apathy* aaO §§ 28 bis 30 KSchG Rz 12; *Kathrein/Schoditsch* aaO § 28 KSchG Rz 5; *Eccher* aaO § 28 KSchG Rz 9). Es ist also bei der Beurteilung der hier bekämpften Klauseln unter dem Aspekt des § 879 Abs 3 ABGB, aber auch der jeweils herangezogenen Bestimmungen des KSchG von der Auslegungsvariante auszugehen, die für die Kunden der Beklagten die Nachteiligste ist.

4. Zuzufolge § 864a ABGB werden Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in AGB oder in Vertragsformblättern,

die ein Vertragsteil verwendet, nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte, es sei denn, der eine Vertragsteil hätte den anderen besonders darauf hingewiesen. Als objektiv ungewöhnlich wird eine Klausel dann beurteilt, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, sodass er nach den Umständen mit ihr vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Die Klausel muss also einen Überrumpelungs- oder gar Übertölpelungseffekt haben (RIS-Justiz RS0014646; vgl auch *Rummel* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 864a Rz 5; *Bollenberger* aaO § 864a Rz 10).

5. Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Durch das Transparenzgebot soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung Allgemeiner Geschäftsbedingungen sichergestellt werden. Der typische Verbraucher soll nicht von der Durchsetzung seiner Rechte dadurch abgehalten werden, dass ihm ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird (RIS-Justiz RS0115217; RS0115219; *Kathrein/Schoditsch* aaO § 6 Rz 32). Das Transparenzgebot erfasst die Erkennbarkeit und Verständlichkeit einer Klausel ebenso, wie die Verpflichtung, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot oder das Gebot der Vollständigkeit (RIS-Justiz RS0115217; RS0115219).

II. Zu den einzelnen Klauseln:

(Die Nummerierung folgt den Angaben in der Klage; in Klammer ist die Stellung der jeweiligen Klausel in

den AGB genannt)

### 1. Klausel 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.*

(Punkt 1.2 zweiter und dritter Satz der AGB).

1.1 Der Kläger erachtete diese Bestimmung als unwirksam, weil sich das Unternehmen eine unangemessen lange Bindungsfrist ausbedinge, während der es einen Vertragsantrag des Verbrauchers annehmen oder ablehnen könne. Diese Bestimmung verstoße daher gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG und sei darüber hinaus gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, weil es keine sachliche Rechtfertigung gebe, von der gesetzlichen Regelung abzuweichen. Nach § 862 ABGB sei es aber primär Sache des Offerenten zu bestimmen, wie lange er an sein Angebot gebunden sein möchte. Darüber hinaus verstoße die Klausel gegen § 10 Abs 3 KSchG, weil eine mündliche Ablehnung des Angebots ebenso gültig sein müsse, wie eine in Schriftform erfolgte.

1.2 Nach Ansicht der Beklagten ist die Frist von 14 Tagen angemessen, weswegen die Klausel gegen keine gesetzliche Bestimmung verstoße. Eine Bindefrist von 14 Tagen sei notwendig, um die Bearbeitung des Antrags sicherzustellen. Die Klausel sei auch nicht gröblich benachteiligend, weil der Verbraucher das Fitnessstudio schon ab der Antragstellung nutzen könne. Ein Formerfordernis zu Lasten der Beklagten benachteilige den Verbraucher nicht.

1.3 Das Erstgericht vertrat die Ansicht, dass die

in der beanstandeten Klausel festgelegte Frist von 14 Tagen im Sinne des § 6 Abs 1 Z 1 KSchG unangemessen lang sei. Es sei nicht nachvollziehbar, dass die Beklagte aufgrund interner Vorgänge eine Frist von 14 Tagen benötige, um einen Antrag abzulehnen oder anzunehmen.

1.4 Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten Folge. Nach § 6 Abs 1 Z 1 KSchG seien Vertragsbedingungen in AGB nicht verbindlich, nach welchen sich der Unternehmer eine unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Frist ausbedinge, während deren er einen Vertragsantrag des Verbrauchers annehmen oder ablehnen könne oder während deren der Verbraucher an den Vertrag gebunden sei. Der die Bindung des Verbrauchers regelnde erste Satz des Punktes 1.2 der AGB der Beklagten sei von der Klägerin nicht beanstandet worden, weswegen nur die Frist von 14 Tagen, während der die Beklagte einen Vertragsantrag des Verbrauchers ablehnen könne, zu prüfen sei. Die der Beklagten eingeräumte Frist von 14 Tagen werde in den meisten Fällen zwar geringfügig länger sein, als es bei Anwendung des dispositiven Rechts (§ 862 Satz 2 ABGB) der Fall sein werde, habe jedoch den Vorteil, dass klargestellt sei, wann die Frist ablaufe, und zwar ohne Bedachtnahme auf Sonn-, Feiertage, Urlaubszeiten oder Zeiten großer Arbeitsbelastung. Die Klausel sei daher nicht unwirksam gemäß § 6 Abs 1 Z 1 KSchG. Die Bestimmung sei für den Verbraucher auch nicht gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, weil er - wie sich aus den Punkten 1.4 und 2.1 der AGB ergebe - schon bei Antragstellung eine Membercard erhalte, die ihm den Zutritt zu den Studios der Beklagten und die Nutzung von deren Einrichtungen ermögliche. Die Klägerin, die damit argumentiere, der Kunde könne, wenn er länger von der Beklagten keine Rückmeldung

erhalte, bei einem anderen Anbieter einen gleichartigen (zweiten) Vertrag abschließen, übersehe, dass für den Verbraucher, der ohnedies die Einrichtungen der Beklagten nutzen könne, bis zur Ablehnung seines Anbots kein Grund bestehe, einen anderen Vertragspartner zu suchen. Gemäß § 10 Abs 3 KSchG könne die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter nur dann vertraglich nicht ausgeschlossen werden, wenn dies zum Nachteil des Verbrauchers wäre. Die Vereinbarung der Schriftform für Erklärungen der Beklagten, mit welcher sie das Angebot der Verbraucher zum Abschluss eines Vertrags ablehne, sei unter diesem Gesichtspunkt nicht zu beanstanden.

1.5 Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin, die im Wesentlichen den von ihr bisher im Verfahren vertretenen Standpunkt wiederholt.

1.6 Der Oberste Gerichtshof hält die Begründung des Berufungsgerichts für zutreffend (§ 510 Abs 3 ZPO).

1.6.1 Mit § 6 Abs 1 Z 1 KSchG möchte der Gesetzgeber vermeiden, dass der Verbraucher, der einem Unternehmer einen Antrag auf Vertragsabschluss gestellt hat, während „einer unangemessen langen oder nicht hinreichend bestimmten Frist“ warten muss, bis er Gewissheit über das Zustandekommen des Vertrags erlangt. Zweck dieser Bestimmung ist die Wahrung der Verfügungsfreiheit des Verbrauchers (*Kathrein/Schoditsch* aaO § 6 KSchG Rz 6). Die Angemessenheit der Frist richtet sich nach der Art des Geschäfts und den von redlichen Parteien üblicherweise vereinbarten Fristen (RIS-Justiz RS0121007 [T4]). So wurden in der Judikatur etwa Klauseln als unangemessen und damit gesetzwidrig erkannt, nach denen ein Verbraucher an sein Anbot zwei Monate (4 Ob 221/06p: Kreditvertrag) oder sechs Wochen (1 Ob 81/09g: Leasingvertrag) gebunden sein sollte.

Eine damit vergleichbare Beschränkung der Dispositionsfähigkeit des Verbrauchers liegt hier nicht vor. Dazu hat bereits das Berufungsgericht zutreffend darauf verwiesen, dass die beanstandete Klausel für den Verbraucher im Vergleich zu der nach dispositivem Recht (§ 862 Satz 2 ABGB) gemessenen Bindungsdauer im Regelfall zu keiner erheblich längeren Wartezeit führen wird. Verpönt ist nach § 6 Abs 1 Z 1 KSchG insbesondere, dass der Verbraucher ungeachtet seiner Bindung an das von ihm abgegebene Offert mangels Vertragsabschlusses nicht in den Genuss der in Aussicht genommenen Leistung kommt, wegen seiner Bindung aber auch nicht eine andere Gelegenheit wahrnehmen kann (vgl. *Mayrhofer/Tangl in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*<sup>3</sup> § 6 KSchG Rz 1). Berücksichtigt man hier, dass der Verbraucher bereits bei Antragstellung eine Mitgliedskarte erhält, die ihm den Zutritt zu den Studios der Beklagten und die Nutzung der von dieser zur Verfügung gestellten Einrichtungen ermöglicht, liegt der vom Gesetz verpönte Zweck nicht vor. Die vom Kläger beanstandete Klausel begründet keine solche unausgewogene Stellung des Unternehmers, wie sie durch die Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 1 KSchG verhindert werden soll, und verstößt auch nicht gegen § 879 Abs 3 ABGB.

1.6.2 § 10 Abs 3 KSchG soll primär verhindern, dass der Unternehmer dem Verbraucher mündliche Zusagen macht, deren Gültigkeit er nachträglich von der Berufung auf eine Klausel in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Abrede stellt (RIS-Justiz RS0121954). Daher kann etwa die Vereinbarung der Schriftform für Erklärungen des Unternehmers zulässig sein, auch wenn diese ausschließlich nachteilige Rechtsfolgen für den Verbraucher auslösen (RIS-Justiz RS0121954 [T3]). Die Ablehnung eines von ihm

gewünschten Vertragsabschlusses wird für einen Verbraucher regelmäßig nachteilig sein. Der in der Klausel vorgesehene Schriftformvorbehalt für die Rechtswirksamkeit einer Erklärung der Beklagten, mit der sie die Annahme eines vom Verbraucher gestellten Anbots zum Vertragsabschluss ablehnt, widerspricht daher nicht dem Schutzzweck des § 10 Abs 3 KSchG.

## **2. Klausel 2**

*Im Fall eines Verstoßes gegen diese Bestimmung verpflichtet sich das Mitglied zur Zahlung eines pauschalierten Schadenersatzes in Höhe von 250 EUR. 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.*

(Punkt 2.2 zweiter bis vierter Satz der AGB)

Diese Klausel ergänzt die Verpflichtung der Mitglieder, die Membercard ausschließlich persönlich zu verwenden und nicht Dritten zu überlassen.

2.1 Der Kläger sieht in dieser Klausel einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG, weil darin nicht darauf hingewiesen werde, dass Konventionalstrafen mangels anderer Vereinbarungen verschuldensabhängig seien. Darüber hinaus werde auch nicht auf das richterliche Mäßigungsrecht gemäß § 1336 Abs 2 ABGB hingewiesen. Die darin enthaltene Konventionalstrafe stehe außer Verhältnis zum monatlichen Mitgliedsbeitrag und sei daher gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB. Ein die Konventionalstrafe übersteigender Schaden könne vom Unternehmer darüber hinaus nur geltend gemacht werden, wenn dies im Einzelnen ausgehandelt worden sei. Dem Verbraucher werde mit dieser Klausel eine Beweislast aufgebürdet, die ihn in aller Regel



nicht treffe, weswegen diese Klausel auch gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG verstoße.

2.2 Die Beklagte wendete ein, der in der Klausel genannte pauschalierte Schadenersatz von 250 EUR sei nicht gröblich benachteiligend, weil ohnedies das richterliche Mäßigungsrecht bestehe. Mit dieser Klausel solle lediglich verhindert werden, dass Mitglieder ihre Mitgliedschaft „verdeckt“ an dritte Personen weitergeben. Die Konventionalstrafe soll insbesondere verhindern, dass ein Mitglied seine vertraglichen Pflichten verletze. Dafür bedürfe es einer Abschreckungswirkung.

2.3 Das Erstgericht gelangte zur Auffassung, dass bei kundenfeindlichster Auslegung des Begriffs „überlassen“ nicht nur eine vorsätzliche Weitergabe erfasst sei, sondern diese Klausel auch Fälle betreffe, bei welchen beispielsweise eine von einem Mitglied verlorene Membercard vom Finder missbräuchlich verwendet werde. Da die Konventionalstrafe in etwa dem Mitgliedsbeitrag für ein ganzes Jahr entspreche, sei die Klausel gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Dem Verbraucher werde darüber hinaus entgegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG eine Beweislast aufgebürdet, die ihn von Gesetzes wegen nicht treffe.

2.4 Das Berufungsgericht gab der dagegen vorgetragene Berufung der Beklagten nicht Folge.

Zwar liege hier ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG nicht vor, weil es auch nach dispositivem Recht Sache eines beklagten Verbrauchers wäre, nachzuweisen, dass die Konventionalstrafe unbillig hoch sei (RIS-Justiz RS0032195). Auch habe der Oberste Gerichtshof bereits wiederholt die Ansicht vertreten, dass bloß deshalb, weil in den AGB auf das richterliche Mäßigungsrecht bei einer Konventionalstrafe nicht hingewiesen werde, das Transparenzgebot des § 6 Abs 3

KSchG nicht verletzt werde (RIS-Justiz RS0127706 = 2 Ob 215/10x). Berechtigt sei jedoch die Argumentation des Klägers, wonach die mit 250 EUR festgesetzte Konventionalstrafe unangemessen hoch und daher gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB sei. Die Klausel verstoße auch gegen § 1336 Abs 3 ABGB, wonach eine Verpflichtung eines Verbrauchers, einen die Konventionalstrafe übersteigenden Schaden zu ersetzen, im Einzelnen ausverhandelt werden müsse. Die Festlegung einer derartigen Verpflichtung bloß in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sei unzulässig.

2.5 Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten, die im Wesentlichen ihren bisher im Verfahren eingenommenen Standpunkt wiederholt.

2.6 Der Oberste Gerichtshof erachtet die Begründung des Berufungsgerichts für zutreffend (§ 510 Abs 3 ZPO).

2.6.1 Die Beklagte tritt in ihrer Revision der Ansicht des Berufungsgerichts, dass nach § 1336 Abs 3 ABGB die Verpflichtung eines Verbrauchers zum Ersatz eines die Konventionalstrafe übersteigenden Schadens im Einzelnen ausverhandelt werden muss (vgl dazu 7 Ob 173/10g), nicht mehr entgegen. Da für eine geltungserhaltende Reduktion einer Klausel im Verbandsprozess kein Raum bleibt (RIS-Justiz RS0038205), ist die beanstandete Klausel schon aus diesem Grund unzulässig. Darüber hinaus gilt:

2.6.2 Eine gemäß § 1336 Abs 1 ABGB vereinbarte Konventionalstrafe soll einerseits den Schuldner zur korrekten Erfüllung seiner Vertragspflichten veranlassen und andererseits dem vereinfachten Ausgleich der dem Gläubiger aus einer trotzdem erfolgten Vertragsverletzung erwachsenden Nachteile durch Pauschalierung seines

Schadenersatzanspruchs dienen (RIS-Justiz RS0032013; RS0032072). Bei der Angemessenheitskontrolle einer Konventionalstrafe nach § 879 Abs 3 ABGB kommt es darauf an, ob sich die Höhe des Vergütungsbetrags an jenem durchschnittlichen Schaden orientiert, der nach der Schätzung eines redlichen Beobachters bei der damit sanktionierten Vertragsverletzung normalerweise eintritt (RIS-Justiz RS0016913; vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 879 Rz 246j). Der Oberste Gerichtshof hat daher bereits erkannt, dass in der Höhe der vereinbarten Vertragsstrafe eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners liegen kann (10 Ob 47/08x). Die vom Kläger beanstandete Klausel macht die Vertragsstrafe nicht von der Höhe des tatsächlichen Schadens abhängig, sondern soll - wie der Beklagte selbst einräumt - auch bei einem einmaligen Verstoß eines Mitglieds gegen die Verpflichtung, die Membercard nicht weiterzugeben, zum Tragen kommen. Ihr Schaden liegt dann aber nicht im Entgang eines Vertragsabschlusses, sondern in der (einmaligen) Nutzung ihrer Einrichtungen durch einen unbefugten Dritten. Da die Konventionalstrafe in Höhe etwa eines Jahresmitgliedsbeitrags fällig sein soll, unabhängig davon, wie oft das Verbot, die Membercard weiterzugeben, verletzt wurde, verstößt die Klausel entgegen der Ansicht der Beklagten auch gegen § 879 Abs 3 ABGB.

### **3. Klausel 3**

*Das Mitglied ist verpflichtet, jede Änderung vertragsrelevanter Daten (Name, Adresse [auch E-Mailadresse], 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.*

(Punkt 2.3 der AGB)

3.1 Der Kläger vertritt die Ansicht, diese Regelung sei überraschend und nachteilig im Sinne des § 864a ABGB. Eine Obliegenheit des Verbrauchers, Änderungen seiner E-Mail-Adresse bekanntzugeben, könne nur angenommen werden, wenn der Verbraucher seine E-Mail-Adresse ursprünglich in der Absicht genannt habe, dass ihm an diese Adresse rechtlich bedeutsame Erklärungen des Unternehmers zugehen. Die Klausel regle den Zugang von Erklärungen des Unternehmers an die E-Mail-Adresse des Verbrauchers und verschlechtere damit - abweichend vom dispositiven Recht - dessen Vertragssituation. Daher verstoße die Klausel auch gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG.

3.2 Die Beklagte wendete ein, diese Klausel sei in Verbindung mit der vom Kläger nicht beanstandeten Bestimmung 1.3 der AGB zu lesen, wonach das Erfordernis der Schriftlichkeit auch bei Übermittlung von Mitteilungen in elektronischer Form (zB mittels E-Mails) gewährleistet sei. Dem Verbraucher sei daher bewusst, dass auch rechtlich bedeutsame Erklärungen per E-Mail zugehen könnten, woraus sich seine Verpflichtung ergebe, eine allfällige Änderung der E-Mail-Adresse bekanntzugeben.

3.3 Das Erstgericht vertrat die Auffassung, weder aus der Klausel 3 (2.3 der AGB) noch aus Punkt 1.3 der AGB der Beklagten sei für den Verbraucher ersichtlich, dass ihm rechtlich bedeutsame Erklärungen per E-Mail zugehen könnten. Die Klausel sei daher unklar im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG. Dies gelte auch für die bloß demonstrative Aufzählung, welche Daten als vertragsrelevant anzusehen seien.

3.4 Das Berufungsgericht gab der dagegen erhobenen Berufung der Beklagten Folge.

Die beanstandete Klausel 3 regle gar nicht, wie

dem Verbraucher Erklärungen ihres Vertragspartners wirksam zugestellt werden könnten. Ob Punkt 1.3 der AGB eine derartige Regelung enthalte, müsse nicht geprüft werden, weil diese Klausel vom Kläger nicht beanstandet worden sei. Die Klausel 3 verpflichte den Vertragspartner der Beklagten nur, jede Änderung vertragsrelevanter Daten mitzuteilen und, wenn er dies unterlasse, die der Beklagten dadurch entstandenen Kosten zu tragen. Dass der Begriff „vertragsrelevante Daten“ samt der darin enthaltenen beispielhaften Aufzählung unklar sei, wie das Erstgericht meine, habe der Kläger gar nicht behauptet. § 6 Abs 1 Z 3 KSchG komme hier nicht zur Anwendung, weil die beanstandete Klausel gar nicht regle, wie die Beklagte dem Verbraucher wirksam zustellen könne. Die Verpflichtung, die beispielhaft aufgezählten vertragsrelevanten Daten der Beklagten unverzüglich mitzuteilen und Schäden, welche der Beklagten aufgrund einer Verletzung dieser Verpflichtungen entstünden, zu ersetzen, sei keineswegs so ungewöhnlich, dass die Vertragspartner der Beklagten mit einer derartigen Klausel vernünftigerweise nicht rechnen müssten.

3.5 Dagegen richtet sich die Revision des Klägers. Offenbar strebe die Beklagte mit der beanstandeten Klausel an, dass sie mit ihrem Vertragspartner immer mit den von diesem aktuell bekanntgegebenen Daten kommunizieren können solle.

3.6 Der Kläger hält seinen Vorwurf, die Klausel 3 verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG im Revisionsverfahren nicht mehr aufrecht. Er sieht diese Klausel nur noch insoweit als überraschend und nachteilig an, als darin die Verpflichtung des Verbrauchers auch zur Bekanntgabe einer Änderung seiner E-Mail-Adresse normiert werde.

3.6.1 Dazu wurde erwogen:

3.6.2 Der Kläger geht in seiner Argumentation selbst davon aus, dass die Verpflichtung, eine Änderung der E-Mail-Adresse unverzüglich bekanntzugeben, nur zum Tragen kommen kann, wenn der Verbraucher ursprünglich eine E-Mail-Adresse angegeben hat, und diese sich ändert. Zu welchem Zweck, wenn nicht dazu, auf diesem Wege Mitteilungen oder sonstige Erklärungen von seinem Vertragspartner zu erhalten, die Bekanntgabe einer E-Mail-Adresse erfolgen soll, ist nicht zu erkennen. Weder kann es für einen Verbraucher, der seine E-Mail-Adresse bekanntgegeben hat, überraschend sein, wenn sein Vertragspartner auf diesem Weg mit ihm in Kontakt tritt, noch ist es überraschend oder den Verbraucher benachteiligend, wenn er verpflichtet wird, eine Änderung seiner E-Mail-Adresse bekanntzugeben, um den dadurch eröffneten Kommunikationsweg aufrecht zu erhalten. Dass die hier zu behandelnde Klausel nicht mit den in der Entscheidung 7 Ob 84/12x, auf welche sich der Kläger auch noch im Revisionsverfahren beruft, beanstandeten Klauseln zu vergleichen ist, hat bereits das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt (§ 510 Abs 3 ZPO). Prüfgegenstand der dort beurteilten Klauseln war nicht die Verpflichtung zur Bekanntgabe einer Änderung (auch) der E-Mail-Adresse, sondern dass der Unternehmer berechtigt sein sollte, ausschließlich nach seiner Wahl sowohl an der zuletzt bekannt gegebenen Anschrift als auch an der zuletzt bekannt gegebenen E-Mail-Adresse rechtsgeschäftliche Erklärungen mit Zugangsfiktion zu senden.

3.6.3 Objektiv ungewöhnlich sind Klauseln, mit denen der Vertragspartner nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte, die also von seinen berechtigten Erwartungen deutlich abweichen

(1 Ob 48/12h mwN; *Bollenberger* in KBB<sup>4</sup> § 864a ABGB Rz 10). Ein derartiger Überrumpelungseffekt (vgl RIS-Justiz RS0014646) fehlt, wenn die Bekanntgabe der E-Mail-Adresse durch den Verbraucher bereits ursprünglich zu Zwecken der Kontaktaufnahme erfolgte, sodass die Verpflichtung zur Bekanntgabe einer Adressänderung auch nicht zu beanstanden ist. Die von der Klägerin weiters bemängelte Bestimmung, wonach der Vertragspartner der Beklagten jene Schäden zu ersetzen hat, die ihr aufgrund eines Verstoßes des Verbrauchers gegen die Verpflichtung zur Mitteilung einer Änderung der E-Mail-Adresse entstehen, folgt dann aber schon aus allgemeinen schadenersatzrechtlichen Regeln und ist damit ebenfalls nicht so ungewöhnlich, dass ein Verbraucher vernünftigerweise nicht damit rechnen müsste. Bei Abwägung aller Umstände verstößt die Klausel daher nicht gegen § 864a ABGB.

#### 4. Klausel 4

*Das Mitglied ist berechtigt, während der Laufzeit des Mitgliedsvertrags 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.*

(Punkt 2.11 der AGB)

4.1 Der Kläger vertritt die Ansicht, das Restguthaben sei insofern mit einem Gutschein zu vergleichen, als dass der Unternehmer eine Vorleistung des Verbrauchers erhalten habe. Grundsätzlich verfallende das Recht, mit einem Gutschein Waren des Ausstellers zu beziehen, nach

30 Jahren. Verfallsklauseln, welche die Geltendmachung von Ansprüchen ohne sachlichen Grund übermäßig erschweren, seien sittenwidrig. Die in der beanstandeten Klausel vorgesehene Verfallsfrist sei gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, weil die Beklagte nach Ablauf eines Jahres um das Guthaben bereichert sei, ohne dafür eine Gegenleistung zu erbringen. Die Klausel sei auch unzulässig gemäß § 864a ABGB. Dass Mitglieder der Beklagten nach Beendigung des Vertragsverhältnisses ein Guthaben „nur schriftlich und direkt bei McFIT“ fordern könnten, sei intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG.

4.2 Die Beklagte hält die Klausel für sachlich gerechtfertigt, weil durch die Verpflichtung, das Mitglied bei Vertragsbeendigung auf den Verfall schriftlich hinzuweisen, sichergestellt sei, dass dieses über den möglichen Verfall des Guthabens und darüber, wie die Rückforderung zu erfolgen habe, informiert sei. Es wäre für die Beklagte unzumutbar, sämtliche Mitgliederkonten wegen eines bestehenden Restguthabens für 30 Jahre weiterführen zu müssen.

4.3 Das Erstgericht erkannte, dass der in der Klausel angeordnete Verfall eines Guthabens der ehemaligen Vertragspartner nach schon einem Jahr sachlich nicht gerechtfertigt und daher gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB sei.

4.4 Das Berufungsgericht gab der dagegen erhobenen Berufung der Beklagten Folge.

Grundsätzlich könne auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Verjährungsfrist verkürzt oder eine Verfallsfrist angeordnet werden. Eine solche Anordnung sei aber nur dann zulässig, wenn sie - auch in der konkreten Ausformung - sachlich gerechtfertigt sei. Ein sachlicher Grund für die Anordnung einer Verfallsfrist könne in der



Vermeidung von Beweisschwierigkeiten liegen. Der in der Judikatur geforderte Hinweis an den Verbraucher, dass er sein Guthaben zurückfordern müsse, weil sonst der Verfall drohe, sei in der beanstandeten Klausel enthalten. Diese sei daher nicht gröblich benachteiligend. Die Formulierung, dass die Zurückzahlung des Guthabens schriftlich direkt bei der Beklagten gefordert werden müsse, sei nicht intransparent.

4.5 In seiner Revision hält der Kläger daran fest, eine bloß einjährige Verfallsfrist sei auch angesichts des Umstands, dass die Rechtsprechung eine (deutliche) Verkürzung der Verjährungsfrist zulasse, sachlich nicht gerechtfertigt. Beweisschwierigkeiten seien auch bei einer mehrjährigen Verfallsfrist nicht zu erwarten, zumal die Daten des Unternehmens ohnedies zumindest hinsichtlich der siebenjährigen unternehmensrechtlichen Aufbewahrungspflicht zur Verfügung stehen müssten.

4.6 Dazu wurde erwogen:

4.6.1 Der Kläger räumt ein, dass die Vereinbarung einer kürzeren als der gesetzlichen Verjährungsfrist zulässig ist (RIS-Justiz RS0034782). Ist die Verkürzung einer Verjährungsfrist in AGB enthalten, unterliegt sie der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB (vgl 1 Ob 1/00d; 4 Ob 279/04i). Verfallsklauseln sind demnach dann nichtig, wenn sie durch ihre unangemessene Kürze das Geltendmachen von Ansprüchen ohne sachlichen Grund übermäßig erschweren (RIS-Justiz RS0016688). Je kürzer die Verfallsfrist sein soll, umso triftiger muss der Rechtfertigungsgrund sein (2 Ob 50/05z). Als Ergebnis einer umfassenden Interessenabwägung wurde in der Entscheidung 9 Ob 40/06g die Verfallsfrist für ein Restguthaben aus der Wertkartenmobiltelefonie von sechs Monaten als nicht gegen § 879 Abs 3 ABGB verstoßend qualifiziert. Die Wertungen

dieser Entscheidung können auch für den vorliegenden Fall herangezogen werden.

4.6.2 Es kann nicht bestritten werden, dass die Beklagte ein legitimes Interesse daran hat, dass Rückforderungsansprüche von Guthaben auf der Membercard innerhalb eines überschaubaren Zeitraums abgewickelt werden. Bis zur Abwicklung muss die Beklagte die Konten auch hinsichtlich ihrer ausgeschiedenen Mitglieder weiterführen und die nach Auflösung der Verträge verbliebenen Restguthaben in Evidenz halten. Ein nach Auflösung des Vertrags verbliebenes Restguthaben kann damit nicht mit einem „Gutschein“ verglichen werden, weil hier nicht bloß mit einer generellen Vorsorge in der Bilanz das Auslangen gefunden wird. Berücksichtigt man, dass sich die Beklagte in der beanstandeten Klausel verpflichtet, ihre Mitgliedern bei Auflösung des Vertrags schriftlich auf den mangels Rückforderung drohenden Verfall nach Ablauf eines Jahres hinzuweisen, ist nicht erkennbar, weshalb es den Mitglieder der Beklagten übermäßig erschwert wäre, nach Auflösung des Vertrags innerhalb eines Jahres über ihr Guthaben zu disponieren. Der in unmittelbarem Kontext mit der Vertragsauflösung ergehende schriftliche Warnhinweis der Beklagten beugt der Gefahr vor, dass mögliche Guthaben auf der Membercard beim Verbraucher außer Evidenz geraten und die mit der Auflösung des Vertrags beginnende Verfallsfrist übersehen wird. Damit ergibt eine umfassende Interessenabwägung, dass die vom Kläger beanstandete Klausel keine die Konsumenten gröblich benachteiligende Abweichung vom dispositiven Recht im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB darstellt.

4.6.3 Auf eine Intransparenz der Klausel, weil ein allfälliges Guthaben nur schriftlich und direkt bei McFIT

gefordert werden kann, kommt der Kläger in seiner Revision nicht mehr zurück.

#### **5. Klausel 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.*

(Punkt 3.1 der AGB)

5.1 Der Kläger vertritt die Ansicht, diese Klausel sei gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, weil das Kündigungsrecht ohne sachliche Rechtfertigung nur einseitig - zu Lasten des Verbrauchers - beschränkt sei.

5.2 Die Beklagte wendet ein, die asymmetrische Kündigungsmöglichkeit betreffe nur das erste Jahr und sei deswegen sachlich gerechtfertigt, weil der Mitgliedsbeitrag pro Monat äußerst gering sei. Diese Preisersparnis für den Verbraucher sei nur aufgrund einer sehr knappen Kalkulation und einem geringen Verwaltungsaufwand möglich.

5.3 Das Erstgericht schloss sich der Ansicht des Klägers an und beurteilte die Klausel als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

5.4 Das Berufungsgericht gab der dagegen erhobenen Berufung der Beklagten Folge. Der erste Satz dieser Klausel enthalte eine selbständige Regelung, die der Kläger inhaltlich nicht beanstande. Was den zweiten Satz anlange, so sei bereits in der Entscheidung 5 Ob 205/13b eine ähnliche Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Fitnessstudio-Verträge beurteilt und wegen des für den Studiobetreiber verbundenen Aufwands, insbesondere der

laufenden Personalvorsorge, als berechtigt erkannt worden. Dieser Ansicht schließe sich das Berufungsgericht an, weswegen der zweite Satz der Klausel 5 nicht gegen § 879 Abs 3 ABGB verstoße.

5.5 Dagegen richtet sich die Revision des Klägers, der im Wesentlichen geltend macht, die Entscheidung 5 Ob 205/13b sei auf die hier beanstandete Klausel nicht anzuwenden, weil nicht die Bindungsdauer, sondern die asymmetrische Regelung des Kündigungsrechts zu beurteilen sei.

5.6 Dazu hat der erkennende Senat erwogen:

5.6.1 Auf den ersten Satz der Klausel und die vom Berufungsgericht hierzu vorgenommene Beurteilung, es handle sich um einen eigenständigen Regelungsbereich, der selbständig Bestand habe (vgl dazu 6 Ob 140/06s), kommt der Kläger nicht mehr zurück.

5.6.2 Das Berufungsgericht hat die Grundsätze der Entscheidung 5 Ob 205/13b zutreffend wiedergegeben. In dieser Entscheidung wurde die Zulässigkeit der Vereinbarung eines Kündigungsverzichts für ein Jahr wegen der Besonderheiten des beurteilten Fitnessstudio-Vertrags bejaht. Der Kläger wendet sich in seiner Revision ausdrücklich nicht gegen die Dauer des Kündigungsverzichts und die hierzu vom Berufungsgericht vertretene Rechtsansicht, sondern beanstandet zum zweiten Satz der Klausel nur noch die asymmetrische Regelung des Kündigungsrechts. Eine solche war in der Entscheidung 5 Ob 205/13b nicht zu beurteilen.

5.6.3 Die in § 879 Abs 3 ABGB verankerte Generalklausel soll unfaire Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern hintanhaltend. Eine Abweichung vom dispositiven Recht ist jedenfalls dann gröblich benachteiligend, wenn die dem

Vertragspartner zugeordnete Rechtsposition in auffallendem Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (RIS-Justiz RS0016914 [T4; T32]; *Krejci* in *Rummel* ABGB<sup>3</sup> § 879 Rz 240, *Bollenberger* in *KBB*<sup>4</sup> § 879 ABGB Rz 23). Ein solches Missverhältnis sieht der Kläger gegeben, weil der vereinbarte einjährige Kündungsverzicht nur für den Verbraucher, nicht aber auch für die Beklagte gilt. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden:

5.6.4 Ein allgemeiner Kündungsverzicht (auch nur von einer Seite) auf bestimmte oder bestimmbare Zeit wird bei Dauerschuldverhältnissen grundsätzlich als zulässig und wirksam angesehen (4 Ob 324/00a; 9 Ob 4/03h; *Würth* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1116 Rz 7 mwN). Die Unkündbarkeit des Dauerschuldverhältnisses steht seiner Auflösung aus einem wichtigen Grund nicht entgegen (RIS-Justiz RS0018368). Auch bei Dauerschuldverhältnissen, bei denen die Unkündbarkeit vereinbart ist, ist eine vorzeitige Auflösung zulässig, wenn dessen Fortsetzung aus wichtigen Gründen nicht mehr zumutbar ist (RIS-Justiz RS0021107; 10 Ob 26/15v). Nur eine völlige Ausschaltung der vorzeitigen Vertragsauflösung aus wichtigem Grund wäre sittenwidrig (RIS-Justiz RS0016630).

5.6.5 Die Regelung des § 6 Abs 1 Z 1 KSchG geht aus der allgemeinen Norm des § 879 ABGB hervor, wo der Gesetzgeber verpönte Vertragsklauseln mit einem Unwertgehalt verbindet und eine verstärkte Berücksichtigung der individuellen Umstände des jeweiligen Vertragsverhältnisses ermöglicht (*Mayerhofer/Tangl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 6 Abs 1 Z 1 KSchG Rz 16) und bietet auch für Dauerschuldverhältnisse einen im Einzelfall anhand einer Interessenabwägung auszufüllenden Orientierungsrahmen (RIS-Justiz RS0121007). Nach dem

zweiten Fall dieser Norm sind für den Verbraucher Vertragsbestimmungen im Sinne des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen er während einer unangemessen langen Frist an den Vertrag gebunden ist. Nicht jede Bindung des Verbrauchers verstößt daher gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG Variante 2 bzw § 879 Abs 3 ABGB, sondern nur eine solche, die als unangemessen lang zu beurteilen ist. Bei Dauerschuldverhältnissen wird die Bindung des Verbrauchers regelmäßig durch die Abgabe eines Kündigungsverzichts erfolgen. Solange nicht ein völliger Ausschluss des Rechts auf eine Vertragsauflösung aus wichtigem Grund vorliegt, ist ein einseitiger Kündigungsverzicht auch im Verbandsprozess nicht als sittenwidrig zu beurteilen. Die Bindung des Verbrauchers über angemessen Zeit bezweckt in erster Linie, das kaufmännische Risiko des Unternehmers leichter kalkulierbar zu machen und dient damit ausschließlich seinem Vorteil. Bei dieser Interessenslage besteht sinnvoll kein Raum, eine gröbliche Benachteiligung des Verbrauchers wegen eines aus der Abgabe eines (einseitigen) Kündigungsverzichts resultierenden Missverhältnisses der Rechtspositionen anzunehmen.

#### **6. Klausel 6**

*McFIT behält sich vor, den Mitgliedsvertrag 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 Änderung. Das Angebot gilt als angenommen, wenn das Mitglied nicht bis zum Inkrafttreten der geplanten Änderung 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.*

(Punkt 4.5 der AGB)

**Klausel 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.*

(Punkt 7.1 der AGB)

6.1 Der Kläger bringt zu beiden Klauseln vor, dass sie, weil sie eine Erklärungsfiktion enthalten, gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG unzulässig seien. Aufgrund der Klauseln könnten alle von der Beklagten geschuldeten Leistungen geändert werden, weswegen sie sittenwidrig gemäß § 879 Abs 1 ABGB und gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB seien. Außerdem werde gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verstoßen. Weil mit der Klausel 6 eine einseitige Änderung des Entgelts angestrebt werde, sei diese auch gemäß § 6 Abs 1 Z 5 und § 6 Abs 2 Z 3 und 4 KSchG unzulässig. Außerdem seien die Klauseln auch überraschend und nachteilig im Sinne des § 864a ABGB.

6.2 Die Beklagte wendete dazu ein, Änderungen der Vertragsbestimmungen mittels Erklärungsfiktion seien

grundsätzlich nicht unzulässig. Es handle sich hierbei um eine sinnvolle Methode, die es Unternehmen ermögliche, Änderungen von Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Kunden bewirken zu können. Die Klauseln seien gerechtfertigt, weil der Mitgliedsbeitrag zum Vorteil der Mitglieder äußerst niedrig sei. Dies sei nur aufgrund einer schlanken Kostenstruktur sowie einem geringen Verwaltungsaufwand zu erreichen. Einem Unternehmer müsse es möglich sein, kostensparend Änderungen der Vertragsbedingungen durchführen zu können.

6.3 Das Erstgericht gelangte zur Ansicht, dass diese Klauseln eine Änderung wesentlicher Pflichten der Parteien in einem unbeschränkten Ausmaß zuließen. Beide Klauseln seien daher gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB und würden gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verstoßen.

6.4 Das Berufungsgericht teilte die Ansicht des Erstgerichts. Die gegenteilige Auffassung der Beklagten ignoriere, dass bei einer Verbandsklage bei der Prüfung, ob eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstießen, einer Auslegung im kundenfeindlichsten Sinn geboten sei. Danach ließen die Klauseln 6 und 14 Änderungen des Vertrags auf Betreiben der Beklagten über eine Zustimmungsfiktion praktisch unbeschränkt zu. Dadurch könne die Beklagte sowohl den Vertrag als auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen - jeweils mit Wirkung für die Zukunft - ändern. Weil völlig unbestimmt bleibe, welche Leistungen die Beklagte mit der fingierten Zustimmung ihres Kunden einschränken und in welchem Ausmaß das von ihren Kunden zu entrichtende Entgelt geändert (angehoben) werden könne, würden die Klauseln gegen das Transparenzgebot des



§ 6 Abs 3 KSchG verstoßen und seien schon aus diesem Grund unwirksam.

6.5 Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten, die auf ihrem Standpunkt beharrt, der Unternehmer müsse die Möglichkeit haben, auf steigende Kosten reagieren zu können und diese an das Mitglied weiterzugeben, und wiederholt damit ihre Argumentation vor den Vorinstanzen.

6.6 Dazu wurde erwogen:

6.6.1 Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs ist die Zulässigkeit einer Klausel auch dann nach § 6 Abs 3 KSchG zu prüfen, wenn sie den formalen Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entspricht (RIS-Justiz RS0128865). Klauseln, die das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen, unterliegen darüber hinaus auch der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB (RIS-Justiz RS0016908 [T5; T8]).

6.6.2 Der Oberste Gerichtshof hat bereits mehrmals in Verbandsprozessen nach dem KSchG vergleichbare Klauseln zu Zustimmungsfiktionen, wie sie die Beklagte hier verwendet, unter anderem als gröblich benachteiligend für den Kunden (§ 879 Abs 3 ABGB) beurteilt (1 Ob 210/12g; 2 Ob 131/12x; 8 Ob 58/14h [Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen]; 9 Ob 26/15m; 7 Ob 180/15v; 1 Ob 146/15z; 5 Ob 160/15p). Der Änderungsvorbehalt in Klausel 6 erfasst den Mitgliedsvertrag insgesamt und ermöglicht damit eine sehr weitgehende Änderung (auch) von Hauptleistungspflichten der Parteien im Wege der Zustimmungsfiktion, ohne dass ansatzweise irgendeine Beschränkung zu erkennen wäre, die den Verbraucher vor dem Eintritt unangemessener Nachteile bei einer Änderung schützen könnte. Sie lässt eine Änderung

wesentlicher Pflichten der Parteien (Leistung und Gegenleistung) zugunsten der Beklagten in nahezu jede Richtung und in unbeschränktem Ausmaß zu. Geändert werden kann danach nicht nur das vom Kunden zu entrichtende Entgelt, sondern ohne irgendeine Einschränkung auch die von der Beklagten geschuldete Leistung. Klausel 14 lässt bei Auslegung im kundenfeindlichsten Sinn (RIS-Justiz RS0016590) Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und damit auch des Individualvertrags über eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß unbeschränkt zu. Die dadurch der Beklagten insgesamt eingeräumte Möglichkeit, das Äquivalenzverhältnis von Leistungen und Gegenleistungen über eine Zustimmungsfiktion erheblich zu ihren Gunsten zu verschieben und die Position des Vertragspartners zu entwerten, ist gröblich benachteiligend.

Beide Klauseln verstoßen gegen § 6 Abs 3 KSchG. Das Transparenzgebot begnügt sich nicht mit einer formellen Textverständlichkeit, sondern verlangt, dass Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher durchschaubar sind (RIS-Justiz RS0115217 [T7]; 5 Ob 64/10p). Hier ist völlig unbestimmt, welche Leistungen mit der in diesen Klauseln formulierten Zustimmungsfiktion eingeschränkt werden können; erfasst sind davon der individuelle Vertrag ebenso, wie die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten. Ebenso bleibt der Umfang einer Änderung der vom Kunden zu entrichtenden Entgelte völlig unklar.

6.6.3 Ob die Klauseln auch noch aus anderen Gründen unwirksam sind, wie der Kläger geltend macht, muss nicht mehr geprüft werden.

## 7. Klausel 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.*

(Punkt 4.8 der AGB)

7.1 Der Kläger erachtete diese Klausel als überraschend und nachteilig im Sinne des § 864a ABGB, weil Mitglieder nicht mit einer sofortigen Sperre des Zutritts rechneten, wenn sie, egal ob verschuldet oder unverschuldet, in Zahlungsverzug gerieten. Auch sei es sachlich nicht gerechtfertigt, bei - selbst unverschuldetem - Zahlungsverzug, eine sofortige Sperre zu erwirken, sodass diese Klausel auch eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB darstelle.

7.2 Die Beklagte wendete ein, ein durchschnittlicher Verbraucher müsse damit rechnen, dass er keinen Anspruch auf Leistung habe, wenn er seinen Mitgliedsbeitrag nicht vereinbarungsgemäß entrichte. Die Klausel sei daher weder überraschend noch nachteilig, zumal der Mitgliedsbeitrag im Vorhinein für jedes Monat zu zahlen sei. Der Beklagten könnte es nicht zugemutet werden, ein säumiges Mitglied unter Setzung einer Frist zu mahnen, bevor der Zugang zum Fitnesscenter gesperrt werden dürfe.

7.3 Das Erstgericht schloss sich der Rechtsansicht des Klägers an. Die gesetzlichen Verzugsregeln erforderten das Setzen einer angemessenen Nachfrist, wenn der Gläubiger wegen des Verzugs des Schuldners den Vertrag beenden wolle. Die Klausel berechtige die Beklagte zur sofortigen Beendigung des Vertrags nach einer Mahnung, in

welcher sie die Nachfrist frei wählen könne. Das sei sachlich nicht gerechtfertigt.

7.4 Das Berufungsgericht teilte die Rechtsansicht des Erstgerichts. Die Beklagte übersehe, dass der Vertrag auch nach einem Zahlungsverzug des Mitglieds grundsätzlich aufrecht bleibe. Der Kunde sei verpflichtet, den geschuldeten Mitgliedsbeitrag nachzuzahlen und auch die weiter anfallenden Monatsbeiträge zu leisten. Obwohl sie demnach alle vertraglich geschuldeten Leistungen (die Monatsbeiträge) zu erbringen hätten, käme ihnen während des Verzugs kein Recht zu, die vertraglich vereinbarten Gegenleistungen der Beklagten in Anspruch zu nehmen. Auch nehme die Klausel keine Rücksicht darauf, ob ein Zahlungsverzug vom Kunden verschuldet sei oder nicht, weswegen sie gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB sei. Gleiches gelte für das der Beklagten mit der Klausel eingeräumte Recht zur sofortigen Kündigung nach Zahlungsverzug und einer Mahnung, weil in der Klausel nicht festgelegt sei, ob in der Mahnung eine Nachfrist gesetzt werden müsse.

7.5 Die Beklagte hält in ihrer Revision an der bereits bisher im Verfahren vertretenen Ansicht fest. Die Zahlung des Mitgliedsbeitrags erfolge im Wege des Lastezugs, sodass auszuschließen sei, dass es lediglich aufgrund einer fehlerhaften Überweisung zu einer Sperre komme. Die sofortige Sperre des Zugangs bei Zahlungsverzug solle auch verhindern, dass Mitglieder über den Umweg der Nichtzahlung eine außerordentliche Kündigung erwirken können.

7.6.1 Wesentlicher Inhalt eines Fitnessstudio-Vertrags ist die Zurverfügungstellung von Sport- und Fitnessgeräten, wodurch der Vertrag starke

mietrechtliche Merkmale enthält (9 Ob 69/11d; 5 Ob 205/13b). Charakteristischer Geschäftsinhalt des Bestandvertrags ist die Gebrauchsüberlassung einer unverbrauchbaren Sache gegen Entgelt (§ 1090 ABGB). Die für Dauerschuldverhältnisse allgemein geltenden Grundsätze kommen daher auch bei einem Vertrag wie dem vorliegenden zum Tragen (vgl 1 Ob 146/15z).

7.6.2 Es ist allgemein anerkannt, dass Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund jederzeit vorzeitig durch außergerichtliche Erklärung aufgelöst werden können (*Würth* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1118 Rz 2 mwN). Die Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige Erklärung, die mit dem Zeitpunkt des Zugangs an den Erklärungsempfänger wirksam wird und die Beendigung des Rechtsverhältnisses bewirkt (RIS-Justiz RS0027780; *Iro* in *KBB*<sup>4</sup> § 1117 Rz 3). Bis zum Zugang einer Auflösungserklärung bleiben der Vertrag und die daraus resultierenden Pflichten auch der Beklagten aufrecht. Die Klausel, die bei ihrer Auslegung im kundenfeindlichsten Sinn (RIS-Justiz RS0016590 [T3]) eine Sperre des Zutritts zu den Studios der Beklagten erfasst, ohne danach zu differenzieren, ob der Vertrag aufgelöst ist, ist damit gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

7.6.3 Das mit der Klausel der Beklagten eingeräumte Recht, im Falle des Zahlungsverzugs den Mitgliedsvertrag nach einmaliger erfolgloser Mahnung mit sofortiger Wirkung zu kündigen, gibt der Beklagten die Möglichkeit, nach ihrem Belieben zu entscheiden, ob sie dem säumigen Mitglied überhaupt eine Nachfrist einräumt bzw diese nach eigenem Gutdünken zu bestimmen. Von der Setzung einer angemessenen Nachfrist hängt es aber ab, ob

dem säumigen Mitglied eine rechtzeitige Zahlung und damit eine Aufrechterhaltung des Vertrags möglich ist. Auch diese einseitige Gestaltungsmöglichkeit führt zu einer gröblichen Benachteiligung des Verbrauchers im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

#### **8. Klausel 8**

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

(Punkt 4.9 der AGB)

8.1 Der Kläger brachte vor, diese Klausel verstoße gegen das Transparenzgebot, weil die Rechtslage nicht richtig dargestellt werde. Nach § 1333 Abs 2 ABGB dürften Gläubiger vom Schuldner bloß schuldhaft verursachte Betreuungskosten verlangen.

8.2 Die Beklagte wendete ein, zur Erfüllung des Transparenzgebots bedürfe es nicht der vollständigen Wiedergabe des Gesetzestextes; ein 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 Kosten gemeint sein können.

8.3 Das Erstgericht erachtete diese Klausel als intransparent und schloss sich zur Begründung der Ansicht des Klägers an.

8.4 Das Berufungsgericht gab der dagegen von der Beklagten erhobenen Berufung Folge. Klausel 8 normiere keine Verpflichtung der Vertragspartner der Beklagten zum Ersatz bestimmter Kosten. In der Klausel sei von außergerichtlichen Betreibungs- und Einbringungsmaßnahmen auch gar nicht die Rede, weswegen die Klausel auch kein

unklares Bild einer vertraglichen Position bzw einer vertraglichen Verpflichtung des Verbrauchers vermitteln. Die Klausel begründe weder ein Recht der Beklagten noch eine Pflicht der Mitglieder.

8.5 Gegen diese Ansicht richtet sich die Revision des Klägers, der geltend macht, die Klausel vermittele dem Verbraucher den Eindruck, zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendige Kosten dürften jedenfalls verlangt werden, auch wenn das angemessene Verhältnis zur betriebenen Forderung nicht gewahrt werde. Die Klausel sei daher intransparent, weil sie die Rechtslage nicht richtig darstelle.

8.6.1 Die Klausel ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts intransparent.

8.6.2 Dass der Verbraucher nur Betreuungskosten zu ersetzen hätte, wenn ihn am Verzug ein Verschulden trifft, ergibt sich aus dieser Klausel nicht. Darin wird nur auf die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen, nicht jedoch auf die vom Verbraucher schuldhaft verursachten (§ 1333 Abs 2 ABGB) Kosten abgestellt, die überdies im angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen müssen. Die Klausel gibt damit die Rechtslage nicht richtig wieder und verstößt damit gegen das Gebot der Richtigkeit und Vollständigkeit des § 6 Abs 3 KSchG (vgl dazu *Kathrein/Schoditsch* aaO § 6 KSchG Rz 32; RIS-Justiz RS0115219). Entgegen dem Berufungsgericht kann diese Klausel bei der im Verbandsverfahren gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung (dazu RIS-Justiz RS0016590) auch nicht dahin verstanden werden, die Beklagte wolle bloß zum Ausdruck bringen, sie verzichte nicht auf einen ihr zustehenden Anspruch. Die Formulierung „[...] behält sich das Recht vor“ impliziert ein der Beklagten vertraglich

eingräumtes Recht, dessen Ausübung in ihrem Belieben stehe und suggeriert eine Zahlungspflicht des Verbrauchers, auch wenn ihn an der Vertragsbeendigung kein Verschulden trifft. Dies führt auch zu einer gröblichen Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB (vgl 1 Ob 105/14v mwN).

#### **9. Klausel 9**

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

(Punkt 5.2 der AGB)

9.1 Der Kläger brachte vor, diese Klausel stelle bei kundenfeindlichster Auslegung einen unzulässigen Gewährleistungsausschluss dar und verstoße gegen § 9 KSchG, gegen § 884a ABGB und gegen § 879 Abs 3 ABGB.

9.2 Die Beklagte wendete ein, die Klausel ziele nicht auf die Unbenützbarkeit der Fitnessstudios ab, sondern auf die Nichtbenutzung durch die Mitglieder.

9.3 Das Erstgericht schloss sich der Ansicht des Klägers an.

9.4 Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten nicht Folge. Eine Auslegung der Klausel im kundenfeindlichsten Sinn eröffne die Möglichkeit, dass die Kunden der Beklagten den Monatsbeitrag auch dann zahlen müssten, wenn es allein die Beklagte zu vertreten habe, dass ihre Kunden die von ihr vertraglich geschuldeten Leistungen nicht in Anspruch nehmen könnten.

9.5 Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten, die dazu ihr bisheriges Vorbringen wiederholt.

9.6 Die Klausel 9 lässt ihrem Wortlaut nach die Auslegung zu, dass der Mitgliedsbeitrag auch dann zu zahlen ist, wenn die Beklagte einen Tatbestand setzt, der die Inanspruchnahme von Leistungen durch ihre Mitglieder



hindert. Bereits in der Entscheidung 1 Ob 146/15z (dort ebenfalls Klausel 9) hatte der Oberste Gerichtshof eine nahezu wortgleiche Bestimmung in den AGB eines Fitnessstudiobetreibers zu beurteilen und gelangte zum Ergebnis, dass die Klausel mit der in der Entscheidung 5 Ob 205/13b (dort Klausel 6) beurteilten Bestimmung vergleichbar ist. Die Formulierung „Nichtbenutzen von Einrichtungen“ lässt sich gerade nicht dahin verstehen, dass damit ausschließlich Fälle erfasst sind, welchen zugrunde liegt, dass die Leistungen der Beklagten aus subjektiven Gründen ihrer Mitglieder nicht in Anspruch genommen werden können, wie die Beklagte in ihrer Revision meint. Ein Nichtbenutzen liegt auch bei einer objektiven Unbenützbarkeit von Einrichtungen der Beklagten vor, sodass der Wortlaut dieser Klausel auch Fälle abdeckt, die die Kunden der Beklagten zu einer außerordentlichen Kündigung, die jedem Dauerschuldverhältnis inne wohnt, berechtigen würden, und suggeriert damit, eine Auflösung des Vertrags aus wichtigem Grund sei ausgeschlossen. Die Klausel vermittelt den Kunden der Beklagten in einer Weise ein unklares Bild über ihre vertragliche Position, die geeignet ist, die für die Vertragsart typischen Verbraucher von der Durchsetzung ihrer Rechte abzuhalten und verstößt damit gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Ob sie darüber hinaus auch noch anderen gesetzlichen Bestimmungen widerspricht, muss nicht mehr geprüft werden.

#### **10. Klausel 10**

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

(Punkt 5.3 der AGB)

10.1 Der Kläger beanstandete diese Klausel, weil völlig unklar bleibe, wann eine missbräuchliche Verwendung

vorliegen solle, sie verstoße daher gegen das Transparenzgebot.

10.2 Die Beklagte wendete ein, der Begriff „missbräuchlich“ sei hinreichend bestimmt, weil bei jedem Verbraucher vorausgesetzt werden könne, dass er weiß, in welcher Weise und zu welchem Zweck Spinde in einem Fitnesscenter zu benutzen seien.

10.3 Das Erstgericht gelangte zur Ansicht, dass diese Klausel bei kundenfeindlichster Auslegung so verstanden werden könnte, dass eine missbräuchliche Verwendung des Spindes auch dann vorliege, wenn das Mitglied das Studio auch nur kurzfristig, etwa für einen Trainingslauf, verlasse.

10.4 Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten nicht Folge. Die Beklagte gehe offenbar selbst davon aus, dass nicht nur jede gegen den ersten Satz der Klausel verstoßende Verwendung des Spindes (Nutzung durch ein Mitglied, das sich gerade nicht im Fitnessstudio befinde) missbräuchlich sei, sondern auch andere der Beklagten unzulässig erscheinende Verwendungen, wie etwa zur Lagerung von explosiven Stoffen oder gefährlichen Chemikalien. Der Begriff „missbräuchliche Verwendung“ sei damit völlig unbestimmt und verstoße gegen das Transparenzgebot.

10.5 Auch in ihrer Revision verweist die Beklagte darauf, dass die Verwendung der Spinde im Zusammenhang mit der Benutzung des Fitnesscenters stehe, sodass diese nur zur Aufbewahrung von Bekleidungsstücken und anderen persönlichen Gegenständen während der Dauer des Fitnesscenteraufenthalts verwendet werden dürften. Daraus sei der Umkehrschluss zu ziehen, dass jede andere Verwendung missbräuchlich sei; die Klausel sei daher

ausreichend bestimmt.

10.6 Was als eine missbräuchliche Verwendung eines Spindes anzusehen ist, definiert die Klausel nicht und stellt die Qualifikation einer Verwendung in diesem Sinn damit dem Belieben der Beklagten anheim. Es ist damit ausschließlich der Beklagten überlassen, zu entscheiden, wann ein Spind auf Kosten des Mitglieds geöffnet werden kann. Bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung gibt die Klausel der Beklagten das Recht zur Öffnung auch dann, wenn das Mitglied das Studio nur für kurze Zeit verlässt. Die Klausel ist daher unvollständig und verstößt damit gegen das Transparenzgebot. Ist eine Klausel nicht hinreichend klar formuliert, dann ist es im Verbandsprozess nicht maßgeblich, welches Verständnis ihr von der Beklagten beigemessen wird (RIS-Justiz RS0016590 [T23]) oder wie sie in der Praxis gehandhabt wird (RIS-Justiz RS0121943).

#### **11. Klausel 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.*

(Punkt 5.5 der AGB)

#### **Klausel 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.*

(Punkt 5.7 der AGB)

[Anm.: Die Klausel 11 ergänzt Punkt 5.4 der

AGB (Pflichten des Mitglieds zur Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Trainingsbetriebs), Klausel 12 bezieht sich auf Punkt 5.6 der AGB, der den Mitgliedern bestimmte Verbote auferlegt.]

11.1 Der Kläger brachte zu beiden Klauseln vor, diese seien im Lichte des § 6 Abs 3 KSchG unzulässig, weil unklar sei, ab wann ein Verstoß im Sinne des Vertrags als schwerwiegend zu werten sei. Im Abschnitt „Verhalten im Studio“ erwarte ein Mitglied auch keine Kündigungsrechte mit sofortiger Wirkung, weswegen diese Klausel auch überraschend und nachteilig im Sinne des § 864a ABGB seien. Sie seien auch gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB, weil völlig unklar sei, welche Verstöße das Kündigungsrecht auslösen sollen, was der Beklagten einen großen Spielraum einräume.

11.2 Die Beklagte wendete ein, in Punkt 5.4 der AGB sei beschrieben, welche Verhaltensweise zu einer sofortigen Kündigung des Mitgliedsvertrags sowie zur Forderung des für die restliche Vertragsdauer verbleibenden Mitgliedsbeitrags berechtigten. Nur bei schwerwiegenden Verstößen gegen diese Verhaltenspflichten sei die Beklagte zu einer sofortigen Kündigung berechtigt. Die Klauseln seien daher weder intransparent noch gröblich benachteiligend.

11.3 Das Erstgericht kam hinsichtlich beider Klauseln zum Ergebnis, dass diese überraschend und nachteilig im Sinne des § 864a ABGB und auch gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB seien.

11.4 Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten nicht Folge. Die Beklagte übergehe, dass in Punkt 5.4 der AGB zumindest auch Verpflichtungen der Mitglieder enthalten seien, deren Missachtung für die Beklagte von geringem oder von überhaupt keinem Nachteil

sei, wie etwa die Verpflichtung, im gesamten Nassbereich Badeschuhe zu tragen oder die Hanteln nach dem Gebrauch wieder an den jeweiligen Aufbewahrungsort zurückzubringen. Welche Verstöße eines Mitglieds schwerwiegend seien, werde in Klausel 11 überhaupt nicht dargestellt. In beiden Klauseln würden darüber hinaus Schadenersatzansprüche geregelt, ohne dass darauf Bezug genommen werde, ob der Beklagten durch das vertragswidrige Verhalten des Mitglieds (das etwa die Trainingsräume mit schmutziger Trainingsbekleidung betrete oder verschreibungspflichtige Arzneimittel ins Studio mitgebracht habe) überhaupt ein Schaden entstanden sei. Beide Klauseln seien daher intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG und bei gebotener kundenfeindlichster Auslegung auch gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB.

11.5 Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten, die geltend macht, in Punkt 5.4 der AGB werde das für Mitglieder gebotene Verhalten beschrieben. Nur bei schwerwiegenden Verstößen gegen diese Verhaltenspflichten sei die Beklagte zu einer sofortigen Kündigung berechtigt. Auch sei es sachlich gerechtfertigt, dass die Beklagte im Falle einer außerordentlichen Kündigung den Mitgliedsbeitrag für die verbleibende Mindestvertragsdauer als Schadenersatz verlangen könne. Die Höhe des Schadenersatzes sei gerechtfertigt, weil er sich nach der verbleibenden Mindestvertragsdauer richte.

11.6 Zunächst kann auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts verwiesen werden (§ 510 Abs 3 ZPO).

11.6.1 Selbst nach dem Vorbringen der Beklagten in der Revision bleibt unklar, welche Verstöße gegen die in Punkt 5.4 der AGB enthaltenen Verpflichtungen so

schwerwiegend sein sollen, dass sie eine außerordentliche Kündigung rechtfertigten. Ganz offensichtlich geht sie selbst davon aus, dass nicht jede Übertretung des nach Punkt 5.4 der AGB gebotenen Verhaltens auch zur außerordentlichen Kündigung berechtigen soll, sodass für einen durchschnittlichen Verbraucher keinesfalls erkennbar ist, welches Fehlverhalten eine außerordentliche Vertragsauflösung im Sinne der Klausel 11 nach sich zieht. Insoweit gilt auch das bereits zu Klausel 10 Ausgeführte: Nach dem Regelungsinhalt der Klausel 11 ist es allein der Beklagten anheim gestellt, zu entscheiden, wann ein Verstoß schwerwiegend ist und die sofortige Auflösung des Vertrags rechtfertigt. Die Klausel ist daher unvollständig und verstößt gegen § 6 Abs 3 KSchG. Sie ist darüber hinaus auch gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB.

11.6.2 Sowohl nach Klausel 11 als auch nach Klausel 12 soll die Beklagte berechtigt sein, im Fall der vorzeitigen Vertragsauflösung den für die restliche Vertragsdauer verbleibenden Mitgliedsbeitrag als Schadenersatz mit sofortiger Fälligkeit zu verlangen. Insoweit normieren diese Klauseln eine Haftung des Verbrauchers für den Schaden wegen Nichterfüllung, die schon deshalb intransparent und gröblich benachteiligend ist, weil der Vertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen wird (siehe oben Punkt 5.) und die außerordentliche Kündigung das Dauerschuldverhältnis mit Wirkung ex nunc beenden soll, ohne dass vereinbarte oder gesetzliche Kündigungsfristen und/oder -termine zum Tragen kämen. Damit verschleiert der in der Klausel enthaltene Hinweis auf die Schadenersatzpflicht für die restliche Vertragsdauer den Inhalt und die wahre Tragweite, dass damit - wie die Beklagte in ihrem Rechtsmittel betont - auf den Kündigungsverzicht

abzustellen ist, sodass im Extremfall ein Jahresentgelt fällig sein soll. Da die Schadenersatzpflicht keinen materiell eigenständiger Regelungsbereich anspricht, der von der vorzeitigen Auflösung des Vertrags isoliert wahrgenommen werden könnte (vgl. RIS-Justiz RS0121187), ist auch die Klausel 12 zur Gänze betroffen. Eine geltungserhaltende Reduktion ist ausgeschlossen.

### 12. Klausel 13

*Für sonstige Schäden (wie zB 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.*

(Punkt 6.1 der AGB)

12.1 Der Kläger brachte dazu vor, § 6 Abs 1 Z 9 KSchG gestatte keinen generellen Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit. Darüber hinaus sei ungeachtet der demonstrativen Aufzählung unklar, was unter „sonstigen Schäden“ zu verstehen sei, weswegen diese Klausel auch gegen § 6 Abs 3 KSchG verstoße.

12.2 Die Beklagte wendete ein, die Klausel enthalte keine generelle Haftungsfreizeichnung, weil aus der Formulierung „sonstige Schäden“ für einen durchschnittlichen Verbraucher erkennbar sei, dass es nicht um Personenschäden oder Schäden, welche die vertraglichen Hauptleistungspflichten betreffen würde, handle.

12.3 Das Erstgericht schloss sich der Rechtsansicht der Beklagten an.

12.4 Das Berufungsgericht gab der dagegen erhobenen Berufung des Klägers Folge. Betrachte man Punkt 6.1 der AGB in seiner Gesamtheit, werde deutlich, dass die im zweiten Satz dieser Regelungen behandelten und vom

Kläger beanstandeten „sonstigen Schäden“ all jene seien, die nicht im ersten Satz dieser Bestimmung geregelt würden. Damit erfasst seien daher alle Schäden des Mitglieds außer den Schäden an der Person. Die Klausel verstoße daher weder gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, noch sei sie intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG. Die Klausel sei aber gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, weil die Haftung des Mitglieds gegenüber der Beklagten in keiner Richtung eingeschränkt sei. Beschädige er beispielsweise ein Gerät, hafte er auch bei leichter Fahrlässigkeit, während die Haftung der Beklagten, mit Ausnahme der Personenschäden, stark eingeschränkt sei. Für eine solche Ungleichbehandlung bestehe keine sachliche Rechtfertigung.

12.5 Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten mit der Argumentation, die gegenständliche Klausel begründe kein Ungleichgewicht zu Lasten der Verbraucher im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Es wäre vielmehr für die Beklagte unzumutbar, wenn die Mitglieder ebenfalls lediglich bei grober Fahrlässigkeit haften würden.

12.6 Die inkriminierte Klausel enthält in ihrem ersten Satz den (von der Klägerin nicht beanstandeten) Verweis auf die Haftung für Personenschäden nach den gesetzlichen Bestimmungen und beschränkt in ihrem zweiten Satz die Haftung für alle sonstigen Schäden auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit. Zur Zulässigkeit von Haftungsfreizeichnungen für leicht fahrlässig verursachte Schäden hat der Oberste Gerichtshof bereits wiederholt Stellung genommen. Danach wird zwar eine Beschränkung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit auch in AGB grundsätzlich als zulässig angesehen, jedoch die Auffassung abgelehnt, § 6 Abs 1 Z 9 KSchG lasse die Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit - auch über Personenschäden



hinausgehend - ganz generell zu (RIS-Justiz RS0117267; RS0016567 [T4]; zuletzt 5 Ob 42/11d; *Mayrhofer/Nemeth* aaO § 6 Abs 1 Z 9 KSchG Rz 12; *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 6 KSchG Rz 47). Die bloß demonstrative Aufzählung von Schäden (Arg.: zB Diebstahl oder Sachschäden an persönlichen Gegenständen) in der hier zu beurteilenden Klausel macht deutlich, dass der Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit - Personenschäden ausgenommen - umfassend sein soll und nicht zuletzt auch eine Freizeichnung bei Verletzung vertraglicher Hauptpflichten für die von der Beklagten oder ihren Erfüllungsgehilfen verursachten Schäden erfasst (vgl dazu *Mayrhofer/Nemeth* aaO). Eine sachliche Rechtfertigung für einen solchen weitgehenden Haftungsausschluss für leicht fahrlässig herbeigeführte Schäden ist nicht zu erkennen; die Klausel ist daher gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

### III. Zum Veröffentlichungsbegehren

Anspruchsvoraussetzung für die Urteilsveröffentlichung ist das „berechtigte Interesse“ daran (§ 25 Abs 3 UWG iVm § 30 Abs 1 KSchG). Dieses liegt bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass der Rechtsverkehr bzw die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- oder sittenwidrig sind. Durch die Aufklärung wird die Aufmerksamkeit der Verbraucher für die Unzulässigkeit von Vertragsbestandteilen geschärft und es wird ihnen damit erleichtert, ihre Rechte gegenüber Unternehmen wahrzunehmen. Die Urteilsveröffentlichung dient der Sicherung des Unterlassungsanspruchs und soll nicht nur eine schon bestehende unrichtige Meinung „stören“, sondern auch deren weiteres Umsichgreifen hindern. Sie soll

im Interesse der Öffentlichkeit den Verstoß aufdecken und die beteiligten Verkehrskreise über die wahre Sachlage aufklären (2 Ob 198/10x mwN; 1 Ob 105/14v). In der Regel ist die Urteilsveröffentlichung in einem solchen Umfang zuzusprechen, dass die Verkehrskreise, denen gegenüber die Rechtsverletzung wirksam geworden ist, über den wahren Sachverhalt oder Gesetzesverstoß aufgeklärt werden (RIS-Justiz RS0121963 [T9]).

Gemessen an diesem Zweck ist die bereits von den Vorinstanzen erkannte Veröffentlichung der verpönten Klauseln angemessen. Der Oberste Gerichtshof hat wiederholt (Nachweise etwa in 2 Ob 198/10x) eine Veröffentlichung in einer Samstags-Ausgabe der „Neuen Kronen-Zeitung“ für notwendig und angemessen erachtet. Die Beklagte betreibt Standorte unter anderem in Wien. Der Umstand, dass Verbraucher aus den umliegenden Bundesländern Niederösterreich und Burgenland nach Wien einpendeln, ist notorisch und wird von der Beklagten auch nicht ernsthaft in Zweifel gezogen. Damit ist nicht unwahrscheinlich, dass Verbraucher aus diesen Bundesländern die von der Beklagten an ihren Standorten in Wien angebotenen Leistungen in Anspruch nehmen, sodass die von den Vorinstanzen angeordnete Veröffentlichung auch in den Regionalausgaben für Niederösterreich und Burgenland nicht zu beanstanden ist.

Der Revision der Beklagten war daher insgesamt ein Erfolg zu versagen. Jener des Klägers hingegen war teilweise Folge zu geben.

#### IV. Kostenentscheidung

Die Kostenentscheidung hinsichtlich der Revision der Beklagten beruht auf § 41 Abs 1 und § 50 Abs 1 ZPO.

Die Beklagte blieb mit ihrer Revision erfolglos und hat dem Kläger daher die Kosten der

Revisionsbeantwortung zur Gänze zu ersetzen.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision des Klägers beruht für das Verfahren erster Instanz auf § 43 Abs 1 ZPO, für das Rechtsmittelverfahren zudem auf § 50 Abs 1 ZPO. Der teilweise Erfolg der Revision erfordert eine Neuberechnung der Kosten.

Der Kläger ist im Verfahren erster Instanz mit seinem Begehren hinsichtlich vier (nämlich Klauseln 1, 3, 4 und 5) von vierzehn Klauseln ohne Erfolg geblieben, wobei das teilweise Unterliegen bezüglich Klausel 2 erster Satz kostenmäßig als geringfügig außer Betracht bleiben kann. Entsprechend seiner Erfolgsquote gebühren ihm  $\frac{3}{7}$  der Verdienstsumme und  $\frac{5}{7}$  der Pauschalgebühr.

In zweiter Instanz richtete sich die Berufung des Klägers gegen zwei Klauseln (Klausel 8 und 13), wobei er zur Gänze durchgedrungen ist. Die Beklagte hat ihm daher die Kosten der Berufung zur Gänze zu ersetzen. Die Beklagte hat mit ihrer Berufung zwölf Klauseln bekämpft und blieb hinsichtlich drei Klauseln erfolgreich. Daraus folgt, dass sie dem Kläger die Hälfte der Verdienstsumme für die Berufungsbeantwortung zu ersetzen und im Gegenzug Anspruch auf  $\frac{1}{4}$  der von ihr getragenen Pauschalgebühr hat. Eine Saldierung ergibt den im Spruch ausgewiesenen Betrag.

Im Revisionsverfahren hat der Kläger fünf Klauseln bekämpft, wobei er nur hinsichtlich der Klausel 8 erfolgreich blieb. Die Beklagte hat daher Anspruch auf Ersatz von  $\frac{3}{5}$  der Verdienstsumme für ihre Revisionsbeantwortung und muss im Gegenzug dem Kläger  $\frac{1}{5}$  der Pauschalgebühr ersetzen. Zu berücksichtigen war jedoch, dass sich die Kostenbemessungsgrundlage für die Revisionsbeantwortung nach dem Streitwert der Revision des Klägers richtet (12.857,14 EUR) und der Einheitssatz gemäß § 23 Abs 3

RATG 50 % von der Verdienstsomme beträgt. Die Saldierung der jeweiligen Beträge führt zu der im Spruch ausgewiesenen Zahlungspflicht des Klägers.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 22. März 2016  
Dr. H r a d i l  
**Elektronische Ausfertigung**  
**gemäß § 79 GOG**