



REPUBLIK ÖSTERREICH  
**Handelsgericht Wien**

50 R 184/25b

**Im Namen der Republik**

Das Handelsgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Richter Mag.<sup>a</sup> Hofer-Kutzelnigg M.E.S (Vorsitzende), HR Mag.<sup>a</sup> Michlmayr und KR Mag. Eltner in der Rechtssache der klagenden Partei S [REDACTED] 10, 4680 Haag am Hausruck, vertreten durch Mag. Matthias Strohmayr, LL.M., Rechtsanwalt in 1030 Wien, wider die beklagte Partei **Hutchison Drei Austria GmbH**, FN 140132b, Brünner Straße 52, 1210 Wien, vertreten durch DLA Piper Weiss-Tessbach, Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, wegen Feststellung, in eventu Unterlassung (Streitwert € 300,--) über die Berufungen der klagenden und der beklagten Partei (Berufungsinteresse in beiden Fällen € 300,--) gegen das Urteil des Bezirksgerichts für Handelssachen Wien vom 05.08.2025, 1 C 180/25i-15 in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung der klagenden Partei wird Folge gegeben und die angefochtene Entscheidung abgeändert, sodass sie insgesamt richtig zu lauten hat:

*„Es wird festgestellt, dass der von der beklagten Partei behauptete Anspruch auf Bezahlung einer Servicepauschale im Rahmen des zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses (1) Handynutzung zu Rufnummer 0699/10709392 und 2) mobile Internetnutzung zu Nr. 0660/2234769) nicht zu Recht besteht.*

*Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit € 656,88 (darin € 84,-- Barauslagen und € 95,48 USt.) bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen zu bezahlen."*

Die Berufung der beklagten Partei wird zurückgewiesen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit € 515,26 (darin enthalten € 70,54 USt und € 92,00 Pauschalgebühr) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt nicht EUR 5.000,--.

Die Revision ist jedenfalls unzulässig.

#### Entscheidungsgründe:

Die Klägerin (Verbraucherin) hat mit der Beklagten einen Vertrag über einen Handytarif und einen Mobile-Daten-Tarif, wofür sie ein monatliches Entgelt und auch eine Servicepauschale bezahlte.

Von der Klägerin wurde im März eine Aufforderung zur

Rückzahlung der Servicepauschale übermittelt.

Im März 2024 übermittelte die Beklagte folgende Antwort an die Klägerin:

*"Die Servicepauschale wurde über Jahre in Abstimmung mit der Regulierungsbehörde und auf Basis der geltenden Rechtslage mit unseren Kundinnen und Kunden vereinbart. Bisher gibt es kein Urteil über uns, das inhaltlich über die Berechtigung der Servicepauschale bei Telekommunikationsverträgen entschieden hat. Wir sehen daher auch keine rechtliche Grundlage für Rückzahlungen und sind zuversichtlich, dass die vereinbarte Servicepauschale einer rechtlichen Überprüfung Stand hält. Sollte es entgegen unserer Rechtsansicht zu einer Rückzahlungsverpflichtung bezahlter Beträge kommen, werden wir uns selbstverständlich an rechtskräftige Gerichtsentscheidungen halten (Beilage ./H).*

Der geforderte Betrag wurde nach Klagseinbringung bezahlt.

Am 10. Juli 2025 übermittelte die Beklagte an die Klägerin folgendes Schreiben:

*"Deaktivierung Serviepauschale:  
Sehr geehrte Frau Mitter,  
wir möchten Ihnen hiermit mitteilen und bestätigen, dass für die Rufnummer 43699/10709392, sowie 43660/2234769 keine jährliche Servicepauschale mehr verrechnet oder vom Konto abgebucht wird.  
Mit freundlichen Grüßen,  
Hutchison Drei Austria GmbH, Rechtsabteilung"  
(Beilage ./1).*

In der mündlichen Streitverhandlung vom 14.7.2025 stellte der Beklagtenvertreter zusätzlich außer Streit, dass wie laut Beilage ./1 in Zukunft keine Servicepauschale mehr verrechnet werde.

**Die Klägerin** begehrte mit ihrer Mahnklage vom 16.4.2025 € 303,-- s.A. und führte aus, ihr Vertrag über Handynutzung und über mobile Internetnutzung habe als Ent-

geltanteil eine Servicepauschale von anfänglich € 20,-- und danach € 27,-- enthalten. Diese Servicepauschalklauseln seien unwirksam vereinbart worden und werde dieser Betrag gem. § 1431 ABGB zurückgefordert. Am 21.5.2025 habe die Beklagte die Klagsforderung bezahlt, weshalb unter Verzicht auf die offene Restzinsforderung das Klagebegehren auf ein Feststellungsbegehren, in eventu Unterlassungsbegehren abgeändert wurde. Diese Feststellungs- und Unterlassungsbegehren wurden - gemeinsam - mit € 300,-- bewertet.

**Die Beklagte** wandte im Wesentlichen ein, dass sie die Klage nicht veranlasst habe, weshalb der § 45 ZPO zur Anwendung gelange. Es sei der Klägerin ein Bestätigungsschreiben über die Deaktivierung der Verrechnung der jährlichen Servicepauschalen übermittelt worden. Ein Feststellungsinteresse bestehe nicht, da die Zahlung für die Vergangenheit die Anerkennung substituiere und für die Zukunft eine Erklärung abgegeben worden sei, dass keine Servicepauschale mehr verrechnet werde. Das gelte auch für das Unterlassungsbegehren.

Mit dem **angefochtenen Urteil** wies das Erstgericht das aus dem Spruch ersichtlich Feststellungsbegehren ab, erkannte die Beklagte schuldig, es gegenüber der Klägerin zu unterlassen, im Rahmen des zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses (1) Handynutzung zu Rufnummer 0699/10709392 und 2) mobile Internetnutzung zu Nr. 0660/2234769) eine Servicepauschale vom Konto der klagenden Partei abzubuchen und verpflichtete die Beklagte zum Prozesskostenersatz.

Die eingangs der Entscheidung wiedergegebenen Feststel-

lungen beurteilte das Erstgericht rechtlich, die Klägerin habe ihr Leistungsbegehren nach der Zahlung auf ein Feststellungsbegehren umgestellt. Bei der Beurteilung der Frage, ob die Feststellung eines Rechtsverhältnisses oder nur die Feststellung einer Tatsache begehrt sei, komme es nicht auf den Wortlaut, sondern auf den Sinn des Begehrens an. Ebenso, wenn es sich um die Frage handle, ob eine Unterlassungsklage oder eine Feststellungsklage vorliege. Eine Klage auf Feststellung, dass ein Recht zu bestimmtem Handeln nicht bestehe und auf Unterlassung solcher Handlungen sei eine reine Unterlassungsklage. Das Feststellungsbegehren sei daher abzuweisen.

Die Zulässigkeit einer Unterlassungsklage sei nach den Vorschriften des materiellen Rechts zu beurteilen. Eine Unterlassungsklage setze einen Unterlassungsanspruch aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Unterlassungspflicht oder wegen Eingriffs in ein Ausschließkeitsrecht und Wiederholungsgefahr voraus. Ein rechtswidriger Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Rechtsgut bilde auch ohne Verschulden bei Wiederholungsgefahr einen Unterlassungsanspruch. Bei der Prüfung der Wiederholungsgefahr seien keine engherzigen Maßstäbe anzuwenden. Die Beklagte habe im März 2024 nach dem Aufforderungsschreiben der Klägerin dieser mitgeteilt, dass sie keine rechtliche Grundlage für Rückzahlungen sehe und zuversichtlich sei, dass die vereinbarte Servicepauschale einer rechtlichen Überprüfung Stand halte. Der geltend gemachte Anspruch sei nach Klagseinbringung zwar bezahlt worden, gegen den Zahlungsbefehl sei im Juli 2025 - nach der Zahlung - Einspruch erhoben. Ein Anerkenntnis der Beklagten liege nicht vor. Das Deakti-

vierungsschreiben der Rechtsabteilung der Beklagten könne nicht als Unterlassungserklärung gewertet werden und beseitige nicht die Wiederholungsgefahr. Dem Eventualbegehren sei daher Folge zu geben.

Gegen den Zuspruch richtet sich die **Berufung der Beklagten** aus dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung, allenfalls nach Verfahrenserneuerung oder -ergänzung durch das Berufungsgericht, im Sinne einer gänzlichen Klageabweisung.

**Die Klägerin** beantragte, der Berufung nicht Folge zu geben.

Gegen die Abweisung des Feststellungsbegehrens richtet sich die **Berufung der Klägerin** wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag dem Feststellungsbegehren stattzugeben. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die **Beklagte** beantragte, der Berufung der Klägerin nicht Folge zu geben.

Die **Berufung der Klägerin** ist **berechtigt**.

#### **1. Zur Berufung der Klägerin:**

Die Klägerin wendet sich gegen die Abweisung des Feststellungsbegehrens und führt dazu aus, dass der Feststellungsanspruch bereits infolge der ernsthaften außergerichtlichen Bestreitung der Rechtswidrigkeit zu Recht bestehe. Würde die Beklagte die Verrechnung/Berufung auf die unwirksame Klausel in Zukunft tatsächlich

gesichert unterlassen wollen, hätte sie die Rechtswidrigkeit der Klausel anerkannt oder zumindest eine strafbewehrte Verzichts-/Verpflichtungserklärung abgegeben oder einen gerichtlichen Unterlassungsvergleich angeboten.

Eingangs ist festzuhalten, dass auch, wenn die Berufungswerberin ausdrücklich nur die Abweisung des Feststellungsbegehrens bekämpft und ausführt, dass sie Punkt 2. und 3. des Urteils nicht bekämpft, dies nicht möglich ist, weil nur bei Abweisung des Hauptbegehrens über das Eventualbegehren entschieden werden kann.

Das Erstgericht hat die Entscheidung vom 8.4.1930 ZBL 1930/234 zitiert: *Ebenso, wenn es sich um die Frage handelt, ob eine Unterlassungsklage oder eine Feststellungsklage vorliegt. Eine Klage auf Feststellung, dass ein Recht zu bestimmtem Handeln nicht bestehe, und auf Unterlassung solcher Handlungen ist eine reine Unterlassungsklage.* Aus dieser Entscheidung zog das Erstgericht den Schluss, das daher das Feststellungsbegehren abzuweisen sei. Dies ist nicht nachvollziehbar.

Es liegt vielmehr eine negative Feststellungsklage vor. Das rechtliche Interesse an der Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtes besteht immer dann, wenn der Beklagte ein solches Recht zu haben behauptet. Es ist dabei gleichgültig, ob ein solches Recht im Einzelfall überhaupt bestehen kann, also objektiv gesehen möglich ist, oder ob es bei richtiger Beurteilung von Haus aus feststeht, dass es keine gesetzliche Grundlage hat. Es genügt dazu eine den Kläger belastende fälschliche Behauptung. Das rechtliche Interesse erfordert neben der

Berührung eines solchen Rechtes aber auch eine dadurch hervorgerufene Gefährdung der Rechtsstellung des Klägers. Es genügt dabei schon, wenn der Kläger in seiner Bewegungsfreiheit im Rechtsleben, in der Vornahme wirtschaftlicher Maßnahmen behindert wird. Als dritte Voraussetzung muss dazu kommen, dass die begehrte Feststellung das zur Beseitigung dieser Gefährdung geeignete Mittel ist (E d deutschen Reichsgerichts vom 11.03.1909, WarnRsp 361; RS0039096).

Ein bloß faktischer Eingriff in ein fremdes Recht ohne Behauptung, ein Recht dazu zu haben, stellt noch keine „Berührung“ dar (RS0039096 [T11]). An die Frage der Klärungsbedürftigkeit eines Rechts oder Rechtsverhältnisses ist kein allzu strenger Maßstab anzulegen (RS0038908 [T12]).

Nun hat die Beklagte zunächst jedenfalls behauptet, das Recht zur Einhebung einer Servicepauschale zu haben. Ob ungeachtet einer vom Beklagten im Lauf des Prozesses zu Gunsten des Klägers abgegebenen Erklärung der Fortbestand eines rechtlichen Interesses des letzteren an einer alsbaldigen Feststellung des begehrten Inhaltes bejaht werden kann, lässt sich nur nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles beurteilen (RS0039224; *Frauenberger-Pfeiler in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 228 ZPO Rz 86). Aus dem Verhalten des Gegners kann aber nur dann ein Fortfall des Feststellungsinteresses abgeleitet werden, wenn dadurch völlig zweifelsfrei die bisher aktuelle Gefährdung der Rechtsposition auf Dauer beseitigt wird; nicht aber auch schon dann, wenn nur das streitige Rechtsverhältnis als solches während des Prozesses anerkannt oder zugestanden wird und zu befürch-

ten ist, dass diese rein privatrechtlich wirksame Erklärung Gegenstand eines neuen Rechtsstreits werden kann (RS0038985; *Frauenberger-Pfeiler in Fasching/onecny*<sup>3</sup> § 228 ZPO Rz 131). Daher nimmt ein konstitutives Anerkenntnis, das alles das zu bieten vermag, was auch ein Feststellungsurteil bieten könnte, einem Feststellungsbegehren das rechtliche Interesse (2 Ob 11/18h mwN; RS0034315). Fällt das Feststellungsinteresse nach Klagseinbringung bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung fort, dann ist die Feststellungsklage abzuweisen (3 Ob 161/15w; 6 Ob 127/20z).

Der Anerkenntnisvertrag (konstitutives Anerkenntnis) muss grundsätzlich als zweiseitiges Rechtsgeschäft gegenüber dem anderen Vertragsteil erklärt oder wenigstens für ihn bestimmt und von ihm (zumindest schlüssig) angenommen werden (RS0032621; 7 Ob 192/13f mwN).

Auch wenn daher die Beklagte mit ihrem Schreiben vom 10.7.2025 erklärt hat, dass keine jährliche Servicepauschale mehr verrechnet oder vom Konto abgebucht wird, scheidet ein konstitutives (Teil-)Anerkenntnis in der konkreten Konstellation mangels Annahme durch die Klägerin aus (vgl dazu auch OGH 7 Ob 67/23p).

Das Schreiben stellt ein deklaratorische Anerkenntnis dar. Dieses ist eine bloße Wissenserklärung des Schuldners, mit der dieser keine Rechtsfolgen herbeiführen will, sondern nur bekannt gibt, dass das Recht des Gläubigers seines Wissens nach besteht. Es bildet daher keinen neuen Verpflichtungsgrund, sondern im Rechtsstreit nur ein Beweismittel für das Bestehen der Forderung, das jedoch durch andere Beweise widerlegbar ist

(RS0032784) .

Ebenso stellt die Außerstreitstellung des Beklagtenvertreters, dass wie laut ./1 in Zukunft keine Servicepauschale mehr verrechnet werde, keine konstitutives Anerkennntnis dar.

Ausgehend davon und dass die Beklagte zunächst das Recht der Klägerin bestritt, erst nach Klagseinbringung bezahlte und ebenso erst nach Klagseinbringung diese Erklärung abgab, ist damit das Feststellungsinteresse der Klägerin nicht zu verneinen, sodass dem Klagebegehren auf Feststellung des Nichtbestehens des Rechts Folge zu geben und das Urteil wie aus dem Spruch ersichtlich abzuändern ist.

Eine gesonderte Abweisung des Eventualbegehrens findet bei Stattgebung des Hauptbegehrens nicht statt (RS0037585) .

## **2. Zur Berufung der Beklagten:**

Nachdem bereits durch die Stattgabe der Berufung der Klägerin die Entscheidung abgeändert wird und daher über das Eventualbegehren nicht mehr abzusprechen ist, fehlt es der Berufungswerberin an der Beschwer und ist die Berufung zurückzuweisen. Wurde dem Hauptbegehren des Klägers Folge gegeben, so entfällt damit die Voraussetzung, über ein Eventualbegehren zu entscheiden (RS0037625) .

§ 50 Abs 2 ZPO betrifft nur jene Fälle, in denen die Beschwer im Rechtsmittelstadium nachträglich - zeitlich nach Einbringung des Rechtsmittels und vor Ergehen der

Rechtsmittelentscheidung - wegfällt. Dieser nachträgliche Wegfall der Beschwer führt zwar zur Zurückweisung des Rechtsmittels, er ist jedoch bei der Kostenentscheidung nicht zu berücksichtigen, dh, es ist nur über die Kosten des konkreten Rechtsmittelverfahrens zu entscheiden (*Obermaier*, Kostenhandbuch<sup>4</sup> Rz 1.459). Für die Kostenentscheidung ist dann der Erfolg des Rechtsmittels hypothetisch nachzuvollziehen, die Entscheidung ist so zu treffen, als wäre die Beschwer nicht weggefallen und der Rechtsmittelwerber erhält damit nur jene Kosten des Rechtsmittelverfahrens zugesprochen, die er ohne ihren Wegfall erhalten hätte (*Obermaier*, aaO mwN).

Allgemein setzt der Unterlassungsanspruch (bloß) die Feststellung schon erfolgter Störungen oder doch zumindest die Gefahr künftiger Störungen voraus, denen mit vorbeugender Unterlassungsklage begegnet werden kann (RS0012064 [T24], RS0009357). Entscheidend ist daher nicht, ob bei Klagseinbringung ein widerrechtlicher Eingriff noch andauerte, sondern ob zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz die Gefahr bestand, dass sich ein bereits erfolgter Eingriff wiederholt (vgl RS0010497 [T4]). Es hängt also die Beantwortung der Frage, ob ein Unterlassungsbegehren berechtigt ist, nicht davon ab, ob sich die Beklagte im Zeitpunkt des Schlusses der Verhandlung erster Instanz rechtswidrig verhält, sondern es kommt allein darauf an, ob die Gefahr künftiger Rechtsverletzungen besteht (vgl RS0114254 [T3]). Bei der Prüfung, ob Wiederholungsgefahr vorliegt, darf nicht engherzig vorgegangen werden, sodass bereits die ernste Besorgnis weiterer Eingriffe in die vom Kläger behaupteten Rechte genügt (RS0037673; RS0012064 [T3]). Eine bereits er-

folgte Rechtsverletzung ist ein Indiz für Wiederholungsgefahr (RS0037673 [T4]). Bei deren Beurteilung kommt es nicht nur auf die Art des bereits erfolgten Eingriffs, sondern auch auf die Willensrichtung des Täters an, für die insbesondere sein Verhalten nach der Beanstandung oder während des Rechtsstreits wichtige Anhaltspunkte bieten kann (RS0079692). Wer im Prozess die Auffassung vertritt, zu der beanstandeten Handlung berechtigt zu sein, gibt im Allgemeinen dadurch zu erkennen, dass er von weiteren Eingriffen dieser Art nicht gänzlich Abstand nimmt (RS0031772). Die bloße Behauptung des Beklagten im Prozess, von künftigen Störungen Abstand nehmen zu wollen, genügt nicht; vielmehr ist erforderlich, dass eine Wiederholung, wenn schon nicht geradezu ausgeschlossen, so doch nach menschlichem Ermessen höchst unwahrscheinlich ist (vgl. RS0012056). Bestreitet der Beklagte die Wiederholungsgefahr, so hat er daher besondere Gründe darzutun, die eine solche Wiederholung in Zukunft als völlig ausgeschlossen oder doch zumindest äußerst unwahrscheinlich erscheinen lassen (RS0005402 [T5]; RS0037673 [T3]), bzw. dass er ernstlich gewillt ist, von künftigen Störungen Abstand zu nehmen (RS0012087; 6 Ob 184/24p).

Es kann auf die Ausführungen zum Feststellungsinteresse verwiesen werden. Aus dem Verhalten der Beklagten ist eine Wiederholung nicht völlig ausgeschlossen und auch nicht äußerst unwahrscheinlich, sodass dem Unterlassungsbegehren auch Folge zu geben gewesen wäre.

Die Kostenentscheidung beruht daher auf §§ 41, 50 ZPO. Für die Berufung und die Berufungsbeantwortung der Klägerin gebührt jedoch auf Grund der Höhe des Streitwer-

tes nur der einfache Einheitssatz (§ 23 Abs 10 RATG).

Der Bewertungsausspruch beruht auf § 500 Abs 2 Z 1 ZPO unter Bedachtnahme auf die von der Klägerin vorgenommene Bewertung ihres Feststellungsbegehrens.

Die Revision ist gemäß § 502 Abs 2 ZPO jedenfalls unzulässig.

**Handelsgericht Wien**  
1030 Wien, Marxergasse 1a  
Abt. 50, am 22. Oktober 2025

**Mag.<sup>a</sup> Katharina HOFER-KUTZELNIGG, M.E.S.**  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG



Marxergasse 1a  
1030 Wien

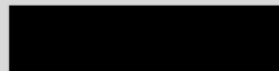
Tel.: +43 1 51528 305466

Personenbezogene Ausdrücke in  
diesem Schreiben umfassen jedes  
Geschlecht gleichermaßen.

Bezirksgericht für Handelssachen Wien  
Marxergasse 1a  
1030 Wien

**RECHTSMITTELSACHE:**

**Erste Partei**



4680 Haag am Hausruck

vertreten durch  
Mag. Matthias Strohmayer, LL.M.  
Strohmayer Rechtsanwalt  
Salesianergasse 33/27  
1030 Wien  
Tel.: 014024848

**Zweite Partei**

Hutchison Drei Austria GmbH  
Brünner Straße 52  
1210 Wien

vertreten durch  
DLA PIPER WEISS-TESSBACH  
Rechtsanwälte GmbH  
Schottenring 2-6  
1010 Wien  
Tel.: 53178-0, Fax: 533 52 52

**Angefochtene Entscheidungen:** Urteil vom: 05.08.2025 des Bezirksgericht für  
Handelssachen Wien, 008 1 C 180/25i Ordnungsnummer 15


**Zu:** 008 001 C 180/25 i

Handelsgericht Wien, Abteilung 50  
Wien, 22. Oktober 2025  
Mag. Katharina Hofer-Kutznigg, M.E.S., Richterin

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG

**1 Beilage(n):**

Nr	Bezeichnung	Datum	ON/Beilage	Zeichen (Einbr.)
1	Rechtsmittelentscheidung - Rechtsmittelentscheidung	22.10.2025	ON 3	

	<b>Datum/Zeit</b>	2025-10-23T12:15:56+02:00
	<b>Hinweis</b>	Dieses Dokument wurde elektronisch signiert. Auch ein Ausdruck dieses Dokuments hat die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde.
	<b>Prüfinformation</b>	Informationen zur Prüfung des elektronischen Siegels bzw. der elektronischen Signatur und des Ausdrucks finden Sie unter: <a href="http://kundmachungen.justiz.gv.at/justizsignatur">http://kundmachungen.justiz.gv.at/justizsignatur</a>

An  
Bezirksgericht für Handelssachen Wien  
Marxergasse 1A  
1030 Wien

**Eingabe zu: 008 001 C 180/25 i**

Elektronisch eingebracht am 23.10.2025

**Handelsgericht Wien**

Marxergasse 1a  
1030 Wien  
Zeichen: 007 050 R 184/25 b

---

### Justizinterne Eingabe

---

2 Anhänge

**Nr**

- |   |                                 |
|---|---------------------------------|
| 1 | <b>Note</b>                     |
| 2 | <b>Rechtsmittelentscheidung</b> |