



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bezirksgericht für Handelssachen Wien hat durch den Richter Dr. Bernhard Hofer in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Mag. Matthias Strohmayer, LL.M. Strohmayer Rechtsanwalt, Salesianergasse 33/27, 1030 Wien, wider die beklagte Partei T-Mobile Austria GmbH (Magenta), Rennweg 97-99, 1030 Wien, vertreten durch DORDA Rechtsanwälte GmbH, Universitätsring 10, 1010 Wien, wegen zuletzt Feststellung und Unterlassung (Streitwert EUR 5.012,50) nach öffentlicher, mündlicher Verhandlung zu Recht erkannt:

1. Es wird festgestellt, dass das der Klage zugrundeliegende Vertragsverhältnis über Internetnutzung zu Kundennummer [REDACTED] zwischen [REDACTED] und der Beklagten weiterhin besteht.
2. Die beklagte Partei ist gegenüber der klagenden Partei schuldig, es zu unterlassen, im Rahmen des Vertragsverhältnisses über Internetnutzung zu Kundennummer [REDACTED] eine Servicepauschale vom Konto von [REDACTED] abzubuchen.
3. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 1.291,49 (EUR 167,50 Barauslagen) bestimmten Prozesskosten gemäß § 19a RAO zu Händen des Klagevertreters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu zahlen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Außer Streit steht, dass zwischen [REDACTED] und dem Kläger am 03.10.2023 folgende als Abtretungsvereinbarung bezeichnete Vereinbarung abgeschlossen wurde (Beil./F):

„ABTRETUNGSVEREINBARUNG

**zum Zweck der Klagsführung gemäß § 502 Abs 5 Z 3 ZPO durch den Verein für
Konsumenteninformation (VKI)**

[REDACTED]
tritt:

jeden einzelnen ihm zustehenden (privatrechtlichen) Anspruch im Zusammenhang mit dem Vertragsverhältnis/Internetprodukt „gigakraft 250“ zu Kundennummer [REDACTED], Rücktrittsrechte und Anfechtungsrechte, insbesondere sämtliche (auch zukünftige) Ansprüche auf Geltendmachung der Unwirksamkeit des Vertrags oder von Vertragsteilen und auf Rückabwicklung, insbesondere auf Rückzahlung der geleisteten Bezahlung (zuzüglich Zinsen), insbesondere auf Rückzahlung der Servicepauschale, einschließlich der von der damit verbundenen Rechtsposition umfassten, insbesondere jeglicher in Betracht kommender Unterlassungs-, Feststellungs- und Rechtsgestaltungsansprüche, insbesondere auch die Ansprüche auf Rechnungslegung, auf Ersatz der Anwaltskosten sowie jegliche Schadenersatzansprüche (insbesondere infolge Verletzung vertraglicher Nebenpflichten) gegen: T-Mobile Austria GmbH (Magenta), Rennweg 97-99, 1030 Wien an den VKI zum Zweck der Klagsführung gemäß § 502 Abs 5 Z 3 ZPO ab (Inkassozeession).“

Unstrittig ist, dass [REDACTED] mit dem Kläger am 22.01.2024 auszugsweise folgende als „ERLÄUTERnde bzw. ERGÄNZENDE ABTRETUNGSVEREINBARUNG“ bezeichnete Vereinbarung abschloss (Beil K./):

*„Mit Abtretungserklärung vom 3.10.2023 habe ich an den **Verein für Konsumenteninformation (VKI)**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, insbesondere*

„jeden einzelnen [mir] zustehenden (privatrechtlichen) Anspruch im Zusammenhang mit dem Vertragsverhältnis/Internetprodukt 'gigakraft 250' zu Kundennummer [REDACTED]“

abgetreten (Unterstreichung nicht im Original).

Nachdem ich mich gegen die Bezahlung einer "Servicepauschale" zur Wehr gesetzt hatte, erklärte Magenta mit Schreiben vom 17.10.2023 die Kündigung des genannten Vertragsverhältnis zum 19.11.2023.

Ich stelle hiermit klar, dass ich mit "jedem Anspruch aus dem Vertrag" insbesondere auch den oben umschriebenen Anspruch auf Netzzugang (Weitergabe des Internet-Dienstes), samt allen mir (auch künftig bzw. bedingt) zustehenden Ansprüchen und Nebenrechten aus diesem Vertrag, wie zB Gewährleistungsansprüchen und Schadenersatzansprüchen (auch reine Vermögensschäden betreffend), einschließlich der in Betracht kommenden Unterlassungs-, Feststellungs- und Rechtsgestaltungsansprüche gegen

T-Mobile Austria GmbH (Magenta), Rennweg 97-99, 1030 Wien,

aus den zwischen mir und T-Mobile Austria GmbH (Magenta) bestehenden Vertrag "gigakraft 250 + Digital Telefon" zur Kundennummer [REDACTED]

*an den **Verein für Konsumenteninformation (VKI)**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien,*

abgetreten habe bzw abtrete (auch den Anspruch auf Bezug und Nutzung des Internets an der Anschlussadresse habe ich abgetreten).“

Der Kläger begehrt wie aus dem Spruch ersichtlich und führte dazu aus, dass [REDACTED] unter der Kundennummer [REDACTED] einen Vertrag mit der Beklagten habe und alle im zustehenden Ansprüche gegenüber der Beklagten an den Kläger abgetreten habe. Der Kläger sei daher aktivlegitimiert. Vertragsinhalt sei ein Internet-Tarif, für den ein monatliches Entgelt vereinbart worden sei. Die Beklagte habe darüber hinaus eine verbrauchsunabhängige, unvermeidbare und fixe Servicepauschale, im Vertrag sei diese als Internet Service Entgelt bezeichnet, verrechnet. Nach Erlassung eines Zahlungsbefehls habe die Beklagte bereits die für den Zeitraum von 19.3.2019 bis 19.11.2022 verrechneten Servicepauschalen an [REDACTED] zurückgezahlt. Im Zeitraum vom 19.12.2022 bis 19.9.2023 sei es erneut zur Abbuchung von Servicepauschalbeträgen gekommen. Der Kläger habe gegenüber der Beklagten Anspruch auf Unterlassung des widerrechtlichen Einzuges der Servicepauschale für die Zukunft.

Zur Servicepauschale: Nach der jüngeren Rsp des OGH seien Klauseln über eine Servicepauschale als Zusatzentgelt gröblich benachteiligend, wenn der Kunde keine Zusatzleistung erhält. Die beklagte Partei habe die Servicepauschale unabhängig davon, ob der Kläger Zusatzleistungen in Anspruch genommen habe, verrechnet. Da die Servicepauschale keinen klaren Konnex zu einer tatsächlich im Einzelfall erbrachten und erforderlichen Mehrleistung habe, sei sie unwirksam.

Weiters sei die Servicepauschale mangels ausdrücklicher Zustimmung nicht wirksam vereinbart worden, da sie lediglich in AGB-Klauseln enthalten gewesen sei. Als fixer zusätzlicher Preisbestandteil sei sie unter den Begriff „Extrazahlung“ im Sinne § 6c KSchG zu subsumieren, weshalb eine ausdrückliche Zustimmung des Verbrauchers erforderlich sei. Die verrechnete Servicepauschalbeträge seien daher rückzuerstatten.

Die Beklagte sei auch ihrer Pflicht nach § 4 Abs 1 Z 5 FAGG, nämlich der Pflicht über den monatlichen Gesamtpreis (inklusive aliquoter jährlicher Servicepauschale) oder über den jährlichen Gesamtpreis (inklusive kumuliertem monatlichen Entgelt) als Einzelsumme zu informieren, nicht nachgekommen.

Zur Kündigung: Die Kündigung des Vertrages mit [REDACTED] durch die Beklagte sei aufgrund der Geltendmachung von nicht offenbar unberechtigten Ansprüchen erfolgt und

daher unwirksam. Die Beklagte sei führende Highspeed-Internet-Anbieterin in Österreich und habe als solche ihre Machtposition ausgenutzt, eine aggressive Geschäftspraktik angewandt und unzulässig, sittenwidrig diskriminiert. Die erfolgte Kündigung verstoße außerdem gegen den Kontrahierungszwang und sei daher unwirksam. Das Fortbestehen des Vertrages sei als Vorfrage für zukünftige Rechtsstreitigkeiten, insbesondere drohende Streitigkeiten über Schadenersatz infolge möglicher Ersatzbeschaffung, von Bedeutung. [REDACTED] habe alle privatrechtlichen Ansprüche in Zusammenhang mit dem Vertrag an den Kläger abgetreten.

Die Beklagte bestritt, beantragte Klageabweisung und führte Folgendes aus:

Zur Aktivlegitimation: Mit der Abtretungserklärung habe der Kläger keine Verpflichtung zur Zahlung der Servicepauschale gegenüber der Beklagten übernommen. Daher könne der Kläger allerdings auch nicht gegenüber der Beklagten die Unterlassung der Einhebung der Servicepauschale in der Zukunft fordern, da er selbst diese nicht bezahlen müsse. Es sei weiterhin [REDACTED] verpflichtet die Servicepauschale zu zahlen. Die Übertragung eines reinen Prozessführungsrechts in diesem Zusammenhang an den Kläger sei unzulässig.

Zur Kündigung: Die Beklagte habe den Vertrag mit [REDACTED] zum 19.11.2023 durch Kündigung beendet. Sie habe keine marktbeherrschende Stellung inne und ihre Stellung am Markt auch nicht dadurch missbraucht, dass sie ein gesetzlich vorgesehenes Kündigungsrecht geltend gemacht habe. Das Beenden von Geschäftsbeziehungen sei nur missbräuchlich, wenn kein objektiver Rechtfertigungsgrund vorliegt und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht gewahrt wird. Da [REDACTED] die Zahlung von zukünftigen Entgeltbestandteilen verweigere und dieser bereits mehrere Klagen gegen die Beklagte eingebracht habe, sei die Vertrauensbasis zwischen der Beklagten und [REDACTED] zerstört. Eine Diskriminierung liege nicht vor, da nach dem Diskriminierungsverbot nur die Benachteiligung von (aktuellen) Vertragspartnern durch Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen verpönt sei, aber nicht von ehemaligen Kunden. Darüber hinaus stelle die Kündigung keine Diskriminierung dar, da sie sachlich gerechtfertigt sei.

Das Vorbringen des Klägers zur marktbeherrschenden Stellung sei weiters unschlüssig, da dieser kein Vorbringen zum relevanten Markt erbracht habe.

Selbst der telekommunikationsrechtliche Kontrahierungszwang stehe einer Kündigung nicht entgegen, da es den Telekommunikationsdienste-Anbietern obliege diesen durch ihre AGB auszuformen. In den von der Regulierungsbehörde geprüften und mit dem Kläger vereinbarten AGB der Beklagten sei ein Kündigungsrecht ohne Angabe von Gründen vorgesehen. Es liege daher kein Verstoß gegen den Kontrahierungszwang vor.

Zum Zwischenantrag auf Feststellung: Der Antrag sei zurückzuweisen, da zwar Präjudizialität vorliege, allerdings die Entscheidung über den Zwischenfeststellungsantrag nicht über den anhängigen Prozess hinauswirke.

Zum Unterlassungs- bzw Feststellungsanspruch: Da der Vertrag bereits durch Kündigung beendet sei, sei ein zukünftiges "Zuwiderhandeln" gegen die behauptete Unterlassungspflicht nicht mehr denkbar und daher das Begehren abzuweisen. Das gelte ebenso für das Eventualbegehren auf Feststellung, da mangels aufrechten Vertrages kein rechtliches Interesse vorliege und die Feststellungsklage nur subsidiär gegenüber der Leistungsklage sei.

Zur Servicepauschale: Die von der Beklagten verrechnete Servicepauschale stelle eine Hauptleistung dar, die zwischen den Vertragspartnern wirksam vereinbart worden sei. Die Beklagte sei aufgrund des Vertrages über die Internetnutzung und die Erbringung von Leistungen unter der Servicepauschale verpflichtet gewesen, während der Vertragslaufzeit der klagenden Partei den Internetzugang und Optionsrechte zur Inanspruchnahme der Leistungen unter der Servicepauschale zu gewähren. Der Servicepauschale seien werthaltige Gegenleistungen gegenüber gestanden, die von Johannes Fritsche auch nachweislich in Anspruch genommen worden seien. Der OGH habe im Telekombereich entschieden, dass die Servicepauschale selbst bei Blickfangwerbungen als Teil der Hauptleistung betrachtet werden könne. Die Entscheidung des OGH zu Servicepauschalen in Fitnessstudios seien nicht auf den gegenständlichen Sachverhalt zu übertragen, da bei den Fitnessstudios all-inklusive Mitgliedschaften vereinbart gewesen seien und die Servicepauschale daher keine zusätzlichen Leistungen beinhaltet habe. Von der Beklagten sei keine all-inklusive Leistung angeboten worden, sondern für bestimmte Leistungen ein gesondertes Entgelt verrechnet worden. § 879 Abs 3 ABGB und § 6c KschG seien daher nicht auf die Servicepauschale der Beklagten anzuwenden, da diese eine Hauptleistung darstelle. Der Vertragspartner habe außerdem der Zahlungspflicht der Servicepauschale bei Bestellung des Tarifs "Gigakraft 250" ausdrücklich im Sinne des § 6c KschG zugestimmt. Dies sei allerdings gar nicht erforderlich, da aufgrund von § 5a Abs 2 Z 15 KSchG eine Vereinbarung über die Servicepauschale vom Erfordernis der ausdrücklichen Zustimmung ausgenommen sei.

Selbst stufte man die Servicepauschale als Nebenleistung ein, sei sie zulässigerweise für werthaltige Gegenleistungen verrechnet worden. Der Vertragspartner habe jederzeit die angebotenen Leistungen, nämlich die nachträgliche, mehrmalige Bereitstellung von Rechnungskopien, die Möglichkeit der Nutzung von Fangschaltungen (Digital Telefon), die Änderung der Rufnummer (Digital Telefon) und die Vertragsübertragung in Anspruch nehmen können. Die Leistungen unter der Servicepauschale haben einen klaren Mehrwert und stellen für die Beklagte hohe Aufwände, insbesondere für Personal und IT, dar. Die von der Servicepauschale mitabgedeckte nachträgliche Bereitstellung von Rechnungskopien stelle

keine normalerweise mit der Erfüllung des Vertragsverhältnisses verbundene Leistung dar.

Die Zulässigkeit der Servicepauschale ergebe sich auch aus den sektorspezifischen Bestimmungen. Nach § 132 Abs 3 Z 7 TKG 2021 sei ein "Entgelt für die Aktivierung des Kommunikationsdienstes" notwendiger Bestandteil der Entgeltbestimmungen. Die Verrechnung dieses Entgelts sei daher zulässig, obwohl es sich bei der Aktivierung des Kommunikationsdienstes um eine notwendig mit der Vertragserfüllung verbundene Leistung handle. Nach der Fitnessstudio-Rechtsprechung des OGH wäre eine Verrechnung dieser Leistung nicht zulässig, woraus sich ergebe, dass für den Bereich der Kommunikationsdienste andere Regelungen gelten und die Fitnessstudio-Rechtsprechung nicht übertragbar sei. Da für eine in der Hauptleistung "inkludierte" Leistung wie die Aktivierung ein gesondertes Entgelt in Rechnung gestellt werden könne, müsse dies umso mehr für die von der Servicepauschale abgedeckten Leistungen gelten, da sie über die Hauptleistung der Zurverfügungstellung des Internetzugangs hinausgehen.

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in die vorgelegten Urkunden (Beilagen ./1 bis ./K sowie ./1 bis ./7) sowie Einvernahme der Zeugen [REDACTED]
[REDACTED]

Danach steht folgender Sachverhalt fest:

[REDACTED] schloss mit der Beklagten unter der Kundennummer [REDACTED] am 28.2.2019 online einen Vertrag über das Produkt „Speed Pack 200“, das ab August 2022 in "Gigakraft 250" umbenannt wurde, ab. Seit zumindest 5.5.2019 sind in den Vertragsbedingungen der Beklagten bei Festnetz-Internet-Tarifen folgende Leistungen als von einer Servicepauschale umfasst gelistet: Änderung einer Rufnummer (Digital Telefon), Fangschaltung (Digital Telefon), drei nachträgliche Rechnungskopien pro Jahr. Seit zumindest 27.7.2021 sind darüber hinaus auch „Vertragsübertragungen“ gelistet. (Unstrittig)

Es kann nicht festgestellt werden, dass der Vertrag zwischen [REDACTED] und der Beklagten nach Vertragsabschluss am 5.5.2019 dahingehend geändert wurde, dass von der Servicepauschale die Änderung einer Rufnummer (Digital Telefon), Fangschaltung (Digital Telefon), drei nachträgliche Rechnungskopien pro Jahr sowie Vertragsübertragungen umfasst sind.

Auf der Homepage von UPC wurde das Produkt „Speed Pack 200“ um „jetzt nur 34,90 mtl. (...) zzgl 1,25 mtl. Internet Service Entgelt“ auszugsweise mit folgenden Aktions- und Vertragsbedingungen beworben (Beil./I):

- „unlimitiertes Datenvolumen
- netzintern gratis telefonieren

- (...)
- *Speed 200 um € 34,90 mtl. bis 31.12.2019. danach € 42,90 mtl.*
- (...)
- *Pro Vertrag über Speed 200 wird ein Internet Service Entgelt von € 1,25/Monat verrechnet.*
- *Keine Mindestvertragsdauer.*
- *Gratis Rufnummer mitnehmen bei Digital Telefon (statt € 29,00).“*

Das Internet Service Entgelt in Höhe von EUR 1,25 pro Monat ist ein fixes Entgelt, das unabhängig vom konkreten Aufwand der Beklagten zu entrichten ist.

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Privatkundenprodukte auf Kabel-Basis, gültig ab 01.10.2018, der Beklagten, die dem Vertragsverhältnis zu Grunde liegen, lauten auszugsweise wie folgt (Beil./4):

„Kündigungsfrist

- *1 Monat mit Wirkung zum letzten Tag eines Kalendermonats (schriftlich).*
- *Wenn wir eine Mindestvertragsdauer vereinbart haben, kann der Vertrag frühestens mit Wirksamkeit zum letzten Tag jenes Kalendermonats ordentlich gekündigt werden, in dem die Mindestvertragsdauer endet.*

(...)

Wie kann unser Vertrag ordentlich gekündigt werden?

Unser Vertrag wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen kann von Ihnen und von uns unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 1 Monat mit Wirkung zum letzten Tag eines Kalendermonats schriftlich gekündigt werden. Zur Wahrung der Kündigungsfrist ist der Postaufgabestempel maßgeblich.“

Die Entgeltbestimmungen und Leistungsbeschreibungen, gültig ab 30.10.2018, der Beklagten lauten hinsichtlich des von [REDACTED] in Anspruch genommenen Produkt, die diesem Vertrag zu Grunde liegen, auszugsweise wie folgt (Beil./4 und Beil./J):

„Monatsentgelte Speed Packs

(...)

Speed Pack 200 <i>(Internet 200 + Digital Telefon)</i>	€ 42,90
--	---------

(...)

Internet Service Entgelt <i>Pro Vertrag über ein Internet Produkt. Die Verrechnung erfolgt monatlich im Voraus. Wir weisen Neukunden im Zuge des Vertragsabschlusses nochmals ausdrücklich (z.B. am Bestellformular) darauf hin.</i>	€ 1,25
--	--------

(...)

Rechnungsbezogene Entgelte

(...)

Pro Rechnungskopie	€ 3,48
---------------------------	--------

(...)

Sonstige einmalige Entgelte

Vertragsübertragung	€ 30,00
----------------------------	---------

(...)

Produktbestandteil Digital Telefon auf Kabel-Basis

In allen Speed Packs und Speed & TV Packs ist neben dem vorstehend beschriebenen Internetzugang auch der Sprachtelefondienst Digital Telefon auf Kabel-Basis inkludiert.

Den genauen Leistungsumfang des Produktbestandteils Digital Telefon entnehmen Sie bitte der aktuellen Leistungsbeschreibung Sprachtelefondienst Digital Telefon auf Kabel-Basis. Die Verbindungsentgelte entnehmen Sie bitte den aktuellen Entgeltbestimmungen für den Sprachtelefondienst Digital Telefon auf Kabel-Basis.

Digital Telefon Unlimited (Gratis Telefonie in das österreichische Festnetz)

In allen Speed & TV Packs ist Digital Telefon Unlimited inkludiert. Mit Digital Telefon Unlimited telefonieren Sie gratis in das österreichische Festnetz. Eine kommerzielle Nutzung ist ausgeschlossen.

Voraussetzung für die Nutzung des Telefonanschlusses mit kostenlosen Gesprächsverbindungen zu allen geographischen Rufnummern im österreichischen Festnetz ist, dass der Kunde diesen ausschließlich zur Abdeckung seines privaten, nicht kommerziellen Telefonbedarfs nutzt. Der Kunde darf insbesondere kein Anbieter von Telekommunikationsdiensten, Mehrwertdiensten, Massenkommunikationsdiensten, Faxbroadcast-Diensten, Call-Center- oder Telefonmarketingleistungen sein. Jede Form der entgeltlichen Überlassung des Telefonanschlusses an Dritte darf nur nach ausdrücklicher Zustimmung von UPC/TMA erfolgen.

Es dürfen an einem Telefonanschluss nur so viele Nebenstellen betrieben werden, wie dem Anschluss Rufnummern zugeordnet sind.

Für den Fall dass die vorstehend genannten Voraussetzungen nicht eingehalten werden, behält sich UPC/TMA das Recht vor, den Kunden in geeigneter Weise zur vertragsgemäßen Nutzung des Telefonanschlusses aufzufordern. Im Falle einer anhaltenden vertragswidrigen Verwendung des Telefonanschlusses ist UPC/TMA berechtigt das Vertragsverhältnis außerordentlich zu kündigen.“

Es kann nicht festgestellt werden, dass zwischen der Beklagten und [REDACTED] während des aufrechten Vertrages vereinbart wurde, dass [REDACTED] über die kostenlose Rufnummernmitnahme hinaus zu einer kostenlosen Änderung der Rufnummer berechtigt ist.

Die Beklagte verrechnete [REDACTED] im September 2023 eine Grundgebühr, die vom Konto eingezogen wurde, bestehend aus einer monatlichen Gebühr für „gigakraft 250 + Digital Telefon“ in Höhe von EUR 42,54 und einer monatlichen Internet Servicepauschale in Höhe von EUR 1,25 (Beil./A).

Am 20.10.2023 überwies die Beklagte an [REDACTED] einen Betrag in Höhe von EUR 12,80 (EUR 12,50 samt Zinsen) für die für den Zeitraum von 19.12.2022 bis 19.09.2023 von der Beklagten abgebuchten und mit der Klage vom 10.10.2023 geltend gemachten Servicepauschalbeträge (Beil./1). Am 06.12.2023 überwies die Beklagte an [REDACTED] einen Betrag in Höhe von EUR 1,26 für den am 18.10.2023 abgebuchten Servicepauschalbetrag (Beil./2). (Unstrittig)

Mit Schreiben vom 17.10.2023 teilte die Beklagte [REDACTED] mit, dass sie das

bestehende Vertragsverhältnis ordentlich unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist mit 19.11.2023 kündige (Beil./3).

Die Feststellungen gründen auf dem unstrittigen Parteivorbringen und den im Sachverhalt jeweils in Klammerausdrücken angegebenen unbedenklichen Urkunden.

Unstrittig ist, dass im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die AGB vom 01.10.2018 sowie die Entgeltbestimmungen und Leistungsbeschreibungen vom 30.10.2018 in Geltung waren und diese auf das Vertragsverhältnis anzuwenden sind. Weiters war unstrittig, dass zumindest seit 5.5.2019 in den Vertragsbedingungen der Beklagten bei Festnetz-Internet-Tarifen bestimmte Leistungen als von der Servicepauschale umfasst gelistet sind. Da der Vertrag zwischen der Beklagten und [REDACTED] vor diesem Datum abgeschlossen wurde, waren diese Vertragsbedingungen im Zeitpunkt des Abschlusses nicht anzuwenden. Die Beklagte brachte vor, dass der ursprüngliche Vertrag von Speed 200 im Jahr 2022 in Gigakraft 250 umbenannt wurde. Dass es in diesem Zusammenhang zu einer Vertragsänderung gekommen ist, auf die neue Vertragsbedingungen anzuwenden sind und nunmehr die gelisteten Leistungen von der Servicepauschale umfasst sind, konnte mangels Beweisen, aus denen sich ergibt, dass bei der Umbenennung des Produktes andere Vertragsbedingung vereinbart worden wären, nicht festgestellt werden.

Keine Feststellung konnte auch hinsichtlich der kostenlosen Änderung der Rufnummer während des Vertrages getroffen werden. Da in den Vertragsbestimmungen weder die Kosten einer Änderung einer Rufnummer bestimmt sind, noch ausdrücklich festgehalten ist, dass die Änderung kostenlos ist, war eine Feststellung diesbezüglich nicht möglich. Es ist nicht überzeugend, dass die Beklagte eine Leistung wie die Änderung der Rufnummer kostenlos erbringt, ohne dies in ihre Entgeltbestimmungen und Leistungsbeschreibungen aufzunehmen.

Rechtlich folgt:

Aktivlegitimation:

Der klagende Verband ist gesetzlich befugt, individuelle Ansprüche, die ihm zur Geltendmachung abgetreten werden, klageweise geltend zu machen (§ 502 Abs 5 Z 3 ZPO). Diese Befugnis erfasst jedoch nur solche Ansprüche (unabhängig von ihrer Natur), die abgetreten werden können und deren Wahrnehmung in den Aufgabenbereich der in § 29 KSchG genannten Verbände fällt (4 Ob 208/08d mwH; RV 613 BlgNR 22. GP 3 f, 7; Zechner in Fasching/Konecny² IV/1 § 502 Rz 200; RIS-Justiz RS0122125; 8 Ob 123/09k).

Die Beklagte wandte die fehlende Aktivlegitimation des Klägers ein. Der Unterlassungsanspruch sei nicht an den Kläger abgetreten worden, da nicht der Kläger selbst zur Zahlung der Servicepauschale verpflichtet sei, sondern weiterhin der Vertragspartner der

Beklagten ██████████ Es sei nur zu einer Abtretung der Rechte, aber nicht der Pflichten des ██████████ gekommen. Eine bloße Übertragung des Klagerechts zwecks Schaffung einer "Prozessstandschaft" sei unzulässig.

Eine Zession bzw Abtretung iSd § 1392 ABGB liegt vor, wenn eine Forderung von einer Person an die andere übertragen, und von dieser angenommen wird; es entsteht die Umänderung des Rechtes mit Hinzukunft eines neuen Gläubigers.

Gemäß § 1393 ABGB sind alle veräußerlichen Rechte Gegenstand der Abtretung.

Es sind daher ganz allgemein obligatorische Rechte abtretbar. Die Abtretung des bloßen Anspruchs, eine Feststellungsklage zu erheben, ist allein nicht möglich. Ein derartiger Feststellungsanspruch ist kein aus dem Privatrecht resultierender materieller Anspruch, sondern er hat seine Grundlage ausschließlich im Prozessrecht. Ein materieller Anspruch auf Feststellung oder Anerkennung des Bestehens (oder Nichtbestehens) eines Rechtsverhältnisses besteht nicht. Die Abtretung des bloßen Anspruchs, eine Feststellungsklage zu erheben, läuft auf die Übertragung eines reinen Prozessführungsrechts, also auf eine Prozessstandschaft, hinaus, die im österreichischen Recht nicht anerkannt wird. (vgl 8 Ob 123/09k).

Gegenständlich wurde dem Kläger nicht nur – wie in der Entscheidung 8 Ob 123/09k – der Anspruch auf Feststellung übertragen, sondern jegliche in Zusammenhang mit dem Vertrag stehenden materiellen Ansprüche.

Es kam somit zu keiner Übertragung eines reinen Prozessführungsrechts.

Im Falle der Abtretung eines privatrechtlichen Anspruchs umfasst die dem Zessionar damit verbundene Rechtsposition auch das Recht, die durch § 228 ZPO eröffnete Rechtschutzform zu nützen und eine den abgetretenen Anspruch betreffende Feststellungsklage zu erheben (8 Ob 123/09k).

Der Kläger schloss mit ██████████ eine Inkassoession hinsichtlich der Rechte aus dem Vertragsverhältnis mit der Beklagten ab.

Die Inkassoession ist eine Zession, bei der der Zessionar Gläubiger wird, aber verpflichtet ist, die eingehobene Leistung an den Zedenten abzuführen. Im Regelfall steht die Übertragung eines Vollrechts unter obligatorischen Beschränkungen, somit liegt eine Art Treuhand, nämlich eine uneigennützig Treuhand vor (RIS-Justiz RS0010475). Die Inkassoession ist ein Fall der abgeschwächten Abtretung, aber nichtsdestoweniger eine echte Abtretung, die dem Zessionar die Stellung eines Gläubigers verschafft. Bei der Inkassoession wird die Klagebefugnis nicht vom materiellrechtlichen Anspruch getrennt (4 Ob 183/11g mwN).

Aus den Abtretungsvereinbarungen ist erkennbar, dass dem Kläger sämtliche materiellrechtlichen Ansprüche gegenüber der Beklagten abgetreten wurden.

Unstrittig ist, dass dem Kläger das Recht abgetreten wurde, die Rückzahlung der Servicepauschale von der Beklagten zu fordern.

Der nunmehr vom Kläger geltend gemachte Unterlassungsanspruch steht in unmittelbarem Zusammenhang mit diesem Recht. Da dem Kläger der Anspruch abgetreten wurde, die abgebuchte Servicepauschale zurückzufordern, ist er auch befähigt einen damit in Zusammenhang stehenden Unterlassungsanspruch geltend zu machen. Der vom Kläger erhobene Unterlassungsanspruch soll bewirken, dass die Beklagte in der Zukunft keine Abbuchungen hinsichtlich der Servicepauschale mehr vornimmt und der Kläger diese nicht mehr zurückfordern muss. Der Unterlassungsanspruch ist Rückforderungsansprüchen des Klägers, die ██████████ unbestritten an den Kläger abgetreten hat, sinngemäß vorgelagert und steht mit diesem in unmittelbarem Zusammenhang. Der Kläger ist daher hinsichtlich des Unterlassungsanspruches aktivlegitimiert, auch wenn die Verpflichtung zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Beträge weiterhin bei ██████████ liegt.

Zwischenantrag auf Feststellung:

Gemäß § 236 Abs 1 ZPO kann der Kläger einen Zwischenantrag auf Feststellung ohne Zustimmung des Beklagten bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung, über welche das Urteil ergeht, stellen, sodass ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis oder Recht, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung über das Klagebegehren zumindest zum Teile abhängt, in dem über die Klage ergehenden Urteil festgestellt wird.

Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Zwischenantrages auf Feststellung sind. 1.) dass das Rechtsverhältnis oder Recht bestritten wurde, 2.) dass es präjudiziell ist, 3.) dass das Prozessgericht dafür zuständig ist, und 4.) dass die Entscheidung nicht in einem ausschließlich vorgeschriebenen Verfahren getroffen werden muss. Das Rechtsverhältnis oder Recht ist präjudiziell, wenn die Entscheidung des Prozesses ganz oder zum Teil von dessen Bestehen oder Nichtbestehen abhängt, ohne dass aber das Rechtsverhältnis oder Recht mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch ident ist (RS0039539).

Die Zwischenfeststellungsentscheidung muss außerdem über den anhängigen Prozess hinauswirken. Ein besonderes Interesse an der alsbaldigen Feststellung ist nicht erforderlich (RS0039600).

Der Kläger beehrte, nachdem der Vertrag durch die Beklagte gekündigt wurde, die Feststellung mittels Zwischenantrag, dass der Vertrag weiterhin besteht.

Es handelt sich somit um das Feststellen eines Rechtsverhältnisses, dass von der Beklagten bestritten wird. Da der Kläger Unterlassungsansprüche in Zusammenhang mit dem aufrechten Vertrag durchsetzen möchte, ist das Bestehen des Vertrages jedenfalls für die Berechtigung von Unterlassungsansprüchen als präjudiziell anzusehen.

Für die Zulässigkeit eines Zwischenfeststellungsantrags reicht die bloße theoretische Möglichkeit der Geltendmachung weiterer Ansprüche nicht aus; es muss nach der konkreten Lage des einzelnen Falles die Präjudizialität der zu klärenden Frage für andere Ansprüche des Antragstellers wahrscheinlich sein (RS0039514). Die bloße, nicht näher konkretisierte Behauptung, die begehrte Feststellung wirke über den Rahmen des Rechtsstreites hinaus, genügt nicht für die Zulässigkeit eines Zwischenfeststellungsantrags (RS0039528). Dass die Wirkung einer durch den Zwischenantrag begehrten Feststellung über den konkreten Rechtsstreit hinausgeht, muss dem Vorbringen des Antragstellers bzw aus der ganzen Sachlage heraus klar erkennbar sein (RS0039468). Derjenige, der einen Zwischenantrag auf Feststellung stellt, muss dartun, dass die Wirkung der begehrten Feststellung über den konkreten Rechtsstreit hinausreicht (RS0034336 [T1]). Das rechtliche Interesse ist daher für Zwischenfeststellungsanträge nachzuweisen (RS0034336 [T2]).

Der Kläger brachte vor, dass die Frage des Fortbestehens des Vertrags als Vorfrage für zukünftige Rechtsstreitigkeiten relevant ist, insbesondere drohende Streitigkeiten über Schadenersatz infolge möglicher Ersatzbeschaffung.

Es gelang dem Kläger damit darzulegen, dass die Präjudizialität der zu klärenden Frage für andere Ansprüche wahrscheinlich ist. Es ist nach allgemeiner Lebenserfahrung für beide Vertragsparteien von Bedeutung, ob noch ein Vertrag besteht, da sie bei Bestehen des Vertrags weiterhin ihre vertraglich vereinbarten Leistungen erbringen müssen. Wenn die Beklagte ihre Leistungen nicht erbringt, müsste in einem Schadenersatzverfahren wegen Ersatzbeschaffung erneut geklärt werden, ob die Kündigung wirksam erfolgte oder der Vertrag weiterhin besteht. Der Zwischenantrag auf Feststellung war daher zulässig.

Bestehen eines Vertrages:

Der Kläger brachte vor, dass die Kündigung durch die Beklagte eine aggressive Geschäftspraktik darstelle.

Eine aggressive Geschäftspraktik ist nach § 1a Abs 1 UWG eine Geschäftspraktik, die geeignet ist, die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Marktteilnehmers in Bezug auf das Produkt durch Belästigung, Nötigung, oder durch unzulässige Beeinflussung wesentlich zu beeinträchtigen und ihn dazu zu veranlassen, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

Gemäß § 1 Abs 4 Z 2 UWG ist eine „Geschäftspraktik“ jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Unternehmens, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts zusammenhängt.

Das Verhalten der Beklagten, nämlich die Kündigung des bestehenden Vertrages, ist keine „Geschäftspraktik“ iSd § 1 Abs 4 Z 2 UWG, da sie nicht unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts zusammenhängt. Vielmehr wird durch die Kündigung das Gegenteil erreicht.

Somit stellt die Kündigung keine aggressive Geschäftspraktik nach § 1a Abs 1 UWG dar.

Weiters unterliege die Beklagte dem Kontrahierungszwang und die Kündigung des Vertrages verstoße gegen diesen.

Jedermann ist gemäß § 128 TKG 2021 berechtigt, Kommunikationsdienste einschließlich den Universaldienst unter den Bedingungen der veröffentlichten Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgelte in Anspruch zu nehmen. Anbieter dürfen auf Endnutzer keine unterschiedlichen Anforderungen oder allgemeine Bedingungen für den Zugang zu den Netzen oder Diensten oder für deren Nutzung anwenden, die auf der Staatsangehörigkeit oder dem Wohnsitz oder dem Ort der Niederlassung des Endnutzers beruhen, außer, diese unterschiedliche Behandlung ist objektiv gerechtfertigt.

§ 128 Abs 1 erster Satz TKG 2021 bzw dessen Vorgängerbestimmung § 69 Abs 1 TKG 2003 stellt einen telekommunikationsrechtlichen Kontrahierungszwang dar, der – unabhängig von einer marktbeherrschenden Stellung – alle Anbieter öffentlicher Telekommunikationsdienste verpflichtet, mit jedermann entsprechend ihrer veröffentlichten AGB und Entgelte einen (zivilrechtlichen) Vertrag zu schließen. Innerhalb der gesetzlichen Bestimmungen obliegt es somit dem Diensteanbieter selbst den Kontrahierungszwang auszugestalten. Diensteanbieter können nur aus jenen Gründen, die sie in ihren AGB angeführt haben, den Vertragsabschluss verweigern (*Bräuer in Riesz/Schilchegger* (Hrsg), Telekommunikationsgesetz (2016) zu § 69 TKG 2003, Rn 6 ff).

Diese Bestimmung (und deren Vorgängerbestimmung im Telekommunikationsgesetz 1998) gründet – zum Teil – auf der Richtlinie 98/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 1998 über die Anwendung des offenen Netzzuganges (ONP) beim Sprachtelefondienst und dem Universaldienst im Telekommunikationsbereich in einem wettbewerbsorientierten Umfeld (im Folgenden: die Richtlinie). Artikel 5 der Richtlinie verpflichtet die Mitgliedsstaaten sicherzustellen, dass jedem vertretbaren Antrag auf Abschluss an das feste öffentliche Telefonnetz an einem bestimmten Standort und auf Zugang zu festen öffentlichen Telefondiensten durch mindestens einen Betreiber stattgegeben wird.

Nach Artikel 4 Abs. 1 Universaldienstrichtlinie haben die Mitgliedsstaaten sicher zu stellen, dass allen zumutbaren Anträgen auf Abschluss an das öffentliche Telefonnetz und auf Zugang zu öffentlichen Telefondiensten an einem festen Standort von mindestens einem Unternehmer entsprochen wird. Wie bereits ausgeführt, besteht der besondere kommunikationsrechtliche Kontrahierungszwang nur im Rahmen der veröffentlichten AGB und Entgelte. Jede Verweigerung des Vertragsabschlusses muss sich daher auf die AGB zurückführen lassen (*Feiel/Lehofer* aaO, 231; *Damjanovic* u.a. aaO 207). (Vgl HG Wien 1 R 160/10s)

Die Beklagte brachte vor, dass sie den Kontrahierungszwang durch ihre AGB ausgestalten könne und die Kündigung des Vertrages keinen Verstoß gegen Kontrahierungszwang darstelle, da eine Kündigung durch die Beklagten in ihren AGB vorgesehen sei.

Dabei verkennt die Beklagte allerdings, dass ein Kündigungsrecht des Diensteanbieters unter Einhaltung bloß von Frist und Termin – ohne jedwede Bindung an sachliche Gründe – keine Ausformung des Kontrahierungszwanges mehr darstellt, sondern im klaren Widerspruch zu der Bestimmung des § 128 Abs 1 TKG 2021 steht. Nach der Rechtsprechung besteht Kontrahierungszwang auch bei der Vertragsauflösung. In solchen Fällen muss auch für die Auflösung des Vertrags ein sachlicher Grund vorliegen (1 Ob 143/10a; 1 Ob 39/17t; OGH 4 Ob 13/18t). Ob dies der Fall ist, hängt von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab (6 Ob 91/16z).

Würde die Beklagte den Kontrahierungszwang dergestalt ausformen können, dass sie – trotz bestehenden Kontrahierungszwangs – Verträge ohne jeglichen Gründen kündigen könnte, würde dies zur einer Umgehung des Kontrahierungszwanges führen. Diensteanbieter wären dann zwar zum Abschluss des Vertrages verpflichtet, könnten diesen aber umgehend kündigen.

Dies ist mit dem Kontrahierungszwang des § 128 Abs 1 TKG 2021 nicht vereinbar, sodass der Kontrahierungszwang nicht derart ausgestaltet werden kann, dass der Diensteanbieter zu Kündigung ohne sachliche Rechtfertigung berechtigt ist. Eine solche sachliche Rechtfertigung ist hier nicht erkennbar.

Die Beklagte brachte zwar vor, dass die Kündigung sachlich gerechtfertigt sei, weil [REDACTED] die Vertrauensbasis zwischen ihm und der Beklagten zerstört habe, indem er die Zahlung der Servicepauschale verweigere und Klagen gegen die Beklagte eingebracht habe. Es ist richtig, dass [REDACTED] die Servicepauschale nicht mehr zahlen will und in Zusammenhang mit der Servicepauschale Klagen gegen die Beklagte eingebracht hat.

Die klageweise Durchsetzung von behaupteten Ansprüchen stellt allerdings im konkreten Fall – da sie nicht in rechtsmissbräuchlicher Weise erfolgt – eine legitime Rechtsverfolgung dar. Dies stellt keine Zerstörung der Vertrauensbasis dar, die eine Kündigung sachlich

rechtfertigen könnte. Die konkrete Rechtsverfolgung kann somit keine sachliche Rechtfertigung für eine Kündigung darstellen. Anderenfalls wäre es nicht mehr möglich, behauptete Rechte in Anspruch zu nehmen bzw deren Durchsetzung gerichtlich geltend zu machen.

Da die Kündigung somit gegen § 128 TKG 2021 verstößt, war diese nicht zulässig.

Auf die vom Kläger vorgebrachte sittenwidrige Ausnützung der Machtposition (Missbrauch) der Beklagten sowie die angeblich unzulässige sittenwidrige Diskriminierung ist daher nicht mehr einzugehen.

Servicepauschale:

Auf den Vertrag zwischen [REDACTED] und der Beklagten sind die AGB sowie Entgeltbestimmungen und Leistungsbeschreibungen von Oktober 2018 anzuwenden. Es konnte nicht festgestellt werden, dass es später zu einer Änderung des Vertrages gekommen ist.

Die Beklagte brachte vor, dass die Servicepauschale eine Hauptleistung darstelle sowie, dass sie für die Servicepauschale werthaltige Gegenleistungen erbringe, wie das nachträgliche, mehrmalige Bereitstellen von Rechnungskopien, die Möglichkeit der Nutzung von Fangschaltungen (Digital Telefon), die Änderung der Rufnummer (Digital Telefon) und die Vertragsübertragung.

Digital Telefon:

Aus der Rechnung der Beklagten vom September 2023 sowie aus den Entgeltbestimmungen und Leistungsbeschreibungen geht hervor, dass für Digital Telefon gemeinsam mit gigakraft 250 ein monatliches Entgelt verrechnet wird, während die Internet Servicepauschale extra verrechnet wird. Daraus ergibt sich bereits, dass der Kunde für Digital Telefon gemeinsam mit gigakraft 250 einen Betrag und zusätzlich noch eine Servicegebühr bezahlt. Für Digital Telefon ist daher gemeinsam mit der Bereitstellung vom Internet ein Entgelt zu entrichten. Digital Telefon wird daher von der Beklagten nicht im Rahmen der Servicegebühr erbracht, da dafür bereits ein Betrag verrechnet wird.

Bereitstellen von Rechnungskopien:

Aus den Entgeltbestimmungen ergibt sich, dass für eine Rechnungskopie ein Betrag von EUR 3,48 verrechnet wird. Nach § 138 Abs 3 TKG 2021 muss es möglich sein, dass der Endnutzer, wenn ihm die Rechnung oder der Einzelentgeltnachweis in elektronischer Form zur Verfügung gestellt wird, beides auf gesondertes Verlangen entgeltfrei in Papierform übermittelt erhält. Die Beklagte ist somit gesetzlich verpflichtet Rechnungen auf Verlangen kostenlos in Papierform

zur Verfügung zu stellen. Kopien der Rechnungen muss sie allerdings nicht kostenlos zur Verfügung stellen. Sie verrechnet dafür ein Entgelt von EUR 3,48, sodass Rechnungskopien nicht im Rahmen der Servicegebühr kostenlos zur Verfügung gestellt werden.

Vertragsübertragung:

Für die Vertragsübertragung verrechnet die Beklagte nach den Entgeltbestimmungen EUR 30,00. Vertragsübertragungen erfolgen daher ebenfalls nicht im Rahmen der Servicepauschale kostenlos.

Änderung der Rufnummer:

Es konnte nicht festgestellt werden, ob im Vertrag eine kostenlose Änderung der Rufnummer vereinbart wurde.

Insgesamt ist daher nicht erkennbar, dass dem Internet Service Entgelt, das die Beklagte monatlich verrechnet, irgendeine konkrete Leistung gegenübersteht. Die von der Beklagten als Gegenleistung für die Servicegebühr genannten Leistungen werden jeweils gesondert verrechnet bzw konnte nicht festgestellt werden, dass der Kläger einen Anspruch auf diese Leistung aufgrund der Servicepauschale hat. Es ist deshalb auch nicht nachvollziehbar, inwiefern das Service Entgelt sowie die im Gegenzug erbrachten Leistungen eine Hauptleistung darstellen, da unklar ist, welche Leistungen aufgrund des Service Entgelts erbracht werden.

Die Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB setzt voraus, dass die zu prüfende Vertragsbestimmung nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt. Diese Ausnahme ist möglichst eng zu verstehen und soll auf die individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen beschränkt bleiben (RS0016908 [T1]). Nicht schon jede die Hauptleistung betreffende Vertragsbestimmung ist der Kontrolle entzogen. Bestimmungen, die die Preisberechnung in allgemeiner Form regeln oder die vertragstypische Leistung in allgemeiner Form näher umschreiben, fallen nicht unter die Ausnahme der Inhaltskontrolle (RS0016931, RS0016908 [T16]). In AGB enthaltene Entgeltklauseln, die ein Zusatzentgelt nicht zur Abgeltung einer nur aufgrund von Besonderheiten im Einzelfall erforderlichen Mehrleistung, sondern zur Abgeltung einer im Regelfall mit der Erfüllung der vertraglichen Pflichten verbundenen Leistung vorsehen, das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, es verändern oder aushöhlen, unterliegen der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB (6 Ob 62/22v [Rz 57]; RS0016908 [T8]).

Nach der Rechtsprechung sind unter Allgemeinen Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen zu verstehen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt.

Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat (RS0123499 [T7]).

Konkret konnte keine Leistung festgestellt werden, die auf Grundlage der Servicegebühr erbracht wurde, sodass sich ein konkreter Konnex zwischen den Servicegebühren, den tatsächlich erbrachten Dienstleistungen der Beklagten und den entstandenen Kosten nicht ableiten lässt. Die pauschale Verrechnung von Entgelten ohne konkrete Zusatzleistung und ohne konkrete Kosten ist unzulässig (RS0123253 [T4]). Dieser Rechtsprechung liegt die Wertung zugrunde, dass die Verrechnung von zusätzlichen Entgelten in AGB, denen keine konkreten Zusatzleistungen oder konkrete Kosten gegenüberstehen, die also bloß eine in die AGB „verschobene“ Entgeltverrechnung für ohnehin mit der Erfüllung der Hauptleistung üblicherweise verbundenen Aufwendungen darstellt, gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB ist (T6).

Der OGH hat in der Entscheidung 9 Ob 94/22x zu Servicepauschalen folgendes erkannt:

„Nach der jüngeren Rechtsprechung des EuGH (C-224/19, C-259/19, CaixaBank SA ua) kann eine in einem Darlehensvertrag zwischen einem Verbraucher und einem Finanzinstitut enthaltene Klausel, nach der der Verbraucher eine Bereitstellungsprovision zu zahlen hat, entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursachen, wenn das Finanzinstitut nicht nachweist, dass diese Provision tatsächlich erbrachten Dienstleistungen und ihm entstandenen Kosten entspricht, was vom nationalen Richter zu beurteilen ist.

Ausgehend von dieser Rechtsprechung des EuGH ist nach der jüngsten Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs nicht nur für einen Vertrag zwischen einem Verbraucher und einem Kreditunternehmen, sondern umso mehr für einen Vertrag über die Nutzung eines Fitnessstudios ein konkreter Konnex zwischen dem ausgewiesenen Sonderentgelt und den tatsächlich erbrachten Dienstleistungen und dem Unternehmer entstandenen Kosten zu verlangen (4 Ob 59/22p, ebenfalls eine halbjährliche Servicepauschale betreffend). Wenn auch – wie in dieser Entscheidung ausdrücklich festgehalten wurde – eine Pauschalierung von Entgelten nicht von vornherein unzulässig ist, solange damit die konkreten Kosten nicht grob überschritten werden (vgl RS0123253), ist die Verrechnung von Entgelten ohne konkrete Zusatzleistung und ohne konkrete Kosten als unzulässig anzusehen (4 Ob 59/22p Rz 50; idF ebenso 3 Ob 155/22y).“

Die monatliche Verrechnung der Servicepauschale erfolgte, ohne dass festgestellt werden konnte, dass [REDACTED] Anspruch auf eine entsprechende Leistung aufgrund der Servicegebühr gegenüber der Beklagten gehabt hätte.

Die Klausel ist gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, weil dem Verbraucher zusätzlich zum monatlichen Entgelt für das gewählte Produkt ein Pauschalbetrag in Rechnung gestellt wird, denen keine erkennbaren Gegenleistungen gegenüber stehen.

Da die Regelung zur Servicepauschale somit gegen § 879 Abs 3 ABGB verstößt, kann dahingestellt bleiben, ob eine ausdrückliche Zustimmung des Verbrauchers iSd § 6c KschG erforderlich gewesen wäre und die Beklagte ihrer Pflicht nach § 4 Abs. 1 Z. 5 FAGG nachgekommen sei.

Unterlassungsanspruch:

Der Unterlassungsanspruch wird durch zwei Elemente konkretisiert: Eine Unterlassungspflicht und die Gefahr, dass dieser Unterlassungspflicht zuwidergehandelt wird. Fehlt eines dieser Elemente, dann besteht kein Unterlassungsanspruch (RS0037660).

Bei der Gefahr des Zuwiderhandelns ist zu unterscheiden, ob der zu einer bestimmten Unterlassung Verpflichtete bereits einmal zuwidergehandelt oder ob er sich bisher rechtmäßig verhalten hat. Im ersten Fall wird vermutet, dass er wieder zuwiderhandeln werde (Wiederholungsgefahr); es ist daher Sache des Beklagten, Umstände zu behaupten und zu beweisen, denen gewichtige Anhaltspunkte dafür zu entnehmen sind, dass der Verletzer ernstlich gewillt ist, von künftigen Störungen Abstand zu nehmen. Im zweiten Fall muss das Zuwiderhandeln unmittelbar drohend bevorstehen (Erstbegehungsgefahr); nur dann ist eine (vorbeugende) Unterlassungsklage gerechtfertigt (RS0037661).

Bei der Prüfung, ob eine Wiederholungsgefahr vorliegt, darf nicht engherzig vorgegangen werden. Es genügt die ernste Besorgnis weiterer Eingriffe in die vom Kläger behaupteten Rechte (RS0037673). Bestreitet der Beklagte die Wiederholungsgefahr, so hat er besondere Gründe darzutun, die eine solche Wiederholung in Zukunft als völlig ausgeschlossen oder doch zumindest als äußerst unwahrscheinlich erscheinen lassen (RS0037673 [T3]). Bei Beurteilung des Bestehens der Wiederholungsgefahr ist stets maßgebend, ob dem Verhalten des Beklagten in seiner Gesamtheit gewichtige Anhaltspunkte dafür entnommen werden können, dass er ernstlich gewillt ist, von künftigen Störungen Abstand zu nehmen (RS0012087). Dabei kommt es immer auf die Art des Eingriffs und die Willensrichtung des Störers an, für welche insbesondere sein Verhalten nach der Beanstandung und während des Rechtsstreits wichtige Anhaltspunkte bieten kann (RS0012087 [T10]).

Der Vertrag zwischen der Beklagten und [REDACTED] ist weiterhin aufrecht. Während

der Kläger der Meinung ist, dass die Beklagte aufgrund des Vertragsverhältnisses mit [REDACTED] keinen Anspruch auf die Servicepauschale habe, besteht dieser nach Ansicht der Beklagten. Da die Beklagte bisher wiederholt – auch nach Klageeinbringung – vom Konto von [REDACTED] die Servicepauschale abgebucht hat, besteht die Gefahr, dass dies erneut erfolgen wird. Die Abbuchung unterläßt sie nur, da sie der Meinung ist, den Vertrag rechtmäßig gekündigt zu haben, ist aber zugleich der Meinung, dass die Servicepauschale gerechtfertigt verrechnet wird. Da der Servicepauschale keine Leistung gegenüber steht, die Bestimmung daher nach § 879 Abs 3 ABGB nichtig ist, ist die Beklagte nicht zur Abbuchung berechtigt. Es liegt daher eine Unterlassungspflicht der Beklagten vor und die Gefahr, dass dieser Unterlassungspflicht zuwidergehandelt wird. Der Unterlassungsanspruch besteht daher zu Recht.

Kosten:

Aufgrund der von der klagenden Partei mit Schriftsatz vom 10.11.2023 sowie in der Tagsatzung vom 19.12.2023 vorgenommenen Klageeinschränkung sind Verfahrensabschnitte zu bilden.

Der erste Verfahrensabschnitt umfasst den Zeitraum von der Klageeinbringung am 10.10.2023 bis zur Einschränkung am 10.11.2023. Die Einschränkung erfolgte da der geforderte Betrag von EUR 12,80 von der Beklagten – bevor sie eine Prozesshandlung gesetzt hatte – an die klagende Partei überwiesen wurde.

Hat der Beklagte durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage nicht Veranlassung gegeben und den in der Klage erhobenen Anspruch sofort bei erster Gelegenheit anerkannt, so fallen die Prozesskosten gemäß § 45 ZPO der klagenden Partei zur Last. Sie hat auch die dem Beklagten durch das eingeleitete gerichtliche Verfahren verursachten Kosten zu ersetzen.

Indem die Beklagte am 20.10.2023, somit bevor sie eine Prozesshandlung vorgenommen hat, den geforderten Betrag an die klagenden Partei überwiesen hat, hat sie den Anspruch bei erster Gelegenheit iSd § 45 ZPO anerkannt.

Treffen die Voraussetzungen des § 45 ZPO nur auf einen Teil der Klagsforderung zu, sind die bis zum Teilanerkennnis aufgelaufenen Prozesskosten nach den Grundsätzen des § 43 Abs 1 ZPO verhältnismäßig auf die einzelnen Teilforderungen aufzuteilen; hinsichtlich des von § 45 ZPO betroffenen Begehrens steht dem Beklagten Kostenersatz zu, der Ersatz der übrigen Kosten ist vom Verfahrensausgang abhängig (M. Bydlinski in Fasching/Konecny3 II/1 § 45 ZPO, Rn 11).

Die klagende Partei bewertete das Unterlassungsbegehren mit EUR 12,50 und den Streitwert des Leistungsbegehren ebenfalls mit EUR 12,50. Da sie mit dem Unterlassungsbegehren

obsiegt hat, aber dem Beklagten hinsichtlich des Leistungsbegehren die Kosten nach § 45 ZPO zuzusprechend sind, sind die Verfahrenskosten nach § 43 ZPO gegeneinander aufzuheben. Der klagenden Partei gebühren 50 % der bis dahin entstandenen Barauslagen, somit EUR 167,50.

Der zweite Verfahrensabschnitt umfasst die Klageeinschränkung am 10.11.2023 auf EUR 1,25 bis zur gänzlichen Einschränkung des Leistungsbegehren am 19.12.2023. Die Beklagte überwies den geforderten Betrag am 06.12.2023, bevor sie eine weiterer Prozesshandlung setzte, sodass § 45 ZPO diesbezüglich anzuwenden ist.

Die klagende Partei ist in diesem Verfahrensabschnitt daher ausgehend von einem Streitwert von EUR 13,75 mit EUR 1,25, somit 10 %, unterlegen. Die klagende Partei hat daher einen Anspruch von 80 % ihrer Verfahrenskosten.

Die Beklagte erhob gegen das Kostenverzeichnis des Klägers die Einwendung, dass der Schriftsatz des Klägers vom 27.11.2023 nicht zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig gewesen sei, da es dem Kläger möglich gewesen wäre den Zwischenantrag auf Feststellung bereits mit dem Schriftsatz vom 17.11.2023 zu stellen.

Da dem Kläger dies möglich gewesen wäre bzw es auch ausreichend gewesen wäre, den Antrag in der Tagsatzung am 19.12.2023 zu stellen, war dieser Schriftsatz nicht zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig. Auch ohne diesen Antrag hätte das Gericht sich mit der Frage beschäftigen müssen, ob der Vertrag wirksam gekündigt wurde. Die Bekanntgabe vor der Tagsatzung war daher auch nicht für die Vorbereitung des Gerichts bzw des Beklagten von Bedeutung. Die Kosten des Klägers waren dementsprechend zu kürzen.

Die Verfahrenskosten der klagenden Partei betragen daher in diesem Abschnitt EUR 335,72. Die klagende Partei hat daher Anspruch auf EUR 268,58.

Im dritten Verfahrensabschnitt hat die klagende Partei vollständig obsiegt, sodass sie die Kosten von EUR 855,41 nach § 41 Abs 1 ZPO erhält.

Insgesamt ergibt sich daher ein Betrag von EUR 1.291,49.

Bezirksgericht für Handelssachen, Abteilung 6

Wien, am 17. April 2024

Dr. Bernhard Hofer, Richter

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG