



## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Oberlandesgericht Linz als Berufungsgericht hat durch die Senatspräsidentin Dr. Eva-Maria Mayrbäurl als Vorsitzende sowie Mag. Edeltraud Kraupa und Mag. Hans Peter Frixeder in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei **Happy-Fit Fitness GmbH**, Stelzhamerstraße 1b, 4400 Steyr, vertreten durch Wetzl & Partner Rechtsanwälte GmbH in Steyr, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert EUR 36.000,00), über die Berufungen des Klägers und der Beklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes Steyr vom 28. Dezember 2016, 3 Cg 22/16k-9, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Beiden Berufungen wird nicht Folge gegeben.

Die Beklagte hat dem Kläger binnen 14 Tagen EUR 2.562,01 (darin EUR 427,00 USt) an Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt insgesamt EUR 30.000,00.

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

### ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

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

Die Beklagte ist Unternehmerin im Sinne des § 1 KSchG und betreibt österreichweit an 24 Standorten Fitnessstudios, und zwar 19 in Oberösterreich, 3 in Niederösterreich und jeweils eines in Salzburg und in der Steiermark. Sie tritt in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge ab.

Der Kläger begehrt, der Beklagten die Verwendung von 33 im Einzelnen konkret dargelegten oder sinngleicher Klauseln und die Berufung darauf zu untersagen und ihm die Ermächtigung

zur Urteilsveröffentlichung in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen-Zeitung“, Regionalausgabe für Oberösterreich, Steiermark, Niederösterreich und Salzburg zu erteilen. Die Beklagte verwende im Vertragsabschlussformblatt „Anmeldung und Kundenvereinbarung Happy Fit“, in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie den von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde lege, in den in den Fitnessstudios angebrachten Schildern und in der Hausordnung laufend insgesamt 33 Klauseln, die gegen gesetzliche Verbote und gegen die guten Sitten verstießen. Die Beklagte sei der Aufforderung des Klägers, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung abzugeben, nur unzureichend bzw. bezüglich einzelner Klauseln gar nicht nachgekommen. Die Wiederholungsgefahr sei daher nicht weggefallen. Bezüglich Klausel 27 habe die Beklagte im Februar 2012 ein konstitutives Anerkenntnis abgegeben.

Die Beklagte beantragt Klagsabweisung sowie die Ermächtigung zur Veröffentlichung des klagsabweisenden Teils des Urteilsspruchs. Dazu bringt sie im Wesentlichen vor, dass hinsichtlich der Mehrzahl der Klauseln (2 bis 5, 7 bis 9, 11 bis 26 und 28 bis 33) keine Wiederholungsgefahr bestehe. Sie habe ihre AGB und ihre Mitgliedsvereinbarung aufgrund der Beanstandungen des Klägers grundlegend neu gestaltet und zum Ausdruck gebracht, die bisherigen AGB und Mitgliedsvereinbarungen nicht mehr verwenden zu wollen. Zudem habe die Beklagte eine vorbehalts- und bedingungslose Unterlassungserklärung mit einer jedenfalls angemessenen Konventionalstrafe pro Klausel abgegeben und sich auch verpflichtet, die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen und sich darauf nicht zu berufen. Sie habe letztendlich hinsichtlich dieser Klauseln den Abschluss eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleiches angeboten. Die Wiederholungsgefahr sei daher nicht gegeben. Eine 12- und 24-monatige Vertragsbindung sei zulässig, gehe diese mit einem geringeren Monatstarif einher (Klausel 1). Die Klausel 6 sehe lediglich eine erneute Vertragsdauer im Ausmaß der ursprünglich frei gewählten (zulässigen) Mindestbindungsfrist vor, wobei eine kürzere Mindestvertragslaufzeit mit einem höheren Mitgliedsbeitrag einhergehe. Die Klausel 10 gebe nur die geltende Gesetzeslage wieder und informiere die Verbraucher. Bezüglich der Klausel 27 („Duschklausel“) habe sich die Beklagte in ihrer Unterlassungserklärung vom 10. Februar 2012 lediglich bereit erklärt, diese nicht mehr in den AGB zu verwenden. Daran habe sie sich gehalten und verwende nun diese Klausel in der Mitgliedsvereinbarung an deutlich sichtbarer Stelle. Insbesondere unter Berücksichtigung der äußerst günstigen Tarife müsse es der Beklagten erlaubt sein, für das Duschen ein Entgelt zu verlangen. Das Urteilsveröffentlichungsbegehren sei unzulässig, zumal der Kläger durch österreichweit verbreitete Presseaussendungen und auf seiner Internetseite ausführlich informiere.

Das Erstgericht gab mit dem angefochtenen Urteil dem Unterlassungsbegehren weitgehend und dem Urteilsveröffentlichungsbegehren zur Gänze Folge. Lediglich das auf die

Unterlassung der Verwendung der Klausel einer Mindestvertragslaufzeit von 12 Monaten im Vertragsabschlussformblatt „Anmeldung und Kundenvereinbarung im Happy Fit“ gerichtete Begehren wies es ab. Ebenso wies es das seitens der Beklagten erhobene Urteilsveröffentlichungsbegehren hinsichtlich des klagsabweisenden Teils ab.

Das Erstgericht stellte auf den Seiten 8 bis 21 des Urteils über den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt hinaus zusammengefasst Folgendes fest, wobei die von der Beklagten bekämpften Feststellungen in Kursivdruck hervorgehoben werden:

Das Vertragsabschlussformblatt „Anmeldung und Kundenvereinbarung im Happy Fit“ (Stand 12. September 2014) sieht lediglich eine Wahlmöglichkeit zwischen einer Mindestvertragslaufzeit von 12 oder von 24 Monaten vor. 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 nunmehr drei Standardtarifmodelle an: Bei einer Mindestvertragslaufzeit von sechs Monaten beträgt der wöchentliche Mitgliedsbeitrag EUR 8,99, bei einer Mindestvertragslaufzeit von 12 Monaten EUR 5,99 und bei einer solchen von 24 Monaten EUR 4,99.

Die Beklagte ist ihren Kunden vertraglich verpflichtet, die Trainingsgeräte und Zusatzeinrichtungen während der Öffnungszeiten zur freien Verfügung zu stellen. Auf andere von der Beklagten erbrachte Leistungen, beispielsweise das Gruppentraining bzw. Crossfit-Training, haben die Kunden keinen Rechtsanspruch. 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.

Die Beklagte hat derzeit österreichweit circa 31.000 Kunden. Der Jahresumsatz betrug 2015 circa EUR 9,5 Mio. und wird im Jahr 2016 zwischen 2 und 3 Mio. höher ausfallen. Die Fitnessstudios sind mit hochqualitativen Geräten, beispielsweise der Marken Technogym und Life Fitness ausgestattet. Derzeit befinden sich in den Fitnessstudios Geräte im Wert von circa EUR 13 Mio. Die laufende Wartung der Geräte kostet circa eine halbe Million jährlich, die Fixkosten betragen rund EUR 8 Millionen jährlich.

Bereits im Jahr 2012 hatte der Kläger die Beklagte nach § 28 Abs 2 KSchG abgemahnt und die von der Beklagten damals verwendeten AGB und das Vertragsformblatt in insgesamt 32 Punkten beanstandet. Dabei wurde unter anderem auch die einen Bestandteil der AGB bildende Klausel, wonach „Pro Duschvorgang... EUR 0,50 über einen Münzer zu entrichten sind“, beanstandet. Die Beklagte unterfertigte am 10. Februar 2012 eine Unterlassungserklärung mit Vertragsstrafenvereinbarung. Darin verpflichtete sie sich unter anderem gegenüber dem Kläger, „im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in AGB und

Vertragsformblättern die Verwendung der Klausel „Pro Duschvorgang sind EUR 0,50 über einen Münzer zu entrichten“ oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen und sich auf diese Klausel und sinngleiche Klauseln – soweit diese schon geschlossenen Verträgen mit Verbrauchern unzulässigerweise zugrunde gelegt wurden – nicht zu berufen“. Für den Fall der Zuwiderhandlung verpflichtete sich die Beklagte zur Zahlung einer Vertragsstrafe von EUR 720,00 pro Klausel und pro Zuwiderhandlung an den Kläger.

In weiterer Folge übermittelte die Beklagte dem Kläger die modifizierten AGB, die Hausordnung und die Kundenvereinbarung (Mitgliedsvereinbarung). Der Kläger teilte dazu mit, dass er in Bezug auf die modifizierten AGB keine Stellungnahme abgeben werde und wies ausdrücklich darauf hin, dass „durch das Übermitteln der AGB nicht darauf geschlossen werden könne, dass der Kläger die AGB ... geprüft und ... für gut befunden habe“.

Die Beklagte verwendet in ihrem Vertragsabschlussformblatt „Anmeldung und Kundenvereinbarung im Happy Fit“ (Stand: 12. September 2014) unter anderem – soweit für das Berufungsverfahren noch relevant – folgende Klauseln:

1. Mindestvertragslaufzeit □ 12 Monate □ 24 Monate

2. [...]

Die Klauseln 3 bis 16 sind Bestandteil der AGB (Stand: 11. Februar 2016) und die Klauseln 17 bis 21 Bestandteil der AGB (Stand: 12. September 2014), die die Beklagte den von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt:

3 bis 5 [...]

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. bis 9. [...]

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. bis 21. [...]

Die Klauseln 22 bis 24 sind auf einem im Fitnessstudio der Beklagten angebrachten Schild (Stand: Februar 2016) abgedruckt.

22. bis 24. [...]

Die Klauseln 25 bis 33 sind Bestandteil der Hausordnungen der Beklagten. Die Klauseln 25 bis 29 finden sich auf der Hausordnung Stand Februar 2016 und die Klauseln 30 bis 33 auf jener mit Stand November 2014. Diese lauten:

25. bis 26. [...]

27. Für die Duschen steht ein Münzer zur Verfügung. Für fünf Minuten duschen sind EUR 0,50 zu entrichten.

28. bis 33. [...]

Mit Schreiben vom 12. April 2016 mahnte der Kläger die Beklagte bezüglich all dieser 33 Punkte ab und forderte sie zur Abgabe einer dem Schreiben angeschlossenen Unterlassungserklärung mit Vertragsstrafenvereinbarung bis zum 3. Mai 2016 auf. Die Beklagte sollte sich darin zur Unterlassung dieser und sinngleicher Klauseln sowie einer Berufung auf diese verpflichten und für jeden Fall der Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe von EUR 720,00 pro Klausel und Zuwiderhandlung an den Verband bezahlen. Die Frist zur Abgabe der Unterlassungserklärung wurde der Beklagten letztendlich bis zum 10. Mai 2016 – beim Kläger einlangend – verlängert, wobei der Kläger darauf hinwies, dass er „nur die Abgabe einer mit Vertragsstrafe besicherten Unterlassungserklärung als Erledigung seines Anspruches ansehe“.

Mit E-Mail vom 11. Mai 2016 übermittelte die Beklagte dem Kläger die unterfertigte aber handschriftlich modifizierte Unterlassungserklärung. Die Klauseln 1., 6., 10., 22. bis 33. wurden durchgestrichen und die Vertragsstrafenvereinbarung dahin abgeändert, dass sich die Beklagte lediglich verpflichtete, für den Fall der Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe von EUR 3.000,00 pro Klausel an den Kläger zu zahlen. Im Begleitschreiben führte der Beklagtenvertreter unter anderem aus, dass die Beklagte die Beanstandungen zum Anlass genommen habe, die AGB, die Hausordnung und das Vertragsformblatt („Mitgliedsvereinbarung“) vollkommen zu überarbeiten.

*Die Beklagte übermittelte dem Kläger in weiterer Folge die „modifizierten AGB sowie das Vertragsformblatt in Entwurfsform“ und ersuchte um Mitteilung, ob seitens des Klägers „noch Grund zu Beanstandungen“ bestehe. Mit E-Mail vom 13. Juni 2016 wies der Kläger darauf hin, dass die Beklagte die Unterlassungserklärung nicht in der gewünschten Form abgegeben habe, die geforderte Vertragsstrafe von EUR 720,00 pro Klausel und Zuwiderhandlung jahrelange Praxis und für die wirksame Durchsetzung erforderlich sei und er von dieser Forderung nicht abrücken werde. Schließlich wurde neuerlich darauf hingewiesen, dass der Kläger bei Nichtabgabe der geforderten Unterlassungserklärung ohne jede weitere*

Aufforderung die Verbandsklage einbringen werde.

Mit E-Mail vom 15. Juni 2016 erklärte sich die Beklagte bereit, auch hinsichtlich der Klauseln 22. bis 27. und 29. bis 33. eine Unterlassungserklärung abzugeben und ersuchte um Rückäußerung, ob der Kläger mit einer Vertragsstrafe von EUR 10.000,00 pro Klausel einverstanden sei. Eine entsprechende Unterlassungserklärung war jedoch nicht beigefügt. Zudem bot der Beklagtenvertreter den Abschluss eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleiches hinsichtlich sämtlicher Punkte der Unterlassungserklärung mit Ausnahme der Klauseln 1., 6., 10. und 28. an. Mit E-Mail vom 17. Juni 2016 informierte der Kläger die Beklagte, dass die Einschränkungen der Unterlassungserklärung nicht akzeptabel seien.

In rechtlicher Hinsicht verwies das Erstgericht darauf, dass unter Allgemeinen Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen zu verstehen seien, die eine Vertragspartei (der Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stelle. Auch die in den Hausordnungen und auf den Schildern im Fitnessstudio angeführten Klauseln seien als derartige vorformulierte Vertragsbedingungen zu verstehen, zumal im Vertragsformblatt und in den AGB auf die Hausordnung Bezug genommen wird.

Die Wiederholungsgefahr sei zu bejahen, da eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen nicht ausreiche, um diese zu beseitigen. Es liege auch keine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch des klageberechtigten Vereins vor, welche die Wiederholungsgefahr beseitigen würde. Die verspätet abgegebene Unterlassungserklärung sei keine vollständige Unterwerfung, weil die Beklagte unter einem die modifizierten AGB sowie das Vertragsformblatt in Entwurfsform übermittelt und zudem keine Besicherung der Unterlassungserklärung mit einer angemessenen Konventionalstrafe abgegeben habe. Berücksichtige man, dass die Beklagte mit rund 35.000 Kunden Verträge abgeschlossen habe, so sei das Angebot einer Vertragsstrafe von EUR 3.000,00 aber auch von EUR 10.000,00 pro Klausel – unabhängig von der Anzahl der Zuwiderhandlungen – jedenfalls unzureichend. Damit könnte sich die Beklagte ihrer Verpflichtung, eine bestimmte Klausel nicht mehr zu verwenden, durch Zahlung eines einmaligen Pauschalbetrages entledigen. Daraus lasse sich die mangelnde Ernstlichkeit, die Verwendung einzelner Klauseln oder die Berufung darauf künftig zu unterlassen, ableiten. Auch der angebotene Abschluss eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleiches mit Ausnahme der strittigen Klauseln könne die Wiederholungsgefahr nicht beseitigen. Hätte sich die Beklagte mit Ausnahme der strittig gebliebenen Klauseln tatsächlich gänzlich unterwerfen wollen, so hätte sie im Verfahren 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. Dies habe die Beklagte jedoch nicht getan, vielmehr auf den Wegfall der Wiederholungsgefahr hingewiesen, Klagsabweisung beantragt und auch das Veröffentlichungsbegehren bestritten.

Bezüglich der strittigen Klauseln 1 und 6 (Vertragsdauer) verwies das Erstgericht darauf, dass bei der Prüfung, ob eine unangemessen lange Vertragsbindung vorliege, eine Gesamtwertung aller einschlägigen Vertragsumstände vorzunehmen sei. Die Interessen des Unternehmers auf Durchführung des Vertrages seien gegen die Interessen des Verbrauchers auf angemessene und feststellbare Erfüllungszeit abzuwägen. Hier verzichte der Kunde durch Vereinbarung der Mindestvertragslaufzeit von 12 bzw. 24 Monaten auf eine Kündigung für den gewählten Zeitraum. Beide Vertragsteile könnten den Vertrag unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwei Monaten zum Ende des 12., 24., 36. Monats usw. der Vertragslaufzeit schriftlich kündigen. Dem Kunden komme ein Sonderkündigungsrecht nur bei Verlegung des Hauptwohnsitzes von mehr als 40 km zum nächstgelegenen Happy-Fit-Studio entfernt zu. In diesem Fall hebe die Beklagte eine Bearbeitungsgebühr von EUR 20,00 ein. Krankheit oder Verletzung oder Schwangerschaft berechtigten nicht zur Kündigung des Vertrages, sondern nur zur beitragspflichtigen Stilllegung. Der Kunde habe somit für die Dauer der vereinbarten Mindestvertragslaufzeit keine Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund ausgenommen der nachgewiesenen Verlegung des Hauptwohnsitzes um mehr als 40 km zum nächstgelegenen Happy-Fit-Studio entfernt. Der Kunde der Beklagten genieße im Fall der Vereinbarung eines Kündigungsverzichts lediglich den Vorteil eines niedrigeren Monatsbeitrags. Vor diesem Hintergrund sei die Klausel über die Vereinbarung eines Kündigungsverzichts für 24 Monate als unangemessen lang im Sinne des § 6 Abs 1 Z 1 zweiter Fall KSchG anzusehen. Die lange Bindungsdauer werde auch nicht durch die Investitionskosten und die hohen Wartungs-, Instandhaltungs- und Betriebskosten und die günstigen Kundentarife gerechtfertigt. Diese ließen allerdings eine Bindungsdauer von einem Jahr noch als sachlich gerechtfertigt erscheinen, nicht zuletzt aufgrund der günstigen Tarife. Unter Hinweis auf die Entscheidung des OGH zu 5 Ob 205/13b qualifizierte das Erstgericht die Klausel 6 als einen unangemessen langen und somit unzulässigen Ausschluss des Kündigungsrechtes nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit.

Die Klausel 10 sei im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG intransparent, zumal aus ihr nicht hervorgehe, wann ein Verstoß als „schwer“ zu beurteilen sei. Zudem erwecke die Regelung den Anschein, dass die Beklagte bei jedem Verstoß gegen die Hausordnung zur vorzeitigen Vertragsauflösung oder Erteilung eines Hausverbots berechtigt sein soll und zwar unabhängig davon, ob die jeweilige Regelung überhaupt zulässig ist.

Hinsichtlich der Klausel 27 (Duschklausel) habe die von der Beklagten im Februar 2012 abgegebene strafbewehrte Unterlassungserklärung konstitutive Wirkung. Die Beklagte habe

sich verpflichtet, diese Klausel nicht nur in den AGB, sondern auch in den Vertragsformblättern, wozu auch die Mitgliedsvereinbarung zähle, nicht mehr zu verwenden.

Das Erstgericht erachtete das Veröffentlichungsbegehren des Klägers als berechtigt, um im Interesse der Öffentlichkeit den Verstoß aufzudecken und die beteiligten Verkehrskreise über die wahre Sachlage aufzuklären. Demgegenüber erweise sich die von der Beklagten beantragte „Gegenveröffentlichung“ als nicht berechtigt, da sie nur mit einem geringen Teil erfolgreich gewesen ist.

Gegen den klagsabweisenden Teil dieses Urteils richtet sich die Berufung des Klägers wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf gänzliche Klagsstattgabe. Die Beklagte wiederum bekämpft das Urteil in seinem klagsstattgebenden Umfang aus den Berufungsgründen der unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf gänzliche Klagsabweisung und Ermächtigung der Beklagten zur Gegenveröffentlichung.

Die Parteien beantragen in ihren Berufungsbeantwortungen, der Berufung der Gegenseite keine Folge zu geben.

### **Beide Berufungen sind nicht berechtigt.**

Aus Zweckmäßigkeitsgründen werden die Berufungen gemeinsam behandelt. Über die Berufung der Beklagten war – entgegen dem darin enthaltenen Antrag – in nichtöffentlicher Sitzung zu entscheiden, weil der Berufungssenat die Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung für nicht erforderlich hielt (§ 480 ZPO).

#### **1) Zur Tatsachenrüge:**

In der Beweisrüge meint die Beklagte, es sei völlig unerfindlich, wie das Erstgericht zur Feststellung gelangte, dass ein sinnvolles Trainieren mit den Trainingsplänen nur möglich ist, wenn diese auch von einem Trainer erklärt werden. Es lägen weder ein Beweissubstrat noch sonstige Gründe vor, die diese Feststellung auch nur im Ansatz rechtfertigen könnten. Aufgrund des vorgelegten Trainingsplanes und der Einvernahme des Geschäftsführers der Beklagten hätte vielmehr festgestellt werden müssen, dass sie für ihre Mitglieder ausführliche und detaillierte Trainingspläne erstelle, die diesen ein sinnvolles und zielgerichtetes Training ermöglichen.

Dem Erstgericht standen an Beweismitteln die von der Beklagten vorgelegten Trainingspläne (Beilage ./8) sowie die Aussage ihres Geschäftsführers Sven Decker zur Verfügung. Die Einsicht in die Trainingspläne zeigt, dass es sich um standardisierte Erklärungen und Erläuterungen für ein Ausdauerprogramm handelt. Dies wird durch Sven Decker bestätigt, der darauf verweist, dass von der Beklagten zehn verschiedene Standard-Trainingspläne



entwickelt worden seien, etwa für Rücken, für Anfänger und geschlechtsspezifische. Die ausgebildeten Trainer seien befugt, individuelle Trainingspläne zu erstellen sowie vorhandene Trainingspläne abzuändern (S 10 in ON 8). Daraus folgt, dass die Kunden keinen auf ihre individuellen Bedürfnisse und Erfordernisse abgestimmten, von einem Trainer erstellten Trainingsplan erhalten. Dass Standard-Trainingspläne nur mit Erläuterung durch Fachpersonal – festgestelltermaßen gegen Entgelt – ein auf Dauer zweckmäßiges und für den Einzelnen adäquates Trainieren ermöglichen, ist eine vom Erstgericht gezogene, der Lebenserfahrung entsprechende Schlussfolgerung.

Die bekämpfte Feststellung ist daher nicht zu beanstanden.

Weiters wendet sich die Beklagte gegen die Feststellung, dass sie „in weiterer Folge“ dem Kläger die modifizierten AGB sowie das Vertragsformblatt in Entwurfsform übermittelte und begehrt aufgrund der Beilage ./H die Feststellung, dass dies mit E-Mail vom 11. Mai 2006 erfolgte.

Dass die Übermittlung am 11. Mai 2016 erfolgte, ist richtig (Beilage ./H), allerdings rechtlich unerheblich, weil durch die Übermittlung der modifizierten AGB und des Vertragsformblatts in Entwurfsform die Wiederholungsgefahr unabhängig vom Zeitpunkt der Übermittlung nicht beseitigt wurde. Dazu kann auf die folgenden Ausführungen verwiesen werden.

## **2) Zu den Rechtsrügen:**

### **Zur Wiederholungsgefahr:**

Die Beklagte vertritt zunächst die Auffassung, dass hinsichtlich der inhaltlich nicht mehr strittigen Klauseln (2. bis 5., 7. bis 9., 11. bis 26., 28. bis 33.) die Wiederholungsgefahr weggefallen sei, weil sie die beanstandeten Klauseln infolge einer Neugestaltung ihrer AGB, der Hausordnung und des Vertragsformblatts (Mitgliedsvereinbarung) seit Mai/Juni 2016 nicht mehr verwende und sich nicht mehr auf diese berufe, sie vor Klageeinbringung eine Unterlassungserklärung mit angemessener Vertragsstrafe abgegeben und den Abschluss eines gerichtlich vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs angeboten sowie diese Klauseln nicht verteidigt habe.

Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass nur durch vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung die Wiederholungsgefahr beseitigt werden kann (RS0111637; zuletzt 6 Ob 17/16t). Die mit dem Abmahnverfahren angestrebte außergerichtliche Streitbereinigung tritt nur dann ein, wenn für beide Seiten Rechtssicherheit entsteht; die Verwendung der Klauseln muss für die Zukunft geradezu ausgeschlossen sein, und zwar sowohl für neu abzuschließende Verträge als auch durch eine Berufung darauf in bereits bestehenden Verträgen (RS0111637 [T4]; RS0119007). 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, reicht keinesfalls aus, um die Wiederholungsgefahr zu beseitigen (RS0111637 [T5]; RS0124304 [T1]; RS0119007 [T17]; RS0111640 [T9]). Der Unternehmer muss, will er die Wiederholungsgefahr beseitigen, nach Abmahnung eine unbedingte, uneingeschränkte und strafbewehrte Unterlassungserklärung abgeben (RS0124304 [T2]; RS0111640 [T12]).

Ein auf die „Vertragsstrafevereinbarung“ bezogener Zusatz in der Unterlassungserklärung, wonach Verstöße gegen die eingegangene Unterlassungsverpflichtung ungeahndet bleiben, bis die klagende Partei erstmals einen solchen Verstoß geltend gemacht hat, bringt deutlich zum Ausdruck, dass es der beklagten Partei am ernstlichen Willen, von künftigen Verstößen gegen eine Unterlassungsverpflichtung Abstand zu nehmen, fehlt und ist daher zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr nicht geeignet (RS0111638 [T9]; RS0125395 [T2]).

Zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr im Abmahnverfahren nach § 28 Abs 2 KSchG hat der Oberste Gerichtshof mit der Entscheidung des verstärkten Senats zu 6 Ob 24/11i klargestellt, dass es dafür notwendig ist, dass zwischen dem Abmahnenden und jenem, der die Unterlassungserklärung abgibt, Willenseinigung über deren Inhalt besteht, damit eine mit konstitutiver Wirkung ausgestattete Vereinbarung zustande kommt. Im Fall einer sogenannten Übermaßabmahnung fehlt bei bloß teilweiser Unterwerfungserklärung eine solche Willenseinigung, weshalb die Wiederholungsgefahr nicht beseitigt wird; der Unternehmer muss sich vollständig („alles oder nichts“) und ohne auslegungsbedürftige Zusätze im Sinn der Abmahnung unterwerfen (6 Ob 24/11i; 3 Ob 109/13w).

Schließlich ist noch klarzustellen, dass im Verbandsprozess jede beanstandete Klausel (zur Qualifikation als eigenständig: RS0121187) für sich zu prüfen ist; das betrifft auch die Frage der Wiederholungsgefahr. Allein der Umstand, dass ein Unternehmen im Fall der Beanstandung von mehreren Klauseln eine bedingungslose Unterlassungserklärung nur für einige Klauseln abgibt, rechtfertigt es daher nicht, nur deshalb das Fehlen einer vollständigen Unterwerfung und das Weiterbestehen der Wiederholungsgefahr anzunehmen. Ob und für welche Klauseln die Vermutung der Wiederholungsgefahr in solch einer Konstellation wegfällt, hängt vielmehr von einer Gesamtwürdigung der konkreten Umstände des Einzelfalls ab (RS0107902; 3 Ob 109/13w).

Hier ist mangels einer Willenseinigung der Parteien im Abmahnverfahren hinsichtlich der (inhaltlich nicht mehr strittigen) Klauseln 2. bis 5., 7. bis 9., 11. bis 26., 28. bis 33. die Wiederholungsgefahr nicht weggefallen. Die Beklagte argumentiert damit, dass sie durch eine grundlegende Überarbeitung und Neugestaltung der Klauseln (mit Ausnahme der strittigen) und des Vertragsformblatts ihren Willen zum Ausdruck gebracht hätte, die beanstandeten AGB abzuändern und nicht mehr zu verwenden. Sie habe dies dem Kläger mitgeteilt und die

neu gestalteten AGB und das neu gestaltete Vertragsformblatt mit E-Mail vom 11. Mai 2016 mit der Bitte um Stellungnahme übermittelt, ob noch Grund für Beanstandungen gegeben sei.

Diese Vorgangsweise vermag allerdings nichts an der ständigen Rechtsprechung zu ändern, dass eine bloße Änderung der AGB nicht zu einem Wegfall der Wiederholungsgefahr führen kann. 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 (RS0111638 [T10]). Damit ändert die im E-Mail vom 11. Mai 2016 angekündigte grundlegende Überarbeitung und Neugestaltung der Klauseln nach der Rechtsprechung nichts am Vorliegen der Wiederholungsgefahr, ebenso wenig wie der Umstand, dass die Beklagte die modifizierten AGB sowie das Vertragsformblatt in Entwurfsform an den Kläger übermittelte.

Es ist auch nicht Aufgabe des Klägers diese überarbeiteten AGB auf ihre Zulässigkeit zu kontrollieren, da die Verantwortung für die Gesetzmäßigkeit der AGB allein den Unternehmern obliegt (6 Ob 24/11i).

Da somit selbst eine durchgeführte Änderung der AGB der Beklagten nicht ausreicht, um die Wiederholungsgefahr zu beseitigen, bedarf es dazu auch keiner (von der Beklagten begehrten) ergänzenden Feststellungen zum Inhalt der geänderten Klauseln sowie deren Handhabung im Unternehmen der Beklagten.

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist das Erstgericht auch zutreffend davon ausgegangen, dass auch die von ihr mit E-Mail vom 11. Mai 2016 übermittelte und unterfertigte Unterlassungserklärung hinsichtlich der Klauseln 2. bis 5., 7. bis 9., 11. bis 21. und 34. nicht zum Wegfall der Wiederholungsgefahr führte. Richtig ist zwar, worauf bereits hingewiesen wurde, dass grundsätzlich die Frage des Wegfalls der Wiederholungsgefahr für jede einzelne beanstandete Klausel gesondert zu beurteilen ist (3 Ob 109/13w). Es liegt aber auch hinsichtlich dieser Klauseln eine Einschränkung der abgegebenen Unterlassungserklärung gegenüber der verlangten vor, da die Beklagte pro Klausel lediglich eine Konventionalstrafe von EUR 3.000,00 zahlen wollte. Der Kläger hat allerdings eine Vertragsstrafe von EUR 720,00 pro Klausel und pro Zuwiderhandlung im Abmahnverfahren begehrt und bereits im Abmahnschreiben deutlich festgehalten, dass bei Nichtabgabe der verlangten und angeschlossenen Unterlassungserklärung ohne jede weitere Aufforderung die Verbandsklage eingebracht werde. Indem die Beklagte diesem Verlangen nicht entsprach und auch hinsichtlich der Klauseln 2. bis 5., 7. bis 9., 11. bis 21. und 34. eine modifizierte Unterwerfungserklärung hinsichtlich der Konventionalstrafe abgab, fehlte es an der zur

Beseitigung der Wiederholungsgefahr im Abmahnverfahren erforderlichen Willenseinigung (2 Ob 24/11i) zwischen ihr und dem Kläger.

Zutreffend hat das Erstgericht auch darauf hingewiesen, dass die angebotene Konventionalstrafe von EUR 3.000,00 pro Klausel unzureichend ist. Bei der Angemessenheitskontrolle einer Konventionalstrafe hat eine umfassende, die Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Interessensprüfung stattzufinden. 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 (RS0119007 [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 (7 Ob 78/06f mwN).

Das Erstgericht hat völlig zutreffend darauf verwiesen, dass ausgehend von der Größe des Unternehmens und rund 31.000 Kunden, mit denen Verträge unter Einschluss der AGB abgeschlossen wurden, eine Vertragsstrafe von EUR 3.000,00, aber auch EUR 10.000,00 pro Klausel – unabhängig von der Anzahl der Zuwiderhandlungen – unzureichend ist. Abgesehen davon wurde dem E-Mail vom 15. Juni 2016 mit dem Anbot einer Vertragsstrafenerhöhung auf EUR 10.000,00 pro Klausel keine Unterlassungserklärung beigefügt und hat der Kläger ohnedies bereits mit E-Mail vom 13. Juni 2016 unmissverständlich klagestellt, von seiner Vertragsstrafenforderung nicht abzurücken. Insofern könnte auch die Erhöhung des Vertragsstrafenanbots keine Beseitigung der Wiederholungsgefahr bewirken, so wie das Anbot einer Konventionalstrafe von einmalig EUR 20.000,00 bezüglich Klausel 10.

Letztendlich liefe das Anbot der Beklagten – worauf das Erstgericht ebenfalls zutreffend verwies – auf eine Pauschalabgeltung pro Klausel hinaus. Dies würde aber den Sinn der Unterlassungsverpflichtung unterlaufen, dass die Klausel in Zukunft nicht mehr verwendet wird oder man sich darauf nicht mehr berufen kann, wenn der Unternehmer nur einen einmaligen Betrag für die Weiterverwendung der Klausel (egal wie oft sie verwendet wird) zu zahlen hätte und damit kein Erfüllungsdruck mehr bestünde.

Auch das Argument der Beklagten, dass sie unter Klagsandrohung zur Akzeptanz von völlig ruinösen Konventionalstrafen genötigt würde, ist nicht überzeugend. Wie der Oberste

Gerichtshof in seiner Entscheidung 6 Ob 24/11i festhielt, obliegt die Verantwortung für die Gesetzmäßigkeit der AGB allein den Unternehmern. Die Gefahr, Konventionalstrafen zahlen zu müssen, können die Unternehmer am besten dadurch vermeiden, dass sie keine Klauseln verwenden oder sich darauf berufen, die vielleicht gerade noch gesetzmäßig sind (bei denen also vor einer rechtskräftigen Entscheidung jedenfalls Zweifel an der Gesetzmäßigkeit bestehen), sondern eindeutig gesetzmäßige Klauseln. Die Bewertung des Klagebegehrens durch den Kläger wiederum steht mit der geforderten Vertragsstrafe in keinerlei Zusammenhang und orientiert sich auch das Exekutionsgericht bei Vorschreibung von Beugestrafen im Unterlassungsexekutionsverfahren nicht am Streitwert des Titelverfahrens.

Die Beklagte argumentiert weiters damit, dass sie einen vollstreckbaren Unterlassungsvergleich angeboten hat und damit die Wiederholungsgefahr beseitigt wurde.

Nach ständiger Rechtsprechung bildet ein Vergleichsangebot durch den Beklagten ein Indiz für den Wegfall der Wiederholungsgefahr (6 Ob 131/16g mwN). Ein angebotener vollstreckbarer Unterlassungsvergleich beseitigt zumindest im Regelfall die Wiederholungsgefahr (RS0079899). Der Oberste Gerichtshof hat aber auch klargestellt, dass das in § 28 Abs 2 KSchG geregelte (fakultative) Abmahnverfahren nur dann seinen Zweck zu erfüllen vermag, wenn andere Formen der formellen oder materiellen Unterwerfung zumindest einen ähnlichen Gewissheitsgrad aufweisen; es dürfen also nach den Umständen keine Bedenken gegen die Ernstlichkeit einer Willensänderung des Beklagten bestehen (RS0079899 [T28]). Bei der Annahme einer Wiederholungsgefahr darf keineswegs engherzig vorgegangen werden (RS0079782 [T15]). Wenn das Verhalten des Beklagten auch nur unklar und zwiespältig ist, ist die Gewähr für das Unterbleiben künftiger Verstöße nicht gegeben (RS0012087 [T7]; RS0079564 [T9]).

Die Beklagte hat sich im Abmahnverfahren – wie bereits dargelegt – dem Anspruch des gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Verbands nicht vollständig, unbedingt, uneingeschränkt und strafbewehrt unterworfen, sodass die Wiederholungsgefahr nicht beseitigt wurde. Die mit dem Abmahnverfahren angestrebte außergerichtliche Streitbereinigung ist damit nicht eingetreten. Die Beklagte hat im Zuge dieses Abmahnverfahrens anstelle der Unterwerfung den Abschluss eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs hinsichtlich sämtlicher Punkte der Unterlassungserklärung des Klägers mit Ausnahme der Klauseln 1., 6., 10. und 28. angeboten, aber damit dem Verlangen des Klägers im Abmahnverfahren nicht entsprochen. Insofern blieb das Verhalten der Beklagten doch zwiespältig, weil sie einerseits die vom klageberechtigten Verband geforderte strafbewehrte Unterlassungserklärung im Abmahnverfahren nicht vollständig und uneingeschränkt abzugeben bereit war, gleichzeitig aber einen vollstreckbaren Unterlassungsvergleich anbot. Die mangelnde Ernstlichkeit sich zu unterwerfen, wurde sodann im eingeleiteten gerichtlichen Verfahren bestätigt, da die Beklagte

nicht sofort – mit Ausnahme der strittigen Klauseln – den Standpunkt des Klägers (einschließlich Veröffentlichungsbegehren; vgl. RS0079921) anerkannte und darüber einen vollstreckbaren Unterlassungsvergleich mit einer angemessenen Leistungsfrist anbot (vgl. 6 Ob 24/11i), sondern die Wiederholungsgefahr und das Veröffentlichungsbegehren bestritt.

Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass der Kläger im Abmahnverfahren kein Veröffentlichungsbegehren erhoben hat. Der Kläger hat im Abmahnverfahren noch eine Vertragsstrafe begehrt. Dieser hat sich allerdings die Beklagte nicht unterworfen und damit Anlass für Zweifel an der Ernstlichkeit ihrer angebotenen vollstreckbaren Unterlassungsverpflichtung entstehen lassen, die sich dann im Hinblick auf die erfolgte Bestreitung der Wiederholungsgefahr im gerichtlichen Verfahren bestätigten. Die Vorgangsweise der Beklagten zielte darauf ab, den klagenden Verband im gerichtlichen Verfahren in eine ungünstigere Position zu versetzen, indem einerseits im Abmahnverfahren die Vertragsstrafe nicht uneingeschränkt akzeptiert und keine Unterlassungserklärung abgegeben wurde, um sich sodann im gerichtlichen Verfahren auf einen vorprozessual angebotenen vollstreckbaren Unterlassungsvergleich (ohne Ermächtigung zur Veröffentlichung) zu berufen und damit die Wiederholungsgefahr zu bestreiten.

Das Berufungsgericht teilt daher die Auffassung des Erstgerichtes, dass die Wiederholungsgefahr nur dann weggefallen wäre, wenn die Beklagte das Begehren des Klägers in jenen Punkten, in denen er im Rechtsstreit obsiegen könnte, sofort anerkannt und einen vollstreckbaren Unterlassungsvergleich samt Berechtigung des Klägers zur Veröffentlichung des abzuschließenden Vergleichs auf ihre Kosten im angemessenen Umfang (vgl. dazu RS0079921; RS0079180) angeboten hätte.

### **Zu den strittigen Klauseln:**

Bevor im Einzelnen auf die noch strittigen Klauseln eingegangen wird, sind folgende allgemeine Grundsätze voranzustellen:

Wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er von ihm geschlossenen Verträgen zugrunde legt, oder in Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen, oder wer solche Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt, kann gemäß § 28 KSchG von einem nach § 29 KSchG berechtigten Verband auf Unterlassung geklagt werden. Dieses Unterlassungsgebot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist. Der Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG ist nicht allein auf die Kontrolle und Durchsetzung der Verbote des § 6 KSchG (und des § 879 ABGB) beschränkt, sondern umfasst auch die Verletzung weiterer zivilrechtlicher wie auch öffentlich-rechtlicher Vorschriften (5 Ob 205/13b; 5 Ob 87/15b mwN).

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beidseitigen Hauptleistungen festlegt, ist nach § 879 Abs 3 ABGB nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Das dadurch geschaffene bewegliche System berücksichtigt einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“ (RS0016914). Weicht eine Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung jedenfalls dann vor, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (RS0016914; RS0014676; 5 Ob 87/15b mwN). Die Bestimmung des § 879 Abs 3 ABGB will vor allem den Missbrauch der Privatautonomie durch Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen seitens eines typischerweise überlegenen Vertragspartners, vor allem bei der Verwendung von Allgemeinen Bedingungen, bekämpfen (5 Ob 205/13b; 5 Ob 87/15b).

Der Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie auch jener des Vertragsformblatts sind im Gesetz nicht näher definiert (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 Vertrages stellt (RS0123499 [T2]; 2 Ob 59/12h). Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen sind, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat (7 Ob 15/10x; 2 Ob 59/12h). Auszugehen ist von einem weiten Verständnis (2 Ob 59/12h). Von den Parteien nicht in Zweifel gezogen wird die darauf gestützte Auffassung des Erstgerichtes, wonach neben den AGB und der Mitgliedsvereinbarung auch die Hausordnungen und auf den Schildern im Fitnessstudio angeführten Klauseln als derartige vorformulierte Vertragsbedingungen zu verstehen sind, zumal auch im Vertragsformblatt und in den AGB darauf Bezug genommen wird.

Zur inhaltlichen Beurteilung der hier in Rede stehenden Klauseln ist weiters im Allgemeinen voranzustellen, dass nach ständiger Rechtsprechung eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Vertragsbestimmung im „Verbandsprozess“ im „kundenfeindlichsten Sinn“ auszulegen ist (RS0016590). Es ist also bei der Beurteilung der hier bekämpften Klauseln unter dem Aspekt des § 879 Abs 3 ABGB, aber auch der jeweils herangezogenen Bestimmungen des KSchG von der Auslegungsvariante auszugehen, die für die Kunden der Beklagten die nachteiligste ist. Im Unterlassungsprozess nach § 28 KSchG kann keine Rücksicht auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen genommen werden; für eine geltungserhaltende Reduktion ist kein Raum (RS0038205).

Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Durch das Transparenzgebot soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung Allgemeiner Geschäftsbedingungen sichergestellt werden. Der typische Verbraucher soll nicht von der Durchsetzung seiner Rechte dadurch abgehalten werden, dass ihm ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird (RS0115217; RS0115219). Das Transparenzgebot erfasst die Erkennbarkeit und Verständlichkeit einer Klausel ebenso, wie die Verpflichtung, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit (RS0115217; RS0115219 [T22]).

#### **Zur Klausel 1:**

Nach § 6 Abs 1 Z 1 zweiter Fall KSchG sind für den Verbraucher Vertragsbestimmungen im Sinne des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen er während einer unangemessen langen Frist an den Vertrag gebunden ist. Diese Norm bietet daher für Dauerschuldverhältnisse wie den hier zu beurteilenden Vertrag mit einem Fitnessstudio einen im Einzelfall anhand einer Interessenabwägung auszufüllenden Orientierungsrahmen (RS0121007; 9 Ob 69/11d). Bei der Prüfung, ob eine unangemessen lange Vertragsbindung gemäß § 6 Abs 1 Z 1 zweiter Fall KSchG bzw. gemäß § 879 Abs 3 ABGB vorliegt, ist eine Gesamtwertung aller einschlägigen Vertragsumstände vorzunehmen (9 Ob 69/11d; 5 Ob 205/13b). Die Interessen des Unternehmers auf Durchführung des Vertrags sind gegen die Interessen des Verbrauchers auf angemessene und feststellbare Erfüllungszeit abzuwägen (9 Ob 69/11d). 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 aus dem Interesse des Unternehmers ergeben, aufgrund des Umfangs seiner Investitionen und dem damit verbundenen wirtschaftlichen Risiko für länger klare Verhältnisse zu schaffen (RS0123616; 5 Ob 205/13b).

Das Erstgericht hat bei Beurteilung der hier vorgesehenen Vertragsbindungsmöglichkeiten für die Dauer von 24 Monaten oder von 12 Monaten diese Grundsätze der Rechtsprechung zutreffend dargestellt und auch auf den konkreten Fall richtig angewendet, indem es eine Mindestvertragslaufzeit über 24 Monate als unangemessen lang im Sinne des § 6 Abs 1 Z 1 zweiter Fall KSchG ansah, jedoch eine Bindungsdauer von 12 Monaten noch als sachlich gerechtfertigt beurteilte. Auf die diesbezüglich zutreffende Begründung kann verwiesen werden.

Ergänzend ist zu den Argumenten der Beklagten, die sich gegen die Beurteilung der 24-monatigen Bindungsdauer als unangemessen lang wendet, auszuführen:



Das Erstgericht ging keineswegs davon aus, dass es Betreibern von Fitnessstudios generell verboten wäre, Verträge mit einer Mindestvertragslaufzeit von 24 Monaten abzuschließen. Vielmehr stellte das Erstgericht unter Verweis auf die diesbezüglich vorliegende einschlägige Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu 9 Ob 69/11d auf die konkreten Verträge der Beklagten mit ihren Kunden ab. Im Hinblick darauf, dass, ausgenommen eines Sonderkündigungsrechtes bei Verlegung des Hauptwohnsitzes mehr als 40 km vom nächstgelegenen Happy-Fit-Studio entfernt, der Kunde keine Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung des Vertrags aus wichtigem Grund hat (auch nicht bei Verletzung, Krankheit, Schwangerschaft), gelangte es zur Auffassung, dass trotz des günstigen Tarifs eine Bindungsdauer von 2 Jahren unangemessen lang ist.

Der Hinweis der Beklagten, dass auch andere Unternehmen längerfristige Verträge mit Konsumenten abschließen, wie etwa Mobiltelefon-, Versicherungs-, Mietverträge etc., geht schon deshalb ins Leere, weil auf den konkreten Vertragstyp abzustellen ist. Dabei ist zu beachten, dass bei den vom Erstgericht zu beurteilenden Klauseln das Vertragsabschlussformblatt mit Stand 12. September 2014 klagsgegenständlich war, welches lediglich die Wahlmöglichkeit zwischen einer Mindestvertragslaufzeit von 12 Monaten und 24 Monaten vorsah. Die später von der Beklagten gebotene weitere Wahlmöglichkeit (ab Mai 2015) für eine Vertragslaufzeit von sechs Monaten hatte das Erstgericht nicht zu beurteilen und stand den Kunden im Vertragsabschlussformblatt mit Stand 12. September 2014 auch nicht zur Verfügung.

Dem von der Beklagten ins Treffen geführten „Preisargument“ – je länger die Dauer des Kündigungsverzichts, desto geringer der Mitgliedsbeitrag – kommt nach der Rechtsprechung nur insofern eingeschränkte Bedeutung zu, als benachteiligende Bestimmungen in einzelnen Punkten bei einer vorzunehmenden Gesamtbetrachtung auch gerechtfertigt erscheinen können: Insbesondere können Nachteile durch andere vorteilhafte Vertragsbestimmungen ausgeglichen werden (9 Ob 69/11d).

Allerdings fehlt es auch unter Berücksichtigung der günstigeren Tarife bei längerer Vertragsbindung im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung der Mitgliedsvereinbarung – ebenso wie in der Entscheidung des OGH zu 9 Ob 69/11d – an einer sachlichen Rechtfertigung der 24-monatigen Bindungsfrist. Ebenso wie in dieser Entscheidung hat der Kunde der Beklagten im Fall der Vereinbarung eines 24-monatigen Kündigungsverzichts lediglich den Vorteil eines niedrigeren Monatsbeitrags. Dem steht jedoch – worauf das Erstgericht zutreffend verwies – der Umstand gegenüber, dass der Kunde – ausgenommen das Sonderkündigungsrecht bei nachgewiesener Verlegung des Hauptwohnsitzes - ohne Möglichkeit eines vorzeitigen Auflösungsrechts aus wichtigem Grund an den Vertrag für die gesamte Dauer des vereinbarten Kündigungsverzichts gebunden ist. Selbst im Fall einer

Verletzung, Krankheit oder Schwangerschaft bleibt der Kunde an den Vertrag gebunden ohne allerdings die Leistungen der Beklagten in Anspruch nehmen zu können.

Die Beklagte meint, im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung wäre auch zu berücksichtigen gewesen, dass die Beklagte neben der Ausstattung ihrer Fitnessstudios mit hochqualitativen Geräten auch kostenlos Gruppentrainings, Cross-Fit-Trainings und Einschulungen an Geräten anbietet, sowie die Kunden von den Mitarbeitern Tipps zur richtigen Ausführung der Übungen erhalten und ihnen Alternativübungen gezeigt werden und schlussendlich auch kostenlos Trainingspläne zur Verfügung gestellt werden. Wenn das Erstgericht meine, darauf hätten die Kunden keinen Rechtsanspruch, so sei dies schlichtweg unrichtig.

Dem ist zu entgegen, dass nach den Feststellungen die Beklagte ihren Kunden vertraglich nur verpflichtet ist, die Trainingsgeräte während der Öffnungszeiten zur freien Verfügung zu stellen. Auf alle übrigen von der Beklagten aufgezählten Leistungen haben die Kunden keinen Rechtsanspruch. Diese Feststellung ist im Sinne der Ausführungen des Geschäftsführers der Beklagten zu verstehen, dass sich die Beklagte zu diesen Dienstleistungen schriftlich im Vertrag nicht verpflichtet hat. Damit bleibt letztendlich nur die vertragliche Verpflichtung, die Geräte zur Verfügung zu stellen. Dass die Beklagte Trainingspläne kostenlos zur Verfügung stellt, fällt bei der Interessenabwägung nicht ins Gewicht, wenn man die weitere Feststellung berücksichtigt, dass ein sinnvolles Trainieren damit nur möglich ist, wenn diese (kostenpflichtig) auch von einem Trainer erklärt werden.

An dieser Beurteilung mag auch der Umstand nichts zu ändern, wie viele Kunden der Beklagten (seit Mai 2015) nun tatsächlich die 24-monatige, die 12-monatige oder die 6-monatige Mindestvertragslaufzeit wählen. Einer diesbezüglich ergänzenden Feststellung, wieviel Prozent der Kunden sich seither für welches Tarifmodell entscheiden, bedarf es daher nicht.

Damit ist es bezogen auf den konkreten Vertrag der Beklagten mit ihren Kunden unter den vorliegenden Umständen unangemessen lange, einen Kündigungsverzicht über 24 Monate zu vereinbaren.

Umgekehrt hat aber das Erstgericht unter Berücksichtigung aller Umstände eine Bindungsdauer von einem Jahr zutreffend als sachlich gerechtfertigt erachtet.

Der Kläger argumentiert in seiner Berufung damit, dass auch eine einjährige Bindungsdauer sachlich nicht gerechtfertigt sei, weil anders als in dem der Entscheidung 5 Ob 205/13b zugrunde liegenden Fall die Beklagte vertraglich nur die Trainingsgeräte zur Verfügung stellt und ihre Verträge keine besondere Dienstleistungskomponente aufweisen.

Richtig ist, dass der Oberste Gerichtshof in der zitierten Entscheidung 5 Ob 205/13b eine einjährige Vertragsbindung der dort zu beurteilenden Fitnessstudioverträge deshalb für zulässig erachtete, weil die Beklagte zur Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen nicht nur das entsprechende Trainingsgerät zur Verfügung stellte, sondern auch eine entsprechende Personalvorsorge zu treffen hatte, um der vertraglich vorgesehenen besonderen Ausprägung der Dienstleistungskomponente entsprechen zu können.

Hier ist zwar nach den Feststellungen die Beklagte vertraglich nicht verpflichtet, Trainereinheiten bereitzustellen und damit für eine entsprechende Personalvorsorge Sorge zu tragen, allerdings kann das Preisargument nicht gänzlich außer Acht gelassen werden. Auch in der Entscheidung 9 Ob 69/11d hat der Oberste Gerichtshof ausgeführt, dass dem Umstand eines geringeren Mitgliedsbeitrages bei längerer Dauer des Kündigungsverzichtes eine, wenn auch eingeschränkte, so doch Bedeutung zukommt. Angesichts der im Vergleich zu den Sachverhaltsfeststellungen in der Entscheidung 5 Ob 205/13b wesentlich günstigeren Tarife der Beklagten bei einer Bindungsdauer von einem Jahr werden die Nachteile durch eine Bindungsdauer von einem Jahr durch diese besonders günstigen Tarife auch ohne zusätzliche Dienstleistungen ausgeglichen. Die Gesamtbelastung beträgt für den Kunden jährlich immerhin nur EUR 240,00.

Damit erweisen sich die Berufungen zu dieser Klausel als nicht berechtigt.

#### **Zur Klausel 6:**

Zutreffend hat das Erstgericht auch die Klausel 6, wonach der Vertrag nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit unter Einhaltung einer zweimonatigen Kündigungsfrist frühestens nach weiteren 12 Monaten ordentlich gekündigt werden kann, als unangemessen langen Ausschluss des Kündigungsrechtes angesehen.

Das Argument der Beklagten, es hänge ausschließlich vom Willen des Kunden ab, ob er von der Möglichkeit einer Kündigung nicht Gebrauch machen und sich weiter binden will, weil der Kunde auch am Ende der Laufzeit kündigen und einen Vertrag mit kürzerer Laufzeit gegen höhere Tarife abschließen könnte, überzeugt nicht. Der Oberste Gerichtshof hat eine gleiche Vertragsgestaltung bereits in seiner Entscheidung 5 Ob 205/13b für unzulässig befunden und ausgeführt, dass eine einjährige Mindestbindungsfrist dann zulässig ist, wenn anschließend eine zumindest halbjährliche Kündigungsmöglichkeit besteht. Dies ist bei der hier zu beurteilenden Klausel allerdings nicht der Fall. Das Unterlassen der Kündigung zum Ende des 12. Monats führt dazu, dass eine anschließende Kündigung frühestens wieder zum Ende des 24. Monats möglich ist, also eine nur mehr jährliche Kündigungsmöglichkeit besteht. Abgesehen davon bezog sich die zitierte Entscheidung des Obersten Gerichtshofes auch auf Fitnessstudioverträge, in denen die Dienstleistungskomponente eine besonders

kostenintensive Ausprägung aufwies. Dass dies hier nicht zutrifft, wurde bereits dargestellt.

#### **Zur Klausel 10:**

Auch hinsichtlich der Klausel 10 erweist sich die Beurteilung des Erstgerichtes als völlig zutreffend. Diese Klausel wird dem Transparenzgebot nicht gerecht, da sie den Eindruck erweckt, dass die Beklagte bei jedem Verstoß gegen die Hausordnung zur vorzeitigen Vertragsauflösung oder Erteilung eines Hausverbotes berechtigt sein soll und sie damit über die tatsächliche Rechtslage täuscht.

#### **Zur Klausel 27:**

Die Beklagte meint, dass hinsichtlich der Klausel 27 (Duschklausel) das Erstgericht zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass die von ihr im Februar 2012 abgegebene Unterlassungserklärung konstitutive Wirkung entfalte. Ihr Anerkenntnis habe sich im Bezug auf die Verwendung dieser Klausel nur auf die AGB nicht aber auf das Anmeldeformular (Mitgliedervereinbarung) bezogen. Die Beklagte habe diese Bestimmung auch aus den AGB entfernt und verwende die Duschklausel nunmehr im Anmeldeformular (Mitgliedervereinbarung). Sie habe und darauf sei ihr Parteiwille gerichtet gewesen, nur eine Entfernung der Duschklausel aus den AGB zugestanden.

Die Unterlassungserklärung im Abmahnverfahren 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 (RS0128187 [T1]). Das Erstgericht hat unbekämpft festgestellt, dass die Beklagte gegenüber dem Kläger im Februar 2012 eine Unterlassungserklärung abgab und sie sich darin verpflichtete, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in AGB und Vertragsformblättern die Verwendung der „Duschklausel“ oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen. Die Unterlassungserklärung bezog sich daher keineswegs nur auf die Verwendung der „Duschklausel“ in den AGB, sondern auch auf Vertragsformblätter, worunter das Anmeldeformular/Mitgliedsvereinbarung zu subsumieren ist. Damit steht ihr aber der Einwand, die Verwendung der Klausel in den Vertragsformblättern sei nicht überraschend im Sinne des § 864a ABGB nicht mehr zu. Daran würden auch die begehrten ergänzenden Feststellungen, dass sich diese Klausel nunmehr deutlich sichtbar auf der Vorderseite des Anmeldeformulars befinde, nichts ändern. Die Beklagte hat entgegen ihrer Auffassung ein konstitutives Anerkenntnis abgegeben.

#### **Zum Veröffentlichungsbegehren:**

Auch hinsichtlich der Urteilsveröffentlichung hat das Erstgericht keineswegs „sämtliche

Grundsätze der Rechtsprechung schlichtweg negiert“. Vielmehr hat das Erstgericht zutreffend dargelegt, dass Anspruchsvoraussetzung der Urteilsveröffentlichung das „berechtigte Interesse“ daran ist (§ 25 Abs 3 UWG iVm § 30 Abs 1 KSchG). Dieses liegt bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass der Rechtsverkehr bzw. die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- oder sittenwidrig sind. Durch die Aufklärung wird die Aufmerksamkeit der Verbraucher für die Unzulässigkeit von Vertragsbestandteilen geschärft und es wird ihnen damit erleichtert, ihre Rechte gegenüber Unternehmen wahrzunehmen (9 Ob 69/11d; 5 Ob 87/15b mwN). Die Urteilsveröffentlichung dient der Sicherung des Unterlassungsanspruchs und soll nicht nur eine schon bestehende unrichtige Meinung „stören“, sondern auch deren weiteres Umsichgreifen verhindern. Sie soll im Interesse der Öffentlichkeit den Verstoß aufdecken und die beteiligten Verkehrskreise über die wahre Sachlage aufklären (2 Ob 198/10x; 5 Ob 87/15b). In der Regel ist die Urteilsveröffentlichung in einem solchen Umfang zuzusprechen, dass die Verkehrskreise, denen gegenüber die Rechtsverletzung wirksam geworden ist, über den wahren Sachverhalt oder Gesetzesverstoß aufgeklärt werden (RS0121963 [T9]; 5 Ob 87/15b).

Gemessen an diesem Zweck ist die vom Erstgericht erkannte Veröffentlichung der verpönten Klauseln angemessen. Mit welchen Argumenten die Beklagte die Abweisung des Klagebegehrens begehrte, ändert nichts daran, dass im Interesse der Öffentlichkeit der Verstoß aufgedeckt und die beteiligten Verkehrskreise über die wahre Sachlage aufgeklärt werden sollen. Dass also die Beklagte hinsichtlich einer Vielzahl von Klauseln nur mehr die Wiederholungsgefahr bestritt, ändert am berechtigten Interesse des Klägers an der Urteilsveröffentlichung nichts. Der Oberste Gerichtshof hat wiederholt (5 Ob 87/15b und 2 Ob 198/10x) eine Veröffentlichung in einer Samstag-Ausgabe der Neuen Kronen Zeitung für notwendig und angemessen erachtet.

Die Höhe der Kosten der Urteilsveröffentlichung ergibt sich aus der Vielzahl der zu Unrecht verwendeten Klauseln. Auch zu den weiters von der Beklagten gegen die angeordnete Urteilsveröffentlichung ins Treffen geführten Argumenten hat der Oberste Gerichtshof bereits mehrfach Stellung bezogen und ausgeführt, dass die mediale Berichterstattung betreffend das vorliegende Verfahren dem Bedürfnis der Öffentlichkeit nach Aufklärung über die Verwendung bestimmter gesetzwidriger Vertragsbestandteile nicht gerecht werde (6 Ob 17/16t, 8 Ob 49/12g), das Gleiche gilt für die Bereitstellung einschlägiger Informationen über die Website des Klägers (RS0121963 [T10]). Die Veröffentlichung im elektronischen Rechtsinformationssystem des Bundes ist schon aufgrund der Anonymisierung der Prozessparteien nicht zur Aufklärung des Publikums geeignet (RS0128866). Auch aus diesen Gründen hat das Erstgericht dem Veröffentlichungsbegehren des Klägers zu Recht

entsprochen.

Insgesamt erweisen sich damit sowohl die Berufung des Klägers als auch jene der Beklagten als nicht berechtigt.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 50, 41 ZPO. Demnach haben die Parteien der Gegenseite jeweils die Kosten der Berufungsbeantwortung zu ersetzen, deren Saldierung einen Kostenzuspruch an den Kläger ergibt.

Bei der Bewertung des Entscheidungsgegenstandes orientierte sich das Berufungsgericht an der Bewertung durch den Kläger.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, weil das Berufungsgericht auf die zitierte Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zurückgreifen konnte und im Übrigen die Umstände des Einzelfalls entscheidend waren.

---

**Oberlandesgericht Linz, Abteilung 4**  
**Linz, 28. März 2017**  
**Dr. Eva-Maria Mayrbäurl, Richterin**

---

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG