



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Handelsgericht Wien erkennt durch die Richterin Mag. Hildegard Brunner in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in 1030 Wien, wider die beklagte Partei **ANSA Fitness GmbH**, 1120 Wien, Edelsinnstraße 4, vertreten durch bpv Hügel Rechtsanwälte GmbH in 1220 Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert: EUR 36.000,00 s. A.) nach öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht:

1. Die beklagte Partei ist schuldig,

a) im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

1. *„Bei meinem ersten Studiobesuch wird eine einmalige Aktivierungsgebühr in der Höhe von EUR 19,90 fällig.“*

2. *„Eine Kündigung ist erstmals nach 12 Monaten möglich, die Kündigung muss spätestens ein Monat davor erfolgen (Kündigungsfrist). Anschließend kann ich den Vertrag alle 6 Monate kündigen, ebenfalls unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist.“*

3. *„Ich erkläre hiermit, dass mir derzeit keinerlei Umstände körperlicher oder gesundheitlicher Art bekannt sind, die einem Training (bzw. Benutzung der Solarien) entgegenstehen.“*

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

2) Das Urteilsveröffentlichungsbegehren, den klagsstattgebenden Teil des Urteilspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, 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, wird **a b g e w i e s e n**.

3. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs mit Ausnahme der Kostenentscheidung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, regionale Ausgabe für das Bundesland Wien, 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.

4. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 9.300,64 (darin EUR 1.306,94 USt und EUR 1.459,00 Barauslagen) bestimmten Prozesskosten zu ersetzen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Die Beklagte ist zu FN 339774w im Firmenbuch beim Handelsgericht Wien protokolliert und betreibt unter der Bezeichnung „FitInn“ Fitnessstudios. Im Rahmen dieser Geschäftstätigkeit schließt sie mit den Verbrauchern Mitgliedschaftsverträge ab.

Mit Einschreiben vom 8.6.2020 wurde die Beklagte vom Kläger zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung iSd § 28 Abs 2 KSchG aufgefordert. Dieser kam die Beklagte innerhalb der ihr bis 17.7.2020 gesetzten Frist nicht nach. Mit Schreiben ihres damaligen Rechtsvertreters vom 15.7.2020 (Beilage ./1) argumentierte die Beklagte die Zulässigkeit der inkriminierten Klauseln und ersuchte um Verlängerung der Frist für die Abgabe einer Unterlassungserklärung bis 13.8.2020, welchem Begehren der Kläger nicht zustimmte.

Mit ihrer am 23.7.2020 und auf § 28 KSchG gestützten Klage begehrte der **Kläger**, die Beklagte – ohne Einräumung einer Leistungsfrist – schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen, die im Spruch ersichtlichen und inhaltsgleichen Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträge zugrundelegt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern zu verwenden und sich auf diese zu berufen sowie das aus dem Spruch ersichtlich Haupt- und Eventualurteilsveröffentlichungsbegehren.

Zusammengefasst brachte der Kläger zum Urteilsveröffentlichungsbegehren vor, Zweck der Urteilsveröffentlichung sei es, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Rechtsnachteilen geschützt zu sein. Die Beklagte betreibe fünf Fitnessstudios in Wien. Sie sei Teil des FitInn-Franchise Konzerns. Da von den Franchiseunternehmen ein einheitliches Vertragswerk verwendet werde, verteile sich der aufzuklärende Personenkreis auf ganz Österreich. Da die Urteilsveröffentlichung bei der Verbandsklage nach dem KSchG zur Aufklärung der aktuellen und potentiellen Vertragspartner sowie der Konkurrenten der Beklagten über die Rechtswidrigkeit der Praktiken dienen soll, sei die Urteilsveröffentlichung im Sinne des Hauptbegehrens jedenfalls berechtigt und entsprechend dem Talionsprinzip.

Die **Beklagte** bestritt das Klagebegehren, beantragte Klagsabweisung und wendete zum Urteilsveröffentlichungsbegehren ein, dass die Geschäftstätigkeit der Beklagten auf Wien beschränkt sei, zumal diese lediglich über Berechtigungen zum Betrieb von Fitnessstudios an fünf Standorten innerhalb Wiens verfügt. Infolge der Begrenzung des Tätigkeitsfeldes der Beklagten auf Wien befänden sich zwangsläufig auch die aktuellen und potentiellen Vertragspartner und damit die beteiligten Verkehrskreise innerhalb von Wien. Die begehrte Urteilsveröffentlichung der zu unterlassenden Klauseln in einer bundesweit erscheinenden Tageszeitung sei daher keinesfalls angemessen.

Zur besseren Übersichtlichkeit sowie des in Verbindung stehenden Vorbringens der Parteien hinsichtlich der inkriminierten Klauseln wird im Folgenden das Vorbringen der Parteien jeweils gesondert zu den einzelnen Klauseln wiedergegeben.

Vorbringen zu den inkriminierten Klauseln im einzelnen:

1. „Bei meinem ersten Studiobesuch wird eine einmalige Aktivierungsgebühr in der Höhe von EUR 19,90 fällig.“

Der **Kläger** brachte vor, die Klausel sei gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB, weil sie keine aliquote Rückerstattung bei vorzeitiger Kündigung vorsieht und weil dem Kunden durch die Auferlegung der Aktivierungsgebühr neben dem Monatsbeitrag ein zusätzliches Entgelt verrechnet werde, dem keine erkennbare Gegenleistung des Unternehmens gegenübersteht. Die Registrierung der Mitgliedschaft erfolge automatisiert, Verbraucher würden die Mitgliedschaft entweder online oder im Studio vor Ort via iPad abschließen und füllten dabei sämtliche Registrierungsdaten selbstständig aus. Es gebe daher keine sachliche Rechtfertigung dafür, Kosten für die „Aktivierung der Mitgliedskarte“ den Konsumenten gesondert in Rechnung zu stellen, gehöre doch auch die Registrierung der Kunden zu den von der Beklagten geschuldeten Hauptleistungen. Die Aktivierung der Mitgliedskarte stelle aber ohnehin keine Gegenleistung dar, was sich schon daran zeigt, dass die Mitgliedskarte im

Falle einer Kündigung beim Konsumenten verbleibt und bei einem neuerlichen Vertragsabschluss wieder verwendet werden könne. Auch bei einem zweiten Vertragsabschluss entstünden neuerlich annähernd die selben Aufwendungen, die dann aber offenbar nicht zu vergüten sind. Es sei auch nicht ersichtlich, welche Leistungen tatsächlich von der Aktivierungsgebühr gedeckt sein sollen, sodass die Klausel auch intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG ist. Die Klausel bewirke auch einen Verstoß gegen § 5a Abs 1 Z 3 KSchG sowie gegen § 4 Abs 2 Z 4 und Z 5 FAGG und verstoße auch überdies gegen die von § 6c KSchG geforderte (Gesamt-) Preistransparenz. Das vereinbarte Entgelt für die Hauptleistung sei das jeweilige Entgelt für die Mitgliedschaft. Die Aktivierungsgebühr stelle eine zusätzliche Zahlung dar, die über das vereinbarte Entgelt für die Hauptleistungspflicht des Unternehmers hinausgeht. Das Entgelt für eine zusätzliche Leistung bedürfe einer ausdrücklichen Zustimmung des Verbrauchers. Nicht ausreichend sei eine bloß in AGB enthaltene Klausel und zwar auch nicht bei deutlicher Hervorhebung. Die Wiederholungsgefahr hinsichtlich dieser Klausel bestehe schon deshalb, weil die inkriminierte Klausel sinngleich zu der Klausel aus den geänderten Vertragsformblättern sei, sohin bei anderer Formulierung den selben verpönten Regelungsinhalt ausweise. Zudem könne nach einer Abmahnung gemäß § 28 Abs 2 KSchG nur die vorbehaltlose Abgabe einer mit angemessener Vertragsstrafe versicherten Unterlassungserklärung binnen angemessener Frist zum Wegfall der Wiederholungsgefahr führen. Zudem sei die Wiederholungsgefahr schon deshalb anzunehmen, weil die Beklagte im Prozess weiter die Auffassung vertrete, dass die inkriminierten Klauseln zulässig seien, und diese verteidige. Die Beklagte habe eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung iSd § 28 Abs 2 KSchG entgegen der Aufforderung des Klägers nicht abgegeben, sodass aufgrund des Umstandes, dass die Geschäftsbedingungen vor Abmahnung geändert wurden, jedoch Vertragsverhältnisse existieren, denen die Geschäftsbedingungen zugrunde liegen, im Hinblick auf das Gebot des § 28 Abs 1 S 2 KSchG, sich nicht auf die Klauseln zu berufen, ohne Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung die Wiederholungsgefahr nicht weggefallen sei. Es gebe auch noch heute Vertragsverhältnisse, denen die inkriminierten Klauseln zugrunde liegen. 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, reiche für den Wegfall der Wiederholungsgefahr nicht aus.

Die **Beklagte** wendete – zusammengefasst – ein, dass die inkriminierte Klausel den AGBs der Beklagten aus 2016 entstanden, die seit Juni 2018 keine Verwendung mehr finden würden. Nunmehr werde die Aktivierungsgebühr auch im Mitgliedschaftsvertrag selbst im Rahmen der Aufzählung sämtlicher für den Kunden anfallenden Kosten unter dem Titel „erstmalige Zahlung“ bei der Online-Anmeldung oder Anmeldung per iPad unter dem Titel „erstmalige Abbuchung“ ausgewiesen und im Rahmen der Online-Anmeldung bzw. der Anmeldung über

das iPad zusätzlich bei Auswahl der Mitgliedschaft und den Abo-Preistabellen jeweils auf der selben Seite auf die Aktivierungsgebühr hingewiesen, ebenso wie auch in den aktuellen, dem Mitgliedschaftsvertrag zugrunde liegenden AGBs. Infolge Fehlens der erforderlichen Wiederholungsgefahr bestehe der Unterlassungsanspruch hinsichtlich der inkriminierten Klausel schon aus diesem Grund nicht, ebenso das Begehren auf Urteilsveröffentlichung. Jedenfalls aber seien die Regelungen zur Vorschreibung der Aktivierungsgebühr ohnehin zulässig, werde doch die Aktivierungsgebühr im Mitgliedschaftsvertrag als Teil des anfallenden Gesamtentgelts, bestehend aus der Aktivierungsgebühr, der Gebühr für die Nutzung ab Anmeldedatum bis zum Monatsletzten und dem Mitgliedsbeitrag betraglich deutlich ausgewiesen. Als Teil des Gesamtentgeltes stelle die Aktivierungsgebühr keine eigenständige Vertragsbestimmung iSd § 879 Abs 2 ABGB dar, die einer Inhaltskontrolle unterworfen wäre. Selbst wenn die Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB zur Anwendung gelangte, sei mit der Vereinbarung der Aktivierungsgebühr aber keine gröbliche Benachteiligung des Kunden verbunden, weil mit dieser eine Abgeltung der mit der Aktivierung der Mitgliedskarte verbundenen – insbesondere personellen, zeitlichen und organisatorischen – Aufwendungen erreicht werde, worin auch eine sachliche Rechtfertigung liegt. Die Aktivierung der Mitgliedskarte als die Aktivierungsgebühr gegenüberstehende, wirtschaftlich selbstständige werthafte Leistung habe zu Beginn der Mitgliedschaft einmalig zu erfolgen, der dafür anfallende Aufwand sei unabhängig von der Dauer der daran anschließenden Mitgliedschaft für die beklagte Partei der selbe. Im Falle einer Kündigung verbleibe die Mitgliedskarte außerdem beim jeweiligen Mitglied und könne bei neuerlichem Abschluss einer Mitgliedschaft wieder verwendet werden. Der Aufnahme der Kundenbeziehungen würden unabhängig von der Dauer der Mitgliedschaft entsprechende Aufwendungen gegenüberstehen, die sich aus der Betreuung des Anmeldeprozesses durch die Mitarbeiter der Beklagten ergeben. Eine Einbeziehung des Aktivierungsentgelts in die laufenden Beiträge wäre sogar nachteilig für einen Großteil der Kunden. Es liege auch kein Verstoß gegen das Transparenzgebot in iSd § 6 Abs 3 KSchG vor, weil aufgrund der Bearbeitung der AGBs im Juni 2018 nunmehr die Aktivierungsgebühr zudem als Teil des Gesamtentgeltes unmittelbar auf den Mitgliedschaftsvertrag neben den zusätzlich anfallenden Kosten betraglich genau und deutlich ausgewiesen sei. Die Klausel regle auch schon in ihrer Fassung aus 2016 sprachlich klar und für den Kunden leicht verständlich, dass die betraglich ausdrücklich festgesetzte Aktivierungsgebühr als der Aktivierung der Mitgliedschaft gegenüberstehende Leistung gebührt. Dem durchschnittlichen Kunden sei auch klar, dass der Aktivierungsgebühr einmal zu Beginn der Mitgliedschaft anfällt. Inhalt und Ergebnis der Klausel seien daher leicht verständlich, sodass sie dem Transparenzgebot eindeutig entspreche. Der gebotenen Informationspflicht gemäß § 5a Abs 1 Z 3 KSchG sei durch die dezidierte Ausweisung der Aktivierungsgebühr entsprochen worden. Es sei üblich, dass für die erstmalige Erstellung der

Vertragsbeziehung eine Gebühr verrechnet werde, sodass der Kunde auch nicht überrascht wird. Die Aktivierungsgebühr falle auch für keine fakultative Zusatzleistung an und sei als solche daher auch nicht von § 6c KSchG erfasst. Auch willigten die Kunden mit ihrer Unterschriftsleistung ausdrücklich in die Leistung der Aktivierungsgebühr ein.

2. Eine Kündigung ist erstmals nach zwölf Monaten möglich, die Kündigung muss spätestens ein Monat davor erfolgen (Kündigungsfrist). Anschließend kann ich den Vertrag alle sechs Monate kündigen, ebenfalls unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist.

Der **Kläger** brachte vor, dass die Klausel mangels sachlicher Rechtfertigung als unangemessen lang gemäß § 6 Abs 1 Z 1 KschG und als gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB zu beurteilen sei. Laut AGB würden keinerlei Leistungen angeboten werden, für die eine Beaufsichtigung eines Trainers in den Studios der Beklagten notwendig wäre. Selbst ein Einführungstraining werde nur für zusätzliches Entgelt angeboten. Vom Vertrag umfasst sei damit lediglich die Benutzung der Fitnessgeräte in Eigenregie. Die beiden Sätze würden eine rechtliche Einheit bilden, da diese in ihrer Gesamtheit die Dauer der Bindung des Konsumenten an den Vertrag regeln. Die Personalkosten der Beklagten rechtfertigten eine zwölfmonatige Bindung und eine darauffolgende jeweilige sechsmonatige Bindung nicht, da die Beklagte lediglich die Trainingsgeräte zur Verfügung stellt, die Kunden jedoch auf sonstige Leistungen keinen Rechtsanspruch hätten, außer sie wählen ein entsprechendes Abo. Dem Preisargument und auch allfälligen Investitionskosten der Beklagten werde schon durch die durch den Kündungsverzicht erwirkte Bindungsdauer von zwölf Monaten Rechnung getragen. Eine sachliche Rechtfertigung für darauf folgende weitere Kündungsverzichte für jeweils sechs Monate bestehe nicht.

Die **Beklagte** wendete ein, dass für sie mit dem Betrieb der Fitnessstudios und der Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistungen erhebliche Kosten einhergehen, deren Finanzierung ein großes wirtschaftliches Risiko für die Beklagte darstellt. Auch für die Beklagte sei es daher wesentlich, dass das Kundenaufkommen zumindest kurzfristig abschätzbar ist, weil nur so die erheblichen Investitionsvolumina mit kaufmännischer Sorgfalt eingesetzt werden können. Die Beklagte bietet die Mitgliedschaft noch zu außergewöhnlich günstigen Tarifen an, die aus wirtschaftlichen Überlegungen nur bei entsprechender vertraglicher Bindung der Kunden angeboten werden könnten. Die äußerst geringe Mitgliedschaftsgebühr stelle einen zusätzlichen Vorteil für den Kunden dar, der allfällige Nachteile durch die vertragliche Bindung rechtfertigt. Die Zulässigkeit der durch die Beklagte verwendeten Kündigungsbestimmungen sei im Übrigen durch höchstgerichtliche Judikatur klargestellt.

3. Ich erkläre hiermit, dass mir derzeit keinerlei Umstände körperlicher oder gesundheitlicher Art bekannt sind, die einem Training (bzw. Benutzung der Solarien) entgegenstehen.

Der **Kläger** brachte vor, dass die Klausel gemäß § 6 Abs 1 Z 11 KSchG als vertragliche Beweislastverschiebung zu Lasten des Verbrauchers unzulässig sei, da sie im Wege der Tatsachenbestätigung den Unternehmer von der ihn treffenden Beweispflicht für fehlendes Verschulden gemäß § 1298 ABGB bei Verletzung der ihn treffenden (vor-)vertraglichen Schutz- und Aufklärungspflichten entbindet. Darüber hinaus verschlechtere sie die Beweislage für den Verbraucher bezüglich einer allfälligen, vorzeitigen Auflösung des Vertrages aus wichtigem Grund bei gesundheitlichen Problemen, sodass die Klausel damit auch gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 2 ABGB ist. Die inkriminierte Klausel und jene Klausel, die laut Vorbringen der Beklagten in ihren Mitgliedschaftsverträgen seit Juni 2018 enthalten ist, seien evidentermaßen sinngleich, weil auch durch die Klausel aus den Mitgliedschaftsverträgen ab Juni 2018 eine vertragliche Beweislastverschiebung zu Lasten des Verbrauchers gemäß § 6 Abs 1 Z 11 KSchG erfolge. Aus diesem Grund sei auch die Wiederholungsgefahr gegeben. Sowohl die alte als auch die neue Klausel sei daher Gegenstand der Beurteilung nach § 6 Abs 1 Z 11 KSchG und wiesen sie den selben verpönten Regelungsinhalt auf.

Die **Beklagte** wendete ein, dass das Klagebegehren zu dieser Klausel schon an der erforderlichen Wiederholungsgefahr scheitere, weil in der seit Juni 2018 in den Mitgliedschaftsverträgen verwendeten Regelung der Passus „Ich erkläre hiermit [...]“ nicht mehr enthalten sei. Die Erklärung führe auch zu keiner Beweislastverteilung und habe keine Entlastung der Beklagten hinsichtlich ihrer Beweispflicht für fehlendes Verschulden bei Verletzung allfälliger vorvertraglicher Schutz- und Aufklärungspflichten zufolge. Die Klausel vermöge auch eine Verschlechterung der Beweislage der Kunden bezüglich einer allfälligen vorzeitigen Auflösung des Vertrages aus wichtigem Grund bei gesundheitlichen Problemen nicht zu begründen. Die Erklärung sei auf den momentanen Gesundheitszustand beschränkt, die Klausel sei daher auch nicht als gröblich benachteiligend zu qualifizieren.

Beweis wurde aufgenommen durch Einsichtnahme in die vorgelegten Urkunden (Beilagen ./A bis ./C und ./1 bis ./9) sowie Einvernahme der Zeugen [REDACTED] und [REDACTED].

Demnach steht folgender – über den Eingangs außer Streit gestellten, hinausgehender – Sachverhalt fest:

Die Beklagte betreibt österreichweit fünf Fitnessstudios in Wien unter der Bezeichnung „FitInn“.

In den Mitgliedschaftsverträgen der Beklagten, die diese von 2016 bis Juni 2018 verwendete, befand sich folgende Klausel (Beilage ./A):

„Bei meinem Studiobesuch wird eine einmalige Aktivierungsgebühr in der Höhe von EUR

19,90 fällig. Diese ist vor Ort in bar oder mit Bankomat bzw. Kreditkarte zu bezahlen, im Gegenzug erhalte ich meine Mitgliedskarte.“

Punkt 4.4 der auf der Rückseite dieser Mitgliedschaftsverträge abgedruckten und den Mitgliedschaftsverträgen von der Beklagten von 2016 bis Juni 2018 zugrunde gelegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen lautete wie folgt (Beilage .1A, .13):

*„4. Für die Aktivierung der **Mitgliedskarte** ist die vereinbarte **Aktivierungsgebühr für den ersten Studiobesuch in Höhe von 19,90 Euro** bar oder per Bankomat zu bezahlen. Bei Abo-Kündigung oder Ausübung des 14 tägigen Rücktrittsrechtes im Rahmen einer Online-Anmeldung bleibt die Mitgliedskarte beim Mitglied und kann im Falle eines neuerlichen Abo-Abschlusses ohne neuerliche Aktivierungsgebühr wiederverwendet werden. Für die Aktivierung einer Ersatzkarte wird eine Gebühr in Höhe von 10 Euro fällig. Das Mitglied ist verpflichtet, für die sichere Verwahrung der Mitgliedskarte zu sorgen. Einen Verlust der Mitgliedskarte hat das Mitglied unverzüglich im FitInn Servicecenter oder im Studio zu melden. Die Mitgliedskarte ist nicht übertragbar.“*

Punkt 4. der von der Beklagten seit Juni 2018 verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen lautet nunmehr wie folgt (Beilagen .12, .14 und .15):

*„Für die Aktivierung der **Mitgliedskarte** ist die vereinbarte **Aktivierungsgebühr** zu bezahlen. Das Mitglied ist verpflichtet, für die sichere Verwahrung der Mitgliedskarte zu sorgen. Einen Verlust der Mitgliedskarte hat das Mitglied unverzüglich im FITINN Servicecenter oder im Studio zu melden.“*

In den seit Juni 2018 verwendeten Mitgliedschaftsverträgen wird die Aktivierungsgebühr auch im Mitgliedschaftsvertrag selbst im Rahmen der Aufzählung der für den Kunden anfallenden Kosten unter dem Titel „*Erstmalige Zahlung*“ als „*Aktivierungsgebühr EUR 29,90*“ ausgewiesen (Beilage .12, .14 und .15). Im Rahmen der Online-Anmeldung bzw. der Anmeldung per iPad im Studio wird zusätzlich bei Auswahl der Mitgliedschaft und den Abo-Preistabellen jeweils auf der selben Seite auf die Aktivierungsgebühr folgendermaßen hingewiesen (Beilagen .16 und .17, jeweils Seite 3):

„Einmalige Aktivierungsgebühr bei Abschluss einer Mitgliedschaft EUR 29,90.“

Seit 2018 wird im Falle einer Kündigung oder Beendigung des Vertrages aus anderen Gründen und neuerlichem Vertragsabschluss eine neue Mitgliedschaftskarte aktiviert, ausgehändigt und neuerlich die Aktivierungsgebühr vorgeschrieben.

Die von der Beklagten bis Juni 2018 verwendeten Mitgliedschaftsverträge enthielten weiters folgende Klauseln (Beilage .1A):

„Eine Kündigung ist erstmals nach 12 Monaten möglich, die Kündigung muss spätestens ein Monat davor erfolgen (Kündigungsfrist). Anschließend kann ich den Vertrag alle 6 Monate kündigen, ebenfalls unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist.“

„Ich erkläre hiermit, dass mir derzeit keinerlei Umstände körperlicher oder gesundheitlicher Art bekannt sind, die einem Training (bzw. Benutzung der Solarien) entgegenstehen.“

In dem von der Beklagten seit Juni 2018 verwendeten Mitgliedschaftsvertrag findet sich weiters folgender Passus (Beilagen ./2, ./4 und ./5):

„Mir sind derzeit keinerlei Umstände körperlicher oder gesundheitlicher Art bekannt, die einem Training bzw. der Solariennutzung entgegenstehen.“

Nach Punkt 2. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten nimmt das Mitglied zur Kenntnis, dass FitInn für die Sicherheit und Gesundheit der Mitglieder zu sorgen hat. Nach Punkt 14. der AGB kann die Mitgliedschaft gegen Vorlage einer amtlichen bzw. fachärztlichen Bescheinigung für einen entsprechenden Zeitraum stillgelegt werden, wenn wichtige persönliche oder gesundheitliche Gründe vorliegen, aus denen das Mitglied an der Benützung der Studios für mindestens ein Monat oder länger verhindert ist (Beilagen ./2, ./4 und ./5).

Bei der Beklagten sind seit Juni 2018 drei verschiedene Abo-Typen einer Mitgliedschaft (bis 2018 gab es nur die Basic-Variante um EUR 19,90 monatlich) möglich, nämlich das Basic-Abo um EUR 19,90 monatlich, welches die Nutzung aller Geräte umfasst, weiters das Advanced-Abo um EUR 24,90 monatlich, bei dem alle Studios und der Duschbereich benutzt werden können und das Pro-Abo um EUR 29,90 monatlich als All-In-Paket, welches die Möglichkeit der Nutzung aller Studios, der Trinkbar, der Solarien sowie der Dusche und die Möglichkeit einer zweimonatigen Auszeit umfasst. Rund 70 % der Kunden der Beklagten schließen Verträge, basierend auf dem Basic-Abo, ab.

Bei der bei Vertragsabschluss eingehobenen Aktivierungsgebühr handelt es sich um eine einmalige Gebühr, die im Zuge des Anmeldevorgangs bei allen Anmeldungen eingehoben wird. Eine Aktivierungsgebühr wird auch von Konkurrenten in unterschiedlicher Höhe eingehoben.

Für die Registrierung einer Mitgliedschaft bei der Beklagten bestehen grundsätzlich drei Varianten, einerseits mittels iPad-Anmeldung auf einem Tablet im Studio, andererseits online und letztlich mittels Papiervertrag. Rund 90 % der Anmeldungen erfolgen vor Ort im Studio mittels iPad-Anmeldung auf dem Tablet, welches dabei als digitales Hilfsmittel verwendet wird. Im Zuge dieser Anmeldung erfolgt ein Beratungsgespräch mit Mitarbeitern der Beklagten, im Rahmen dessen die von der Beklagten angebotene Produktübersicht dargelegt und erhoben wird, welche Ziele der Kunde hat. Nach einem Studiodurchgang werden die Kundendaten

aufgenommen und gemeinsam mit dem Kunden in Anwesenheit des Mitarbeiters der Beklagten in das iPad eingegeben (Beilage ./7), die Kundendaten angelegt und auf die richtige Eingabe der Daten geachtet. Sodann wird ein Foto des Kunden angefertigt, welches bei der Beklagten verbleibt, und dem Kunden der Mitgliedschaftsvertrag samt Allgemeiner Geschäftsbedingungen und Datenschutzerklärung zur Unterfertigung vorgelegt. Nach Unterfertigung durch den Kunden erfolgt die Aktivierung und Übergabe der Mitgliedskarte sowie Ausgabe eines Willkommen-Kuverts, beinhaltend zwei Tageskarten für ein Training für Freunde oder Bekannte des Kunden im Wert von jeweils EUR 15,00.

Lediglich rund 10 % der Kunden nehmen eine Registrierung der Mitgliedschaft online von zu Hause aus in Anspruch, im Zuge der der Kunde selbst die Kundendaten eingibt, sodann die Mitgliedschaft aktiviert und ein Mail erhält, welches einen Bestätigungslinks enthält, den der Kunde anzuklicken hat und sodann das Vertragsdokument samt Allgemeiner Geschäftsbedingungen erhält (Beilage ./6). Anlässlich des persönlichen Besuchs des Kunden im Studio der Beklagten werden sodann die von ihm online eingegeben Kundendaten überprüft, das Foto angefertigt, die Mitgliedskarte aktiviert und diese dem Kunden samt dem Willkommens-Kuvert übergeben.

Eine Registrierung der Mitgliedschaft mittels Papiervertrag als dritte Variante wird nur dann vorgenommen, wenn das EDV-System bei der Beklagten ausfällt.

Bei den fünf Fitnessstudios der Beklagten handelt es sich um großflächige Studios, die jeweils eine Größe zwischen 1.100 m² und 1.900 m² aufweisen. Die von der Beklagten zu bestreitenden Anfangsinvestitionskosten betragen pro Studio rund EUR 1,5 Mio., die jährlich anfallenden Kosten pro Studio rund EUR 500.000,00 bis EUR 700.000,00. Die Gesamtbelastung pro Studio beträgt rund EUR 8 Mio. für die gesamte Mietvertragsdauer von rund fünf bis zehn Jahren pro Studio. Die Anfangsinvestitionskosten umfassen Kosten für die Ausstattungsinvestitionen sowie Grundreinigung, das Anfangsmarketing, Kosten für Heizung, Klima, Lüftung und Sanitär, Aufwendungen im Zusammenhang mit der Installation der gesamten Software für Dusche und Solarien und den zu erfüllenden Vorgaben der Gewerbebehörde, die Vorhaltekosten für die Geräte und Kosten für die Bodenaufbauten zur Einhaltung der Lärmvorschriften. Die laufenden Kosten umfassen Mietkosten sowie Betriebskosten, Leasingkosten für mehrere Jahre für die Geräte sowie die Kosten für die langfristigen Serviceverträge der Geräte sowie für die Software und das Kundenmanagement, die Wartungsverträge, Lüftungsanlagen, Reinigungskosten und Kosten im Zusammenhang mit den Brandschutzsystemen, dem Marketing und der Kommunikation sowie Personalaufwand. Die Gesamtkosten im Zusammenhang mit dem Betrieb sämtlicher von der Beklagten betriebenen Fitnessstudios im Jahr 2019 betragen über EUR 4 Mio.

Aufgrund der hohen Anfangsinvestitionskosten sowie laufenden Kosten im Zusammenhang

mit dem Betrieb der Studios, der Mietvertragsdauer von rund fünf bis zehn Jahren, der Bindung der Leasingverträge für die Geräte und dem Umstand, dass die Beklagte seit mehreren Jahren preisstabile Mitgliedschaften anbietet, analysiert sie die Standorte vor Aufnahme und Eröffnung eines neuen Studios sehr detailliert, da der Betrieb dieser einen positiven Cash Flow erst ab dem sechsten Jahr abwirft. Aus diesem Grund stellt auch eine Planungssicherheit im Zusammenhang mit der zeitlichen Bindung der Mitgliedschaft von Kunden an die Beklagte eines ihrer zentralen Interessen dar.

Bei den durchschnittlich 13 Mitarbeitern der Beklagten pro Studio handelt es sich um Vollzeit- und Teilzeitmitarbeiter, die als eine Art Floor-Trainer fungieren und auf die richtige Bedienung der Geräte durch die Kunden achten, die Geräte auf Ordnungsgemäßheit überprüfen und den Kunden bei Fragen im Zusammenhang mit der Bedienung der Geräte behilflich sind. Im Rahmen der eingeschränkten Befugnisse der Floor-Trainer, die über keine spezielle Ausbildung verfügen, dürfen diese Kunden auf eine allenfalls unrichtige Benützung von Geräten hinweisen, jedoch keine personalisierten Trainingspläne entwerfen. Ihnen obliegen auch die Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Rezeption, dem Verkauf sowie Wartungs-, Instandhaltungs-, und Reinigungsarbeiten. Die Beklagte verfügt über keine bei ihr beschäftigten Personaltrainer.

Personaltrainer müssen bei Bedarf von Kunden gesondert gebucht werden und mit diesen, bei denen es sich um externe Mitarbeiter handelt, das Honorar im einzelnen persönlich abgerechnet werden.

Beweiswürdigung:

Diese Feststellungen gründen sich zum einen auf die vorgelegten – bei den jeweiligen Feststellungen in Klammer angeführten – unbedenklichen Urkunden, zum anderen hinsichtlich der Feststellungen zu den Möglichkeiten und Ausgestaltungsformen der Registrierung und Anmeldung einer Mitgliedschaft durch Kunden bei der Beklagten auf die nachvollziehbaren Aussagen der Zeugen [REDACTED] und [REDACTED], die dem Gericht gegenüber einen glaubwürdigen und um Wahrheit bemühten Eindrücken vermittelten. Übereinstimmend schilderten beide die drei Möglichkeiten einer Registrierung bzw. Anmeldung sowie den damit im Zusammenhang stehenden Anmeldevorgang.

Ihren nachvollziehbaren Schilderungen waren auch die Anfangsinvestitionskosten sowie die laufenden Kosten im Zusammenhang mit der Aufnahme und dem Betrieb eines Studios durch die Beklagte zu entnehmen, wobei aufgrund der Höhe der Kosten insbesondere auch die Schilderung des Zeugen [REDACTED], wonach die Beklagte eine genaue Analyse eines Standortes vor dessen Aufnahme infolge der zu bestreitenden hohen Kosten vorzunehmen hat, als lebensnah und glaubwürdig erschien.

Übereinstimmend schilderten beide Zeugen die Befugnisse, Zuständigkeiten und Tätigkeitsbereiche der von der Beklagten in den Studios beschäftigten Floor-Trainer sowie den Umstand, dass bei der Beklagten keine Personaltrainer beschäftigt sind.

In diesem Zusammenhang legten beide auch dar, dass es sich bei den Floor-Trainern der Beklagten nicht um Personaltrainer handelt, die im Bedarfsfall von Kunden gesondert zu buchen und mit denen das Honorar auch im Einzelfall gesondert abzurechnen ist.

Die Feststellungen zur Geltung der von der Beklagten derzeit und in der Vergangenheit verwendeten Mitgliedschaftsverträge und Allgemeinen Geschäftsbedingungen gründen sich auf die Aussage der beiden Zeugen in Zusammenhalt mit den jeweils in Klammer angeführten, unbedenklichen Urkunden. Wenngleich der Zeuge [REDACTED] naturgemäß über die Geltung des vor seinem Eintritt bei der Beklagten verwendeten Mitgliedschaftsvertrages samt AGB (Beilage .A) keine und der Zeuge [REDACTED] zu diesen nur vage Angaben machen konnten, ergab sich aus diesem einwandfrei eine Geltung jedenfalls im Jahr 2017. Dass es sich um eine Version aus 2016 handelte, die sodann im Juni 2018 geändert wurde, ergibt sich schon aus dem – unbestritten gebliebenen – Vorbringen der Beklagten.

In rechtlicher Hinsicht folgt daraus:

Vorzustellen ist, dass im Verbandsprozess ein nach § 28 KSchG von folgenden, von der ständigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung vertretenen Grundsätzen auszugehen ist:

Wer im geschäftlichen Verkehr den Allgemeinen Geschäftsbedingung, die er seinen Verträgen zugrunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, kann nach § 28 Abs 1 KSchG auf Unterlassung geklagt werden. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart wurde.

Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Dabei ist einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“ zu berücksichtigen (RIS-Justiz RS0016914). Bei der Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (RS0014676). Eine Abweichung vom dispositiven Recht kann schon dann eine gröbliche Benachteiligung sein, wenn es dafür keine sachliche Rechtfertigung gibt. Das ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugeordnete Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur

vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechnete Abweichung von der für einen Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RS0016914).

Im Verbandsprozess nach § 28 KSchG hat die Auslegung der Klausel im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen. Auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Klausel kann nicht Rücksicht genommen werden, weil eine geltungserhaltende Reduktion im Verbandsprozess nicht möglich ist (RS0038205; RS0016590). Für eine geltungserhaltende Reduktion ist kein Raum (RS0016590 [T1, T15]).

Nach § 6 Abs 3 KschG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unmissverständlich abgefasst ist. Durch diese Bestimmung übernahm der österreichische Gesetzgeber das in Art 5 S 1 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen enthaltene Transparenzgebot in die österreichische Rechtsordnung (RS0037107). Es soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sichergestellt werden, um zu verhindern, dass der Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird, ihm unberechtigt Pflichten abverlangt werden, gegen die er sich nicht zu Wehr setzt, er über Rechtsfolgen getäuscht oder ihm ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird (RS0115219 [T9]).

Das Transparenzgebot soll es dem Kunden ermöglichen, sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zuverlässig und seine Rechte und Pflichten der Vertragsabwicklung zu informieren. Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden (RS0037107 [T6]). Einzelwirkungen des Transparenzgebotes sind das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit, wenn die Auswirkung einer Klausel ansonsten unklar bliebe (RS0115217 [T12]).

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen müssen so gestaltet sein, dass der Verbraucher klare und verlässliche Auskünfte über seine Rechtsposition erhält (RS0115217 [T14]). Aufgrund des Richtigkeitsgebots widersprechen Bestimmungen, die die Rechtslage verschleiern oder undeutlich darstellen, dem Transparenzgebot, zumal dadurch der rechtsunkundige Verbraucher über die tatsächliche Rechtslage getäuscht werden kann (4 Ob 221/06p).

Zu den Klauseln im Einzelnen:

Klausel 1:

Soweit die Beklagte das Vorliegen der Wiederholungsgefahr unter Hinweis auf die von ihr im Juni 2018 geänderten Mitgliedschaftsverträge sowie Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestreitet, ist auszuführen, dass Wiederholungsgefahr dann anzunehmen ist, wenn die ernstliche Besorgnis besteht, der Beklagte werde weitere Störungshandlungen setzen. In der Regel ist die Wiederholungsgefahr auch bei einem bloß einmaligen Verstoß anzunehmen und zu vermuten. Ihr Wegfall ist vom Beklagten zu behaupten und zu beweisen. Die in diesem Zusammenhang von der Beklagten ins Treffen geführte Entscheidung 6 Ob 572/87 ist aufgrund des mit der KSchG-Nov 1997 eingeführten § 28 Abs 2 KSchG als überholt anzusehen (8 Ob 110/08x). Entscheidend ist nunmehr vielmehr, dass nach einer Abmahnung gemäß § 28 Abs 2 KSchG nur die vorbehaltlose Abgabe einer mit angemessener Vertragsstrafe versicherten Unterlassungserklärung binnen angemessener Frist zum Wegfall der Wiederholungsgefahr führen kann.

Zum einen wurde im vorliegend zu beurteilenden Fall von der Beklagten nach Abmahnung die geforderte Unterlassungserklärung nicht abgegeben, sodass schon aus diesem Grund von einem Wegfall der Wiederholungsgefahr nicht gesprochen werden kann. Des Weiteren ist die inkriminierte Klausel sinngleich zu der von der Beklagten in den Vertragsformblättern seit Juni 2018 verwendeten Klausel, zumal sie lediglich bei anderer Formulierung den selben verpönten Regelungsinhalt ausweist, sodass auch aus diesem Grund die Wiederholungsgefahr nicht weggefallen ist. Hinzu kommt, dass die Beklagte im Prozess weiterhin die Zulässigkeit der Klausel verteidigt, sodass die Wiederholungsgefahr auch aus diesem Grund vorliegt (vgl. 10 Ob 47/08x).

Zudem ist davon auszugehen, dass auch heute noch Vertragsverhältnisse bestehen, denen die inkriminierte Klausel zugrunde liegt, sodass die Gefahr besteht, dass sich die Beklagte bei diesen Verträgen auf die inkriminierte Klausel beruft (vgl. 8 Ob 110/08x). Um einen Wegfall der Wiederholungsgefahr zu erreichen, muss darüber hinaus die Verwendung der Klauseln für die Zukunft geradezu ausgeschlossen sein und zwar sowohl für neu abzuschließende Verträge als auch durch eine Berufung darauf in bereits bestehenden Verträgen. Eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen, die aber keine Gewähr dafür bietet, dass sich der Unternehmer nicht bereits für bestehende Verträge auf eine frühere Fassung beruft, reicht für den Wegfall der Wiederholungsgefahr jedoch nicht aus (vgl. 4 Ob 227/06w; 8 Ob 110/08x). Schließlich ist es auch denkbar, dass Kunden der Beklagten bei Beendigung des Vertrages oder auch während aufrechter Vertragslaufzeit – aus welchen Gründen auch immer – die Aktivierungsgebühr zurück verlangen und sich die Beklagte in diesem Fall auf die inkriminierte Klausel beruft. Auch aus diesem Grund kann daher nicht vom Wegfall der Wiederholungsgefahr gesprochen werden.

Die Inhaltskontrolle führt dazu, dass die Klausel aus nachstehenden Erwägungen unzulässig

ist:

Ausgehend davon, dass die Hauptleistungen eines Fitnessvertrages das Zurverfügungstellen von Trainingsmöglichkeiten einerseits und das monatliche Entgelt andererseits umfassen, ist die Aktivierungsgebühr nicht den Hauptleistungen zuzuordnen. Die Entgeltklauseln, die ein Zusatzentgelt nicht für besondere Mehrleistungen, sondern zur Abgeltung einer im Regelfall mit der Erfüllung der vertraglichen Pflichten verbundenen Leistung vorsehen, unterliegen als Nebenbestimmung der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB (*Graf in Kletecka/Schauer, ABGB-ON*^{1.05} § 879 Rz 290 mwN).

Mit der Aktivierungsgebühr wird beim Vertragsabschluss ein Betrag verrechnet, der von der Beklagten mit dem Aufwand im Zusammenhang mit der Aktivierung und Registrierung der Mitgliedschaft und Ausgabe der Mitgliedskarte argumentiert wird. Mit der Aktivierungsgebühr wird dem Kunden jedoch neben dem Monatsbetrag ein zusätzliches Entgelt in Höhe von – derzeit – zwei Drittel einer monatlichen Basic-Mitgliedschaft verrechnet, dem keine über den normalen Aufwand im Zusammenhang mit einem Neuabschluss und der Neuregistrierung eines Kunden hinausgehende, erkennbare Gegenleistung des Unternehmens gegenübersteht. Zudem sind auch die von der Beklagten ins Treffen geführten besondere „Leistungen“ im Zusammenhang mit einer Neuregistrierung bzw. Aktivierung der Mitgliedskarte (Unterstützung bei der Eingabe der Kundendaten am iPad im Fitnessstudio, Beratungsgespräch, Studiodurchgang) weder im Mitgliedschaftsvertrag, noch in den AGB als Gegenleistung angeführt. Es wird daher ein weiteres fixes Entgelt für nicht näher umschriebene, wirtschaftlich auch nicht gesondert werthaltige Leistungen gefordert, die über die typischerweise mit dem Aufwand im Zusammenhang mit der Neuerfassung eines Mitglieds und Aktivierung einer Mitgliedskarte einhergehenden Leistungen nicht hinausgehen, sodass dieses sachlich nicht gerechtfertigt und daher gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 2 ABGB ist.

Da sich aus der inkriminierten Klausel auch nicht ergibt, welche Leistungen tatsächlich von der Aktivierungsgebühr abgedeckt sein sollten, ist die Klausel auch intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG. Wenn die Beklagte argumentiert, dass die monatlichen Gesamtkosten auf der ersten Seite des Mitgliedschaftsvertrages angegeben werden, darüber hinaus sämtliche bei Vertragsabschluss zahlbaren Einmalzahlungen, ist zu entgegnen, dass dies zum einen erst in den seit Juni 2018 verwendeten Vertragsformblättern der Fall ist, zum anderen die inkriminierte Klausel selbst nicht einmal auf die „Aktivierung der Mitgliedskarte“ verweist, wobei auch wieder nicht erkennbar ist, welche Leistungen darunter zu subsumieren sind.

Zudem verstößt die inkriminierte Klausel gegen § 5a Abs 1 Z 3 KSchG, wonach der Kunde vorab in klarer und verständlicher Weise über den Gesamtpreis der Dienstleistung aller Steuern und Abgaben und gegebenenfalls aller zusätzlichen Kosten zu informieren ist.

Entgegen dem Vorbringen der Beklagten ist es sehr wohl möglich, die monatlichen Gesamtkosten – inklusive der aliquot berechneten oder dem ersten Monat hinzu geschlagenen Kosten – als monatliche und im Vorhinein bestimmbare Gesamtkosten anzugeben. Da auch die Registrierung und der Abschluss des Mitgliedschaftsvertrages online möglich ist, gelangt auch das FAGG zur Anwendung, sodass auch ein Verstoß gegen § 5a Abs 1 Z 3 KSchG und § 4 Abs 1 Z 4 und Z5 FAGG vorliegt.

Zudem verstößt die Klausel gegen § 6c KSchG, nach welcher Bestimmung eine Vereinbarung, mit der sich ein Verbraucher neben dem für die Hauptleistung vereinbarten Entgelt zu weiteren Zahlungen – etwa als Entgelt für eine Zusatzleistung des Unternehmers – verpflichtet, nur dann wirksam zustande kommt, wenn ihr der Verbraucher ausdrücklich zustimmt. Unter § 6c KSchG fallen nicht nur Entgelte für Zusatz-/Nebenleistungen des Unternehmers im Zusammenhang mit dem Hauptvertrag, sondern darüber hinaus auch alle Kosten unselbstständiger Nebenpflichten und (aus dem Hauptentgelt ausgelagerte) Zusatzkosten für die eigentliche Hauptleistung, die bei einer Vertragsabwicklung anfallen können (zB Bearbeitungs-, Stornogebühren). § 6c KSchG setzt keine Verknüpfung mit einer zusätzlichen Leistung des Unternehmers voraus (*Leupold in Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴ § 6c Rz 3). Da von der Beklagten die der Aktivierungsgebühr zuzuordnenden Leistungen jene im Zusammenhang mit der Registrierung der Mitgliedschaft darstellen, handelt es sich bei der Aktivierungsgebühr um eine Art Bearbeitungsgebühr, sodass die Klausel auch in den Anwendungsbereich von § 6c KSchG fällt. Nicht ausreichend im Sinne dieser Bestimmung ist ein bloß in AGB und damit auch im Vertragsformblatt enthaltener Hinweis (*Leupold aaO* Rz 5), sodass die inkriminierte Klausel auch gegen § 6c KSchG verstößt.

Der Umstand, dass Servicepauschalen, Bearbeitungsgebühren oder Aktivierungsgebühren auch von Konkurrenten gefordert werden, vermag hingegen die Unzulässigkeit der inkriminierten Klausel in diesem Fall nicht auszuschließen.

Klausel 2:

Nach § 6 Abs 1 Z 1 KSchG sind für den Verbraucher besonders solche Vertragsbestimmungen iSd § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen sich der Unternehmer unter anderem eine unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Frist ausbedingt, während der der Verbraucher an den Vertrag gebunden ist.

Die Bestimmung will sicherstellen, dass die Bindungsfrist des Verbrauchers nur so lange dauert, als es für die Willensbildung auf Seiten des Unternehmers angesichts der typischen Umstände des Falles sachlich erforderlich ist (RS0121956). Ob eine unangemessen lange Frist vorliegt, ist durch eine Abwägung der beiderseitigen Interessen zu ermitteln. Dabei sind die typischen Erwartungen des Kunden den wirtschaftlichen und technischen Interessen des

Unternehmers gegenüber zu stellen (RS0121007 [T1]).

Zu 5 Ob 205/13b erachtete der Oberste Gerichtshof zwar bei hohen Investitions- und Personalkosten folgende Klausel für zulässig:

„Der Vertrag wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Eine Kündigung ist erstmals zum Ablauf eines Jahres, danach jeweils zum Ablauf eines halben Jahres möglich. Die Kündigung hat schriftlich (Kündigung per Fax oder E-Mail ist nicht möglich!) unter Einhaltung einer zwei-monatigen Kündigungsfrist zu erfolgen.“

Der Oberste Gerichtshof führte in diesem Fall aber aus, dass dieser die Besonderheit aufweise, dass die Einheiten nur unter Aufsicht eines von der Beklagten zur Verfügung gestellten Trainers absolviert werden dürfen. Ausschlaggebendes Kriterium für den Obersten Gerichtshof war daher die besondere Ausprägung der Dienstleistungskomponente des Fitnessstudiovertrages in dem dieser Entscheidung zugrunde gelegenen Sachverhalt.

Dem gegenüber werden die Geräte im vorliegend zu beurteilenden Fall selbstständig von den Kunden benützt und von den Floor-Trainern, die nur bei Fragen Hilfe leisten, lediglich die ordnungsgemäße Benützung der Geräte überwacht. Seitens der Beklagten werden daher keine Leistungen angeboten, die eine Baufsichtigung eines Trainers notwendig machen oder eine solche überhaupt vorsehen.

Entgegen dem Vorbringen der Beklagten bilden beide Sätze der inkriminierten Klausel eine rechtliche Einheit, da sich die Unzulässigkeit der Vertragsbindung von weiteren sechs Monaten jedenfalls aus dem Zusammenspiel mit dem erstmaligen zwölfmonatigen Kündungsverzicht ergibt.

Selbst die von der Beklagten ins Treffen geführte Preisstabilität seit mehr Jahren vermag die Zulässigkeit der Klausel nicht zu begründen, zumal der Oberste Gerichtshof nur die besondere Ausprägung der Dienstleistungskomponente im Zusammenhang mit dem besonderen Personalaufwand bei der Benützung der Geräte hervorhebt. Vorliegend beschränken sich die Verpflichtungen der Beklagten jedoch nur auf die Zurverfügungstellung der Trainingsgeräte.

Da die vorliegend zu beurteilende Klausel eine zwölfmonatige Vertragsbindung und daran anschließend einen Kündungsverzicht von jeweils sechs Monaten vorsieht, unterscheidet sich diese auch von dem der Entscheidung zu 1 Ob 96/17z zugrundeliegenden Sachverhalt.

Auch aus der Entscheidung 4 Ob 69/11d ist für die Beklagte nichts zu gewinnen, da in dieser der Oberste Gerichtshof gerade nicht (weil er dies nicht zu beurteilen hatte) ausgesprochen hatte, dass die Zwölf-Monatsfrist zulässig sei.

In dem der Entscheidung 5 Ob 87/15b zugrunde gelegenen Sachverhalt hatte sich zum einen der Kläger in seiner Revision ausdrücklich nicht – mehr – gegen die Dauer der zwölfmonatigen Vertragsbindung bzw. die Dauer des Kündungsverzichts gewendet, sondern nur noch die asymmetrische Regelung des Kündigungsrechts im dort zweiten Satz der Klausel beanstandet. Alleine daraus kann jedoch noch nicht geschlossen werden, dass der Oberste Gerichtshof eine zwölfmonatige Vertragsbindung wie vorliegend für zulässig erachtete (vgl. dort ausdrücklich Punkt 5.6.2 zu 5 Ob 87/15b).

Auch die festgestelltermaßen vorliegenden Anfangsinvestitionskosten sowie laufenden Kosten im Zusammenhang mit dem Betrieb der Fitnessstudios der Beklagten sowie deren besonderen Ausgaben im Zusammenhang mit der Größe der Fitnessstudios vermögen allenfalls nur eine zwölfmonatige Vertragsbindung, jedoch nicht noch eine daran anschließende weitere jeweilige sechsmonatige Vertragsbindung zu rechtfertigen.

Eine zwölfmonatige Bindung sowie die darauffolgende sechsmonatige Bindung sind daher sachlich nicht gerechtfertigt und stellen damit einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 1 Z KSchG dar.

Klausel 3:

Gemäß § 6 Abs 1 Z 11 sind für den Verbraucher besonders solche Vertragsbestimmungen iSd § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen dem Verbraucher eine Beweislast auferlegt wird, die ihn von Gesetzeswegen nicht trifft.

Vertragliche Beweislastverschiebungen zu Lasten des Verbrauchers sind daher unzulässig. Die Wirkung einer Vereinbarung über eine Beweislastverschiebung soll oft über den Umweg einer vom Verbraucher abgegebenen Tatsachenbestätigung erzielt werden. Nunmehr besteht nach der Rechtsprechung kein Hindernis, § 6 Abs 1 Z 11 KSchG analog anzuwenden, wenn zwar keine formelle Beweislastvereinbarung getroffen wird, der Konsument aber eine Wissenserklärung abgibt, die zumindest im Ergebnis den Wirkungen einer entsprechenden Vereinbarung nahekommen kann (*Langer* aaO § 6, Rz 59 mwN). Gerade eine solche Beweislastverschiebung wird mit der vorliegenden Klausel bewirkt, da sie im Wege der Tatsachenbestätigung die Beklagte von der sie treffenden Beweispflicht für fehlendes Verschulden gemäß § 1298 ABGB bei Verletzung der sie treffenden vorvertraglichen Schutz- und Aufklärungspflichten entbindet. Zudem verschlechtert sie die Beweislage für den Verbraucher bezüglich einer allfälligen, vorzeitigen Auflösung des Vertrages aus wichtigem Grund bei gesundheitlichen Problemen.

Durch die Klausel wird die Rechtsdurchsetzung des Verbrauchers erschwert, indem ihm ein Beweis auferlegt wird, den er sonst nicht erbringen müsste, sodass die Klausel unzulässig nach § 6 Abs 1 Z 11 KSchG ist (RS0121955).

Zu dem von der Beklagten eingewendeten Wegfall der Wiederholungsgefahr im Zusammenhang mit der Änderung der Geschäftsbedingungen seit Juni 2018 ist auf die zu Klausel 1 dargelegten Ausführungen im Zusammenhang mit der Wiederholungsgefahr zu verweisen. Auch die seit Juni 2018 von der Beklagten verwendete Klausel sieht eine Beweislastverschiebung zu Lasten des Verbrauchers vor. Im Übrigen können nach der Rechtsprechung auch Tatsachenbestätigungen in Form von Wissenserklärungen gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG verstoßen, wenn damit eine unzulässige Verschiebung der Beweislast bewirkt wird (vgl. 4 Ob 184/18i).

Zusammenfassend war daher infolge Verwendung gesetzwidriger Klauseln dem Unterlassungsbegehren zur Gänze Folge zu geben.

Zweck der Urteilsveröffentlichung nach § 30 KSchG ist es, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein (RS0121963). Das berechnigte Interesse an der Urteilsveröffentlichung liegt bei der Verbandsklage auch darin, dass die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- oder sittenwidrig sind (RS0121963 [T7], RS0079764 [T22]).

Die Klägerin beantragte Urteilsveröffentlichung in einer Samstagausgabe der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, in eventu Regionalausgabe für das Bundesland Wien.

In Anbetracht des Umstandes, dass die Beklagte bundesweit insgesamt fünf Fitnessstudios ausschließlich in Wien betreibt, befinden sich auch die beteiligten Verkehrskreise in Wien, sodass, gemessen am Zweck der Urteilsveröffentlichung, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein, eine Urteilsveröffentlichung in einer bundesweit erscheinenden Tageszeitung über den Zweck der Urteilsveröffentlichung hinaus ginge und somit lediglich die Urteilsveröffentlichung in einer Regionalausgabe für das Bundesland Wien gerechtfertigt erscheint, sodass das Urteilsveröffentlichungshauptbegehren abzuweisen und lediglich dem -eventualbegehren Folge zu geben war.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 43 Abs 2 1.Fall ZPO, wobei dazu hinsichtlich des Veröffentlichungshauptbegehrens und des – nicht gesondert bewerteten – Eventualbegehrens auszuführen ist: Wird das Hauptbegehren abgewiesen, dem Eventualbegehren aber stattgegeben, ist nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung immer § 43 ZPO anzuwenden (auch bei gleichem Streitwert) und unter anderem nach dem wirtschaftlichen Erfolg zu fragen (vgl. *Obermaier*, Kostenhandbuch³ Rz 1.146; RS0110839, RS0109703 [T1]). Die Voraussetzungen nach § 43 Abs 2 ZPO sind in einem solchen Fall dann gegeben, wenn der

Verfahrensaufwand, der zur Prüfung der Berechtigung des Hauptbegehrens erforderlich war, auch für die Beurteilung des Eventualbegehrens verwertet werden konnte, die materiell-rechtliche Grundlage ident war und mit dem Eventualbegehren annähernd der gleiche wirtschaftliche Erfolg wie bei Stattgebung des Hauptbegehrens erreicht wurde (RS0110839, RS0109703). Diese Voraussetzungen liegen angesichts der identen Anspruchsgrundlage für beide Veröffentlichungsbegehren und des Umstandes, dass der zur Prüfung der Berechtigung des Veröffentlichungshauptbegehrens erforderliche Verfahrensaufwand im Wesentlichen auch für die Beurteilung des Eventualbegehrens verwertet werden konnte, vor.

Die für die Tagsatzung vom 12.4.2021 – für drei Stunden – verzeichneten Kosten waren als offenbare Unrichtigkeit entsprechend der tatsächlichen Dauer der Verhandlung (zwei Stunden) entsprechend zu korrigieren.

Handelsgericht Wien, Abteilung 57
Wien, 2. August 2021
Mag. Hildegard Brunner, Richterin

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG