



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf, Hon.-Prof. Dr. Kuras und Mag. Ziegelbauer sowie die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Dehn als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, 1041 Wien, Prinz-Eugen-Straße 20-22, vertreten durch Dr. Walter Reichholf, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei MW Health & Fitness GmbH, 8055 Graz, Triester Straße 391, vertreten durch die Altenweisl Wallnöfer Watschinger Zimmermann Rechtsanwälte GmbH in Innsbruck, wegen 1) Unterlassung (Streitwert: 30.500 EUR) und 2) Urteilsveröffentlichung (Streitwert: 5.500 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 6. Oktober 2011, GZ 3 R 164/11d-14, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz vom 28. Juli 2011, GZ 15 Cg 3/11f-10, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.961,64 EUR (darin 326,94 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 :

Die Klägerin ist eine zur Unterlassungsklage nach § 28 KSchG berechnigte Institution.

Die Beklagte ist Unternehmerin iSd § 1 KSchG

und betreibt Fitness-Studios, in denen für Kunden die Möglichkeit besteht, Fitnessgeräte und einen Saunabereich zu nutzen. In den Fitnessräumlichkeiten sind Trainer der Beklagten tätig (sog „Floor-Trainer“), die die Aufgabe haben, die Kunden auf Fehler bei der Benutzung der Fitnessgeräte hinzuweisen und für die Beachtung von Sicherheitskriterien zu sorgen. Die Beklagte kooperiert auch mit Fachärzten, Physiotherapeuten und Sportwissenschaftlern. Fachärzte sind nicht regelmäßig in den Räumlichkeiten der Beklagten anwesend, Physiotherapeuten und Sportwissenschaftler schon, jedoch in einem eigenen Raum. Haben Kunden Probleme, empfiehlt ihnen die Beklagte eine Kontaktaufnahme mit diesen Fachärzten, Physiotherapeuten oder Sportwissenschaftlern. Die Kunden müssen sich jedoch selbständig an diese wenden und allfällige (Behandlungs-)Verträge mit ihnen gesondert abschließen bzw honorieren.

Um das Angebot der Beklagten nutzen zu können, muss ein Kunde eine „Mitgliedsvereinbarung“ mit der Beklagten schließen, für die die Beklagte ein Vertragsformular verwendet, das sie auch schon vor dem 11. 6. 2010 verwendet hat. Dieses lautet auszugsweise wie folgt:

„Mitgliedsvereinbarung

1. Vertragsabschluss

Zwischen [dem „Fitness-Club“] und [dem Kunden] wird ein Trainingsvertrag abgeschlossen, der das Mitglied zum Besuch und zur Nutzung sämtlicher dem Training dienenden Einrichtungen des Fitnessclubs berechtigt. Nicht umfasst sind zusätzliche Leistungen (zB Solarium, Massagen), die entgeltlich in Anspruch genommen werden können.

2. Der Mitgliedsbeitrag

Der monatliche Mitgliedsbeitrag beträgt: ...

Für die Zeit des Kündigungsverzichts wird ein einmaliger Pauschalbetrag von 12 24 36 Monatsbeiträgen vereinbart. Die Grundlaufzeit beträgt ...

[...]

Der Mitgliedsbeitrag ist während der Laufzeit des Vertrags auch dann zu zahlen, wenn kein Gebrauch von den Leistungen des Fitness-Studios gemacht wird.

[...]

4. Zahlungsmodalitäten, Terminsverlust

Zahlungstermin ist der 1. oder 15. eines jeden Monats. Der Mitgliedsbeitrag ist zum Zahlungstermin im Vorhinein fällig. Der Pauschalbetrag ist in der Höhe der Monatsbeiträge in Monatsraten jeweils im Vorhinein zum 1. eines jeden Monats fällig. Ist ein Mitglied mit der Bezahlung einer Rate seit mindestens 6 Wochen in Verzug, so werden alle ausstehenden Raten des Pauschalbetrags zur sofortigen Bezahlung fällig, sofern das Mitglied unter Androhung des Terminsverlusts und der Setzung einer Nachfrist von mindestens zwei Wochen vom Fitness-Studio erfolglos gemahnt worden ist.

[...]

5. Vertragsdauer, Kündigung

Der Vertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen und kann von beiden Vertragsparteien mit einer Kündigungsfrist von einem Monat zum Ende des Kündigungsverzichts und von da an jeweils zum 1. 2. und 1. 8. eines jeden Jahres schriftlich gekündigt werden.

Für die ersten 12 24 36 Monate wird auf die Kündigungsmöglichkeit verzichtet, wodurch sich der Mitgliedsbeitrag auf den vereinbarten Preis verringert.

[...]

9. Unterbrechung und Ruhendstellung der

Mitgliedschaft

Sollte das Mitglied aufgrund nicht vorhersehbarer Umstände wie beispielsweise Verletzungen, Schwangerschaft, schwere Krankheit für eine bestimmte, längere Zeit an der Inanspruchnahme der Leistungen des Fitness-Studios gehindert sein, besteht die Möglichkeit, auf dem Kulanzweg die Mitgliedschaft auszusetzen. Voraussetzung dafür ist die unverzügliche Anzeige der Umstände unter Angabe der voraussichtlichen Dauer der Unterbrechung durch das Mitglied.

Erfolgt die Aussetzung der Mitgliedschaft während der Dauer des Kündigungsverzichts, so hat das Mitglied die Raten weiter für die Dauer des Kündigungsverzichts zu bezahlen. Anschließend wird die Dauer der Unterbrechung in Form von beitragsfreien Monaten angerechnet.“

Der monatliche Grundmitgliedsbeitrag beträgt derzeit 90 EUR. Für die Kunden der Beklagten besteht die Möglichkeit, einen Kündigungsverzicht für Zeiträume von 12, 24 oder 36 Monaten abzugeben. Je länger die Dauer des Kündigungsverzichts ist, desto günstiger ist der von den Kunden zu zahlende monatliche Tarif. Bei einem Kündigungsverzicht für 24 Monate beläuft sich der monatliche Grundmitgliedsbeitrag auf 80 EUR, bei einem Kündigungsverzicht von 36 Monaten beträgt dieser 75 EUR. Nach Ablauf des Zeitraums, für den der Kunde einen Kündigungsverzicht abgegeben hat, besteht dieselbe Kündigungsmöglichkeit wie bei von Anfang an unbefristeten Mitgliedschaften. Darüber hinaus besteht auch die Möglichkeit des Erwerbs einer Monatskarte, einer Tageskarte oder einer 10-Punkte-Karte, die ein zehnmaliges Training ermöglicht. Gegen eine jährliche einmalige Aufzahlung zusätzlich zum Grundmitgliedsbeitrag bietet die Beklagte als

zusätzliche Leistung die Nutzung weiterer Geräte an, die (mithilfe von Informationen, die auf der Chipkarte des Kunden gespeichert sind) individuell für die Bedürfnisse des Kunden eingestellt werden.

Will ein Kunde Mitglied der Beklagten werden, so werden ihm die dargestellten Möglichkeiten erklärt. Die vom Kunden gewünschte Höhe des monatlichen Mitgliedsbeitrags und die - mit einem Kündigungsverzicht verbundene - Dauer der Grundlaufzeit wird in Punkt 2 des Formulars von Mitarbeitern der Beklagten am PC ausgefüllt und ausgedruckt. Auf dem ausgedruckten Formular werden sodann die den Kundenwünschen entsprechenden Kästchen betreffend die Dauer des Kündigungsverzichts in den Punkten 2 und 5 des Formulars händisch angekreuzt.

Etwa 50 % bis 70 % der Kunden der Beklagten schließen längerfristige Verträge ab und wählen einen der für den Kündigungsverzicht angebotenen Zeiträume; unter diesen Kunden entscheiden sich etwa 75 % für die (längste) Variante von 36 Monaten.

Die Klägerin mahnte die Beklagte mit Schreiben vom 27. 8. 2010 iSd § 28 Abs 2 KSchG (auch) betreffend die hier zu beurteilenden Vertragsklauseln ab, die Beklagte gab die geforderte Unterlassungserklärung nicht ab.

Die **Klägerin** begehrt, gestützt auf die §§ 28 und (teilweise) 28a KSchG, mit dem im Revisionsverfahren noch zu behandelnden Teil des Hauptbegehrens sowie dem Eventualbegehren die Unterlassung der Verwendung bzw Berufung auf folgende Klauseln der Mitgliedsvereinbarung:

a) Für die ersten ... **24** ... Monate wird auf die Kündigungsmöglichkeit verzichtet, wodurch sich der Mitgliedsbeitrag auf den vereinbarten Preis verringert.

b) Für die ersten ... **36** Monate wird auf die Kündigungsmöglichkeit verzichtet, wodurch sich der

Mitgliedsbeitrag auf den vereinbarten Preis verringert.

c) Ist ein Mitglied mit der Bezahlung einer Rate seit mindestens 6 Wochen in Verzug, so werden alle ausstehenden Raten des Pauschalbetrags zur sofortigen Bezahlung fällig, sofern das Mitglied unter Androhung des Terminverlusts und der Setzung einer Nachfrist von mindestens zwei Wochen vom Fitness-Studio erfolglos gemahnt worden ist.

Die Klägerin begehrt weiters die Ermächtigung zur Veröffentlichung des klagestattgebenden Urteils im redaktionellen Teil einer Samstags-Ausgabe der „Neuen Kronen Zeitung“ für das Bundesland Steiermark.

Sie brachte zusammengefasst vor, dass § 15 KSchG auf einen Trainingsvertrag eines Fitness-Studios Anwendung finde, weil es sich um einen Vertrag über wiederkehrende Leistungen handle, bei dem das werkvertragliche Element nicht bloß eine untergeordnete Nebenrolle spiele. Ein Kündigungsverzicht für die Dauer von 2 oder 3 Jahren verstoße gegen die Bestimmung, weil diese ein Kündigungsrecht des Verbrauchers erstmals zum Ablauf des ersten Jahres unter Einhaltung einer zweimonatigen Frist vorsehe, danach zum Ablauf jeweils eines halben Jahres. Auch wenn § 15 KSchG nicht anwendbar wäre, verstießen derartig lange Bindungsfristen gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG. Die sich aus § 15 KSchG ergebende Wertung des Gesetzgebers, wonach bei Verträgen über wiederkehrende Leistungen eine Bindungsfrist von mehr als einem Jahr unangemessen lang erscheine, sei auch bei der Auslegung des § 6 Abs 1 Z 1 KSchG zu beachten. Eine sachliche Rechtfertigung für Bindungsfristen von 2 oder 3 Jahren fehle im konkreten Fall. Die Praxis der Beklagten, einen Kündigungsverzicht für einen bestimmten Zeitraum zu vereinbaren, habe „System“ und beeinträchtige die allgemeinen Interessen der Verbraucher.

Die Vereinbarung eines Terminsverlusts im Fall des Verzugs mit der Zahlung einer Rate verstoße gegen die § 13 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB. Auch wenn von einem Pauschalbetrag die Rede sei, werde tatsächlich ein monatlicher Mitgliedsbeitrag vereinbart. Entgegen § 13 KSchG habe die Beklagte ihre Leistung noch nicht erbracht, vielmehr finde ein periodischer Leistungsaustausch statt, der für ein Dauerschuldverhältnis typisch sei. § 13 KSchG sei zumindest auf vor dem 11. 6. 2010 abgeschlossene Verträge anzuwenden. Eine sachliche Rechtfertigung dafür, dass der Verbraucher hinsichtlich des gesamten Entgelts im Voraus leistungspflichtig werden solle sei - auch unter Beachtung des § 1052 ABGB - nicht ersichtlich.

Die **Beklagte** wandte dagegen im Wesentlichen ein, dass § 15 KSchG auf die hier zu beurteilenden Trainingsverträge, die insbesondere kein werkvertragliches Element enthielten, nicht anzuwenden sei. Die Vereinbarung eines Kündigungsverzichts und einer allfälligen Entgeltreduktion erfolge individuell und durch Ausfüllen der Formulare, sodass insofern keine Vertragsformblätter von der Beklagten verwendet würden. § 6 Abs 1 Z 1 KSchG sei nicht anzuwenden, weil sich die Beklagte gar keine Vertragsdauer ausbedinge, sondern vielmehr ihren Kunden die Wahlmöglichkeit überlasse. Eine übermäßig lange Bindung liege hier schon infolge der dem Kunden offenstehenden Wahlmöglichkeit zwischen mehreren Tarifen nicht vor. Darüber hinaus seien bei einer Interessenabwägung selbst im Fall der Anwendbarkeit des § 6 Abs 1 Z 1 KSchG die erforderlichen hohen Investitionen der Beklagten zu berücksichtigen, die eine längere Bindung des Kunden rechtfertigten. Die Vereinbarung eines Terminsverlusts verstoße nicht gegen die - aufgehobene - Bestimmung des § 13 KSchG, weil hier dem Kunden durch die Übergabe der

Chipkarte die Möglichkeit eröffnet worden sei, die Leistungen der Beklagten auch im Fall eines Zahlungsverzugs in Anspruch zu nehmen. Diese Bestimmung sei auch nicht gröblich benachteiligend und werde etwa in Leasingverträgen für zulässig erachtet.

Das **Erstgericht** gab dem, die Unwirksamkeit der Kündungsverzichts-klauseln von 24 bzw 36 Monaten jeweils separat geltend machenden Eventualbegehren ebenso wie dem Hauptbegehren der Klägerin betreffend die Terminsverlustklausel und dem Veröffentlichungsbegehren statt. Das weitere die Kündungsverzichts-klauseln für 24 und 36 Monate gemeinsam umfassende Hauptbegehren der Klägerin wies es ab, wobei diese Abweisung mangels Anfechtung in Rechtskraft erwuchs. Die Zurverfügungstellung von Fitnessgeräten stelle keine werkvertragliche Leistung dar, sodass § 15 KSchG im vorliegenden Fall nicht anzuwenden sei. Die vorzunehmende Interessenabwägung ergebe allerdings hier, dass eine Bindungsfrist von 24 oder 36 Monaten übermäßig lang und daher unzulässig iSd § 6 Abs 1 Z 1 KSchG sei. § 13 KSchG gelte für alle Verbraucherverträge und daher auch für solche über wiederkehrende Leistungen. Die Beklagte schulde die Zurverfügungstellung von Fitnessgeräten und könne ihre Leistungen daher weder sofort noch zum Zeitpunkt eines allfälligen Terminsverlusts bereits erbracht haben, sodass die Terminsverlustklausel gegen § 13 KSchG verstoße. Dies sei hier ungeachtet der mit Ablauf des 10. 6. 2010 erfolgten Aufhebung dieser Bestimmung aufzugreifen, weil die Beklagte die hier zu beurteilenden Vertragsformulare bereits vor diesem Zeitpunkt verwendet habe. Wiederholungsgefahr liege vor, weil die Beklagte die verlangte Unterlassungserklärung nicht abgegeben habe. Das Veröffentlichungsbegehren sei berechtigt, weil ein bloßes

Rundschreiben an die Mitglieder der Beklagten den Zweck der Veröffentlichung nicht erfülle.

Das **Berufungsgericht** gab der von der Beklagten gegen dieses Urteil erhobenen Berufung nicht Folge. Es gelangte zu dem Ergebnis, dass zwar die werkvertraglichen Elemente des zwischen der Beklagten und ihren Kunden abgeschlossenen Vertrags hier nicht in den Vordergrund treten. Dennoch liege in der Herstellung, Aufrechterhaltung und Bereitstellung einer organisierten Trainingsgelegenheit ein gewisser Erfolg, der es rechtfertige, die Kündigungsbestimmung des § 15 KSchG auf das vorliegende Vertragsformblatt anzuwenden. Es fehle auch an einer sachlichen Rechtfertigung, den Verbraucher, dessen Vertrag primär auf die Nutzung eines Fitness-Studios abzielt, schlechter zu stellen, als einen Verbraucher, dessen Vertrag neben der Nutzung eines Fitness-Studios etwa auch ein gezieltes Körpertraining oder andere werkvertragliche Leistungen beinhalte. Im Ergebnis verstießen daher sämtliche der hier zu beurteilenden Klauseln gegen § 15 KSchG. Zweck der Urteilsveröffentlichung im Verbandsverfahren sei nicht nur die Information der unmittelbar betroffenen Geschäftspartner, sondern auch der potentiellen Vertragspartner und Konkurrenten des Unternehmers, sodass die Veröffentlichung des Urteils in der Regionalausgabe einer Tageszeitung gerechtfertigt sei.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Wert des Streitgegenstands 30.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei, weil zur Frage der Anwendbarkeit des § 15 KSchG auf Verträge mit Betreibern von Fitness-Studios Rechtsprechung fehle.

Gegen dieses Urteil richtet sich die von der Klägerin beantwortete Revision der Beklagten.

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht

genannten Grund zulässig, sie ist aber nicht berechtigt.

1. Wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er von ihm geschlossenen Verträgen zugrunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, oder wer solche Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt, kann gemäß § 28 KSchG von einem nach § 29 KSchG klageberechtigten Verband auf Unterlassung geklagt werden. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist. 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 (9 Ob 66/08h mwH).

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beidseitigen 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 zgedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (*Krejci in Rummel*, ABGB³ § 879 Rz 240; 9 Ob 66/08h mwH; RIS-Justiz RS0016914; RS0014676). Die Bestimmung des § 879 Abs 3 ABGB will vor allem den Missbrauch der Privatautonomie durch Aufdrängen

benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen seitens eines typischerweise überlegenen Vertragspartners, vor allem bei der Verwendung von Allgemeinen Bedingungen, bekämpfen (4 Ob 141/11f; 6 Ob 253/07k).

Zur inhaltlichen Beurteilung der verschiedenen Klauseln ist weiters allgemein voranzustellen, dass nach ständiger Rechtsprechung eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Vertragsbestimmung im „Verbandsprozess“ im „kundenfeindlichsten Sinn“ auszulegen ist (RIS-Justiz RS0016590). Auch eine geltungserhaltende Reduktion wird nach ständiger Rechtsprechung als nicht möglich erachtet (RIS-Justiz RS0038205 mwN). 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 den Kunden der Beklagten die nachteiligste ist.

2. Zur Frage der Anwendbarkeit des § 15 KSchG:

2.1 Allgemein legt § 15 Abs 1 KSchG fest, dass Verträge, durch die sich Unternehmer zur wiederholten Leistung beweglicher körperlicher Sachen einschließlich Energie oder zu wiederholten Werkleistungen (etwa Wartungsverträge, Serviceverträge oder Entsorgungsverträge, vgl RIS-Justiz RS0114187), und der Verbraucher zu wiederholten Geldleistungen verpflichtet und die für eine unbestimmte oder ein Jahr übersteigende Zeit geschlossen worden sind, vom Verbraucher unter Einhaltung einer zweimonatigen Frist zum Ablauf des ersten Jahres; danach zum Ablauf jeweils eines halben Jahres, gekündigt werden können. Im Wesentlichen soll diese Schutzbestimmung die Verbraucher vor schwer auflösbaren überlangen Vertragsbindungen schützen (vgl nur 9 Ob 66/08h mwH). Die hier entscheidende Frage ist, ob die vorliegenden

Trainingsverträge mit einem Fitness-Studio in den Anwendungsbereich des § 15 KSchG fallen. Dies wäre nicht nur dann zu bejahen, wenn der Vertrag (der unzweifelhaft keine kaufvertraglichen Elemente aufweist) als Werkvertrag im Sinne des gesetzlichen Vertragstyps (§§ 1151 Abs 1, 1165 ABGB) anzusehen wäre, sondern auch dann, wenn ein Mischvertrag (etwa mit miet-, dienstvertrags- oder werkvertragsrechtlichen Elementen) vorliegen sollte, bei dem das werkvertragliche Element nicht bloß eine untergeordnete Rolle spielt (RIS-Justiz RS0115412; RS0018777; 6 Ob 104/01i; 6 Ob 69/05y).

2.2 Beim Werkvertrag schuldet der Unternehmer einen bestimmten Erfolg. Beim freien Dienstvertrag (der sich vom echten Dienstvertrag der §§ 1151 f ABGB durch das Fehlen persönlicher Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit unterscheidet: RIS-Justiz RS0021518) hat der Dienstnehmer seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen und persönliche Dienstleistungen zu erbringen, schuldet aber keinen bestimmten Erfolg (vgl nur *Krejci* aaO § 1151 Rz 92 f und 96; RIS-Justiz RS0021330). Charakteristischer Geschäftsinhalt des Bestandvertrags ist die Gebrauchsüberlassung einer unverbrauchbaren Sache gegen Entgelt (§ 1090 ABGB) mit einer Erhaltungspflicht des Bestandgebers (§ 1096 Abs 1 ABGB). Der Oberste Gerichtshof hat sich mit der Abgrenzungsproblematik dieser Vertragstypen ua in der Entscheidung 6 Ob 69/05y zur Beurteilung eines Mobilfunkvertrags auseinandergesetzt und ist dort zum Ergebnis gelangt, dass beim Mobilfunkvertrag mietvertragliche und dienstvertragliche Elemente überwiegen, weil der Netzbetreiber insbesondere keinen Erfolg schuldet. § 15 KSchG sei auf den Vertrag daher nicht anzuwenden. Diese Bestimmung sei nur auf die im Gesetz angeführten Dauerschuldverhältnisse anwendbar, eine extensive Auslegung

komme nicht in Frage (ebenso in der Folge 9 Ob 66/08h; 9 Ob 68/08b; RIS-Justiz RS0114187).

2.3 Für die Beurteilung des hier vorliegenden Trainingsvertrags kommt es entscheidend auf die vertraglichen Umstände des Einzelfalls an, also darauf, welcher Vertragstyp den Kern des Vertragsverhältnisses nach dem Parteiwillen ausmacht. Nach den Feststellungen ist der wesentliche Inhalt des Vertrags die Zurverfügungstellung von Sport- und Fitnessgeräten, wodurch der Vertrag starke mietrechtliche Merkmale enthält. Entgegen der Rechtsansicht des Berufungsgerichts liegt in der Herstellung, Bereitstellung und Aufrechterhaltung einer organisierten Trainingsgelegenheit kein werkvertraglich geschuldeter Erfolg, weil die Zurverfügungstellung einer Trainingsgelegenheit - anders als bei einem Zielschuldverhältnis - auf Dauer zu erfolgen hat. Soweit „Floor-Trainer“ korrigierend oder beratend beim Training eingreifen, enthält der Vertrag auch dienstvertragliche Elemente. Ob nun mietvertragliche oder dienstvertragliche Elemente überwiegen (so für den Vertrag mit einem Fitness-Studio *Mayrhofer* in *Klang*³ § 15 KSchG Rz 4; ähnlich zur deutschen Rechtslage *Westphalen*, in: Klauselwerke, Fitness- und Sportstudiovertrag Rz 1 mzn; *Coester* in *Staudinger*, BGB § 307 Rz 600; BGH NJW 1997, 193, 194), kann dahingestellt bleiben, weil die Beklagte unzweifelhaft keinen Erfolg schuldet, sodass (allfällige) werkvertragliche Elemente nur eine untergeordnete Rolle spielen. § 15 KSchG gelangt daher auf den hier zu beurteilenden Trainingsvertrag nicht zur Anwendung. Daran vermag im Hinblick auf die bereits dargestellte klare Entscheidung des Gesetzgebers, dass § 15 KSchG nur auf die im Gesetz angeführten Dauerschuldverhältnisse anwendbar ist (ausführlich 6 Ob 69/05y), auch nicht der von Vertretern der Lehre betonte

Schutzcharakter des § 15 KSchG gegen zu langfristige Bindungen des Verbrauchers auch für einen Vertrag wie den vorliegenden etwas zu ändern (*Kolba* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG³ § 15 Rz 5; ähnlich, allerdings mit Betonung der maßgeblichen Vertragsgestaltung im Einzelfall auch *Kathrein* in *KBB*³ § 15 KSchG Rz 2).

3. Zum behaupteten Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG (Punkt 5 der Mitgliedsvereinbarung):

3.1 Nach § 6 Abs 1 Z 1 zweiter Fall KSchG sind für den Verbraucher Vertragsbestimmungen iSd § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen er während einer unangemessen langen Frist an den Vertrag gebunden ist. Diese Norm bietet daher auch für Dauerschuldverhältnisse wie den hier zu beurteilenden Vertrag mit einem Fitness-Studio einen im Einzelfall anhand einer Interessenabwägung auszufüllenden Orientierungsrahmen (10 Ob 34/05f). Bei der Prüfung, ob eine unangemessen lange Vertragsbindung gemäß § 6 Abs 1 Z 1 zweiter Fall KSchG bzw gemäß § 879 Abs 3 ABGB vorliegt, ist eine Gesamtwertung aller einschlägigen Vertragsumstände vorzunehmen (9 Ob 68/08b; RIS-Justiz RS0121007). Die Interessen des Unternehmers auf Durchführung des Vertrags sind gegen die Interessen des Verbrauchers auf angemessene und feststellbare Erfüllungszeit abzuwägen (*Mayrhofer/Tangl* in *Klang*³ § 6 Abs 1 Z 1 KSchG Rz 18). Die Angemessenheit der Frist richtet sich nach der Art des Geschäfts und den von redlichen Vertragsparteien üblicherweise vereinbarten Fristen. Die sachliche Rechtfertigung einer längeren Bindung des Verbrauchers an den Vertrag kann sich etwa auch aus dem Interesse des Unternehmers ergeben, aufgrund des Umfangs seiner Investitionen und dem damit verbundenen wirtschaftlichen Risiko für länger klare Verhältnisse zu schaffen (1 Ob 176/98h; 3 Ob 121/06z; *Kathrein* aaO § 6

KSchG Rz 6 mwH; RIS-Justiz RS0123616). Bei der Beurteilung der Angemessenheit der Bindungsfrist ist auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen (9 Ob 75/10k mwH).

3.2 Das Argument der Beklagten, es hänge ausschließlich vom Willen des Kunden ab, ob er einen Vertrag ohne Bindungsfrist oder mit Kündigungsverzicht abschließen wolle, sodass § 6 Abs 1 Z 1 KSchG schon deshalb nicht anzuwenden sei, weil sich die Beklagte gar keine Vertragsdauer im Sinn dieser Bestimmung „ausbedinge“, überzeugt nicht. Für die Anwendbarkeit des § 6 Abs 1 Z 1 KSchG ist es nach allgemeiner Auffassung nicht erforderlich, dass sich der Unternehmer eine längere Befristung geradezu „ausbedingt“. Vielmehr genügt es, wenn er sich eine derartige Rechtsfolge „geben lässt“ (*Kathrein* aaO § 6 KSchG Rz 6). Dies gilt entgegen der Rechtsansicht der Revisionswerberin nicht nur für die Fallgruppe der übermäßig langen Bindung an Offerte: Es kommt vielmehr bei keinem der Tatbestände des § 6 Abs 1 KSchG darauf an, ob der Verbraucher die ungültige Vertragsbestimmung einseitig und aus freien Stücken anbietet oder nicht (9 Ob 68/08b). Anders als die in § 6 Abs 2 KSchG geregelte Gruppe von Vertragsbestimmungen, die, wenn sie im Einzelnen ausgehandelt wurden, zulässig sein können, sind die in § 6 Abs 1 KSchG geregelten Fälle auch dann unzulässig, wenn die Parteien des Verbrauchergeschäfts diese Klauseln ausgehandelt haben sollten (*Krejci* aaO § 6 KSchG Rz 5). Der Gesetzgeber nimmt an, dass typischerweise die unzulässigen Vertragsbestandteile des § 6 KSchG dem Verbraucher aufgedrängt werden, weil dieser dem Unternehmer in der Regel unterlegen ist. Der Oberste Gerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass nicht zu prüfen ist, ob diese Annahme tatsächlich in jedem Einzelfall zutrifft, weil Beweisschwierigkeiten im Sinne einer effektiven

Umsetzung des Verbraucherschutzes vermieden werden sollen (9 Ob 68/08b mwH).

3.3 Auch die Wahlmöglichkeit zwischen mehreren Varianten der Dauer des Kündigungsverzichts (12, 24 oder 36 Monate) ändern nichts am Charakter dieser Klauseln als Allgemeine Geschäftsbedingungen. Eine Legaldefinition der von § 28 Abs 1 KSchG verwendeten Begriffe der „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ bzw „Vertragsformblätter“ existiert nicht. Nach der Rechtsprechung sind unter Allgemeinen Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen zu verstehen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat (7 Ob 15/10x; 7 Ob 89/08a ua). Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nur dann nicht vor, wenn Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind (7 Ob 89/08a).

Die bestehende Wahlmöglichkeit zwischen mehreren Klauselvarianten (Kündigungsverzicht für 12, 24 oder 36 Monate oder Abschluss eines unbefristeten Vertrags) ändert nichts am spezifischen Ungleichgewicht von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (*Leitner*, Zur Inhaltskontrolle bei Wahlmöglichkeit zwischen mehreren Klauselvarianten, in *Knyrim/Leitner/Perner/Riss*, Aktuelles AGB-Recht 61). Auch im konkreten Fall kann der Kunde der Beklagten lediglich zwischen vorformulierten Vertragsklauseln wählen. Diese Wahlmöglichkeit allein nimmt dem Klauselwerk noch nicht den Charakter von Allgemeinen

Geschäftsbedingungen und unterliegt daher der Klauselkontrolle des § 28 Abs 1 KSchG (*Leitner* aaO, 61). Weitere nach den Feststellungen vorhandene Vertragsmöglichkeiten, wie etwa der Erwerb eines Tages- oder Monatstickets, oder einer 10-Punkte-Karte, ändern daran schon deshalb nichts, weil sie nicht Teil der hier zu beurteilenden Mitgliedsvereinbarung sind und daher im Rahmen des Abschlusses einer solchen als Wahlmöglichkeit nicht zur Verfügung stehen.

Es handelt sich entgegen der Rechtsansicht der Beklagten bei den angefochtenen Kündigungsverzichtsbestimmungen auch nicht um „eine“ Klausel, deren geltungserhaltende Reduktion im Verbandsverfahren unzulässig wäre, sondern vielmehr um drei verschiedene, selbständige Klauselalternativen, deren Vereinbarung jeweils einer bestimmten Dauer des Kündigungsverzichts einen bestimmten Tarif zuordnet. Zutreffend ist daher bereits das Erstgericht davon ausgegangen, dass - im Sinne des Eventualbegehrens - die Vereinbarung eines Kündigungsverzichts über 24 bzw 36 Monate als selbständig im Verbandsverfahren überprüfbare AGB-Klauseln anzusehen sind.

3.4 Als wesentliches Argument für die Zulässigkeit der vereinbarten Dauer eines Kündigungsverzichts über 24 bzw 36 Monate führt die Beklagte einerseits an, dass dem Kunden die Möglichkeit der Tarifwahl offen steht, andererseits sei die Kalkulation eines niedrigeren Monatsbeitrags angesichts der erheblichen Investitionen - zu denen allerdings Feststellungen des Erstgerichts fehlten, weshalb das Verfahren insofern sekundär mangelhaft sei - nur bei einer Mindestlaufzeit des Vertrags von (zwei bzw) drei Jahren möglich. Der Oberste Gerichtshof hat in diesem Zusammenhang bereits ausgesprochen, dass eine

gröbliche Benachteiligung der Vertragspartner eines AGB-Verwenders iSd § 879 Abs 3 ABGB im Allgemeinen dann nicht vorliegt, wenn er seinen Kunden eine vertragliche Alternative anbietet, bei deren Wahl die Übernahme eines höheren wirtschaftlichen Risikos durch den Anbieter mit einem höheren Preis abgegolten wird (3 Ob 121/06z mwN; 4 Ob 91/08y). Es mangle in einem solchen Fall gewöhnlich an einer „verdünnten Willensfreiheit“ und einer besonders gravierenden Ungleichgewichtslage in vertraglich festgelegten Rechtspositionen (so - allerdings zu einem Geschäft zwischen Unternehmern - 10 Ob 54/04w). Dem von der Beklagten in diesem Zusammenhang ins Treffen geführten „Preisargument“ - je länger die Dauer des Kündigungsverzichts, desto geringer der monatliche Mitgliedsbeitrag - kommt nach der Rechtsprechung nur insofern eingeschränkte Bedeutung zu, als benachteiligende Bestimmungen in einzelnen Punkten bei einer vorzunehmenden Gesamtbetrachtung auch gerechtfertigt erscheinen können: Insbesondere können Nachteile durch andere vorteilhafte Vertragsbestimmungen ausgeglichen werden (6 Ob 253/07k; 6 Ob 220/09k mwH; *Leitner* aaO 62).

3.5 Allerdings fehlt es auch unter Berücksichtigung der günstigeren Tarife bei längerer Vertragsbindung im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung der Mitgliedsvereinbarung hier an einer sachlichen Rechtfertigung der Bindungsfristen von 24 und 36 Monaten.

3.5.1 Nach den dargelegten Grundsätzen zur Angemessenheit einer Bindungsfrist im Fall einer Wahlmöglichkeit hat der Oberste Gerichtshof etwa eine Bindungsfrist für die Miete einer neuen Telekommunikationsanlage von zehn Jahren bei gleichzeitiger Wahlmöglichkeit eines anderen Tarifmodells mit einer

geringeren Mindestvertragslaufzeit ebenso als zulässig gebilligt (3 Ob 121/06z) wie eine Mindestbindung von 18 bzw 24 Monaten bei einem Mobiltelefonievertrag im Zusammenhang mit dem Erwerb eines preisgestützten Endgeräts (6 Ob 69/05y; 4 Ob 91/08y). Rechtsprechung zu einem Trainingsvertrag wie dem hier vorliegenden fehlt unter diesem Aspekt bislang. Der hier zu beurteilende Vertrag unterscheidet sich aber vor allem insofern von den zuletzt genannten Mobiltelefonieverträgen, weil die Beklagte ihren Kunden keine dem Erwerb eines preisgestützten Mobiltelefons vergleichbare Leistung zu Beginn des Vertragsverhältnisses erbringt, sondern lediglich ihre Infrastruktur zur Verfügung stellt. Diese Entscheidungen können auf den vorliegenden Vertrag daher nicht unmittelbar angewendet werden.

3.5.2 Dem Argument der Klägerin, dass selbst dann, wenn § 15 KSchG auf den hier zu beurteilenden Vertrag nicht anzuwenden ist, zumindest dessen Wertungen für die Beurteilung der zulässigen Höchstbindungsdauer nach § 6 Abs 1 Z 1 zweiter Fall KSchG herangezogen werden können, kann eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden (vgl in diese Richtung etwa *Krejci* aaO § 15 KSchG Rz 10; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB³ § 15 KSchG Rz 5). Dafür spricht auch, dass der hier zu beurteilende Vertrag mit den in § 15 KSchG genannten Energielieferungsverträgen bzw Abonnementverträgen durchaus zu vergleichen ist (*Kolba* aaO § 15 Rz 5 aE). Einer näheren Auseinandersetzung damit bedarf es hier allerdings im Hinblick auf die noch darzustellenden weiteren vertraglichen Einschränkungen des Kunden für den Fall der Vereinbarung eines Kündigungsverzichts nicht.

3.5.3 So hat der Kunde, der einen Kündigungsverzicht vereinbart, entgegen der Rechtsansicht der Beklagten keine Möglichkeit der außerordentlichen

Kündigung des Vertrags aus wichtigem Grund. Er ist im Gegenteil gemäß Punkt 9 der Mitgliedsvereinbarung davon abhängig, dass die Beklagte in den Fällen, in denen der Kunde aus einem in seiner Sphäre gelegenen wichtigen Grund an der Inanspruchnahme der Leistungen des Fitness-Studios gehindert ist (wie zB Verletzungen, Schwangerschaft oder Übersiedlung), entgegenkommender Weise („auf dem Kulanzweg“) in eine bloße Aussetzung der Mitgliedschaft (!) einwilligt. Der Kunde hat daher keinen Rechtsanspruch auf eine solche „Vertragsaussetzung“. Vielmehr hat er gemäß Punkt 9 der Mitgliedsvereinbarung selbst dann die Verpflichtung, die Beiträge während der Dauer des Kündigungsverzichts weiter zu bezahlen, wenn die Beklagte eine solche „Vertragsaussetzung“ kulanzhalber einräumt. Erst nach Ablauf der Dauer des Kündigungsverzichts (arg: „anschließend“) erfolgt nach dieser Vertragsbestimmung die Anrechnung der Dauer der Unterbrechung „in Form von beitragsfreien Monaten“: Diese setzt daher - bei gebotener kundenfeindlichster Auslegung - die Fortsetzung des Vertrags über die Dauer des Kündigungsverzichts voraus, weil nur in diesem Fall die vertraglich vereinbarte „Anrechnung beitragsfreier Monate“ überhaupt denkbar ist. Zu einer Rückzahlung von während der Aussetzung der Mitgliedschaft geleisteten Mitgliedsbeiträgen an den Kunden ist die Beklagte nach den Vertragsbedingungen nicht verpflichtet. Auf die Fortsetzung des Vertrags über die Dauer des vereinbarten Kündigungsverzichts hinaus hat wiederum der Kunde der Beklagten keinen Rechtsanspruch, weil der Beklagten die Kündigung des Vertrags gemäß Punkt 5 Abs 1 unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat „zum Ende des Kündigungsverzichts“ jedenfalls möglich ist.

Der Kunde der Beklagten kann daher die Mitgliedsvereinbarung nicht nur nicht aus wichtigem Grund

vorzeitig auflösen, er ist auch im Fall einer - ihm kulanthalber bewilligten - „Aussetzung des Vertrags“ bezüglich der „Anrechnung beitragsfreier Monate“ auf das Entgegenkommen der Beklagten angewiesen.

3.5.4 Entgegen der Rechtsansicht der Beklagten steht dem Kunden auch nicht nach den allgemein für Dauerschuldverhältnisse geltenden Regelungen ein Auflösungsrecht aus wichtigem Grund in jedem Fall zu. Dauerschuldverhältnisse können nach der Rechtsprechung durch einseitige Erklärung vorzeitig aufgelöst werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, der die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für einen der Vertragsteile unzumutbar erscheinen lässt. Als wichtige Gründe kommen insbesondere Vertragsverletzungen, der Verlust des Vertrauens in die Person des Vertragspartners oder schwerwiegende Änderungen der Verhältnisse in Betracht, welche die Fortsetzung der vertraglichen Bindungen nicht zumutbar erscheinen lassen (1 Ob 113/08m ua). Die Gründe müssen ein erhebliches Gewicht haben, eine solche vorzeitige Auflösung ist das „äußerste Notventil“ (7 Ob 250/11g; 4 Ob 211/03p = SZ 2003/169 mwN). Gründe, mit denen schon bei Abschluss des Dauerschuldverhältnisses gerechnet werden musste, oder Veränderungen, die von den Vertragsparteien offensichtlich in Kauf genommen wurden, rechtfertigen hingegen nicht dessen vorzeitige Auflösung (1 Ob 181/00z; 9 Ob 2100/96f ua).

Im Sinn der auch hier vorzunehmenden „kundenfeindlichsten“ Auslegung folgt daraus, dass gerade jene Gründe, die in der Sphäre der Kunden der Beklagten liegen - wie etwa Krankheit, Verletzung, Schwangerschaft etc - schon deshalb nicht eine vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund rechtfertigen können, weil die Vertragspartner mit dem Auftreten solcher Gründe bereits bei Vertragsabschluss auch tatsächlich rechnen, wie sich aus der

bereits dargestellten Regelung der „Vertragsaussetzung“ in Punkt 9 der Mitgliedsvereinbarung ergibt.

3.5.5 Zusammengefasst ergibt sich, dass der Kunde der Beklagten im Fall der Vereinbarung eines Kündigungsverzichts lediglich den Vorteil eines niedrigeren Monatsbeitrags genießt. Dem steht jedoch der Umstand gegenüber, dass der Kunde ohne Möglichkeit eines vorzeitigen Auflösungsrechts aus wichtigem Grund an den Vertrag für die gesamte Dauer des vereinbarten Kündigungsverzichts gebunden ist und darüber hinaus die Mitgliedsbeiträge für diesen Zeitraum selbst dann zu zahlen hat, wenn er die Leistungen des Fitness-Studios aus wichtigen in seiner Person gelegenen Gründen nicht in Anspruch nehmen kann (eine vergleichbare Klausel, nach der der Beitrag auch dann regelmäßig zu zahlen ist, wenn ein Fitness-Studio nicht regelmäßig genutzt wird, erachtete der BGH als unangemessen iSd § 9 Abs 1 dAGBG, BGH XII ZR 55/95 in NJW 1997, 193). Gerät er mit der Zahlung einer Rate in qualifizierten Verzug, droht ihm darüber hinaus sogar die Verpflichtung, die Mitgliedsbeiträge für die gesamte „Grundlaufzeit“ des Vertrags auf einmal bezahlen zu müssen, wozu noch Stellung zu nehmen sein wird.

Vor diesem Hintergrund sind die Vorinstanzen im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass die in der Mitgliedsvereinbarung vorgesehenen Klauseln für die Vereinbarung eines Kündigungsverzichts über 24 und 36 Monate als unangemessen lang iSd § 6 Abs 1 Z 1 zweiter Fall KSchG anzusehen sind. Die Rechtsposition der Kunden der Beklagten ist bei Vereinbarung eines Kündigungsverzichts derart massiv gegenüber jener der Beklagten beeinträchtigt, dass die Vereinbarung einer Bindungsdauer von 24 oder 36 Monaten auch nicht durch die von der Beklagten

behaupteten wirtschaftlichen Investitionen sachlich gerechtfertigt sein könnten. Die in diesem Zusammenhang geltend gemachte sekundäre Mangelhaftigkeit des Verfahrens liegt daher nicht vor.

4. Zur Frage des Verstoßes der Terminsverlustklausel (Punkt 4 der Mitgliedsvereinbarung) gegen § 13 KSchG bzw gegen § 879 Abs 3 ABGB:

4.1 § 13 KSchG wurde durch das Darlehens- und Kreditrechts-Änderungsgesetz BGBl I 2010/28 aufgehoben und trat mit Ablauf des 10. 6. 2010 außer Kraft. Diese Bestimmung ist jedoch weiterhin auf Verträge anzuwenden, die vor dem 11. 6. 2010 abgeschlossen wurden. Im Verfahren ist nicht strittig, dass Verträge, für die das hier zu beurteilende Klauselwerk verwendet wurde, zwischen der Beklagten und ihren Kunden vor diesem Zeitpunkt abgeschlossen wurden und infolge der vereinbarten Dauer des Kündigungsverzichts zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz noch wirksam waren. Da das Verbot des § 28 Abs 1 Satz 1 KSchG auch das Verbot einschließt, sich auf eine solche Bedingung in Allgemeinen Bedingungen oder Vertragsformblättern zu berufen, die unzulässigerweise vereinbart wurde (§ 28 Abs 1 Satz 2 KSchG), kommt diese Bestimmung für die genannten „Altverträge“ zur Anwendung.

Zutreffend weist allerdings die Beklagte darauf hin, dass § 13 KSchG - wenn auch möglicherweise ungewollt (vgl *Stabentheiner*, Das Verbraucherkreditgesetz, ÖJZ 2010/69, 636 [645 f]) - ersatzlos aufgehoben wurde. Diese Bestimmung ist daher auf nach dem 10. 6. 2010 von der Beklagten abgeschlossene Mitgliedsvereinbarungen nicht anzuwenden und kann auch in Zukunft kein Prüfungsmaßstab sein. Für nach diesem Zeitpunkt abgeschlossene Verträge hat ebenso wie für die zukünftige Verwendung der angefochtenen

Klausel die Prüfung daher auf Grundlage des § 879 Abs 3 ABGB zu erfolgen.

4.2 Zu den „Altverträgen“:

4.2.1 Gemäß § 13 KSchG darf der Unternehmer das ihm vertraglich vorbehaltenes Recht des Terminsverlusts nur ausüben, wenn er selbst seine Leistungen bereits erbracht hat, zumindest eine rückständige Leistung des Verbrauchers seit mindestens sechs Wochen fällig ist sowie der Unternehmer den Verbraucher unter Androhung des Terminsverlusts und unter Setzung einer Nachfrist von mindestens zwei Wochen erfolglos gemahnt hat. Von den Voraussetzungen des § 13 KSchG darf gemäß § 2 Abs 2 KSchG zu Lasten eines Verbrauchers nicht abgewichen werden (1 Ob 266/97t). Fehlt nur eine der Voraussetzungen des § 13 KSchG, so kann der vereinbarte Terminsverlust nicht geltend gemacht werden (8 Ob 37/10i).

Die Regelung des § 13 KSchG gilt für alle Verbraucherverträge, daher auch für Verträge über wiederkehrende Leistungen wie die hier zu beurteilende Mitgliedsvereinbarung über die Benützung eines Fitness-Studios (RIS-Justiz RS0065629; 6 Ob 551/94), sofern der Unternehmer dabei Vorausleistungen erbringt und daraus eine Diskrepanz zu den vom Verbraucher zu leistenden Geldbeträgen entsteht (*Kathrein* aaO § 13 KSchG). § 13 KSchG erfasst daher etwa das Finanzierungsleasing (4 Ob 59/09v ua).

Haben Unternehmer und Verbraucher hingegen ihre Leistungen in Teilen zu erfüllen, so ist eine Anwendung des § 13 KSchG überhaupt nur in jenen Fällen denkbar, in denen die Vertragserfüllung von vornherein für einen zeitlich begrenzten Rahmen festgelegt ist. Nur in diesem Fall ist der Verbraucher in der Lage, den ihn durch den Terminsverlust treffenden Umfang der Leistungen festzustellen (*Mayrhofer*

aaO § 13 Rz 5, 47). Soweit eine vorzeitige Leistungserbringung durch den Unternehmer nicht in Betracht kommt, wie etwa bei Vermieterleistungen, kann sich der Terminsverlust nur auf solche Verbindlichkeiten des Schuldners erstrecken, denen bereits erbrachte Leistungen des Unternehmers entsprechen (*Mayrhofer* aaO § 13 Rz 48; ebenso *Krejci* aaO § 13 KSchG Rz 13).

4.2.2 Das Argument der Beklagten, dass sie ihre Leistungen bereits zur Gänze erbracht habe, weil sie dem Kunden, der einen Kündigungsverzicht vereinbart habe, eine Mitgliedskarte (Chipkarte) übergeben habe, mit der er während der gesamten Vertragsdauer (auch im Fall des Eintritts des Terminsverlusts) die Leistungen der Beklagten in Anspruch nehmen könne, überzeugt nicht. Insbesondere stellt die bloße Zurverfügungstellung einer Trainingsgelegenheit noch keine Vorausleistung iSd § 13 KSchG dar, wie sie etwa bei Übergabe eines Kaufgegenstands unter Eigentumsvorbehalt im Fall eines ratenfinanzierten Kaufs oder der Finanzierung der Anschaffung einer beweglichen körperlichen Sache durch ein Kreditinstitut vorliegt. Auch wenn man mit der Beklagten davon ausgeht, dass der Kunde selbst bei Zahlungsverzug die Trainingsmöglichkeiten weiterhin nützen kann, ändert dies nichts daran, dass die Beklagte die vertraglich geschuldeten Leistungen („Besuch und Nutzung sämtlicher dem Training dienenden Einrichtungen des Fitnessclubs“) wie bei einem Miet- oder Dienstleistungsvertrag nicht im Vorhinein erbringen kann. Schon daher kommt der in diesem Zusammenhang behaupteten Mangelhaftigkeit des Verfahrens keine rechtliche Erheblichkeit zu.

4.2.3 Auch aus den von ihr zitierten Entscheidungen ist für den Rechtsstandpunkt der Beklagten nichts zu gewinnen. Der in der Entscheidung 6 Ob 805/81

entschiedene Sachverhalt ist nicht mit dem nunmehr vorliegenden zu vergleichen. Der damals beklagte Unternehmer hatte seine vertragliche Leistung (Herstellung gesellschaftlicher Kontakte zur Partnervermittlung) bereits durch Übergabe sämtlicher vertraglich vereinbarter Anforderungskarten, deren Einsendung und Beantwortung allein vom Willen des Kunden abhängig war, erfüllt. In der Entscheidung 6 Ob 551/94, die ebenfalls ein Fitness-Studio betraf, verstieß die damals vereinbarte Terminsverlustklausel gegen § 13 KSchG, weil sie den Zeitraum für die fällige Leistung verkürzte und überdies die Androhung des Terminsverlusts unter Setzung einer Nachfrist fehlte, sodass schon daher eine Auseinandersetzung mit den weiteren von § 13 KSchG geforderten Voraussetzungen nicht erforderlich war. Dies gilt schließlich auch für die Entscheidung 9 Ob 66/08h, in der die Klausel ebenfalls bereits aus anderen Gründen nicht den Anforderungen des § 13 KSchG genügte.

Die Terminsverlustklausel in Punkt 4 des Mitgliedsvertrags entspricht daher nicht den gesetzlichen Anforderungen des § 13 KSchG, weshalb die Beklagte nicht berechtigt ist, sich in den mit ihren Kunden vor dem 11. 6. 2010 geschlossenen Verträgen auf sie zu berufen.

4.3 Zur Beurteilung der Terminsverlustklausel für die „Neuverträge“ gemäß § 879 Abs 3 ABGB:

4.3.1 Die Beklagte argumentiert in der Revision, dass Terminsverlustklauseln allgemein weder überraschend noch gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB wären, was ebenso für die Vereinbarung eines „einmaligen Pauschalbetrags“ für die Zeit des Kündungsverzichts gelte. Die hier zu leistende Vorauszahlung sei schon deshalb zulässigerweise vereinbart, weil sie ohnedies in Raten bezahlt werden könne, sodass die Vertragskonstruktion für den Kunden günstiger sei.

Die Beklagte übersieht, dass eine Verpflichtung zur „Vorauszahlung“ von Mitgliedsbeiträgen nach der Mitgliedsvereinbarung überhaupt nur dann entstehen kann, wenn der Kunde in qualifizierten Verzug gerät. Daran ändert nichts, dass die für den Zeitraum des Kündigungsverzichts zu zahlenden Raten in ihrer Gesamtheit im Vertrag als (im Übrigen gar nicht bezifferter) „Pauschalbetrag“ bezeichnet werden. Wie bereits ausgeführt erbringen die Parteien der Mitgliedsvereinbarung wie bei einem Miet- oder Dienstleistungsvertrag ihre Leistungen in Teilen. Die Wirksamkeit der Terminsverlustklausel hätte daher zur Folge, dass der Kunde eine Vorausleistung („die ausständigen Raten des Pauschalbetrags“) erbringen muss für Gegenleistungen, nämlich die Zurverfügungstellung der Trainingsmöglichkeit, die er zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht erhalten hat.

4.3.2 Selbst wenn man für eine solche, durch den vereinbarten Terminsverlust bewirkte Vorleistung wiederum die von der Beklagten ins Treffen geführten wirtschaftlichen Investitionen und den niedrigeren Tarif infolge des vereinbarten Kündigungsverzichts ins Treffen führen wollte, wäre für die Beklagte daraus nichts zu gewinnen: Gemäß § 6 Abs 1 Z 6 KSchG sind nämlich für den Verbraucher solche Vertragsbestimmungen iSd § 879 ABGB nicht verbindlich, nach denen das Recht des Verbrauchers, seine Leistung nach § 1052 ABGB bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung zu verweigern, für den Fall ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, dass der Unternehmer seine Leistung nicht vertragsmäßig erbringt oder ihre Erbringung durch seine schlechten Vermögensverhältnisse, die dem Verbraucher zur Zeit der Vertragsschließung weder bekannt waren noch bekannt sein mussten, gefährdet ist. Diese Bestimmung schließt zwar die Vereinbarung einer Vorausleistung durch den Verbraucher nicht von vornherein aus. Dies gilt aber nicht,

wenn dessen Leistungsverweigerungsrecht umgangen wird (vgl RIS-Justiz RS0020072; 2 Ob 137/08y mwH).

Genau dies kann jedoch hier nach der kundenfeindlichsten Auslegung der Mitgliedsvereinbarung nicht ausgeschlossen werden, weil für den Zeitraum des vereinbarten Kündigungsverzichts auch in dem Fall, in dem der Kunde aus von der Beklagten zu vertretenden Gründen deren Leistungen nicht in Anspruch nehmen kann, kein Zurückbehaltungsrecht für die infolge eines Terminsverlusts bereits vorweg bezahlten Mitgliedsbeiträge bestünde. Der Kunde wäre in diesem Fall, wie bereits ausgeführt, vielmehr an den Vertrag für die Dauer des vereinbarten Kündigungsverzichts gebunden.

4.3.3 Aus all dem ergibt sich eine gröbliche Benachteiligung der Rechtsposition des Kunden gemäß § 879 Abs 3 ABGB durch die Terminsverlustklausel in Punkt 4 der Mitgliedsvereinbarung. Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit den konsumentenschutzrechtlichen Wertungen des Gesetzgebers im Verbraucherkreditgesetz (VKrG BGBl I 2010/28). Die Regelung des § 13 KSchG wurde nämlich inhaltlich unverändert in das Verbraucherkreditgesetz eingebettet (§ 14 Abs 3 VKrG; vgl *Stabentheiner* aaO 645). Auch im (hier unstrittig nicht gegebenen) Anwendungsbereich dieses Gesetzes setzt daher die wirksame Vereinbarung einer Terminsverlustklausel voraus, dass der Kreditgeber seine Leistungen bereits erbracht hat.

Dies führt im Ergebnis dazu, dass das Unterlassungsbegehren auch bezüglich dieser Klausel zur Gänze berechtigt ist.

5. Urteilsveröffentlichung:

Die Beklagte vertritt dazu die Ansicht, dass zur Information der betroffenen Kreise ein Rundschreiben an ihre Mitglieder genüge, weil nur diese Kenntnis der weder im

Internet noch sonst im Umlauf befindlichen Vertragsklauseln hätten. Durch die Veröffentlichung des Urteils in der Regionalausgabe einer Tageszeitung werde der intendierte Zweck der Aufklärung der beteiligten Verkehrskreise gerade nicht erreicht.

5.2 Dem ist zu erwidern, dass Anspruchsvoraussetzung der Urteilsveröffentlichung das „berechtigte Interesse“ daran ist (§ 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 - also nicht nur unmittelbar betroffene Geschäftspartner - das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- bzw 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 dem Unternehmer wahrzunehmen (2 Ob 215/10x; 2 Ob 1/09z mwN; vgl RIS-Justiz RS0121963; RS079764). Die Urteilsveröffentlichung soll nicht nur eine schon bestehende unrichtige Meinung unterbinden, sondern auch deren weiteres Umsichgreifen verhindern (RIS-Justiz RS0079764).

Gemessen an diesem Zweck kann aber eine bloße Information der Mitglieder mit Rundschreiben dem Bedürfnis der Öffentlichkeit nach Aufklärung über die Verwendung bestimmter gesetzwidriger Vertragsbestandteile nicht gerecht werden, sondern ist die Veröffentlichung der zu unterlassenden Klauseln in einer regionalen Tageszeitung angemessen. Gegen die angeordnete Form der Veröffentlichung bestehen daher keine Bedenken, sodass sich das Veröffentlichungsbegehren als berechtigt erweist.

Der Revision der Beklagten war daher nicht Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41, 50
ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 29. Mai 2012
Dr. R o h r e r
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG