



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesgericht Steyr erkennt durch die Richterin Mag. Gerlinde Schachermayr in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in 1030 Wien, gegen die beklagte Partei **Happy-Fit Fitness GmbH**, Stelzhamerstraße 1b, 4400 Steyr, vertreten durch Wetzl & Partner Rechtsanwälte GmbH in 4400 Steyr, wegen (jeweils ausgedehnt) Unterlassung (Streitwert: EUR 30.500,00) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: EUR 5.500,00) zu Recht:

I. Die beklagte Partei ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung nachstehender Klauseln:

1. „*Mindestvertragslaufzeit* □ *24 Monate*.
2. *Ich habe die Kundenvereinbarung – AGB auf der Rückseite aufmerksam gelesen, den Inhalt verstanden, mit meiner Unterschrift zur Kenntnis genommen und bestätige mit dieser den Erhalt einer Zweitschrift der Vereinbarung.*
3. *Der Kunde akzeptiert die jeweils gültigen Kundenbedingungen und die an der Rezeption ausgehängte Hausordnung. Die Geschäftsführung ist berechtigt, die Benützungs- und Geschäftsbedingungen sowie die Hausordnung zu ändern, sofern diese Änderungen dem Kunden zumutbar und geringfügig sowie sachlich gerechtfertigt sind.*
4. *Unterbrechungen, haben keine Auswirkung auf die Vertragslaufzeit, es sei denn, dass diese in der Sphäre von Happy-Fit liegen.*
5. *Anschriftsänderungen – bei Bankeinzug auch Kontoänderungen – sind dem Unternehmen unverzüglich mitzuteilen. Unterlässt der Kunde die Mitteilung, so hat er bei Verschulden Happy-Fit die daraus tatsächlich entstandenen Kosten (Aufwendungen für Einwohnermeldeanfragen, Bankrücklastschriften und*

- Mahnungen, etc.) zu ersetzen.
6. *Auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Kundenvereinbarungen können von beiden Vertragsteilen mangels anderer Vereinbarung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwei Monaten zum Ende des 12., 24., 36. Monats usw. der Vertragslaufzeit schriftlich gekündigt werden, wobei die jeweils vereinbarte Mindestvertragslaufzeit einzuhalten ist.*
 7. *Ein Sonderkündigungsrecht besteht bei Verlegung des Wohnsitzes von mehr als 40 km vom nächstgelegenen Happy-Fit Studio entfernt. ... Eine Bearbeitungsgebühr von € 20,-- wird fällig und von Happy-Fit abgebucht.*
 8. *Krankheit oder Verletzung, die ohne Unterbrechung länger als zwei Monate andauert und ein weiteres Trainieren für unbestimmte Zeit unmöglich macht, berechtigen nicht zur Kündigung des Vertrages, sondern nur zur beitragspflichtigen Stilllegung. Dies bedeutet, dass die vom Arzt attestierte Dauer der Trainingsunfähigkeit am Vertragsende kostenlos angehängt werden kann.*
 9. *Auch eine Schwangerschaft berechtigt nicht zur Kündigung des Vertrages, sondern nur zu beitragspflichtigen Stilllegung. Das heißt, die gesetzliche Mutterschutzzeit (2 Monate vor und 2 Monate nach der Geburt) kann am Vertragsende kostenlos angehängt werden.*
 10. *Bei Vorliegen eines wichtigen und vom Kunden verschuldeten Grundes, der die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für Happy-Fit unzumutbar macht, ist Happy-Fit berechtigt, das Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung zu kündigen. Ein solcher wichtiger Grund wird beispielsweise dann vorliegen, wenn sich der Kunde schwerer Verstöße gegen die Hausordnung trotz vorheriger schriftlicher Abmahnung schuldig macht.*
 11. *Die Kundenvereinbarung kann seitens Happy-Fit weiters bei Insolvenz, Zahlungsunfähigkeit des Kunden oder wenn ein Zahlungsverzug trotz Mahnung und erfolgloser Setzung einer Nachfrist von 30 Tagen vorliegt, gekündigt werden. Eine derartige Kündigung seitens Happy-Fit ändert nichts an der Verpflichtung des Kunden zur Bezahlung des vereinbarten Entgeltes bis zum nächst möglichen Kündigungstermin.*
 12. *Eine kurz- oder längerfristige Nichtbenutzung der Anlage durch das Mitglied – aus welchen Gründen auch immer – befreit nicht von der Zahlung.*
 13. *Gerät der Kunde mit seiner Zahlungsverpflichtung im Verzug, kann Happy-Fit den Kunden von der Benützung des Fitnessstudios und der Trainingseinrichtungen*

während der Dauer des Zahlungsverzuges ausschließen.

14. Für den Fall des Zahlungsverzuges ist Happy-Fit berechtigt, sämtliche Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung (Mahnspesen, Spesen eines Inkassobüros und/oder Anwaltskosten) und Verzugszinsen von 5 % zu begehren. Weiters ist Happy-Fit nach erfolglosem Verstreichen einer 30-tägigen Nachfrist berechtigt, die Gesamten bis zum nächst möglichen Kündigungstermin ausstehenden Kundentarife einzuziehen (= Terminverlust).
15. Die zur Verfügung gestellten Garderobenschränke dürfen vom Kunden ausschließlich während seiner Anwesenheit im Studio genutzt werden. Wird ein Garderobenschrank darüber hinaus benutzt und hat der Kunde dies zu vertreten, so kann Happy-Fit diesen öffnen. Die dadurch entstehenden Kosten hat in diesem Fall der Kunde zu tragen, insbesondere wird ein zerstörtes Schloss nicht ersetzt.
16. Das Happy-Fit übernimmt keine Haftung für den Verlust von mitgebrachter Kleidung, Wertgegenständen und Geld nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit.
17. Bei Vorliegen eines wichtigen und vom Kunden verschuldeten Grundes, der die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für Happy-Fit unzumutbar macht, ist Happy-Fit berechtigt, das Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung zu kündigen. Ein solcher wichtiger Grund wird beispielsweise dann vorliegen, wenn sich der Kunde schwerer Verstöße gegen die Hausordnung trotz vorheriger schriftlicher Abmahnung schuldig macht. Im Fall der berechtigten sofortigen Kündigung ist der Kunde verpflichtet, das vereinbarte Entgelt bis zum ordnungsgemäßen Vertragsende zu bezahlen.
18. Die Kundenvereinbarung kann seitens Happy-Fit weiters bei Insolvenz, Zahlungsunfähigkeit des Kunden oder wenn dieser mit einer Zahlung eines Monatstarifes länger als 6 Wochen in Rückstand ist und eine Mahnung unter Setzung einer Nachfrist von 2 Wochen unter Androhung des Terminverlustes erfolglos ergangen ist, gekündigt werden.
19. Gerät der Kunde mit der Zahlung eines Monatstarifes länger als 6 Wochen in Rückstand und wurde er unter Setzung einer Nachfrist von 2 Wochen erfolglos gemahnt, kann dem Kunden der Zutritt zur Anlage untersagt werden. Der Kunde kann in diesem Falle von der Benützung sämtlicher Einrichtungen ausgeschlossen werden.
20. Für den Fall eines Zahlungsverzuges ist das Happy-Fit berechtigt, sämtliche Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung (Mahnspesen und

- Anwaltskosten) und Verzugszinsen in der Höhe von 8 % über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB zu begehren und die bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin ausstehenden Beträge gesamt einziehen.*
- 21. Sämtliche Korrespondenz seitens der Geschäftsführung gilt an die im Vereinbarungsformular angegebene Adresse als ordnungsgemäß an das Mitglied zugestellt. Änderungen der Anschrift bzw. Bankverbindungen sind unverzüglich mitzuteilen, damit keine unnötigen Kosten/Stornogebühren entstehen, die ansonsten dem Kunden verrechnet werden.*
 - 22. Über Nacht verschlossene Spinde werden kompromisslos am Folgetag aufgebrochen und Inhalt entsorgt!!!*
 - 23. Das Konsumieren von selbst mitgebrachten Getränken ist auf der Trainingsfläche nicht erwünscht.*
 - 24. Unerwünscht sind selbst mitgebrachte Getränke.*
 - 25. Wenn sich Besucher oder Happy-Fit Mitglieder schwerer Verstöße gegen die Hausordnung trotz vorheriger schriftlicher Abmahnung schuldig machen, ist Happy-Fit berechtigt, das Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung zu kündigen.*
 - 26. Das Mitbringen und Konsumieren von selbst mitgebrachten Getränken und Nahrungsmitteln ist nicht erwünscht.*
 - 27. Für die Duschen steht ein Münzer zur Verfügung bei. Für 5 min duschen sind EUR 0,5 zu entrichten.*
 - 28. Mitgliedschaften und Zutritt sind im Happy-Fit grundsätzlich erst ab 14 Jahren erlaubt, soweit die Studioleitung nicht anders entscheidet. Bei Nichtbeachtung haften Eltern für ihre Kinder.*
 - 29. Gutscheine für Leistungen des Happy-Fit sind bis einschließlich zu dem dort aufgedruckten Datum gültig. Im Falle einer Preiserhöhung nach dem Erwerb des Gutscheines muss der bei dieser Leistung entstandene Differenzbetrag aufgezahlt werden.*
 - 30. Besucher und Happy-Fit Mitglieder, die gegen die Hausordnung bzw. gegen die Anordnung der Happy-Fit Mitarbeiter verstoßen, können vom Besuch des Studios ausgeschlossen werden (= Hausverbot, siehe Punkt 3.6. der Kundenvereinbarung).*
 - 31. Bei Vertragsabschluss wird von jedem Kunden ein Foto gemacht.*

32. Öffnungszeiten können dem jeweiligen Aushang entnommen werden.

33. Das Mitbringen und Konsumieren von selbst mitgebrachten Getränken und Nahrungsmitteln ist vor allem aus hygienischen Gründen nicht gestattet.

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

II. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteils einmal im redaktionellen Teil einer Samstagausgabe der „Kronen Zeitung“, Regionalausgabe für Oberösterreich, Steiermark, Niederösterreich und Salzburg, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

III. Das darüber hinausgehende Klagebegehren, die beklagte Partei habe die Verwendung nachgenannter Klausel oder sinngleicher Klauseln, nämlich

1. „*Mindestvertragslaufzeit* □ *12 Monate*“

in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen und es weiters zu unterlassen, sich auf diese oder sinngleiche Klauseln zu berufen, sowie das darauf gerichtete Veröffentlichungsbegehren, wird abgewiesen.

IV. Das Begehren der beklagten Partei, ihr die Ermächtigung zu erteilen, den klagsabweisenden Teil des Urteilspruchs binnen 6 Monaten ab Rechtskraft in einer Samstagausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen Zeitung“ und der „Presse“ sowie auf der Webseite der klagenden Partei unter www.konsument.at mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleichgroßer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel zu veröffentlichen, wird abgewiesen.

V. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei deren mit EUR 10.680,60 (darin enthalten EUR 1.548,60 USt und EUR 1.389,00 Barauslagen) bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Unstrittig ist, dass die beklagte Partei Unternehmerin iSd § 1 KSchG ist und österreichweit an 24 Standorten Fitnessstudios, und zwar an 19 Standorten in Oberösterreich, an drei in Niederösterreich und an jeweils einem in Salzburg und in der Steiermark, betreibt. Die beklagte Partei tritt in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge.

Die klagende Partei begehrt, die beklagte Partei schuldig zu erkennen, die Verwendung von 33 Klauseln oder sinngleicher Klauseln in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen und/oder Vertragsformblättern im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen und es weiters zu unterlassen, sich auf diese oder sinngleiche Klauseln zu berufen, sowie ihr die Ermächtigung zu erteilen, den klagsstattgebenden Teil des Urteilspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteils einmal im redaktionellen Teil einer Samstagsausgabe der „Kronen Zeitung“, Regionalausgaben für Oberösterreich, Steiermark, Niederösterreich und Salzburg auf näher beschriebene Weise und auf Kosten der beklagten Partei zu veröffentlichen. Dazu brachte sie zusammengefasst vor, die beklagte Partei verwende im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern im Vertragsabschlussformblatt „Anmeldung und Kundenvereinbarung Happy Fit“ (betrifft die Klauseln 1 und 2), in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (betrifft die Klauseln 3 bis 21), die sie den von ihr geschlossenen Verträgen zu Grunde lege, in den in den Fitnessstudios angebrachten Schildern (betrifft die Klauseln 22 bis 24) und der Hausordnung (betrifft die Klauseln 25 bis 33) laufend insgesamt 33 Klauseln, die gegen gesetzliche Verbote und gegen die guten Sitten verstoßen würden. Auf die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs habe die klagende Partei nicht (schlüssig) verzichtet. Der Aufforderung der klagenden Partei vom 12. April 2016, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung abzugeben, sei die beklagte Partei innerhalb der von der klagenden Partei gesetzten (verlängerten) Frist nur unzureichend bzw. in Bezug auf die Klauseln 1, 6, 10, 22 und 33 gar nicht nachgekommen. In Bezug auf die Klausel 27 werde das Unterlassungsbegehren zudem auf das konstitutive Anerkenntnis des Klägers vom 10. Februar 2012 gestützt.

Das Veröffentlichungsbegehren bestehe zu Recht, da die angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise ein berechtigtes Interesse an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der beklagten Partei hätten. Das Veröffentlichungsbegehren der beklagten Partei sei jedenfalls unzulässig.

Die beklagte Partei beantragte Klageabweisung und die Ermächtigung den klagsabweisende Teil des Urteilspruchs binnen sechs Monaten ab Rechtskraft im redaktionellen Teil einer Samstagsausgabe der „Kronen Zeitung“ und der „Presse“ sowie auf der Webseite des Klägers

unter www.konsument.at auf näher beschriebene Weise zu veröffentlichen. Dazu wandte die beklagte Partei im Wesentlichen ein, hinsichtlich der Klauseln 2 bis 5, 7 bis 9, 11 bis 26 und 28 bis 33 bestehe keine Wiederholungsgefahr. Die beklagte Partei habe ihre AGB und ihre Mitgliedsvereinbarung aufgrund der Beanstandungen der klagenden Partei grundlegend neu gestaltet und dadurch zum Ausdruck gebracht, die „alten“ AGB und die „alte Mitgliedsvereinbarung“ nicht mehr verwenden zu wollen. In Bezug auf diese Klauseln habe die beklagte Partei außerdem eine vorbehalts- und bedingungslose Unterlassungserklärung mit einer jedenfalls angemessenen Konventionalstrafe von EUR 10.000,00 pro Klausel abgegeben und sich auch verpflichtet die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen und sich auf die Klauseln und sinngleiche Klauseln nicht zu berufen. Schließlich habe die beklagte Partei mit E-Mail vom 15. Juni 2016 den Abschluss eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleiches hinsichtlich dieser Klauseln angeboten.

Im Hinblick auf die Klausel 1 stelle die beklagte Partei ihren Kunden mehrere Varianten in Bezug auf die Mindestvertragslaufzeit (6, 12 oder 24 Monate) zur Wahl. Eine längere Mindestvertragslaufzeit (24 Monate) gehe mit einem geringeren Monatstarif (EUR 19,99 inkl. 20 % USt) einher. Die Zulässigkeit der Bindungsdauer sei einzelfallabhängig; eine 24-monatige Bindungsdauer sei nur dann unzulässig, wenn der Kunde auch bei Vorliegen eines wichtigen Grundes den Vertrag nicht vorzeitig auflösen könne.

Die Klausel 6 sehe im Ergebnis lediglich eine erneute Vertragsdauer im Ausmaß der ursprünglich vom Kunden frei gewählten (zulässigen) Mindestbindungsfrist vor, wobei eine kürzere Mindestvertragslaufzeit wiederum mit einem höheren Mitgliedsbeitrag einhergehe.

Die Klausel 10 gäbe nur die geltende Gesetzeslage wieder und stelle somit nur eine Information für die Verbraucher dar. Die Klausel sei zudem auch nicht in die neuen AGB der beklagten Partei aufgenommen worden und sei die beklagte Partei auch nicht gewillt, diese weiterhin zu verwenden. Die beklagte Partei erkläre sich zudem bereit, diesbezüglich eine durch eine Konventionalstrafe in Höhe von EUR 20.000,00 abgesicherte Unterlassungserklärung abzugeben.

Zur Klausel 27: In ihrer Unterlassungserklärung vom 10.2.2012 habe sich die beklagte Partei lediglich bereit erklärt, diese nicht mehr in den **AGB** zu verwenden, um den von der klagenden Partei behaupteten Überraschungseffekt hintanzustellen. An diese Verpflichtung habe sich die beklagte Partei auch gehalten. Nunmehr verwende die beklagte Partei in der „Mitgliedsvereinbarung“ an deutlich sichtbarer Stelle folgende Formulierung: „Pro Duschvorgang (ca. 4 Minuten) sind EUR 0,50 über einen Münzer zu entrichten – ausgenommen Premium-Kunden in Premium-Standorten.“ Außerdem werde mit jedem Mitgliedswerber bei der im Zuge der Anmeldung vorgenommenen Rundgang durch das Studio explizit auf die Kostenpflicht für das Duschen und die dazu angebrachten Münzautomaten

hingewiesen. Bei der Zur-Verfügung-Stellung einer Duschkabine handle es sich um keine typische Nebenleistung eines Fitnessstudios. Insbesondere unter Berücksichtigung der äußerst günstigen Tarife müsse es der beklagten Partei erlaubt sein für das Duschen ein Entgelt zu verlangen. Im Übrigen könnten die Verbraucher auch – deutlich teurere - Tarife wählen, bei denen das Duschen inkludiert sei.

Das Urteilsveröffentlichungsbegehren der klagenden Partei sei unzulässig, zumal die klagende Partei die Öffentlichkeit durch österreichweit verbreitete Presseaussendungen ausführlich informiere. Hingegen sei das Urteilsveröffentlichungsbegehren der beklagten Partei berechtigt. Die klagende Partei habe auf ihrer Internetseite sowie im „Bericht zur Lage der KonsumentInnen 2011/2012“ unrichtigerweise ausgeführt habe, dass der OGH eine 24-monatige Mindestvertragslaufzeit als per se bzw. jedenfalls unzulässig erachte. Durch diese wahrheitswidrige Information erleide die beklagte Partei einen Schaden und Wettbewerbsnachteil.

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahren steht folgender **SACHVERHALT** als erwiesen fest:

Das Vertragsabschlussformblatt „Anmeldung und Kundenvereinbarung im Happy Fit“ (Stand: 12.9.2014) sieht lediglich eine Wahlmöglichkeit zwischen einer Mindestvertragslaufzeit von 12 oder von 24 Monaten vor. Die beklagte Partei bietet darin zwei Standardtarifmodelle an, die sich nur hinsichtlich ihrer Mindestvertragslaufzeit unterscheiden. Bei einer Mindestvertragslaufzeit von 12 Monaten werden EUR 5,99 und bei einer solchen von 24 Monaten EUR 4,99 pro Woche fällig. Seit Mai 2015 bietet die beklagte Partei nunmehr drei Standardtarifmodelle an, die sich nur hinsichtlich ihrer Mindestvertragslaufzeit unterscheiden. Bei einer Mindestvertragslaufzeit von 6 Monaten beträgt der wöchentliche Mitgliedsbeitrag EUR 8,99; bei einer Mindestvertragslaufzeit von 12 Monaten werden EUR 5,99 und bei einer solchen von 24 Monaten EUR 4,99 pro Woche fällig (PV GF Sven Decker, ON 8, S 6ff; Beilage. /7 und ./J; Vorbringen beklagte Partei ON 6, S 80).

Die beklagte Partei ist ihren Kunden vertraglich verpflichtet, die Trainingsgeräte und Zusatzeinrichtungen während der Öffnungszeiten zur freien Verfügung zu stellen. Auf andere von der beklagten Partei erbrachte Leistungen, beispielsweise das (bei Bedarf von einem Trainer geleitete) Gruppentraining bzw. CrossFit-Training, haben die Kunden keinen Rechtsanspruch. Dies gilt somit beispielsweise auch für die von der beklagten Partei gehandhabte Praxis, dass Neukunden fünf bis sechs Kraftgeräte sowie ein Gerät im Ausdauerbereich erklärt werden und Kunden zum Teil von Mitarbeitern der beklagten Partei Tipps zur richtigen Ausführung der Übungen gegeben und Alternativübungen gezeigt werden.

Trainingspläne werden zwar kostenlos zur Verfügung gestellt. Ein sinnvolles Trainieren damit ist jedoch nur möglich, wenn diese auch von einem Trainer erklärt werden, was pro begonnene halbe Stunde EUR 19,99 und für jede weitere halbe Stunde EUR 14,99 kostet (vgl. Beilagen .J und .8; PV GF Sven Decker, ON 8, S 6ff insb. S 11).

Die beklagte Partei hat derzeit österreichweit ca. 31.000 Kunden. Der Jahresumsatz betrug 2015 ca. EUR 9,5 Millionen und wird im Jahr 2016 zwischen zwei und drei Millionen höher ausfallen. Die Fitness-Studios sind mit hochqualitativen Geräten, bspw der Marken Technogym und Life Fitness ausgestattet. Derzeit befinden sich in den Fitnessstudios Geräte im Wert von ca. EUR 13 Millionen. Die laufende Wartung der Geräte kostet ca. eine halbe Million Euro jährlich. Die Fixkosten betragen rund EUR 8 Millionen jährlich (PV GF Sven Decker, ON 8, S 6ff).

Bereits im Jahr 2012 hatte die klagende Partei die beklagte Partei mit Schreiben vom 2. Jänner 2012 nach § 28 Abs. 2 KSchG abgemahnt und die von der beklagten Partei damals verwendeten AGB und das Vertragsformblatt in insgesamt 32 Punkten beanstandet. Dabei wurde unter anderem die, einen Bestandteil der AGB bildende Klausel, wonach „Pro Duschvorgang ... EUR 0,50 über einen Münzer zu entrichten“ sind, beanstandet und ausgeführt, dass es sich dabei „um eine Bestimmung ungewöhnlichen Inhalts im Sinne des § 864a ABGB“ handle und zudem „ein Verstoß gegen § 879 Abs. 3 ABGB“ vorliege. Mit Schreiben vom 7. Februar 2012 hatte der Beklagtenvertreter mitgeteilt, dass die beklagte Partei „ohne jede Einschränkung dazu bereit“ sei, „eine Unterlassungserklärung mit der“ von der klagenden Partei „gewünschten Konventionalstrafe in Höhe von EUR 720,00 pro Klausel und Zuwiderhandlung abzugeben“. Die dem Schreiben vom 2. Jänner 2012 in zweifacher Ausfertigung beigelegte Unterlassungserklärung mit Vertragsstrafenvereinbarung hatte die beklagte Partei am 10. Februar 2012 unterfertigt und an die klagende Partei übermittelt.

Darin hatte sich die beklagte Partei gegenüber der klagenden Partei verpflichtet, „im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in AGB und Vertragsformblättern die Verwendung folgender Klauseln:

...

20. Pro Duschvorgang sind EUR 0,50 über einen Münzer zu entrichten.

...

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen und sich auf diese Klauseln und sinngleiche Klauseln – soweit diese schon geschlossenen Verträgen mit Verbrauchern unzulässiger Weise zugrunde gelegt wurden – nicht zu berufen.

Für den Fall der Zuwiderhandlung hatte sich die beklagte Partei verpflichtet, eine

Vertragsstrafe in Höhe von EUR 720,- pro Klausel und pro Zuwiderhandlung an den genannten Verband zu bezahlen (vgl. Beilage ./A).

In weiterer Folge übermittelte die beklagte Partei der klagenden Partei die modifizierten AGB, die Hausordnung und die Kundenvereinbarung („Mitgliedsvereinbarung“). In Beantwortung der E-Mail des Beklagtenvertreters vom 6. März 2012 teilte die klagende Partei mit, dass sie in Bezug auf die modifizierten AGB keine Stellungnahme abgeben werde und wies zudem ausdrücklich darauf hin, dass „durch das Übermitteln der AGB nicht darauf geschlossen werden“ könne, dass die klagende Partei die „AGB ... geprüft und ... für gut befunden“ habe (Beilage ./B).

Die beklagte Partei verwendet in ihrem Vertragsabschlussformblatt „Anmeldung und Kundenvereinbarung im Happy Fit“ (Stand: 12.9.2014) folgende Klauseln:

1. Mindestvertragslaufzeit 12 Monate 24 Monate.
2. Ich habe die Kundenvereinbarung – AGB auf der Rückseite aufmerksam gelesen, den Inhalt verstanden, mit meiner Unterschrift zur Kenntnis genommen und bestätige mit dieser den Erhalt einer Zweitschrift der Vereinbarung.

Die nachfolgenden Klauseln 3 bis 16 sind Bestandteil der AGB (Stand: 11.2.2016) und die Klauseln 17 bis 21 Bestandteil der AGB (Stand: 12.9.2014), die die beklagte Partei den von ihr geschlossenen Verträgen zu Grunde legt:

3. Der Kunde akzeptiert die jeweils gültigen Kundenbedingungen und die an der Rezeption ausgehängte Hausordnung. Die Geschäftsführung ist berechtigt, die Benützungs- und Geschäftsbedingungen sowie die Hausordnung zu ändern, sofern diese Änderungen dem Kunden zumutbar und geringfügig sowie sachlich gerechtfertigt sind.
4. Unterbrechungen, haben keine Auswirkung auf die Vertragslaufzeit, es sei denn, dass diese in der Sphäre von Happy-Fit liegen.
5. Anschriftsänderungen – bei Bankeinzug auch Kontoänderungen – sind dem Unternehmen unverzüglich mitzuteilen. Unterlässt der Kunde die Mitteilung, so hat er bei Verschulden Happy-Fit die daraus tatsächlich entstandenen Kosten (Aufwendungen für Einwohnermeldeanfragen, Bankrücklastschriften und Mahnungen, etc.) zu ersetzen.
6. Auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Kundenvereinbarungen können von beiden Vertragsteilen mangels anderer Vereinbarung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwei Monaten zum Ende des 12., 24., 36. Monats usw. der Vertragslaufzeit

schriftlich gekündigt werden, wobei die jeweils vereinbarte Mindestvertragslaufzeit einzuhalten ist.

7. Ein Sonderkündigungsrecht besteht bei Verlegung des Wohnsitzes von mehr als 40 km vom nächstgelegenen Happy-Fit Studio entfernt. ... Eine Bearbeitungsgebühr von EUR 20,-- wird fällig und von Happy-Fit abgebucht.
8. Krankheit oder Verletzung, die ohne Unterbrechung länger als 2 Monate andauert und ein weiteres Trainieren für unbestimmte Zeit unmöglich macht, berechtigen nicht zur Kündigung des Vertrages, sondern nur zur beitragspflichtigen Stilllegung. Dies bedeutet, dass die vom Arzt attestierte Dauer der Trainingsunfähigkeit am Vertragsende kostenlos angehängt werden kann.
9. Auch eine Schwangerschaft berechtigt nicht zur Kündigung des Vertrages, sondern nur zu beitragspflichtigen Stilllegung. Das heißt, die gesetzlichen Mutterschutzzeit (2 Monate vor und 2 Monate nach der Geburt) kann am Vertragsende kostenlos angehängt werden.
10. Bei Vorliegen eines wichtigen und vom Kunden verschuldeten Grundes, der die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für Happy-Fit unzumutbar macht, ist Happy-Fit berechtigt, das Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung zu kündigen. Ein solcher wichtiger Grund wird beispielsweise dann vorliegen, wenn sich der Kunde schwerer Verstöße gegen die Hausordnung trotz vorheriger schriftlicher Abmahnung schuldig macht.
11. Die Kundenvereinbarung kann seitens Happy-Fit weiters bei Insolvenz, Zahlungsunfähigkeit des Kunden oder wenn ein Zahlungsverzug trotz Mahnung und erfolgloser Setzung einer Nachfrist von 30 Tagen vorliegt, gekündigt werden. Eine derartige Kündigung seitens Happy-Fit ändert nichts an der Verpflichtung des Kunden zur Bezahlung des vereinbarten Entgeltes bis zum nächst möglichen Kündigungstermin.
12. Eine kurz- oder längerfristige Nichtbenutzung der Anlage durch das Mitglied – aus welchen Gründen auch immer – befreit nicht von der Zahlung.
13. Gerät der Kunde mit seiner Zahlungsverpflichtung im Verzug, kann Happy-Fit den Kunden von der Benützung des Fitnessstudios und der Trainingseinrichtungen während der Dauer des Zahlungsverzuges ausschließen.
14. Für den Fall des Zahlungsverzuges ist Happy-Fit berechtigt, sämtliche Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung (Mahnsesen, Spesen eines Inkassobüros und/oder Anwaltskosten) und Verzugszinsen von 5 % zu begehren. Weiters ist Happy-

Fit nach erfolglosem Verstreichen einer 30-tägigen Nachfrist berechtigt, die Gesamten bis zum nächst möglichen Kündigungstermin ausstehenden Kundentarife einzuziehen (= Terminverlust).

- 15.** Die zur Verfügung gestellten Garderobenschränke dürfen vom Kunden ausschließlich während seiner Anwesenheit im Studio genutzt werden. Wird ein Garderobenschrank darüber hinaus benutzt und hat der Kunde dies zu vertreten, so kann Happy-Fit diesen öffnen. Die dadurch entstehenden Kosten hat in diesem Fall der Kunde zu tragen, insbesondere wird ein zerstörtes Schloss nicht ersetzt.
- 16.** Das Happy-Fit übernimmt keine Haftung für den Verlust von mitgebrachter Kleidung, Wertgegenständen und Geld nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit.
- 17.** Bei Vorliegen eines wichtigen und vom Kunden verschuldeten Grundes, der die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für Happy-Fit unzumutbar macht, ist Happy-Fit berechtigt, das Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung zu kündigen. Ein solcher wichtiger Grund wird beispielsweise dann vorliegen, wenn sich der Kunde schwerer Verstöße gegen die Hausordnung trotz vorheriger schriftlicher Abmahnung schuldig macht. Im Fall der berechtigten sofortigen Kündigung ist der Kunde verpflichtet, das vereinbarte Entgelt bis zum ordnungsgemäßen Vertragsende zu bezahlen.
- 18.** Die Kundenvereinbarung kann seitens Happy-Fit weiters bei Insolvenz, Zahlungsunfähigkeit des Kunden oder wenn dieser mit einer Zahlung eines Monatstarifes länger als 6 Wochen in Rückstand ist und eine Mahnung unter Setzung einer Nachfrist von 2 Wochen unter Androhung des Terminverlustes erfolglos ergangen ist, gekündigt werden.
- 19.** Gerät der Kunde mit der Zahlung eines Monatstarifes länger als 6 Wochen in Rückstand und wurde er unter Setzung einer Nachfrist von 2 Wochen erfolglos gemahnt, kann dem Kunden der Zutritt zur Anlage untersagt werden. Der Kunde kann in diesem Falle von der Benützung sämtlicher Einrichtungen ausgeschlossen werden.
- 20.** Für den Fall eines Zahlungsverzuges ist das Happy-Fit berechtigt, sämtliche Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung (Mahnspeisen und Anwaltskosten) und Verzugszinsen in der Höhe von 8 % über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB zu begehren und die bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin ausstehenden Beträge gesamt einziehen.
- 21.** Sämtliche Korrespondenz seitens der Geschäftsführung gilt an die im Vereinbarungsformular angegebene Adresse als ordnungsgemäß an das Mitglied zugestellt. Änderungen der Anschrift bzw. Bankverbindungen sind unverzüglich

mitzuteilen, damit keine unnötigen Kosten/Stornogebühren entstehen, die ansonsten dem Kunden verrechnet werden.

Die Klauseln 22 bis 24 sind auf einem im Fitnessstudio der beklagten Partei angebrachten Schild (Stand: Februar 2016) abgedruckt und lauten:

- 22.** Über Nacht verschlossene Spinde werden kompromisslos am Folgetag aufgebrochen und Inhalt entsorgt!!!
- 23.** Das Konsumieren von selbst mitgebrachten Getränken ist auf der Trainingsfläche nicht erwünscht.
- 24.** Unerwünscht sind selbst mitgebrachte Getränke.

Die nachfolgenden Klauseln 25 bis 33 sind Bestandteil der Hausordnungen der beklagten Partei. Die Klauseln 25 bis 29 finden sich auf der Hausordnung Stand: Februar 2016 und die Klauseln 30 bis 33 auf jener Stand: November 2014.

- 25.** Wenn sich Besucher oder Happy-Fit Mitglieder schwerer Verstöße gegen die Hausordnung trotz vorheriger schriftlicher Abmahnung schuldig machen, ist Happy-Fit berechtigt, das Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung zu kündigen.
- 26.** Das Mitbringen und Konsumieren von selbst mitgebrachten Getränken und Nahrungsmitteln ist nicht erwünscht.
- 27.** Für die Duschen steht ein Münzer zur Verfügung bei. Für 5 min duschen sind EUR 0,5 zu entrichten.
- 28.** Mitgliedschaften und Zutritt sind im Happy-Fit grundsätzlich erst ab 14 Jahren erlaubt, soweit die Studioleitung nicht anders entscheidet. Bei Nichtbeachtung haften Eltern für ihre Kinder.
- 29.** Gutscheine für Leistungen des Happy-Fit sind bis einschließlich zu dem dort aufgedruckten Datum gültig. Im Falle einer Preiserhöhung nach dem Erwerb des Gutscheines muss der bei dieser Leistung entstandene Differenzbetrag aufgezahlt werden.
- 30.** Besucher und Happy-Fit Mitglieder, die gegen die Hausordnung bzw. gegen die Anordnung der Happy-Fit Mitarbeiter verstoßen, können vom Besuch des Studios ausgeschlossen werden (= Hausverbot, siehe Punkt 3.6. der Kundenvereinbarung).
- 31.** Bei Vertragsabschluss wird von jedem Kunden ein Foto gemacht.
- 32.** Öffnungszeiten können dem jeweiligen Aushang entnommen werden.

33. Das Mitbringen und Konsumieren von selbst mitgebrachten Getränken und Nahrungsmitteln ist vor allem aus hygienischen Gründen nicht gestattet.

Mit Schreiben vom 12. April 2016 mahnte die klagende Partei die beklagte Partei in Bezug auf alle diese 33 Punkte (sowie eines weiteren Punktes (dortiger Punkt 23) der nicht klagsgegenständlich ist) ab und forderte sie zur Abgabe einer dem Schreiben angeschlossenen Unterlassungserklärung mit Vertragsstrafenvereinbarung bis zum 3. Mai 2016 auf.

Das Schreiben wies auszugsweise folgenden Inhalt auf:

„...“

Sie verwenden im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern die nachstehend im Einzelnen angeführten Klauseln, die nach unserer Auffassung gegen Gesetze bzw. die guten Sitten verstoßen und deshalb unwirksam sind.

Zur Vermeidung eines gerichtlichen Unterlassungsverfahrens laden wir Sie ein, die in der Anlage beigefügte – durch eine Vertragsstrafenvereinbarung besicherte – Unterlassungserklärung binnen der angemessenen Frist von 14 Tagen, einlangend bei uns bis spätestens

3. Mai 2016

abzugeben.

Vorsorglich weisen wir Sie darauf hin, dass wir im Lichte des § 28 Abs 2 KSchG nur die Abgabe einer mit Vertragsstrafe besicherten Unterlassungserklärung als Erledigung unseres Anspruches ansehen. Es genügt daher nicht, uns lediglich mitzuteilen, dass die beanstandeten AGB zukünftig nicht mehr verwendet werden oder bereits durch neue AGB ersetzt worden sind. Ebenso wenig reicht die Übernahme einer Verpflichtung zur Unterlassung ohne gleichzeitige Verpflichtung zur Vertragsstrafe für den Fall des Zuwiderhandelns. Auch das Beisetzen allfälliger Bedingungen stellt keine ausreichende Unterlassungserklärung dar; die Unterlassungserklärung muss im Übrigen auch sinngleiche Klauseln umfassen (OGH 9.3.1990, 5 Ob 227/98p). Der Unternehmer muss sich gemäß § 28 Abs 1 KSchG auch verpflichten, sich auf diese Klauseln nicht zu berufen (OGH 9.3.1990, 5 Ob 227/98p).

Sollten Sie sich zur Abgabe der Unterlassungserklärung innerhalb der gesetzten Frist nicht bereit finden, sehen wir uns leider gezwungen, ohne jede weitere Aufforderung die Verbandsklage einzubringen.

Im Einzelnen handelt es sich um folgende Beanstandungen:

Uns liegen Ihre AGB (Stand: 11.2.2016 und 12.9.2014), Ihr Vertragsformblatt (Stand:

12.9.2014), Ihre Hausordnung (Stand: Februar 2016 und November 2014) und in Ihren Fitnessstudios angebrachte Schilder (Stand: Februar 2016) vor, die Sie im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern verwenden und die einige Klauseln enthalten, die gegen Gesetze bzw die guten Sitten verstoßen. Um welche Klauseln in sich konkret handelt, entnehmen sie bitte der beigefügten vorbereiteten Unterlassungserklärung. Die gegebenenfalls kursiv gesetzten Passagen einer Klausel sind nicht Gegenstand unserer Beanstandung, wurden aber zum besseren Verständnis des Gesamtkontextes hinzugefügt.

...“

In der Anlage befand sich die im Schreiben erwähnte Unterlassungserklärung mit auszugsweise folgendem Inhalt:

„Das Unternehmen

Happy-Fit Fitness GmbH
Stelzhamerstraße 1b
400 Steyr

gibt gegenüber dem gemäß § 29 KSchG klagsberechtigten Verband

Verein für Konsumenteninformation
Linke Wienzeile 18
1060 Wien

nachfolgende

Unterlassungserklärung mit Vertragsstrafenvereinbarung

ab:

I.

Das genannte Unternehmen verpflichtet sich gegenüber dem genannten Verband im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern die Verwendung der folgenden Klauseln:

1. Mindestvertragslaufzeit 12 Monate 24 Monate.
2. Ich habe die Kundenvereinbarung – AGB auf der Rückseite aufmerksam gelesen, den Inhalt verstanden, mit meiner Unterschrift zur Kenntnis genommen und bestätige mit dieser den Erhalt einer Zweitschrift der Vereinbarung.
3. Der Kunde akzeptiert die jeweils gültigen Kundenbedingungen und die an der Rezeption ausgehängte Hausordnung. Die Geschäftsführung ist berechtigt, die

Benützungs- und Geschäftsbedingungen sowie die Hausordnung zu ändern, sofern diese Änderungen dem Kunden zumutbar und geringfügig sowie sachlich gerechtfertigt sind.

4. *Es gilt die vereinbarte Laufzeit.* Unterbrechungen, haben keine Auswirkung auf die Vertragslaufzeit, es sei denn, dass diese in der Sphäre von Happy-Fit liegen.
5. *Eine Änderung der Kundenvereinbarung soll im Interesse beider Vertragspartner ebenso wie jede Ergänzung der Kundenvereinbarung schriftlich erfolgen. Anschriftsänderungen – bei Bankeinzug auch Kontoänderungen – sind dem Unternehmen unverzüglich mitzuteilen.* Unterlässt der Kunde die Mitteilung, so hat er bei Verschulden Happy-Fit die daraus tatsächlich entstandenen Kosten (Aufwendungen für Einwohnermeldeanfragen, Bankrücklastschriften und Mahnungen, etc.) zu ersetzen.
6. *Die Kundenvereinbarung wird – je nach Vereinbarung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit abgeschlossen.* Auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Kundenvereinbarungen können von beiden Vertragsteilen mangels anderer Vereinbarung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 2 Monaten zum Ende des 12., 24., 36. Monats usw. der Vertragslaufzeit schriftlich gekündigt werden, wobei die jeweils vereinbarte Mindestvertragslaufzeit einzuhalten ist. *Eine Kundenvereinbarung mit einer Mindestvertragslaufzeit von 6 Monaten kann unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 2 Monaten zum 6., 12., 18., 24., usw. Monats der Vertragslaufzeit gekündigt werden, wobei die vereinbarte Mindestvertragslaufzeit einzuhalten ist.*
7. Ein Sonderkündigungsrecht besteht bei Verlegung des Wohnsitzes von mehr als 40 km vom nächstgelegenen Happy-Fit Studio entfernt. *Der Meldezettel und die Kündigung müssen 10 Tage vor Monatsende bei uns Eintreffen, um die Mitgliedschaft zum nächsten Ersten auslösen zu können.* Eine Bearbeitungsgebühr von EUR 20,-- wird fällig und von Happy-Fit abgebucht.
8. Krankheit oder Verletzung, die ohne Unterbrechung länger als 2 Monate andauert und ein weiteres Trainieren für unbestimmte Zeit unmöglich macht, berechtigen nicht zur Kündigung des Vertrages, sondern nur zur beitragspflichtigen Stilllegung. Dies bedeutet, dass die vom Arzt attestierte Dauer der Trainingsunfähigkeit am Vertragsende kostenlos angehängt werden kann. *Davon ausgenommen ist der Urlaub.*
9. Auch eine Schwangerschaft berechtigt nicht zur Kündigung des Vertrages, sondern nur zu beitragspflichtigen Stilllegung. Das heißt, die gesetzlichen Mutterschutzzeit (2 Monate vor und 2 Monate nach der Geburt) kann am Vertragsende kostenlos angehängt werden.

10. Bei Vorliegen eines wichtigen und vom Kunden verschuldeten Grundes, der die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für Happy-Fit unzumutbar macht, ist Happy-Fit berechtigt, das Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung zu kündigen. Ein solcher wichtiger Grund wird beispielsweise dann vorliegen, wenn sich der Kunde schwerer Verstöße gegen die Hausordnung trotz vorheriger schriftlicher Abmahnung schuldig macht.
11. Die Vereinbarung kann seitens Happy-Fit weiters bei Insolvenz, Zahlungsunfähigkeit des Kunden oder wenn ein Zahlungsverzug trotz Mahnung und erfolgloser Setzung einer Nachfrist von 30 Tagen vorliegt, gekündigt werden. Eine derartige Kündigung seitens Happy-Fit ändert nichts an der Verpflichtung des Kunden zur Bezahlung des vereinbarten Entgeltes bis zum nächst möglichen Kündigungstermin.
12. Eine kurz- oder längerfristige Nichtbenutzung der Anlage durch das Mitglied – aus welchen Gründen auch immer – befreit nicht von der Zahlung.
13. Gerät der Kunde mit seiner Zahlungsverpflichtung im Verzug, kann Happy-Fit den Kunden von der Benützung des Fitnessstudios und der Trainingseinrichtungen während der Dauer des Zahlungsverzuges ausschließen.
14. Für den Fall des Zahlungsverzuges ist Happy-Fit berechtigt, sämtliche Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung (Mahnspesen, Spesen eines Inkassobüros und/oder Anwaltskosten) und Verzugszinsen von 5 % zu begehren. Weiters ist Happy-Fit nach erfolglosem Verstreichen einer 30-tägigen Nachfrist berechtigt, die Gesamten bis zum nächst möglichen Kündigungstermin ausstehenden Kundentarife einzuziehen (= Terminverlust).
15. *Der Kunde hat den Garderobenschrank, den er mit einem eigenen passenden Schlüssel zu versperren hat, nach Abschluss des Trainings zu räumen und unverschlossen zu hinterlassen. Die zur Verfügung gestellten Garderobenschränke dürfen vom Kunden ausschließlich während seiner Anwesenheit im Studio genutzt werden. Wird ein Garderobenschrank darüber hinaus benutzt und hat der Kunde dies zu vertreten, so kann Happy-Fit diesen öffnen. Die dadurch entstehenden Kosten hat in diesem Fall der Kunde zu tragen, insbesondere wird ein zerstörtes Schloss nicht ersetzt.*
16. Das Happy-Fit übernimmt keine Haftung für den Verlust von mitgebrachter Kleidung, Wertgegenständen und Geld nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit.
17. Bei Vorliegen eines wichtigen und vom Kunden verschuldeten Grundes, der die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für Happy-Fit unzumutbar macht, ist Happy-Fit

berechtigt, das Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung zu kündigen. Ein solcher wichtiger Grund wird beispielsweise dann vorliegen, wenn sich der Kunde schwerer Verstöße gegen die Hausordnung trotz vorheriger schriftlicher Abmahnung schuldig macht. Im Fall der berechtigten sofortigen Kündigung ist der Kunde verpflichtet, das vereinbarte Entgelt bis zum ordnungsgemäßen Vertragsende zu bezahlen.

- 18.** Die Kundenvereinbarung kann seitens Happy-Fit weiters bei Insolvenz, Zahlungsunfähigkeit des Kunden oder wenn dieser mit einer Zahlung eines Monatstarifes länger als 6 Wochen in Rückstand ist und eine Mahnung unter Setzung einer Nachfrist von 2 Wochen unter Androhung des Terminverlustes erfolglos ergangen ist, gekündigt werden.
- 19.** Gerät der Kunde mit der Zahlung eines Monatstarifes länger als 6 Wochen in Rückstand und wurde er unter Setzung einer Nachfrist von 2 Wochen erfolglos gemahnt, kann dem Kunden der Zutritt zur Anlage untersagt werden. Der Kunde kann in diesem Falle von der Benützung sämtlicher Einrichtungen ausgeschlossen werden.
- 20.** Für den Fall eines Zahlungsverzuges ist das Happy-Fit berechtigt, sämtliche Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung (Mahnspesen und Anwaltskosten) und Verzugszinsen in der Höhe von 8 % über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB zu begehren und die bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin ausstehenden Beträge gesamt einziehen.
- 21.** Sämtliche Korrespondenz seitens der Geschäftsführung gilt an die im Vereinbarungsformular angegebene Adresse als ordnungsgemäß an das Mitglied zugestellt. Änderungen der Anschrift bzw. Bankverbindungen sind unverzüglich mitzuteilen, damit keine unnötigen Kosten/Stornogebühren entstehen, die ansonsten dem Kunden verrechnet werden.
- 22.** *Garderoben und SPINDE sind sauber und ordentlich zu halten und müssen täglich bei Verlassen des Studios entleert werden! Über Nacht verschlossene Spinde werden kompromisslos am Folgetag aufgebrochen und Inhalt entsorgt!!!*
- 23.** Die Nutzung unseres Getränkesystems ist ohne vorherige Absprache ausschließlich mit HappyFit. Flasche und dem dazugehörigen Abonnement [sic!] gestattet! Wenn du eine andere Flasche nutzen möchtest, wende dich bitte an unser Team!
- 24.** Das Konsumieren von selbst mitgebrachten Getränken ist auf der Trainingsfläche nicht erwünscht.
- 25.** Unerwünscht sind selbst mitgebrachte Getränke.

26. Wenn sich Besucher oder Happy-Fit Mitglieder schwerer Verstöße gegen die Hausordnung trotz vorheriger schriftlicher Abmahnung schuldig machen, ist Happy-Fit berechtigt, das Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung zu kündigen.
27. Das Mitbringen und Konsumieren von selbst mitgebrachten Getränken und Nahrungsmitteln ist nicht erwünscht.
28. Für die Duschen steht ein Münzer zur Verfügung bei. Für 5 min duschen sind EUR 0,5 zu entrichten.
29. *Mitgliedschaften und Zutritt sind im Happy-Fit grundsätzlich erst ab 14 Jahren erlaubt, soweit die Studioleitung nicht anders entscheidet.* Bei Nichtbeachtung haften Eltern für ihre Kinder.
30. Gutscheine für Leistungen des Happy-Fit sind bis einschließlich zu dem dort aufgedruckten Datum gültig. Im Falle einer Preiserhöhung nach dem Erwerb des Gutscheines muss der bei dieser Leistung entstandene Differenzbetrag aufgezahlt werden.
31. Besucher und Happy-Fit Mitglieder, die gegen die Hausordnung bzw gegen die Anordnung der Happy-Fit Mitarbeiter verstoßen, können vom Besuch des Studios ausgeschlossen werden (= Hausverbot, siehe Punkt 3.6. der Kundenvereinbarung).
32. Bei Vertragsabschluss wird von jedem Kunden ein Foto gemacht.
33. Öffnungszeiten können dem jeweiligen Aushang entnommen werden.
34. Das Mitbringen und Konsumieren von selbst mitgebrachten Getränken und Nahrungsmitteln ist vor allem aus hygienischen Gründen nicht gestattet.

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen und sich auf diese Klauseln und sinngleiche Klauseln nicht zu berufen.

II.

Das genannte Unternehmen verpflichtet sich für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen Punkt I. eine Vertragsstrafe in Höhe von

720,- Euro (i.W.: siebenhundertzwanzig Euro)

pro Klauseln und Zuwiderhandlung an den genannten Verband zu bezahlen.

...“

(Beilage ./C)

Die Frist zu Abgabe der Unterlassungserklärung wurde der beklagten Partei zunächst bis zum 3. Mai 2016 und am 29. April 2016 bis zum 10. Mai 2016 - bei der klagenden Partei einlangend - verlängert, wobei die klagende Partei jeweils gleichzeitig darauf hingewiesen hat, dass sie „nur die Abgabe einer mit Vertragsstrafe besicherten Unterlassungserklärung als Erledigung“ ihres Anspruch ansehe (Beilagen ./D und ./E).

Mit E-Mail vom 11. Mai 2016 übermittelte die beklagte Partei der klagende Partei die unterfertigte aber handschriftlich modifizierte Unterlassungserklärung der klagenden Partei. Dabei wurden die Klauseln 1., 6., 10., 22. bis 33. durchgestrichen und die Vertragsstrafenvereinbarung dahingehend abgeändert, dass sich die beklagte Partei lediglich verpflichtete, für den Fall der Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe von EUR 3.000,00 pro Klausel an die beklagte Partei zu bezahlen. Im Begleitschreiben führte der Beklagtenvertreter unter anderem aus, die beklagte Partei habe die Beanstandungen der klagenden Partei zum Anlass genommen, die AGB, die Hausordnung und das Vertragsformblatt („Mitgliedsvereinbarung“) vollkommen zu überarbeiten, wobei dies auch in vielen Punkten erfolgte sei, die von der klagenden Partei entweder gar nicht beanstandet worden seien oder bei denen die Rechtsauffassung „hinsichtlich der Zulässigkeit nicht (oder nur teilweise) geteilt“ werde (Beilage ./H).

Die beklagte Partei übermittelte der klagenden Partei in weiterer Folge die „modifizierten AGB sowie das Vertragsformblatt in Entwurfsform“ und ersuchte um Mitteilung, ob seitens der klagenden Partei „noch Grund zu Beanstandungen“ bestünden. (vgl. Beilagen /H)

Mit E-Mail vom 13. Juni 2016 wies die beklagte Partei den Beklagtenvertreter darauf hin, dass die beklagte Partei die Unterlassungserklärung nicht in der gewünschten Form abgegeben habe. Zudem wurde der Beklagtenvertreter darauf hingewiesen, dass die geforderte Vertragsstrafe von EUR 720,00 pro Klausel und Zuwiderhandlung jahrelange Praxis und für die wirksame Durchsetzung erforderlich sei und die klagende Partei von ihrer Forderung daher nicht abrücken werde. Schließlich wies die klagenden Partei die beklagte Partei neuerlich darauf hin, dass sie bei Nichtabgabe der geforderten Unterlassungserklärung ohne jede weitere Aufforderung die Verbandsklage einbringen werde (Beilagen ./I, ./3 und ./4).

Mit E-Mail vom 15. Juni 2016 erklärte sich die beklagte Partei bereit, eine Unterlassungserklärung auch hinsichtlich der Klauseln 22. bis 27. und 29. bis 33. abzugeben und einen „höheren Betrag für eine Konventionalstrafe zu akzeptieren“, wobei der Vertreter der beklagten Partei die klagende Partei um Rückäußerung ersuchte, ob sie mit einer Vertragsstrafe von EUR 10.000,00 pro Klausel einverstanden sei. Eine entsprechende Unterlassungserklärung war jedoch nicht beigefügt. Die von der klagenden Partei geforderte Konventionalstrafe würde die beklagte Partei „ohne jeden Zweifel in den Ruin treiben“. Zudem bot der Beklagtenvertreter den Abschluss eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleiches

hinsichtlich sämtlicher Punkte der Unterlassungserklärung mit Ausnahme der Klauseln 1., 6., 10. und 28 an (Beilage ./1, ./3 und ./4).

Mit E-Mail vom 17. Juni 2016 wurde die beklagte Partei von der klagenden Partei darüber informiert, dass die „Einschränkungen der Unterlassungserklärung ... nicht akzeptabel“ seien und die klagende Partei daher mittlerweile Verbandsklage eingebracht habe. (Beilage ./4)

BEWEISWÜRDIGUNG

Die getroffenen Feststellungen sind im Wesentlichen unstrittig und ergeben sich insbesondere auch aus den in Klammern angeführten Beweismitteln. Die vorgelegten Urkunden sind unbedenklich. Die Angaben des Geschäftsführers der beklagten Partei waren glaubhaft und konnten daher – soweit relevant - den Feststellungen zugrunde gelegt werden

Die Feststellung, wonach die beklagte Partei der klagenden Partei im Jahr 2012 die modifizierten AGB, die Hausordnung und die Kundenvereinbarung („Mitgliedsvereinbarung“) übermittelt hat gründet insbesondere darauf, dass die klagende Partei diesem Vorbringen nicht widersprochen hat und auf Beilage /B, aus welcher hervorgeht, dass die klagende Partei auf die E-Mail des Beklagtenvertreters vom 6. März 2012 Bezug nimmt und ausführt, zu den zu den modifizierten AGB keine Stellungnahme abgeben werde.

RECHTLICHE BEURTEILUNG

Gemäß § 28 Abs. 1 KSchG kann auf Unterlassung geklagt werden, wer im geschäftlichen Verkehr in AGB, 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. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist. Gemäß § 28 Abs. 2 KSchG besteht die Gefahr einer Verwendung und Empfehlung derartiger Bedingungen nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine gemäß § 29 KSchG klageberechtigte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe (§ 1336 ABGB) besicherte Unterlassungserklärung abgibt.

Bei der Verbandsklage hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (RIS-Justiz RS0016590). Es ist von der Auslegungsvariante auszugehen, die für die Kunden der Beklagten die nachteiligste ist. Eine geltungserhaltende Reduktion findet nicht statt (RIS-Justiz RS0038205.)

Der Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie auch jener des Vertragsformblatts sind im Gesetz nicht definiert (RIS-Justiz RS0123499). Nach der Rechtsprechung sind unter Allgemeinen Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen zu verstehen, die eine Vertragspartei (der Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt (RIS-Justiz RS0123499 [T2]; 1 Ob 46/10m mwN). Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in der Vertragsurkunde selbst aufgenommen sind, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat (vgl. 2 Ob 59/12h mwN). Insofern sind auch die in den Hausordnungen und auf den Schildern im Fitnessstudio angeführten Klauseln als derartige – für eine Vielzahl von Verträgen - vorformulierte Vertragsbedingungen zu verstehen, zumal im Vertragsformblatt (vgl. Klausel 2) und in den AGB (vgl. Klauseln 3, 10 und 17) auf die Hausordnung Bezug genommen wird. Die in den Fitnessstudios der beklagten Partei angebrachten Schilder können jedenfalls als (allenfalls erweiterter) Teil der Hausordnung angesehen werden.

Zur Wiederholungsgefahr:

Zunächst ist festzuhalten, dass eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen, die zudem keine Gewähr dafür bietet, dass sich das Unternehmen nicht für bereits bestehende Verträge auf eine frühere Fassung beruft, keinesfalls ausreicht, um die Wiederholungsgefahr zu beseitigen (RIS-Justiz RS0124304). Insofern ist das Vorbringen der beklagten Partei sie habe die „alten“ AGB und die „alte Mitgliedsvereinbarung“ grundlegend neu gestaltet und dadurch zum Ausdruck gebracht diese nicht mehr verwenden zu wollen unbeachtlich, zumal dies allein jedenfalls nicht geeignet ist die Wiederholungsgefahr zu beseitigen.

Der Verwender muss sich dem Anspruch des gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Verband nach Abmahnung vollständig, unbeding, uneingeschränkt und strafbewehrt unterwerfen, um die Wiederholungsgefahr gemäß § 28 Abs. 2 KSchG zu beseitigen. (RIS-Justiz RS011637 [insbesondere T11]). Die mit dem Abmahnverfahren angestrebte außergerichtliche Streitbereinigung kann nur eintreten, wenn für beide Seiten Rechtssicherheit besteht. Die Unterlassungserklärung des Verwenders Allgemeiner Geschäftsbedingungen muss daher neben wortgleichen auch sinnliche Klauseln umfassen, um die Wiederholungsgefahr nach § 28 Abs. 2 KSchG zu beseitigen (RIS-Justiz RS0011638).

Fügt der Verwender oder der Empfehler von Allgemeinen Geschäftsbedingungen seiner nach Abmahnung gemäß § 28 Abs 2 KSchG abgegebenen Unterlassungserklärung neu formulierte

Ersatzklauseln bei, liegt auch dann keine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung vor, die die Wiederholungsgefahr beseitigt, wenn die neuen Klauseln im Verhältnis zu den beanstandeten Klauseln nicht „sinngleich“ sind (RIS-Justiz RS0128187).

Die mit E-Mail vom 11.5.2016 (und somit auch verspätet) abgegebene Unterlassungserklärung ist schon deshalb nicht als vollständige, unbedingte, uneingeschränkte und strafbewehrte Unterlassungserklärung, die geeignet wäre die Wiederholungsgefahr zu beseitigen, zu werten, weil die beklagte Partei der klagenden Partei unter einem die „modifizierten AGB sowie das Vertragsformblatt in Entwurfsform“ übermittelte.

Zudem muss die Unterlassungserklärung mit einer angemessenen Konventionalstrafe (§ 1336 ABGB) besichert sein (§ 28 Abs 2 KSchG), damit von einer vollständigen Unterwerfung gesprochen werden kann. Ob eine Konventionalstrafe angemessen ist, ist anhand einer umfassenden, die Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Interessenprüfung zu entscheiden. Damit kommt es nicht nur auf den vereinfachten Ausgleich der durch eine Vertragsverletzung entstandenen oder aufgrund bekannter Umstände des jeweiligen Einzelfalls noch entstehenden - materiellen und immateriellen - Gläubigernachteile an, sondern gleichermaßen auch auf den rechtlich schutzwürdigen zusätzlichen Erfüllungsdruck im Gläubigerinteresse. (RIS-Justiz RS019007 [T1]). Dieser Erfüllungsdruck soll schon jene Gefahren einer konkreten Schädigung des Gläubigers abwenden, die bei einer ex ante Betrachtung nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles als Folge der Nichterfüllung bzw. nicht gehörigen Erfüllung der maßgeblichen Vertragspflicht typisch sind. Bei dieser Rechtslage hängt aber auch die Angemessenheit der Strafbewehrung einer Unterlassungserklärung von mehreren Komponenten, wie etwa der Größe des Unternehmens und der Verbreitung dessen allgemeiner Geschäftsbedingungen einerseits und der Schwere des zu befürchtenden Eingriffs in die Konsumentenrechte andererseits ab (vgl. 8 Ob 17/00h mwN).

Berücksichtigt man nun, dass die beklagte Partei – ihrem eigenen Vorbringen folgend – mit rund 35.000 Kunden Verträge abgeschlossen hat, denen allen die AGB zu Grunde liegen, so ist schon vor diesem Hintergrund das Anbot einer Vertragsstrafe von EUR 3.000,00 aber auch von EUR 10.000,00 **pro Klausel** – unabhängig von der Anzahl der Zuwiderhandlungen - jedenfalls unzureichend. Wenn die beklagte Partei vorbringt, die von der klagenden Partei geforderte Konventionalstrafe wäre für die beklagte Partei „absolut ruinös“ und dabei ins Treffen führt, dass sich laut Forderung der klagenden Partei eine Konventionalstrafe von EUR 25,2 Millionen pro Klausel ergäbe, so ist dem entgegenzuhalten, dass dies voraussetzen würde, dass sich die beklagte Partei etwa auch weiterhin gegenüber **sämtlichen Kunden auf die inkriminierte Klausel berufen** würde. Hingegen ist der Argumentation der klagenden

Partei, wonach das Anbot der beklagten Partei dazu führe, dass sich diese von ihrer Verpflichtung eine bestimmte Klausel nicht mehr zu verwenden oder sich darauf zu berufen durch Zahlung eines einmaligen Pauschalbetrages entledigen könnte, beizupflichten. Aus diesem Grund ist die von der beklagten Partei angebotene Vertragsstrafe jedenfalls unzureichend. Hingegen lässt sich aus dem Vorbringen der beklagten Partei und insbesondere ihrem Anbot die Unterlassungsverpflichtung hinsichtlich einzelner Klauseln durch Zahlung eines Pauschalbetrages abzugelten ihre mangelnde Ernstlichkeit die Verwendung einzelner Klauseln oder die Berufung darauf künftig zu unterlassen, ableiten.

Auch die Tatsache, dass der Beklagtenvertreter der klagenden Partei mit E-Mail vom 15. Juni 2016 den Abschluss eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleiches hinsichtlich sämtlicher Punkte der Unterlassungserklärung mit Ausnahme der Klauseln 1., 6., 10. und 28 angeboten hat, vermag die Wiederholungsgefahr nicht zu beseitigen.

Ein Vergleichsangebot durch den Beklagten bildet ein Indiz für den Wegfall der Wiederholungsgefahr (zuletzt 6 Ob 131/16g). Das in § 28 Abs 2 KSchG geregelte (fakultative) Abmahnverfahren vermag jedoch nur dann seinen Zweck zu erfüllen, wenn solche andere Formen der formellen oder materiellen Unterwerfung zB das Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleiches zumindest einen ähnlichen Gewissheitsgrad aufweisen (RIS-Justiz RS0124304 [T3]). Der durch das Vergleichsangebot indizierte ernstliche Sinneswandel des Beklagten kann im Einzelfall durch den Nachweis besonderer Umstände widerlegt werden (vgl. 6 Ob 131/16g mwN). Es kommt lediglich darauf an, ob der Vergleich bedingungslos dem gesamten Unterlassungsanspruch umfassend Rechnung trägt (vgl. zuletzt 6 Ob 131/16g). Entscheidend ist also, ob der Vergleich dem Kläger all das bringt, was er mit seiner Klage erreichen kann (RIS-Justiz [RS0079899](#) [T19, T33]). Hätte sich die beklagte Partei hinsichtlich der genannten Punkte tatsächlich gänzlich unterwerfen wollen, so hätte sie das Begehren des Klägers in jenen Punkten, in denen er im Rechtsstreit obsiegen könnte, sofort anerkennen und darüber einen vollstreckbaren Unterlassungsvergleich mit einer angemessenen Leistungsfrist anbieten müssen (vgl 6 Ob 24/11i; RIS-Justiz RS0079899 [T11, T12]). Dies hat die beklagte Partei jedoch nicht getan. Vielmehr hat die beklagte Partei darauf hingewiesen, dass die Wiederholungsgefahr in Bezug auf die Klauseln 2 bis 5, 7 bis 9, 11 bis 26 und 28 bis 33 nicht mehr gegeben sei und die Klage schon deshalb abzuweisen sei. Im Übrigen hat die beklagte Partei auch das Veröffentlichungsbegehren der klagenden Partei bestritten. Vor diesem Hintergrund ist auch das Anbot der beklagten Partei in Bezug auf die Klausel 10 eine durch eine Konventionalstrafe von EUR 20.000,00 abgesicherte Unterlassungserklärung abzugeben, nicht geeignet die Wiederholungsgefahr zu beseitigen.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die auf die Abmahnung folgenden Erklärungen der beklagten Partei dem Erfordernis einer unbedingten, uneingeschränkten und

strafbewehrten Unterlassungserklärung nicht entsprochen haben und zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr ebensowenig geeignet war wie die tatsächliche Änderung der beanstandeten Klauseln.

Zu den Klauseln 2 bis 5, 7 bis 9, 11 bis 26 und 28 bis 33:

Die klagende Partei begründete hinsichtlich jeder einzelnen Klausel, weshalb diese ihrer Auffassung nach überraschend und nachteilig, gesetz- oder sittenwidrig oder intransparent sei. Hinsichtlich dieser von der klagenden Partei beanstandeten Klauseln führte die beklagte Partei lediglich aus, dass das Klagebegehren schon mangels Wiederholungsgefahr abzuweisen sei. Sie gehe daher bewusst auf die Rechtmäßigkeit der Klauseln, hinsichtlich welcher sie sich unterworfen habe, nicht mehr ein (S 7 in ON 6). Auch in der mündlichen Streitverhandlung am 18. Oktober 2016 betonte die beklagte Partei mehrfach, dass die Klauseln 2 bis 5, 7 bis 9, 11 bis 26 und 33 nicht mehr strittig seien und die Klagsführung daher rechtsmissbräuchlich und schikanös sei (S 3 in ON 8).

Dass die Wiederholungsgefahr nicht weggefallen ist, wurde bereits dargestellt. Da die von der klagenden Partei behauptete Unzulässigkeit dieser Klauseln von der beklagten Partei nicht substantiiert bestritten, sondern diese vielmehr als nicht mehr strittig angesehen wurden, überdies von der beklagten Partei erklärt wurde, sich hinsichtlich dieser unterworfen zu haben, war deren Rechtmäßigkeit bzw. Unrechtmäßigkeit im Einzelnen nicht mehr zu prüfen.

Zu den strittigen Klauseln:

Zu den Klausel 1 und 6:

Zur Klausel 1 führte die beklagte Partei aus, dass sie ihren Kunden in Bezug auf die Mindestvertragslaufzeit mehrere Varianten (6, 12 oder 24 Monate) zur Wahl stelle, wobei eine längere Mindestvertragslaufzeit (24 Monate) mit einem geringeren Monatstarif (EUR 19,99 inkl. 20 % USt) einhergehe. Die Investitionskosten von bisher 12 Millionen Euro machten es in Zusammenhang mit den hohen Wartungs-, Instandhaltungs- und Betriebskosten und den sehr günstigen Kundentarifen erforderlich, die Kunden mit längerfristigen Verträge zu binden um eine betriebswirtschaftlich sinnvolle Finanzplanung gewährleisten zu können. Im Hinblick auf den geringen Tarif sei auch die durch die Mindestvertragslaufzeit bewirkte Gesamtbelastung der Konsumenten von knapp EUR 480,00 „vernachlässigbar gering“, worin auch ein wesentlicher Unterschied zur von der klagenden Partei zitierten Entscheidung 9 Ob 69/11d liege, in welchem Fall dem Kunden ein monatliches Entgelt von EUR 90,00 verrechnet worden sei. Die zulässige Bindungsdauer sei einzelfallabhängig; eine 24-monatige

Bindungsdauer sei nur dann unzulässig, wenn der Kunde auch bei Vorliegen eines wichtigen Grundes den Vertrag nicht vorzeitig auflösen könne.

Klausel 6 sehe im Ergebnis eine erneute Vertragsdauer im Ausmaß der ursprünglich vom Kunden frei gewählten (zulässigen) Mindestbindungsfrist vor, wobei eine kürzer Mindestvertragslaufzeit wiederum mit einem höheren Mitgliedsbeitrag einhergehe.

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. 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 (RIS-Justiz RS0121007). Die Interessen des Unternehmers auf Durchführung des Vertrags sind gegen die Interessen des Verbrauchers auf angemessene und feststellbare Erfüllungszeit abzuwägen (vgl. 9 Ob 69/11d mwN). 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 (9 Ob 69/11d mwN; RIS-Justiz RS0123616). Bei der Beurteilung der Angemessenheit der Bindungsfrist ist auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen (9 Ob 69/11d mwN).

Im konkreten Fall kann der Kunde zwischen zwei vorformulierten Vertragsklauseln wählen, weshalb es sich um zwei verschiedene, selbständige Klauselalternativen handelt, deren Vereinbarung jeweils einer bestimmten Dauer des Kündigungsverzichts einen bestimmten Tarif zuordnet. Vorweg ist festzuhalten, dass andere vorhandene Vertragsmöglichkeiten, wie etwa eine Mindestvertragslaufzeit von lediglich sechs Monaten unbeachtlich sind, weil sie nicht Teil der hier zu beurteilenden Mitgliedsvereinbarung sind und somit bei Abschluss derselben als weitere Alternative nicht zur Verfügung stehen.

Eine gröbliche Benachteiligung der Vertragspartner eines AGB-Verwenders iSd § 879 Abs 3 ABGB liegt im Allgemeinen dann nicht vor, 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 (9 Ob 69/11d mwN). In einem solchen Fall mangle es gewöhnlich an einer „verdünnten Willensfreiheit“ und einer besonders gravierenden Ungleichgewichtslage in vertraglich festgelegten Rechtspositionen (9 Ob 69/11d mwN). Dem von der beklagten Partei in diesem Zusammenhang ins Treffen geführten Argument, wonach sich der monatliche Mitgliedsbeitrag

umgekehrt proportional zur vereinbarten Bindungsfrist verhalte, kommt 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 (vgl. 9 Ob 69/11d mwN).

Der von der klagenden Partei zitierten Entscheidung des OGH zu 11 Ob 69/11d, wonach im dort zu beurteilenden Fall die Vereinbarung eines Kündigungsverzichtes über 24 und 36 Monate als unangemessen lang iSd § 6 Abs. 1 Z 1 zweiter Fall KSchG anzusehen war, lag zu Grunde, dass der Kunden des dort beklagten Fitnessstudios **kein Recht** hatte die Mitgliedsvereinbarung **aus wichtigem Grund** aufzulösen und im Fall einer kulanthalber bewilligten „Aussetzung des Vertrages“ bezüglich der „Anrechnung beitragsfreier Monate“ auf das Entgegenkommen der beklagten Partei angewiesen war. Der Vorteil des Kunden hat sich in genanntem Fall auf einen niedrigeres Monatsentgelt beschränkt. Der Mitgliedsbeitrag ohne Kündigungsverzicht betrug EUR 90,00/Monat; bei Kündigungsverzicht von 24 Monaten verringert sich der Mitgliedsbeitrag auf EUR 80,00 bei einem solchen von 36 Monaten auf EUR 75,00. Dafür hätte der Kunde jedoch in Kauf nehmen müssen, ohne die Möglichkeit eines vorzeitigen Auflösungsrechtes aus wichtigem Grund für die gesamte Dauer des vereinbarten Kündigungsverzichtes an den Vertrag gebunden zu sein und die Mitgliedsbeiträge für diese Zeiträume selbst dann zahlen zu müssen, wenn er die Leistungen des Fitness-Studios aus wichtigen in seiner Person gelegenen Umständen nicht in Anspruch nehmen kann. Vor diesem Hintergrund sei die Rechtsposition der Kunden bei der Vereinbarung des Kündigungsverzichtes derart massiv gegenüber jener der beklagten Partei beeinträchtigt, dass die Vereinbarung einer Bindungsdauer von 24 oder 36 Monaten auch nicht durch die von der beklagten Partei behaupteten wirtschaftlichen Investitionen sachlich gerechtfertigt sein könnten. Der OGH hat demnach nicht ausgesprochen, dass Bindungsfristen von 24 Monaten generell unzulässig sein sollten, sondern dass es im konkreten Fall bei der gebotenen Gesamtbetrachtung an einer sachlichen Rechtfertigung fehle.

Auch im vorliegenden Fall verzichtet der Kunde durch Vereinbarung der Mindestvertragslaufzeit von 12 bzw. 24 Monaten auf Kündigung für den gewählten Zeitraum. Auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Kundenvereinbarungen können von beiden Vertragsteilen mangels anderer Vereinbarung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 2 Monaten zum Ende des 12., 24., 36. Monats usw. der Vertragslaufzeit schriftlich gekündigt werden (Klausel 6). Dem Kunde kommt ein Sonderkündigungsrecht bei Verlegung des Hauptwohnsitzes von mehr als 40 km vom nächstgelegenen Happy-Fit Studio entfernt zu.

Zudem hebt die beklagte Partei in diesem Fall eine Bearbeitungsgebühr von EUR 20,00 ein (Klausel 7). Krankheit oder Verletzung, die ohne Unterbrechung länger als zwei Monate andauert und ein weiteres Trainieren für unbestimmte Zeit unmöglich macht, berechtigen nicht zur Kündigung des Vertrages, sondern nur zur beitragspflichtigen Stilllegung. Dies bedeutet, dass die vom Arzt attestierte Dauer der Trainingsunfähigkeit am Vertragsende kostenlos angehängt werden kann. Davon ausgenommen ist der Urlaub (Klausel 8). Auch eine Schwangerschaft berechtigt nicht zur Kündigung des Vertrages, sondern nur zu beitragspflichtigen Stilllegung. Das heißt, die gesetzlichen Mutterschutzzeit (2 Monate vor und 2 Monate nach der Geburt) kann am Vertragsende kostenlos angehängt werden (Klausel 9).

Der Kunde hat somit für die Dauer der vereinbarten Mindestvertragslaufzeit **keine Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund**, mit Ausnahme des Falls der nachgewiesenen Verlegung des Hauptwohnsitzes um mehr als 40 km vom nächstgelegenen Happy-Fit Studio entfernt. Er hat jedoch – anders als im vom OGH zu 11 Ob 69/11d beurteilten Fall - einen Rechtsanspruch auf „beitragspflichtige Stilllegung“, was dazu führt, dass er zum einen bei Krankheit oder Verletzung, die ohne Unterbrechung länger als zwei Monate andauert und ein weiteres Trainieren für unbestimmte Zeit unmöglich macht, die vom Arzt attestierte Dauer der Trainingsunfähigkeit am Vertragsende und zum anderen im Fall der Schwangerschaft die gesetzliche Mutterschutzzeit (2 Monate vor und 2 Monate nach der Geburt) am Vertragsende kostenlos anhängen kann.

Dennoch ergibt sich auch im hier zu beurteilenden Fall, dass der Kunde der beklagten Partei im Fall der Vereinbarung eines Kündigungsverzichts lediglich den Vorteil eines niedrigeren Monatsbeitrags genießt. Mit Ausnahme des beschriebenen „Sonderkündigungsrechtes“ ist der Kunde jedoch auch hier ohne Möglichkeit eines vorzeitigen Auflösungsrechts aus wichtigem Grund an den Vertrag für die gesamte Dauer des vereinbarten Kündigungsverzichts an den Vertrag gebunden, wobei er die Mitgliedsbeiträge für diesen Zeitraum selbst dann entrichten muss, wenn er die Leistungen des Fitness-Studios aus wichtigen in seiner Person gelegenen Gründen (Verletzung, Krankheit, Schwangerschaft) nicht in Anspruch nehmen kann.

Vor diesem Hintergrund sind die in der Mitgliedsvereinbarung vorgesehenen Klauseln für die Vereinbarung eines Kündigungsverzichts über 24 Monate als unangemessen lang iSd § 6 Abs 1 Z 1 zweiter Fall KSchG anzusehen. Bei der gegebenen Sachlage ist die Vereinbarung einer derartig langen Bindungsdauer auch nicht durch die von der Beklagten behaupteten Investitionskosten und den hohen Wartungs-, Instandhaltungs- und Betriebskosten und die günstigen Kundentarifen und das dadurch hervorgerufene Erfordernis einer betriebswirtschaftlich sinnvollen Finanzplanung gerechtfertigt.

Dies genannten Umstände lassen allerdings eine Bindungsdauer von einem Jahr noch als sachlich gerechtfertigt erscheinen, nicht zuletzt aufgrund der günstigen Tarife der beklagten Partei, die bei einer Bindungsdauer von einem Jahr zu einer Gesamtbelastung von rund EUR 240,00 führen. In diesem Umfang war das Klagebegehren daher abzuweisen.

Im Hinblick auf die **Klausel 6** verweist die klagende Partei zutreffend darauf, dass der OGH zu GZ: 5 Ob 205/13b die Zulässigkeit der Vereinbarung, dass das Vertragsverhältnis nach Ablauf des ersten Jahres halbjährlich unter Einhaltung einer zweimonatigen Kündigungsfrist aufgelöst werden kann „in Anbetracht der Besonderheiten des hier zu beurteilenden Fitnessstudiovertrags“ mit „besonderer Ausprägung der Dienstleistungskomponente“ für nicht unangemessen lang erkannt hat, weshalb keine unzulässige Benachteiligung der Kunden vorlag.

Im hier zu beurteilenden Fall stellt die beklagte Partei im Wesentlichen nur die Trainingsgeräte zu Verfügung und kann der Vertrag nach Ablauf der „Mindestvertragslaufzeit“ – unter Einhaltung einer zweimonatigen Kündigungsfrist – frühestens nach weiteren 12 Monate (ordentlich) gekündigt werden. Ein derart langer Ausschluss des Kündigungsrechtes nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit stellt somit jedenfalls eine unangemessen lange Frist nach § 6 Abs 1 Z 1 KSchG dar.

Zur Klausel 10:

Dem Vorbringen der klagenden Partei folgend erwecke diese Klausel den unrichtigen Eindruck, dass für den Konsumenten auch gesetz- und sittenwidrige Klauseln der Hausordnung gelten würden und die beklagte Partei aufgrund von Verstößen gegen diese Bestimmungen zur außerordentlichen Vertragsauflösung berechtigt sei. Zudem sei nicht klar, ab wann ein schwerer Verstoß vorliege. Die Klausel sei daher intransparent iSd § 6 Abs. 3 KSchG und gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs. 3 ABGB zumal bei kundenfeindlichster Auslegung unliebsame oder kritische Mitglieder unter Berufung auf diese Klausel ausgeschlossen werden könnten und die beklagte Partei Kunden selbst bei Verstößen gegen unzulässige Bestimmungen der Hausordnung vom Besuch des Fitnessstudios ausschließen könne. Zudem verstoße die Klausel gegen § 6 Abs. 2 Z 1 KSchG zumal sich die beklagte Partei ein außerordentliches Vertragsauflösungsrecht vorbehalte, ohne dass dieses notwendigerweise sachlich gerechtfertigt sein müsse, weshalb sie als Bestandteil der AGB für den Verbraucher nicht verbindlich sei. Dagegen wandte die beklagte Partei im Wesentlichen ein, die Klausel gebe nur die geltende Rechtslage wieder und stelle nur eine Information der Kunden dar.

Richtig ist, dass Dauerschuldverhältnisse im Allgemeinen durch einseitige Erklärung vorzeitig

aufgelöst werden können, 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).

Sofern die Klausel jedoch erläuternd ausführt, dass „ein solcher wichtiger Grund“ beispielsweise dann vorliege, wenn sich der Kunde schwerer Verstöße gegen die Hausordnung trotz vorheriger schriftlicher Abmahnung schuldig mache, so ist sie intransparent im Sinne des § 6 Abs. 3 KSchG zumal nicht hervorgeht, wann ein solcher Verstoß als „schwer“ zu beurteilen ist. Zudem erweckt die Regelung den Anschein, dass die beklagte Partei bei jedwedem Verstoß gegen die Hausordnung zur vorzeitigen Vertragsauflösung (Klauseln 10 und 17) oder Erteilung eines Hausverbotes (Klausel 30) berechtigt sein soll und zwar unabhängig davon, ob die jeweilige Regelung überhaupt zulässig ist.

Die Klausel verstößt daher jedenfalls gegen § 6 Abs. 3 KSchG. Zudem liegt jedenfalls auch ein Verstoß gegen § 6 Abs. 2 Z 1 KSchG vor, da die beklagte Partei die Möglichkeit hätte aufgrund dieser Klausel vom Vertrag zurücktreten kann, ohne dass dies zwingend sachlich gerechtfertigt sein müsste.

Zur Klausel 27:

Die von der beklagten Partei abgegebene Unterlassungserklärung hat konstitutive Wirkung, damit wird ein selbständiger Verpflichtungsgrund geschaffen. Die konstitutive Wirkung der besicherten Unterlassungserklärung hat zur Folge, dass bei Weiterverwendung der Klausel die Konventionalstrafe auch zu zahlen ist, selbst wenn die Klausel gar nicht gesetzwidrig sein sollte. Ein solcher Einwand kann nicht mehr erhoben werden (RIS-Justiz RS0128187 [T1]). Der Abmahnende fordert nämlich unter Hinweis auf eine Gesetzwidrigkeit einer Klausel die Unterlassung der Verwendung oder Empfehlung und will damit die Anerkennung seines Standpunktes im Tatsachen- und Rechtsfragenbereich erreichen (vgl. 6 Ob 24/11i).

Nach den getroffenen Feststellungen wurde die beklagte Partei bereits im Jahr 2012 abgemahnt, woraufhin sie am 10. Februar 2012 eine strafbewehrte Unterlassungserklärung in Bezug auf die - damals einen Bestandteil der AGB bildende Klausel – abgegeben hat, wobei die Klausel zum einen wegen eines Verstoßes gegen § 864a ABGB und zum anderen wegen eines Verstoßes gegen § 879 Abs. 3 ABGB beanstandet wurde. In der Unterlassungserklärung hat sich die beklagte Partei – strafbewehrt – verpflichtet, „im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in AGB und Vertragsformblättern die Verwendung dieser Klausel oder sinngleicher Klausel zu unterlassen“.

Gegen diese Unterlassungsverpflichtung verstößt die beklagte Partei, wenn sie eine sinngleiche Klausel nunmehr in ihrer Hausordnung verwendet, zumal in den AGB ein ausdrücklicher Verweis auf die Hausordnung erfolgt (Klausel 3). Überdies hat sich die beklagte Partei verpflichtet, diese Klausel nicht nur in den AGB sondern auch in Vertragsformblättern – wozu die Mitgliedsvereinbarung zweifellos zählt - nicht mehr zu verwenden. Schon aus diesem Grund besteht der Anspruch der klagenden Partei zu Recht. Darüber hinaus handelt es sich um eine Bestimmung ungewöhnlichen Inhalts im Sinne des § 864a ABGB, weil ein Konsument nicht damit rechnet, dass in einer Hausordnung ein Teil des Entgelts festgelegt wird.

Zu den Veröffentlichungsbegehren

1. der klagenden Partei: Anspruchsvoraussetzung ist das „berechtigte Interesse“ an der Urteilsveröffentlichung. Dieses liegt bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- und/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 (5 Ob 87/15b mwN).

Gemessen an diesem Zweck ist über die Rechtsverletzungen aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen - also nicht nur den unmittelbar betroffenen Geschäftspartnern - Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren und vor Nachteilen zu schützen (RIS-Justiz RS0121963). Die mediale Berichterstattung wird dem Bedürfnis der Öffentlichkeit nach Aufklärung über die Verwendung bestimmter gesetzwidriger Vertragsbestandteile nicht gerecht. Das gleiche gilt für die Bereitstellung einschlägiger Informationen über die Website des Klägers (8 Ob 49/12g = RIS-Justiz RS0121963 [T10]). 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 bzw. den Gesetzesverstoß aufgeklärt werden. (RIS-Justiz RS012193 [T9]). Das Urteilsveröffentlichungsbegehren der klagenden Partei besteht daher zu Recht.

2. der beklagten Partei: Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (10 Ob 70/07b; 6 Ob 24/11i) ist zwar eine „Gegenveröffentlichung“, also die Veröffentlichung des

klagsabweisenden Teils, wie sie hier von der beklagten Partei angestrebt wird, auch im Verbandsprozess zulässig, um in der Öffentlichkeit den falschen Eindruck zu zerstreuen, der klageberechtigte Verband habe im Rechtsstreit (vollständig) obsiegt. Ein solches berechtigtes Interesse des obsiegenden Beklagten an der Urteilsveröffentlichung kann sich insbesondere dann ergeben, wenn ein Wettbewerbsstreit eine gewisse Publizität erlangte. In der Entscheidung 1 Ob 244/11f wurde allerdings klargestellt, dass es bei einem Obsiegen des Beklagten lediglich hinsichtlich einer von 17 Klauseln weder die Billigkeit noch der Umstand, dass die Verbandsklage eine gewisse Publizität erlangte, und auch nicht die Abwendung eines „falschen Eindrucks“ durch die Veröffentlichung lediglich des klagsstattgebenden Teils des Urteilsspruchs gebieten, dem Beklagten die gleiche Möglichkeit einer Information zu bieten wie dem Kläger (6 Ob 17/16t).

Die beklagte Partei ist hier nur mit einem Teil einer Klausel von insgesamt 33 Klauseln erfolgreich gewesen. Ein berechtigtes Interesse an der Gegenveröffentlichung liegt daher nicht vor.

Die **Kostenentscheidung** gründet auf § 43 Abs 2 ZPO zumal die klagende Partei nur mit einem verhältnismäßig geringen Teil ihres Begehrens, dessen Geltendmachung überdies besondere Kosten nicht veranlasst hat, unterlegen ist. Die Klagsausdehnung in der Streitverhandlung vom 18. Oktober 2016 hatte keine Auswirkungen auf den Streitwert.

Landesgericht Steyr, Abteilung 3
Steyr, 28. Dezember 2016
Mag. Gerlinde Schachermayr, Richterin
elektronische Ausfertigung gemäß § 79 GOG
