



## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Oberlandesgericht Graz hat als Berufungsgericht durch die Richter Dr.Bornet (Vorsitz), Dr.Kirsch und Mag<sup>a</sup>.Weiß 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 **FIT GmbH** (FN 403866x), Oberlimbach 33, 8271 Bad Waltersdorf, vertreten durch Piaty Müller-Mezin Schöllner Rechtsanwälte GmbH in Graz, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 30.500,00) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500,00), über die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes für ZRS Graz vom 31.Dezember 2015, 39 Cg 64/15h-8, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger zu Handen seiner Vertreterin binnen 14 Tagen die mit EUR 3.051,12 (darin EUR 508,52 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt insgesamt EUR 30.000,00.

Die ordentliche Revision gemäß § 502 Abs 1 ZPO ist **nicht zulässig**.

### ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Die Beklagte betreibt in Sebersdorf ein Fitnessstudio und verwendete zumindest bis Ende April 2015 in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ua folgende Klauseln:

1. Das Studio übernimmt keine Haftung für Gesundheits- oder Sachschäden, die durch unsachgemäßen Gebrauch des Mitglieds entstehen. Ebenso übernimmt die Fa. ITDS Computer GmbH – Fitter Hirsch keine Haftung bei Verlust von Bargeld ...

Sachbeschädigungen – auch fahrlässig verursachte – werden auf Kosten des Verursachers in Stand gesetzt. Der Kunde verpflichtet sich im Falle des Zufügens des Schadens von einem anderen Kunden, das Fitnessstudio klag- und schadlos zu halten.

2. Die Verhinderung eines Kunden – aus welchen Gründen auch immer – an der Inanspruchnahme des Trainings entbindet den Kunden nicht von der Bezahlung des vereinbarten Leistungsentgelts. Das Studio ist in diesem Fall weder zu einer Nachleistung, noch einer Rückzahlung, noch zu einer Duldung einer Aufrechnung verpflichtet.

3. Pro Mahnschreiben werden Gebühren in Höhe von EUR 19,00 geltend gemacht, welche vom Kunden zu übernehmen sind. Spesen für entstandene Rücklastschriften werden ebenfalls mit EUR 19,00 angesetzt. Die Fa. ITDS Computer GmbH – Fitter Hirsch ist bei tatsächlich angefallenen Spesen von mehr als EUR 19,00 berechtigt, seine Forderungen entsprechend anzupassen. Nach zweimaliger Rückbuchung in Folge wird dem Kunden der Zutritt zum Studio verwehrt. Bei Zahlungsverzug gelten 12 % Verzugszinsen p.a. als vereinbart.

4. Für ein allfälliges Abhandenkommen von persönlichem Eigentum wird vom Studio keine Haftung übernommen.

5. Für den Fall von Betriebsunterbrechungen (aufgrund von Reinigungs-, Instandsetzungs- oder Instandhaltungsarbeiten, Urlaub, etc.) erwächst dem Kunden kein Anspruch auf Minderung des vertraglich vereinbarten Leistungsentgelts oder auf anteilige Rückerstattung bereits bezahlter Beträge, sofern die Betriebsunterbrechung nicht mehr als zwei Wochen pro Jahr in Anspruch nimmt.

6. Nebenabreden bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform. Mündliche Nebenabreden sind jedenfalls rechtsunwirksam.

Das Formular „Mitgliedsvertrag“ enthielt zumindest bis Ende April 2015 folgende Klausel:

7. Pro Quartal sind EUR 25,00 Verwaltungsgebühr zu entrichten.

Der **klagende Verein** begehrte die Beklagte schuldig zu erkennen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in AGB, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde lege und/oder bei hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung dieser (7) Klauseln oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen sowie es zu unterlassen, sich auf derartige Klauseln zu berufen; weiters begehrte er die Erteilung der Ermächtigung, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, Regionalausgaben für Steiermark und Burgenland, auf Kosten der Beklagten mit gesperrt geschriebenen

Prozessparteien und in Fettumrandung in Normallettern zu veröffentlichen. Hilfsweise werde die Urteilsveröffentlichung in einer vom Gericht festzusetzenden Form in einem vom Gericht festzusetzenden Medium begehrt.

Die Beklagte verwende die von ihm beanstandeten Klauseln als Betreiberin eines Fitnessstudios im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in AGB, die sie den abgeschlossenen Verträgen zugrunde lege, bzw in Vertragsformblättern. Die Klauseln verstießen gegen gesetzliche Verbote und/oder die guten Sitten. Das Urteilsveröffentlichungsbegehren sei berechtigt, weil ein Interesse der betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der Beklagten bestehe.

Die **Beklagte** beantrage die Abweisung der Klagebegehren.

Die beanstandeten Klauseln verstießen nicht gegen ein gesetzliches Verbot und/oder die guten Sitten. Die begehrte Veröffentlichung sei überschießend, da der Personenkreis, an den sie sich wende, exakt abgrenzbar und regional auf den Umkreis von rund 15 km beschränkt sei.

Mit dem **angefochtenen Urteil** gab das Erstgericht den Unterlassungsbegehren statt; das Urteilsveröffentlichungsbegehren bezogen auf die „Kronen-Zeitung“ wies es ab, ermächtigte den Kläger aber zur Urteilsveröffentlichung einmal in einer Ausgabe des Südostjournals (Medienhaus Krois GmbH).

Es traf die auf den Seiten 3 bis 5 der Urteilsausfertigung ersichtlichen Feststellungen, auf die verwiesen und im erforderlichen Umfang zurückgekommen wird, und folgerte rechtlich:

Im Rahmen der vorliegenden Verbandsklage habe die Auslegung von Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen und sei danach zu prüfen, ob ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten vorliege. Die Klauseln seien generalisierend zu prüfen, weshalb es unerheblich sei, ob mit einzelnen Kunden einzelne Bestimmungen besonders genau durchbesprochen worden seien.

1. Die 1. Klausel verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB iVm § 6 Abs 1 Z 9 KSchG. Daraus ergebe sich nämlich ein (unbeschränkter) Haftungsausschluss für ein Mitverschulden der Beklagten. Der Wortlaut „Sachbeschädigungen – auch fahrlässig verursachte – werden auf Kosten des Verursachers in Stand gesetzt. Der Kunde verpflichtet sich im Falle des Zufügens des Schadens von einem anderen Kunden, das Fitnessstudio klag- und schadlos zu halten“ stelle auf die Haftung wegen bloßer Kausalität des Konsumenten für den Schaden ab, was diesen grob benachteilige, zumal das Mitverschulden eines anderen – auch der Beklagten – unbeachtet gelassen werde.

2. Die 2. Klausel sei gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, zumindest aber nachteilig im Sinne des § 864a ABGB. Der Passus „aus welchen Gründen auch immer“ schließe selbst solche, die aus der Sphäre der Beklagten kämen, mit ein. Die Verwendung des Wortes „Verhinderung“ bedeute nicht zwangsläufig, dass die Gründe nur in der Sphäre des Kunden liegen dürften. Das Aufrechnungsverbot verstoße zudem gegen § 6 Abs 1 Z 8 KSchG, weil gegebenenfalls dem Kunden die Möglichkeit genommen werde, mit einer Gegenforderung aufzurechnen, die im rechtlichen Zusammenhang mit einer Verbindlichkeit des Verbrauchers stehe.

3. Die 3. Klausel verstoße gleichfalls gegen § 879 Abs 3 ABGB. Mahn- und Rücklastspesen könnten danach selbst bei Unnötigkeit, Unzweckmäßigkeit und Unverhältnismäßigkeit (vgl § 1333 ABGB) verrechnet werden oder im Falle, dass sie dem Kunden nicht zuzurechnen seien. Ein Kunde müsse (ohne die Klausel) auch nicht davon ausgehen, dass sich die Beklagte nicht an ihre Vertragspflichten hält, obwohl der Vertrag weiter aufrecht bleibt, wenn er aus irgendeinem Grund das Entgelt zweimal nicht an die Beklagte überwiesen hat. Insoweit verstoße die Klausel auch gegen § 864a ABGB. Der Verzugszinssatz von 12 % p.a. sei dreimal so hoch wie der gesetzliche Verzugszinssatz und mangels sachlicher Rechtfertigung gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB.

4. Die 4. Klausel komme einer gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG verstoßenden Haftungsfreizeichnung gleich. Es wären auch Fälle umfasst, in denen vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten der Beklagten ursächlich sei.

5. Die 5. Klausel verstoße gegen § 9 KSchG. Damit könne der Verbraucher nicht auf eine entsprechende Vertragsverletzung der Beklagten mit Preisminderung reagieren. Eine (einseitige) entsprechende Leistungsminderung der Beklagten sei auch nicht geringfügig und sachlich gerechtfertigt, wenn die Beklagte ihren Kunden eine Zugangsmöglichkeit zu ihren Anlagen an 365 Tagen im Jahr und rund um die Uhr verspreche.

6. Die 6. Klausel verstoße gegen § 10 Abs 3 KSchG.

7. Die 7. Klausel verstoße gegen § 6c KSchG. Der Kunde müsse mit einem Zusatzentgelt in dieser Höhe auch nicht rechnen, sodass diese Bestimmung auch gemäß § 864a ABGB unwirksam sei.

Tatsächlich bestehe ein berechtigtes Interesse der betroffenen Verbraucherkreise an einer Urteilsveröffentlichung. Um den Veröffentlichungszweck zu erreichen, nämlich die von der Beklagten realistischerweise in ihrem näheren geographischen Umfeld angesprochenen tatsächlichen und potentiellen Kunden zu informieren, reiche die Veröffentlichung in einem Regionalmedium, konkret im Südostjournal, aus.

Gegen dieses Urteil richtet sich die **Berufung der Beklagten**.

Sie bekämpft es (erkennbar) im Umfang der Stattgebung des Klagebegehrens gänzlich, erhebt eine Beweis- und Tatsachen- sowie Rechtsrüge und stellt primär den Abänderungsantrag auf Abweisung der Klagebegehren; hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, dem Rechtsmittel keine Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Dem Antrag der Beklagten auf Anberaumung einer mündlichen Berufungsverhandlung war nicht stattzugeben, weil die Durchführung einer solchen entbehrlich ist (§ 480 Abs 1 ZPO).

#### 1. Zur Beweis- und Tatsachenrüge:

1.1. Bekämpft wird die Feststellung „... und der Mitgliedsbeitrag kann auch monatlich bezahlt werden.“ und ersatzweise festzustellen begehrt „... und der Mitgliedsbeitrag wird auch bei Wochentarifen monatlich abgebucht.“

1.2. Die bekämpfte Feststellung ist vom Beweisverfahren gedeckt und unbedenklich, was sich sogar aus den Berufungsausführungen ergibt, weshalb es dazu keiner weiteren Ausführungen bedarf.

#### 2. Zur Rechtsrüge:

2.1. Das Erstgericht hat durchaus auf den „branchentypischen Durchschnittsverbraucher“ abgestellt, der sich hier vom allgemeinen Durchschnittsverbraucher nicht unterscheiden wird, insbesondere was „juristische Fachbegriffe“ anlangt, um welche es im wesentlichen aber ohnehin nicht geht.

Soweit auf die „tatsächliche Handhabung“ verwiesen wird, nämlich dass „mit jedem Neukunden ein ausführliches Informations- und Aufklärungsgespräch vor Vertragsabschluss“ geführt werde, ist für die Beklagte nichts zu gewinnen.

Denn im (hier vorliegenden) Verbandsprozess kann weder auf die praktische Handhabung noch auf individuelle Erklärungen oder Vereinbarungen Rücksicht genommen werden (RIS-Jusitz RS0121726 und T4).

Deswegen bedurfte es auch nicht der diesbezüglich beehrten ergänzenden Feststellung (Berufungsschrift, Seite 7).

2.2. Auch der ergänzend beehrten Feststellung (Berufungsschrift, Seite 9) im Zusammenhang mit der 1. Klausel (Haftungsfreizeichnung) bedurfte es keineswegs. Auch wenn der Eingangsbereich und die Trainingsflächen des Fitnesscenters videoüberwacht sind,

rechtfertigt dies keineswegs die zitierte 1. Klausel.

Nicht nachvollziehbar ist, warum ein Verlust von Bargeld nur durch Alleinverschulden des Kunden möglich sein sollte. Abgesehen davon, dass eine Videoüberwachung nicht immer funktionieren muss, kann sie einen unbefugten Zutritt wohl erschweren, aber nicht unmöglich machen. Die Klausel verstößt eindeutig gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG. Insbesondere im Bereich von Personenschäden ist jede Haftungsbeschränkung gesetzwidrig. Die Klausel schließt auch jede Haftung der Beklagten für Verlust von Bargeld aus, selbst wenn dieser auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Leute der Beklagten beruht. Die im Verbandsprozess anzuwendende konsumentenfeindlichste Auslegung der Klausel – wobei für eine geltungserhaltende Reduktion bei Teilzulässigkeit kein Raum ist (RS0016590 und T1, T5, T6, T15, T17) - gebietet es, die Klausel so zu verstehen, dass die Beklagte jedenfalls und unabhängig von eigenem bzw ihr zurechenbarem Verschulden keine Haftung treffen soll, was auch gegen § 879 Abs 3 ABGB verstößt und wegen der unrichtigen Darlegung der Rechtslage zusätzlich gegen § 6 Abs 3 KSchG.

2.3. Die 2. Klausel sieht – bei kundenfeindlichster Auslegung – durchaus vor, dass auch dann das Entgelt zu bezahlen ist, wenn etwa die Beklagte selbst die Inanspruchnahme des Trainings verhindert (arg.: „aus welchen Gründen auch immer“). Denn ein Kunde ist auch dann an der Inanspruchnahme des Trainings verhindert.

Dass eine Unterbrechung des Vertrags ab 7 durchgängigen Tagen möglich ist (Punkt 8. der AGB in ./B), ist kein ausreichendes Korrektiv, führen doch etwa vom Kunden unverschuldete, aber von der Beklagten zu vertretende Verhinderungen von zB 6 Tagen zu keiner Entgeltreduktion.

Das Aufrechnungsverbot verstößt gegen § 6 Abs 1 Z 8 KschG, wenn eine Aufrechnung auch für konnexe Gegenforderungen ausgeschlossen wird.

Der ergänzend begehrten Feststellung (Berufungsschrift, Seite 11) bedarf es nicht, weil der Umstand, dass das Leistungsentgelt ein Pauschalentgelt ist, für die Beurteilung nicht entscheidend ist. Gerade wenn mit „Rund um die Uhr-Öffnungszeiten“ geworben wird, erwartet man sich diese auch, keineswegs aber eine Entgeltfortzahlung trotz Betriebsunterbrechung „aus welchen Gründen auch immer“, worauf diese Klausel bei kundenfeindlichster Interpretation hinausläuft.

2.4. Auch bezüglich der 3. Klausel unterlief dem Erstgericht kein Rechtsirrtum. Die Klausel sieht unabhängig vom betriebenen Betrag Mahngebühren von EUR 19,00 vor, desgleichen Spesen in dieser Höhe für entstandene Rücklastschriften, obwohl dem nur tatsächliche Kosten von EUR 7,00 bis EUR 8,00 gegenüberstehen.

Bedenkt man den Mindestwochentarif von EUR 7,90, so liegen die Mahnspesen für den Fall des Zahlungsrückstandes mit einer Monatsrate bei rund 60 % des offenen Entgelts. Dazu kommt im Fall einer Rücklastschrift die Verdoppelung, wobei die tatsächlichen Kosten wesentlich niedriger sind.

Zudem ist die Klausel so allgemein formuliert, dass Mahn- und Rücklaufspesen auch dann verrechnet werden können, wenn sie nicht notwendig oder zweckentsprechend sind, etwa wenn ein Kunde den Vertrag anfechtet oder sich auf dessen Unwirksamkeit beruft, was daher gegen § 1333 ABGB verstößt.

Die Zutrittsverweigerung nach zweimaliger Rückbuchung infolge ist für den Kunden insbesondere dann nachteilig und überraschend, wenn dennoch das Vertragsverhältnis aufrecht bleibt, er also durchaus weiter zahlungspflichtig ist, aber keine Gegenleistung erhält. Dies kommt einer nicht vorgesehenen Selbsthilfe gleich (vgl § 19 ABGB).

Warum der exorbitante Verzugszinssatz von 12 % p.a. nicht gröblich benachteiligend sein sollte (vgl § 1333 Abs 1 und § 1000 Abs 1 ABGB), bleibt unerklärt.

2.5. Die 4. Klausel (Abhandenkommen von persönlichem Eigentum) verstößt gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, weil damit eine Freizeichnung unabhängig von einem allfällig groben Mitverschulden der Beklagten (ihr zuzurechnender Personen) erfolgt. Ob die Beklagte ein Chip-Sicherungs- und Videoüberwachungssystem installiert hat, ist nicht entscheidungswesentlich, weil beides ein entsprechendes Mitverschulden der Beklagten/ihr zuzurechnender Personen nicht ausschließt und diese Systeme natürlich auch ausfallen können.

Wenn die Beklagte/ihr zuzurechnende Personen kein Verschulden am Schaden des Verbrauchers trifft, haftet sie ohnehin nicht; es ist aber nicht gesetzeskonform, Schadenersatzansprüche generell vorweg auszuschließen.

2.6. Die 5. Klausel (kurzfristige Betriebsunterbrechungen) verstößt durchaus gegen § 9 KSchG, wonach Gewährleistungsrechte des Verbrauchers nicht vorweg ausgeschlossen werden können.

Die Klausel bezieht sich auf jegliche Betriebsunterbrechung (arg.: „... etc.“), also nicht nur auf zwingende und/oder unverschuldete Fälle. Wegen der allgemeinen Formulierung könnte es sich auch um eine durchgehend 14-tägige Unterbrechung handeln, was besonders krass gegen die beworbenen „Rund um die Uhr-Öffnungszeiten“ verstieße.

Die ergänzend begehrte Feststellung ist wiederum unerheblich, weil es eben weder auf die praktische Handhabung noch auf die individuelle Erklärungen oder Vereinbarungen ankommt (s. o. 2.1.).

2.7. Die Berufungsausführungen zur 6. Klausel (Nebenabreden) sind nicht nachvollziehbar. Diese verstößt klar gegen § 10 Abs 3 KSchG, weil sie etwa auch für den Verbraucher vorteilhafte mündliche Nebenabreden für unwirksam erklärt.

Auf die begehrte zusätzliche Feststellung (Berufungsschrift, Seite 17) kommt es nicht an.

2.8. Die Beklagte sieht im Formular für den Mitglieds-Vertrag (. /B) unter dem wöchentlichen Mitgliedsbeitrag eine Verwaltungsgebühr von EUR 25,00 pro Quartal vor. Danach ist die Bezahlung geregelt, und zwar entweder Barzahlung (Einmalzahlung) oder „monatlich mittels SEPA Gutschrift“. Hierauf heißt es wörtlich:

„Hiermit ermächtige ich die Firma ITDS Computer GmbH – Fitter Hirsch widerruflich, die von mir zu entrichteten Zahlungen bei Fälligkeit zu Lasten meines Kontos mittels Einzugsermächtigungsverfahren einzuziehen (**alle vier Wochen am Montag viermal den Wochenbeitrag**) [Hervorhebung im Original]. Damit ist auch meine kontoführende Bank ermächtigt, die Lastschriften einzulösen, wobei für diese keinerlei Verpflichtung zur Einlösung besteht, insbesondere dann, wenn mein Konto die erforderliche Deckung nicht aufweist.“

Insgesamt gesehen bleibt damit unklar, ob die Verwaltungsgebühr zusätzlich zum wöchentlichen Mitgliedsbeitrag zu bezahlen oder in diesem enthalten ist. Für Letzteres spricht auch die Internet-Werbung der Beklagten, wo – größtmäßig hervorgehoben – mit „Fit ab 7,90 Euro pro Woche im Premium-Fitnessstudio!“ (. /D) geworben wird. Diese Klausel verstößt daher gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, was der Kläger auch schon in erster Instanz ausdrücklich geltend machte. Ob damit auch gegen andere Bestimmungen verstoßen wird, braucht daher nicht geprüft zu werden.

Auch hier bedarf es mangels Relevanz nicht der begehrten zusätzlichen Feststellung (s. Berufungsschrift, Seite 20).

2.9. Die Urteilsveröffentlichung dient zur Sicherung des Unterlassungsanspruches. Sie soll nicht nur eine schon bestehende unrichtige Meinung stören, sondern auch deren weiteres Umsichgreifen verhindern (RS0079764). 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 (RS0121963).

Davon ausgehend ist der – ohnehin deutlich eingeschränkte – Veröffentlichungszuspruch nicht zu beanstanden. Eine „Urteilsveröffentlichung durch nachweislich persönliches Anschreiben aller betroffenen Kunden“, wie von der Beklagten angestrebt, vermag diese Zwecke keineswegs ausreichend zu erreichen. Dass mit einer Veröffentlichung in einer Zeitung eine Rufschädigung mit entsprechenden wirtschaftlichen Konsequenzen einher gehen kann, mag sein, ändert aber nichts am gesetzlich vorgesehenen Veröffentlichungsanspruch.

3.

3.1. Aus diesen Gründen war der Berufung ein Erfolg zu versagen.

3.2. Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens stützt sich auf die §§ 41, 50 Abs 1 ZPO.

3.3. Beim Bewertungsausspruch war zwanglos von der von der Beklagten nicht beanstandeten Bewertung durch den Kläger auszugehen.

Erhebliche Rechtsfragen von der über den Einzelfall hinausgehenden, grundsätzlichen Bedeutung im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO stellten sich nicht, weshalb die ordentliche Revision an das Höchstgericht nicht zuzulassen ist.

---

**Oberlandesgericht Graz, Abteilung 2**  
**Graz, 25. Februar 2016**  
**Dr. René Bornet, Senatspräsident**

---

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG